

CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958
Reconocimiento y Ejecución de
Sentencias Arbitrales Extranjeras

2

DIRECTOR

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

COORDINADORA

ORIALIZ CARLA ESPINOZA SOTO

Albert van den Berg (Bélgica)	Jesús Remón (España)
Adriana Pucci (Brasil)	John Rooney Jr. (EE.UU.)
Alejandro Romero (Chile)	José Moreno (Paraguay)
Alessandra Domingues (Brasil)	José Meseguer (España)
Alexis Mourre (Francia)	José Alcántara (España)
Andrés Mezgravis (Venezuela)	José Miguel Júdece (Portugal)
Antonio García (España)	Juan Carlos Calvo (España)
Antonio Lorca (España)	Julián Treviño (México)
Bernardo Cremades (España)	Leonel Pereznieta (México)
Calvin Hamilton (España)	Luis Capiel (España)
Carlos Esplugues (España)	Luis Olivencia (España)
Carlos Lepervanche (Venezuela)	Manuel Cavaleiro (Portugal)
Carlos A. Soto (Perú)	Manuel Olivencia (España)
Cristina Cortes (España)	Margie-Lys Jaime (Panamá)
Daniel Posse (Colombia)	Miguel Esperança (Portugal)
Dyalá Jiménez (Costa Rica)	Miguel Virgós (España)
Edgar Neira (Ecuador)	Natale Amprimo (Perú)
Estefanía Portillo (España)	Noah Rubins (Francia)
Faustino Cordón (España)	Nuno Salazar (Portugal)
Félix Montero (España)	Osvaldo Marzorati (Argentina)
Fernando Cantuarias (Perú)	Pedro Martínez-Fraga (EE.UU.)
Fernando Pombo (España)	Ramón Mullerat (España)
Frederico Bettencourt (Portugal)	Roberto Moreno (Paraguay)
Giorgio Meo (Italia)	Roque Caivano (Argentina)
Gonzalo Fernández (Chile)	Ryan Reetz (EE.UU.)
James Graham (México)	Sally Harpole (China)
Jan Paulsson (Francia)	Vicente Montés (España)

ARBITRAJE COMERCIAL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN

CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958
Reconocimiento y Ejecución de
Sentencias Arbitrales Extranjeras

2

ARBITRAJE COMERCIAL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN

CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958
Reconocimiento y Ejecución de
Sentencias Arbitrales Extranjeras

2

DIRECTOR

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

COORDINADORA

ORIALIZ CARLA ESPINOZA SOTO

**DERECHOS RESERVADOS:
DECRETO LEGISLATIVO N° 822**

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Director

© 2009, INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE - IPA

© 2009, CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA (Director)
csoto@munizlaw.com

Coordinadora:

ORIALIZ CARLA ESPINOZA SOTO

Asistentes:

RIDER ALI VERA MORENO
MILTON SALINAS LÁZARO

Composición e impresión:



magna
EDICIONES

ediciones.magna@gmail.com
T (51 1) 9995 40968 / 9937 85743

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2009 - 03947**

ISBN : 978-9972-2641-7-7

Primera edición 2009

Fecha de Impresión abril de 2009
Impreso en Perú
Tiraje: 1000 ejemplares



Diseño y Diagramación:

Miguel A. La Rosa Y.

Distribución:

T (00-511) 9936 31799 / 9853 19701

CONTENIDO

■	Presentación CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA (<i>Perú</i>)	13
■	Prólogo JAN PAULSSON (<i>Francia</i>)	19
	Argentina	
■	La Convención de Nueva York y la ejecución de las medidas cautelares ROQUE J. CAIVANO (<i>Argentina</i>)	25
■	Ejecución de laudos extranjeros en la República Argentina. Colisión de Convenciones aplicables en el Cono Sur y la Convención de Nueva York OSVALDO J. MARZORATI (<i>Argentina</i>)	61
	Brasil	
■	O papel da Convenção de Nova Iorque na evolução da arbitragem no Brasil ALESSANDRA DE AZEVEDO DOMINGUES (<i>Brasil</i>)	83
■	La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros: Su interpretación y aplicación en el Brasil ADRIANA NOEMI PUCCI (<i>Brasil</i>)	97

Chile	
■ La evolución de las normas de exequátur de laudos extranjeros en Chile GONZALO FERNÁNDEZ RUÍZ (<i>Chile</i>) DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (<i>Costa Rica</i>)	117
■ El arbitraje comercial en Chile y la Convención de Nueva York de 1958 ALEJANDRO ROMERO SEGUEL (<i>Chile</i>)	125
China	
■ New York Convention Article II: The arbitration agreement as applied in Asia SALLY A. HARLOPE (<i>Hong Kong</i>)	137
Colombia	
■ El exequátur en Colombia a la luz de la Convención de Nueva York. ¿Son ejecutables únicamente los laudos arbitrales finales o definitivos, o lo son también aquellos parciales o interlocutorios? DANIEL POSSE VELÁSQUEZ (<i>Colombia</i>)	145
Ecuador	
■ Arbitrabilidad, Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras y legislación ecuatoriana EDGAR NEIRA ORELLANA (<i>Ecuador</i>)	151
Estados Unidos de Norteamérica	
■ Aplicación e invalidación del Título 28 del Código de Estados Unidos, sección 1782, presentación de pruebas en arbitraje comercial internacional; ¿pueden la Convención de Nueva York y la doctrina de “manifiesta indiferencia de la ley” ayudar o perjudicar? PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA (<i>EE.UU.</i>)	175

■ Recent developments concerning the “writing” requirement in International Commercial Arbitration: A perspective from the United States C. RYAN REETZ (<i>EE.UU.</i>)	215
■ La aplicación de la Convención de Nueva York en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Unidos JOHN H. ROONEY JR. (<i>EE.UU.</i>)	227

España

■ En el 50 aniversario de la Convención de Nueva York de 1958. ¿Reforma o superación? JOSÉ MARÍA ALCÁNTARA GONZÁLEZ (<i>España</i>)	243
■ Eficacia impeditiva de la actuación de los tribunales como consecuencia de la celebración de convenio o cláusula arbitral JUAN CARLOS CALVO CORBELLA (<i>España</i>)	249
■ La aplicación de la ley española a los arbitrajes internacionales seguidos en España o en un país extranjero FAUSTINO CORDÓN MORENO (<i>España</i>)	265
■ Los Convenios de Nueva York y Ginebra: Reconocimiento y ejecución del laudo anulado en la sede BERNARDO M. CREMADES (<i>España</i>)	281
■ La aplicación del Convenio de Nueva York de 1958 por parte de los tribunales españoles CARLOS ESPLUGUES MOTA (<i>España</i>)	291
■ Nuevas perspectivas del Convenio de Nueva York de 1958 desde la justicia española ANTONIO GARCÍA PAREDES (<i>España</i>)	335
■ Pasado, presente y futuro de la Convención de Nueva York. Reseña con consideración del borrador de Van den Berg CALVIN A. HAMILTON (<i>España</i>) LUIS CAPIEL (<i>España</i>)	345
■ La propuesta del Reino de España sobre el exequátur de laudos arbitrales extranjeros ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE (<i>España</i>)	373

■ Definición de laudo arbitral. Ámbito de aplicación. Tipos de laudo. Medidas cautelares. Carácter del laudo JOSÉ LUIS MESEGUER VELASCO (<i>España</i>)	385
■ Reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales dictados contra Estados soberanos y cesión de los mismos para su reconocimiento y ejecución por terceros FÉLIX J. MONTERO MURIEL (<i>España</i>) CRISTINA CORTES (<i>España</i>)	393
■ Algunas cuestiones en torno a la “inarbitrabilidad de la diferencia” en el exequátur de laudos extranjeros VICENTE L. MONTÉS (<i>España</i>)	413
■ Los segundos 50 años del Convenio de Nueva York: Reflexiones sobre la falta de interpretación uniforme de algunos de sus preceptos RAMÓN MULLERAT O.B.E. (<i>España</i>)	423
■ La aplicación del Convenio de Nueva York en España. Jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el exequátur de laudos extranjeros en aplicación del Convenio de Nueva York LUIS M. OLIVENCIA BRUGGER (<i>España</i>) ESTEFANÍA PORTILLO CABRERA (<i>España</i>)	439
■ Sentencias y arbitrajes nacionales, extranjeros e internacionales (Convención de Nueva York, Ley Modelo de CNUDMI / UNCITRAL y Derecho español) MANUEL OLIVENCIA RUIZ (<i>España</i>)	455
■ La Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras: 1958-2008 FERNANDO POMBO GARCÍA (<i>España</i>)	459
■ La anulación del laudo: El marco general, el pacto de exclusión y el Orden Público JESÚS REMÓN (<i>España</i>)	467
■ Arbitraje comercial internacional y la Convención de Nueva York de 1958 MIGUEL VIRGÓS SORIANO (<i>España</i>)	483

Francia

- Problemas del control de los laudos bajo el Orden Público, en particular en materia de Derecho de la competencia
ALEXIS MOURRE (*Francia*) 505
- Arbitrability, Still Through a Glass Darkly
JAN PAULSSON (*Francia*) 525
- Arbitration Agreements and Non-Signatories
NOAH RUBINS (*Francia*) 539

Italia

- El Orden Público como obstáculo a la ejecución de laudos extranjeros. Experiencia italiana
GIORGIO MEO (*Italia*) 569

México

- El artículo VII de la Convención de Nueva York y la ejecución de laudos anulados en el Estado del lugar sede del arbitraje
JAMES A. GRAHAM (*México*)
LEONEL PEREZNIETO CASTRO (*México*) 585
- Notas sobre la coexistencia de las Convenciones de Nueva York y Panamá en materia de arbitraje comercial internacional
JULIÁN TREVIÑO MEIXUEIRO (*México*) 595

Panamá

- De la actualidad y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 a los arbitrajes transnacionales en materia de inversiones internacionales
MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ (*Panamá*) 603

Paraguay

- La Convención más trascendente de la historia del Derecho privado
 JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ (*Paraguay*) 649
- El problema de la deslocalización, la Convención de Nueva York y la nueva Ley de Arbitraje del Paraguay
 ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ (*Paraguay*) 681

Perú

- El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en la Convención de Nueva York y la novísima Ley Peruana de Arbitraje: aciertos que fortalecen el arbitraje
 NATALE AMPRIMO PLÁ (*Perú*) 705
- El ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras
 FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*) 717

Portugal

- Aplicación de la Convención de Nueva York en Portugal. Análisis de la jurisprudencia portuguesa
 MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO (*Portugal*) 737
- A jurisprudência portuguesa sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no âmbito da Convenção de Nova Iorque de 1958
 MIGUEL ESPERANÇA PINA (*Portugal*)
 FREDERICO BETTENCOURT FERREIRA (*Portugal*) 747
- Reconocimiento y ejecución de las decisiones arbitrales
 JOSÉ MIGUEL JÚDICE (*Portugal*) 755
- A Convenção de Nova Iorque e o direito interno português
 NUNO SALAZAR CASANOVA (*Portugal*) 767

 **Venezuela**

- Anotaciones históricas y procedimentales de la Convención de Nueva York en Venezuela
CARLOS LEPERVANCHE MICHELENA (*Venezuela*) 781
- El Orden Público sustantivo, el Orden Público procesal y la arbitrabilidad como causales de denegación del laudo: Especial referencia a Venezuela y otros países de América Latina
ANDRÉS A. MEZGRAVIS (*Venezuela*) 797

 **Anexos**

- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958)
 - ◆ Texto de la Convención de Nueva York de 1958 827
 - ◆ Situación actual de la Convención de Nueva York de 1958: Estados Partes 833
- Proyecto de Reforma de la Convención de Nueva York del Profesor Albert Jan van den Berg
 - ◆ Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards - Text
ALBERT JAN VAN DEN BERG (*Bélgica*) 839
 - ◆ Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards - Explanatory Note
ALBERT JAN VAN DEN BERG (*Bélgica*) 843
 - ◆ New York Convention 1958 and Hypothetical Draft Convention 2008
ALBERT JAN VAN DEN BERG (*Bélgica*) 863
- In Memoriam del Profesor Thomas W. Waelde (1949 - 2008)
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*Perú*) 871

PRESENTACIÓN

LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1958: 50 AÑOS DESPUÉS

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, mejor conocida como la Convención de Nueva York, fue elaborada por las Naciones Unidas en 1958 con la finalidad de facilitar los negocios, impulsar el comercio internacional y lograr superar los problemas para la ejecución de sentencias arbitrales en todo el mundo.

Cuando se conmemoró el 40º Aniversario de la Convención en 1998, el entonces Secretario de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) KOFI ANNAN, manifestó lo siguiente:

“(...) Este singular instrumento tiene muchas virtudes. Ha ido creando respeto por las obligaciones vinculantes, ya sea asumidas por partes privadas o por gobiernos. Ha inspirado confianza en el imperio del derecho. Y ha ayudado a asegurar soluciones justas cuando se han planteado disputas sobre derechos u obligaciones contractuales. Como ustedes saben, el derecho internacional prospera en el imperio de la ley: sin este último, las partes se muestran reticentes a participar en transacciones comerciales transfronterizas o a realizar inversiones internacionales.

Por todas estas razones, la Convención es uno de los tratados de más éxito en la esfera del derecho mercantil, a la que se han adherido 117 Estados, incluidas las principales naciones comerciales. Ha servido de modelo para muchos textos legislativos internacionales subsiguientes sobre arbitraje. Y ha demostrado al mundo, ya en el decenio de 1950, que las Naciones Unidas pueden ser una fuerza constructiva y de dirección en cuestiones que afectan a las relaciones entre los Estados y entre los agentes comerciales del escenario mundial”.

Al conmemorarse su 50º aniversario, entregamos a la comunidad arbitral peruana y extranjera este libro que contiene más de 50 valiosos trabajos sobre la Convención de Nueva York.

Recordemos brevemente la historia de la Convención.

En 1953 la Cámara de Comercio Internacional (CCI) redactó un proyecto que fue presentado al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Se trataba de un Proyecto de Convención para el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Internacionales. Sin embargo, la noción de *sentencia arbitral internacional* fue considerada en ese momento un concepto demasiado progresista; por ello, el proyecto fue modificado para referirse a *sentencias arbitrales extranjeras*.

A este proyecto se agregaron las propuestas del grupo holandés. La *propuesta holandesa* planteaba la eliminación del doble exequátur, por ende, sólo se debía exigir exequátur en el país donde se procurase ejecutar la sentencia y no en el país donde se había dictado. Otra propuesta del grupo holandés consistía en limitar lo más posible los motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución y transferir la carga de la prueba de la existencia de uno o más de estos motivos a la parte contra la que se procurase ejecutar la sentencia. Con estas propuestas, el proyecto final fue aprobado en la sede de las Naciones Unidas, Nueva York, el 10 de junio de 1958.

En la redacción de la Convención participaron distinguidos especialistas como delegados de sus gobiernos. Entre sus autores, se recuerda al profesor PIETER SANDERS de los Países Bajos, al doctor OTTO ARNDT GLOSSNER de la República Federal de Alemania, a los profesores MARIO MATTEUCCI y EUGENIO MINOLI, quienes representaron a Italia, al profesor Conseiller d'Etat GEORGES HOLLEAUX de Francia, al profesor ARTHUR BÜLOW de Alemania, al profesor BENJAMIN WORTLEY de Inglaterra, al profesor POINTET de Suiza y al señor HAIGHT en representación de la CCI.

En la actualidad, 143 Estados han ratificado la Convención. Entre los Estados Partes se encuentran las principales naciones comerciales.

América Latina –un continente que durante largo tiempo fue hostil al arbitraje– ha ido desarrollando una visión de apertura a las nuevas necesidades y al creciente mercado global. Así, muchos países latinoamericanos han ido cambiando de postura en torno al uso y respeto de la solución de controversias en la vía arbitral, lo cual ha determinado un crecimiento exponencial del arbitraje en nuestra región.

APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN EL PERÚ

El Perú ratificó la Convención de Nueva York mediante Resolución Legislativa N° 24810 de fecha 25 de mayo de 1988, pero la Convención recién entró en vigor el 5 de octubre del mismo año. En consecuencia, nuestro país está obligado a aplicar la Convención de Nueva York al reconocimiento y ejecución de todos los laudos arbitrales extranjeros.

Con la dación de la nueva Ley de Arbitraje el 28 de junio de 2008⁽¹⁾, el Perú ha avanzado de manera consistente en la consolidación del arbitraje a nivel local y latinoamericano.

En lo relativo al reconocimiento de laudos extranjeros, el artículo 74 establece que los laudos extranjeros pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos:

- a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o
- b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o
- c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú.

Agrega el referido artículo que salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero

De otro lado, el artículo 78 de la nueva Ley de Arbitraje establece las pautas que se deberán tener en cuenta cuando resulte aplicable la Convención de Nueva York.

Con éstas y otras disposiciones se busca consolidar el arbitraje doméstico e internacional en el Perú y, con ello, respetar y reconocer el valor de

⁽¹⁾ La nueva Ley de Arbitraje se aprobó mediante el Decreto Legislativo Nro. 1071 y se encuentra en vigor desde el 1 de setiembre de 2008. Posteriormente, el 10 de julio, se publicó una Fe de Erratas del Decreto Legislativo. El texto refundido, conteniendo el texto de la ley, la fe de erratas y la exposición de motivos, se puede consultar en el libro *Nueva Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo Nro. 1071* publicado por el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE, Magna Ediciones, Lima, enero de 2009.

los laudos arbitrales extranjeros que requieran de reconocimiento y ejecución en nuestro país.

EL SEGUNDO VOLUMEN DE LA COLECCIÓN “ARBITRAJE COMERCIAL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN”

Considerando la importancia de la Convención de Nueva York y las bodas de oro que acaba de cumplir, el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE – IPA coordinó la publicación de una obra colectiva en el Perú. Para este proyecto convocó a reconocidos árbitros de 20 países de los cinco continentes para que, desde diferentes perspectivas, analicen la Convención de Nueva York, su aplicación y los problemas que se han advertido desde que entró en vigor.

En este sentido, en el segundo volumen de la colección *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*, el lector encontrará trabajos sobre la interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York en Argentina, Brasil, Chile, China (Hong Kong), Colombia, Ecuador, Estados Unidos de Norteamérica, España, Francia, Italia, México, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal y Venezuela.

Adicionalmente, la obra incluye como anexos, el texto original de la Convención de Nueva York, el estado actual de ratificación y adhesión de los países, y la propuesta de reforma total de la Convención de Nueva York elaborada por el distinguido profesor ALBERT JAN VAN DEN BERG.

EL INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE – IPA: UN CAMINO POR RECORRER

El INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE – IPA nació en Lima hace 3 años, con la finalidad de *promover y difundir el arbitraje en el Perú y América Latina*, como el mecanismo eficiente y eficaz para la solución de controversias.

El IPA inició su actividad editorial con la publicación de una colección jurídica sobre *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*. El primer volumen de la colección, intitulado *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, se publicó en abril de 2008 y reunió más de 50 trabajos sobre arbitraje comercial y de inversiones de los más destacados expertos en la materia. Al presentarse el primer volumen, el profesor FERNANDO DE TRAZEGNIES expresó:

“(...) debo decir que me siento muy satisfecho de cumplir con este encargo porque realmente estamos ante un trabajo extraordinario y casi insólito

en nuestro medio: un enjundioso libro de casi mil páginas que contiene trabajos de importantes juristas tanto nacionales como extranjeros. Ahí están presentes como autores juristas bolivianos, canadienses, chilenos, colombianos, ecuatorianos, españoles, franceses, hindúes, ingleses, italianos, mexicanos, norteamericanos, panameños, paraguayos, suecos y venezolanos. Es casi las Naciones Unidas del arbitraje”.

Continuando con su labor editorial, el IPA entrega el segundo volumen de la colección dedicada exclusivamente al estudio de la Convención de Nueva York en 20 países de todo el mundo.

Próximamente el IPA publicará los *Comentarios a la nueva Ley Peruana de Arbitraje*, bajo la dirección de los profesores ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ y CARLOS SOTO COAGUILA.

Estamos seguros que con el apoyo de las instituciones arbitrales peruanas y extranjeras, y la participación de los árbitros peruanos y extranjeros, el IPA continuará en este largo camino que ha empezado a recorrer.

AGRADECIMIENTOS

En estas líneas, agradecemos a todas las personas e instituciones que de manera directa o indirecta han colaborado en la publicación del segundo volumen de la colección *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*.

- A los 53 árbitros y juristas, nacionales e internacionales, que aceptaron la convocatoria del IPA y que oportunamente enviaron sus trabajos.
- A la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), en especial a su decano Dr. FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, por el apoyo institucional para la publicación del segundo volumen de la colección jurídica.
- A las instituciones nacionales e internacionales que apoyaron la publicación de esta magna obra:

Instituciones Internacionales

- Squire, Sanders & Dempsey LLP
- Arnold & Porter LLP
- Cuatrecasas, Gonçalves Pereira
- Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política – CEDEP
- Cámara de Comercio Internacional – CCI

Instituciones Nacionales

- Estudio Miranda & Amado Abogados
 - Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados
 - Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados
 - Estudio Amprimo Abogados
 - Estudio Oré Guerrero Abogados
 - Arbitre – Servicios Arbitrales Integrales
 - Telefónica del Perú S.A.A.
- A la Editorial Magna, en la persona de su gerente Sr. MIGUEL LA ROSA YARLEQUE, por su trabajo y esmero en la edición de esta obra, y sin cuyo concurso no sería posible tener una pulcra edición como la que hoy tiene el lector entre sus manos.
- A los miembros del INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE – IPA por su incansable y estoica labor en la edición y corrección de los textos de la obra:
- Orializ Carla Espinoza Soto
 - Rider Ali Vera Moreno
 - Milton Salinas Lázaro
 - Jhon Jara Cano
 - Rosmery Ponce Novoa
 - Carol Apaza Moncada
- Al profesor y amigo JAN PAULSSON por el brillante prólogo que inaugura las páginas de esta obra.

Finalmente, el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE invita a todos los interesados en el Arbitraje –abogados, árbitros, estudios jurídicos e instituciones nacionales e internacionales– a colaborar en su promoción y difusión.

Lima, abril de 2009

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
Presidente
INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE

PRÓLOGO

Se ha dicho y repetido en muchas oportunidades que la Convención de Nueva York es el instrumento legal más importante de la historia del comercio privado internacional. Ésta es una afirmación extraordinaria —y ciertamente parece ser verdadera—. Todos los días se firman miles de contratos internacionales y, a manera de rutina, estos incluyen cláusulas de arbitraje. Es verdad que estas cláusulas se invocan con poca frecuencia. Uno de los motivos es la confianza que las partes tienen en la confiabilidad del proceso de arbitraje internacional. La presencia silenciosa de la Convención de Nueva York forma ahora parte de la cultura del comercio internacional. Los gerentes de todo el mundo tienen fe en la confiabilidad de los contratos celebrados con extranjeros. Asumen que las cláusulas arbitrales son confiables, a pesar de que no saben nada acerca de la Convención de Nueva York. Simplemente piensan que las cláusulas se incluyen en los contratos porque generalmente funcionan. Y si sus asesores les han dicho que eso es así, es porque los abogados comprenden que la Convención de Nueva York finalmente garantiza que las cláusulas tengan efecto.

El valor de un proceso arbitral internacional confiable es incalculable. Su importancia no radica en que promueve los intereses de los abogados o de los árbitros —realmente esto resulta trivial si se analiza el conjunto—. Su importancia tampoco radica en que beneficia a los negocios. Más bien, el gran logro es la base sobre la cual los intercambios económicos internacionales se pueden llevar a cabo con confianza, de una manera que permite el desarrollo de largo plazo —financiamiento de largo plazo, inversión de largo plazo, proyectos conjuntos de largo plazo, transferencia de tecnología y conocimientos a ser pagada a largo plazo—. Sin fe en la confiabilidad de los contratos, ninguna de estas opciones funcionaría. Las transacciones internacionales

se verían reducidas a las instancias elementales de pago al contado. Al final, las transacciones internacionales no podrían sostener el desarrollo social e institucional.

Sin embargo, es probable que nadie que lea este volumen se deje llevar por una visión tan exuberante de la Convención de Nueva York y sus logros. Seguramente, sería absurdo asignar a la Convención de Nueva York un rol dominante en la extraordinaria expansión del comercio internacional.

Por supuesto, algunos factores geopolíticos, como por ejemplo el fin de la Guerra Fría, han contribuido de manera significativa al desarrollo del comercio internacional. Por supuesto, la erosión de las barreras que frenaban el comercio entre fronteras juega un rol preponderante. Por supuesto, también es verdad que la incompetencia, la pobreza y otras causas de debilidad pueden por sí mismas estimular el comercio internacional, ya que las contrapartes aparecen en escena ansiosas de explotar tales debilidades.

Pero veamos nuestro mundo con claridad. Los efectos de los eventos geopolíticos no son eternos (y tampoco podemos confiar siempre en ellos para *estimular* los intercambios económicos internacionales, ya que podrían tener el efecto contrario). Con respecto a la corrupción, la incompetencia, la ineficiencia y la pobreza —bueno, consideramos que éstas son situaciones que tratamos de *eliminar*—; podrían haber estimulado muchas transacciones internacionales, pero no del tipo de las que queremos.

Por lo tanto, para que el comercio internacional florezca a largo plazo y sea beneficioso, debemos tratar de desarrollar confianza en la confiabilidad de los intercambios legales. Dentro de esta perspectiva, la Convención de Nueva York es un gran logro de cooperación internacional y representa una promesa aún mayor para el futuro. No debemos disculparnos por verla con euforia.

Pero no debemos ilusionarnos. El hecho es que la experiencia de la Convención de Nueva York no ha sido uniforme. A pesar de que casi 150 Estados han firmado la Convención, la verdad al desnudo es que aparentemente, al menos hablando de manera realista, no podemos esperar que la Convención de Nueva York sea aplicada adecuada y fielmente ni siquiera en la mitad de esos 150 países.

La proclamación de la adhesión a un texto no es suficiente; el desarrollo institucional debe ser capaz de aplicar dicho texto.

Algunos de los países más grandes del mundo han suscrito la Convención de Nueva York pero son incapaces de demostrar que cuentan con un récord aceptable de cumplimiento judicial de sus términos. Ciertamente, la implementación generalizada de la Convención de Nueva York es poco común fuera de aquellos países que tienen fuertes tradiciones institucionales y sistemas legales maduros. Tal vez no es coincidencia que los países a los que nos referimos son precisamente aquellos en los que la prosperidad está relativamente bien distribuida entre la población.

Podría ser que la respuesta fundamental no yace en las revisiones de su texto. La verdad es que, tal como lo demuestran los ensayos que se incluyen en este volumen, existen imperfecciones lamentables en la redacción de la Convención. Pero incluso si pudiésemos retroceder a 1958 y mejorar su texto con la sabiduría que da la experiencia, no podríamos evitar conservar algunas disposiciones relativamente genéricas que constituyen vacíos y tratan sobre una serie de temas que van desde la arbitrabilidad hasta el Orden Público. En un instrumento que tiene como propósito ser aplicado a nivel internacional, pero que necesariamente ha sido expresado brevemente, es inevitable que algunas disposiciones importantes hayan sido redactadas de manera general. Para que la Convención tenga éxito, dichas disposiciones deben ser aplicadas de buena fe. El hecho práctico más importante que podemos resaltar sobre la Convención de Nueva York es que cuando se pone a prueba en los tribunales, la parte que trata de invocarla es generalmente la parte extranjera —y la parte que trata de evitar su aplicación (ya sea repudiar el arbitraje, no obstante el artículo 2, o evitar la ejecución de los laudos bajo los artículos 4 y 5) es generalmente la parte local—. Los jueces de primera instancia podrían ser especialmente susceptibles a la presión de los intereses locales en algunos casos en particular, especialmente cuando no tienen experiencia en casos de alcance internacional. Los tribunales superiores tienden de manera natural a tener una visión más amplia, reconociendo que los casos individuales tienen ramificaciones más amplias y que los tratados internacionales tienen como propósito generar ventajas mutuas de manera global y de largo plazo. Si los tribunales de cada país aplican la Convención de manera implacablemente restrictiva, la Convención sería ilusoria.

El lector de este impresionante volumen haría bien en reflexionar en el camino a seguir para alcanzar la madurez en la aplicación de la Convención de Nueva York. Los especialistas y los intelectuales podrían haber desarrollado un conocimiento profundo de este conciso pero complejo instrumento, pero ¿de qué sirve eso si el juez a cargo de un caso en particular no está consciente de ello y sucumbe a la tentación de favorecer a su compatriota? La posibilidad de que el tribunal de segunda instancia finalmente corrija la decisión de primera instancia no es suficiente para corregir esta disfunción; la Convención no tenía como propósito dar origen a procedimientos judiciales de cinco años o de una década, tenía como único propósito alentar el arbitraje como una alternativa a los tribunales. La situación parece ser distinta en países en los que los casos de implicancia internacional son asignados de inmediato a las jurisdicciones de segunda instancia responsables del arbitraje y, por lo tanto, es probable que estén en capacidad de desarrollar una comprensión sofisticada de la Convención y sus mayores implicancias. Estas realidades institucionales son por lo menos tan importantes como una asimilación erudita de esta manifestación extremadamente importante del Derecho internacional.

París, marzo de 2009.

JAN PAULSSON

Socio - Jefe del Grupo de Arbitraje
y Derecho Internacional Público
Freshfields Bruckhaus Deringer, París

ARGENTINA

LA CONVENCION DE NUEVA YORK Y LA EJECUCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Por: ROQUE J. CAIVANO (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las facultades de los árbitros para “dictar” medidas cautelares. 2.1. Los fundamentos históricos de las tesis negatorias y su refutación. 2.2. El estado actual del tema. 3. La ejecución de las medidas cautelares en algunas legislaciones nacionales. 3.1. Holanda. 3.2. Suiza. 3.3. Reino Unido. 3.4. Alemania. 3.5. España. 3.6. Ley Modelo de UNCITRAL. 3.7. Austria. 3.8. Nueva Zelanda. 3.9. Perú. 4. El quid de la cuestión: ¿se aplica la Convención de Nueva York a la ejecución de medidas cautelares? 4.1. La intrínseca ejecutabilidad de las medidas cautelares. 4.2. La eficacia extraterritorial de las medidas cautelares. 4.3. La ejecución de las medidas cautelares al amparo de la Convención de Nueva York. 4.4. Las normas que “califican” una decisión arbitral. 5. Algunas decisiones judiciales. 5.1. “Resort Condominiums” (Australia). 5.2. “Publicis” (EE.UU.). 5.3. “Forever Living” (Argentina). 6. Algunas dificultades adicionales. 6.1. Qué debe entenderse por “medida cautelar”. 6.2. El problema de las medidas cautelares ex parte. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo I de la Convención de Nueva York, al definir su ámbito de aplicación, dispone que 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 (artículo I.1)⁽¹⁾. Más allá de aclarar que esa expresión no sólo comprende las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determina-

(*) Profesor de pregrado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Belgrano. Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, Argentina.

(1) En su versión inglesa, la Convención alude a *arbitral awards*; en su versión francesa refiere a *sentences arbitrales*.

dos, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido (artículo I.3), la Convención no brinda mayores precisiones acerca de qué debe entenderse por “sentencia arbitral”⁽²⁾.

Es posible inferir, por un lado, que la Convención se refiere a decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de resolución de conflictos que pueda calificar como arbitraje, lo cual supone que debe tratarse de un método en el cual las partes se sustraen a la jurisdicción de los tribunales judiciales y se someten a la decisión vinculante de un tercero que obtiene, a consecuencia de ello, atribuciones de naturaleza jurisdiccional. Como ya hemos señalado, en nuestra opinión, la Convención de Nueva York puede invocarse para pretender el reconocimiento o ejecución de laudos dictados por árbitros de equidad o por peritos árbitros, así como aquellos que incorporan un acuerdo conciliatorio celebrado por las partes; pero no para hacer valer los efectos de las decisiones de los amigables componedores

del Derecho colombiano, ni las que adopten terceros llamados a integrar los términos de un contrato, ni las determinaciones emanadas de los *Dipute Boards*, ni los laudos irrituales del Derecho italiano, ni los dictámenes expertos de los Derechos alemán y holandés⁽³⁾.

Es posible, asimismo, inferir que la Convención abarca también los denominados “laudos parciales”, es decir, aquellos en los cuales los árbitros no resuelven la totalidad de las cuestiones que les fueron sometidas sino sólo algunas de ellas. Tal es el caso, por ejemplo, de los que deciden en primer lugar sobre la existencia o validez del contrato y la responsabilidad de una de las partes en el incumplimiento, posponiendo para un segundo laudo la determinación de la cuantía del daño ocasionado por dicho incumplimiento. Aunque originariamente se planteó alguna duda sobre la naturaleza de esas decisiones –y precisamente con la finalidad de eliminar esa duda–, algunas normas, tanto legales⁽⁴⁾ como reglamentarias⁽⁵⁾, califican como laudo a cualquier decisión

(2) “The New York Convention itself does not give a definition of what must be understood by an arbitral award”. VAN DEN BERG, Albert J. *The New York Convention of 1958*. La Haya: Kluwer, 1994. p. 44.

(3) CAIVANO, Roque J. *¿Qué es “sentencia arbitral” a los fines de la Convención? Decisiones no jurisdiccionales*. En: TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo (directores). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*. Buenos Aires: Universidad del Rosario, Universidad de Buenos Aires y Abeledo-Perrot, 2008. pp. 69 y siguientes.

(4) Ver, por ejemplo, Ley inglesa de Arbitraje (artículo 47.1), Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza (artículo 188), Código Judicial belga (artículo 1699), Ley española de Arbitraje (artículo 37.1), Código Procesal Civil holandés (artículo 1049), Ley peruana de Arbitraje de 2008 (artículo 54).

En los EE.UU., se ha reconocido que un laudo parcial que decide sólo la cuestión referida a la responsabilidad de una de las partes es un laudo “final” a los fines de su revisión judicial al amparo de la *Federal Arbitration Act*. Ver, WILKINSON, John. *The ‘finality’ principle and partial awards*. En: CARBONNEAU, Thomas E. (director). *Handbook on Commercial Arbitration*. Nueva York: JurisNet, LLC, 2006. pp. 383 y siguientes.

En Francia, la Corte de Apelaciones de París consideró como “laudos” a las decisiones de los árbitros que resuelven de manera definitiva un litigio que les fuera sometido, sea que lo resuelvan en todo o en parte, que se refieran al fondo de la controversia, a cuestiones jurisdiccionales o aun a cuestiones de procedimiento. Cour d’appel de Paris, 25/03/1994, *in re* Sardisud. *Revue de l’arbitrage*, 1994. p. 391.

(5) Ver, por ejemplo, Reglamentos de Arbitraje de UNCITRAL (artículo 32.1), CCI (artículo 2.iii), London Court of International Arbitration (artículo 26.7), Stockholm Chamber of Commerce (artículo 38).

de los árbitros sobre el fondo, sea parcial o final. En tal sentido, se ha hecho notar que “*puede considerarse laudo toda decisión tomada por los árbitros después de haber considerado los argumentos de las partes y analizado minuciosamente los fundamentos invocados por ellas, que de manera definitiva y motivada ponga fin a una cuestión litigiosa que las partes le han sometido, relacionada con el fondo del asunto*”⁽⁶⁾.

Similares dudas se presentaron en relación con el tema que aquí analizamos, respecto del que, como veremos, ha habido opiniones doctrinarias y precedentes judiciales contradictorios.

2. LAS FACULTADES DE LOS ÁRBITROS PARA “DICTAR” MEDIDAS CAUTELARES

La ausencia en la Convención de Nueva York de toda referencia a la ejecución de las decisiones cautelares de los

árbitros tiene alguna lógica: por entonces, era fuertemente discutida la facultad de los árbitros de adoptar medidas cautelares⁽⁷⁾, por lo que no es extraño que la posibilidad de ejecutarlas extraterritorialmente ni siquiera haya sido analizada.

2.1. Los fundamentos históricos de las tesis negatorias y su refutación

Tradicionalmente, las legislaciones han sido reticentes a otorgar a los árbitros la facultad de adoptar medidas cautelares y han concentrado en los tribunales judiciales la función de decretar y ejecutar estas medidas⁽⁸⁾. En general, estas decisiones de política legislativa estaban fuertemente influidas por un componente ideológico: o bien considerar a la jurisdicción como una potestad exclusivamente estatal, emanada de la soberanía y ejercida por sus propios órganos⁽⁹⁾; o bien asumir que la falta de *imperium* de los árbitros les impide adoptar medidas de esta naturaleza⁽¹⁰⁾.

(6) MANTILLA SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Lustel, 2005. p. 210. Ver, igualmente, FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. París: Litec, 1996. p. 750; VÁRADY, Tibor; BARCELÓ, John J. III y VON MEHREN, Arthur. *International commercial arbitration*. St. Paul: West Group, 1999. p. 508.

(7) Veremos; sin embargo, que esa situación ha sido superada, lo que a su turno resultará definitorio para interpretar la Convención a la luz del estado actual de la cuestión.

(8) FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Arbitraje y justicia cautelar*. En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Volumen XXII, 2007. pp. 23 y siguientes.

(9) Ver, en general, LASCANO, David. *Jurisdicción y competencia*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1941.

(10) Algunos tribunales judiciales han utilizado este razonamiento para negarse a ejecutar una medida cautelar dispuesta por un tribunal arbitral (ver Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (Argentina), Sala 1ra. 7/07/1998, *in re* Sasso, Nicolás c. Neyra, Osbelia, Jurisprudencia Argentina, 1998-IV-47). Más curioso es que, en ocasiones, los mismos árbitros han recurrido a esa línea de pensamiento para negarse a dictar una medida cautelar que les fuera solicitada (ver Laudo final en el Caso CCI 6653, de 1993. En: ARNÁLDEZ, Jean-Jacques; DERAIS, Yves y HASCHER, Dominique. *Collection of ICC Awards 1991 - 1995*. París: ICC Publishing, 1997. p. 521.).

En la doctrina argentina, pueden verse los tradicionales comentarios a la legislación procesal: FASSI, Santiago. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas vigentes. Comentado. Anotado y concordado*. Tomo III. Buenos Aires: Astrea, 1973. p. 489; COLOMBO, Carlos J. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975. Tomo 2. p. 434.

Como hemos expuesto en otro trabajo⁽¹¹⁾, en nuestra opinión, ninguno de los dos argumentos es cierto.

Respecto del primero, baste decir que el carácter jurisdiccional del arbitraje, que otrora dio lugar a intensos debates⁽¹²⁾, está hoy fuera de discusión. Tanto la doctrina⁽¹³⁾, como la jurisprudencia⁽¹⁴⁾, son mayoritariamente contestes en reconocer que, sin perjuicio de su génesis convencional, el arbitraje tiene una naturaleza intrínsecamente jurisdiccional, en la medida que las funciones decisorias de los árbitros son comparables a las de un juez estatal, y que sus decisiones son equiparables a las sentencias judiciales: producen igualmente efecto de cosa juzgada y tienen idéntica

vía procesal para procurar su ejecución forzada. Y, siendo ello así, es evidente que la jurisdicción, entendida como la función de administrar justicia, en tanto procura al mismo tiempo mantener la paz social y dar respuesta a los intereses particulares de quienes están involucrados en el conflicto, puede perfectamente ser ejercida por particulares⁽¹⁵⁾.

En relación con el segundo argumento, si bien carecen de la potestad de imponer coactivamente el cumplimiento de sus resoluciones, las atribuciones decisorias de los árbitros no son menores que las de los jueces⁽¹⁶⁾. Lo que implica esa carencia es que no pueden hacerlas cumplir forzosamente. Pero en modo alguno

-
- (11) CAIVANO, Roque J. *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008. pp. 358 y siguientes.
- (12) Ver GIUSTI, Gilberto. *O Arbitro e o juiz: da função jurisdiccional do árbitro e do juiz*. En: *Revista Brasileira de Arbitragem*. Número 5, enero - marzo de 2005. pp. 7 y siguientes.
- (13) Ver, entre muchos otros, AYLWIN AZÓCAR, Patricio. *El juicio arbitral*. 5ta. Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. pp. 37 y siguientes; CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2da. Edición. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p. 100; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994. pp. 42 y siguientes (aunque destacan la esterilidad de la discusión); CREMADES, Bernardo M. *El arbitraje en la doctrina constitucional española*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Número 6. Bogotá: Legis, enero-junio de 2007. pp. 13 y siguientes; CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. 2da. Edición. Madrid: Civitas, 1991. p. 119; FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. París: Litec, 1996. p. 792; JARROSSON, Charles. *La notion d'arbitrage*. Número 785. París: LGDJ, 1987; JOFRÉ, Tomás. *El juicio arbitral*. En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA*, 1923. Tomo II. pp. 545 y siguientes; OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis, 2006. p. 57; REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4ta. Edición. Londres: Sweet & Maxwell, 2004. p. 10.
- (14) Ver, entre otros, en Argentina: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 20/04/1992, *in re* BLANCO, Guillermo y otros c. Petroquímica Bahía Blanca S.A., Lexis-Nexis *on line*, Nº 70003765; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/12/1974, *in re* Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Sargo S.A., Rev. Fallos, 290: 458; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/11/1997, *in re* Yacimientos Carboníferos Fiscales, Rev. Fallos, 320: 2379; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 31/05/1999, *in re* Rocca, J. C. c. Consultara S.A., Rev. Fallos, 322: 1100. En Colombia: Corte Constitucional, 14/03/2007, Sentencia SU-174/2007, Expte. T-980.611. En España: Tribunal Constitucional, 28/10/1993, Auto 36/1993. En Perú: Tribunal Constitucional, 28/02/2006, *in re* CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, Expte. 6167-2005-PHC/TC.
- (15) OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis, 2006. pp. 43 y 46; RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial*. En: *Justicia*, 1994. Número 4. pp. 807 y siguientes; FELDMSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 59.
- (16) PALACIO, Lino E. *Manual de derecho procesal civil*. 11era. Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p. 888.

entraña una minusvalía de los árbitros respecto de la adopción de todas aquellas decisiones –definitivas o precautorias– que caigan dentro de su esfera de competencia, pues para “decidir” –al fin de cuentas, un acto puramente intelectual– no se requiere de *imperium*. Si las partes dan a los árbitros poder jurisdiccional para el dictado de un laudo final, vinculante, generalmente inapelable y revestido de la autoridad de la cosa juzgada sobre el fondo de las cuestiones que le han sido sometidas, no puede dejar de entenderse comprendido en esa jurisdicción el dictado de medidas cautelares, que no son sino accesorios de aquellas⁽¹⁷⁾, y que tienden a preservar la autoridad de los árbitros y la eficacia del procedimiento⁽¹⁸⁾.

A pesar de lo dicho, es razonable pensar que si al momento de discutirse la Convención de Nueva York ni siquiera era claro que los árbitros pudieran dictar medidas cautelares, mucho menos pueden los redactores haber pensado que fuesen ejecutables extraterritorialmente

por vía judicial. El silencio de la Convención sobre este aspecto, visto en retrospectiva, es justificado. Con todo lo visionarios que demostraron ser los redactores de la Convención, no parece que pudieran haber imaginado el desarrollo que tendría, en el tiempo, la atribución de los árbitros para decretar medidas cautelares. Por lo que no es ilógico que hayan guardado silencio sobre su ejecución extraterritorial, ni –como veremos– ese silencio puede ser interpretado como un impedimento para su aplicación.

2.2. El estado actual del tema

Aunque las soluciones no son enteramente uniformes⁽¹⁹⁾, la enorme mayoría de las leyes de arbitraje comparadas han establecido en forma expresa que, salvo pacto en contrario, los árbitros pueden decretar medidas cautelares o provisionales⁽²⁰⁾. En otros casos, no obstante que el tenor literal de las normas pareciera negar a los árbitros esta potestad, se ha

(17) CAIVANO, Roque J. *Medidas cautelares en el arbitraje*. En: *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV-47.

(18) “The authority to issue interim measures derives from the same source as the authority to render the award: the parties’ contractual consent to have their dispute resolved by the arbitral tribunal before which they are appearing. If the tribunal is to have the authority to resolve the dispute fully and effectively, it must have the authority to order interim measures to the extent necessary to preserve that authority”. DONOVAN, Donald Francis. *The scope and enforceability of provisional measures in international commercial arbitration. A survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and proposals for moving forward*. ICCA Congress series. Número 11, 2003. pp. 82 y siguientes.

(19) Algunas legislaciones, aun modernas, no dan a los árbitros la potestad de dictar medidas cautelares y, a lo sumo, los facultan a pedir las al juez ordinario. Tal es el caso de las legislaciones sobre arbitraje de Costa Rica (artículo 52), Italia (artículo 818) y Suiza (para arbitrajes domésticos, artículo 26.1).

La Ley española de 1988, con todo lo que significó en la modernización del arbitraje en ese país, no contemplaba la posibilidad de que los árbitros dictasen medidas cautelares, interpretándose que ello implicaba que carecían de tal potestad. BARONA VILAR, Silvia. *Las medidas cautelares en el procedimiento arbitral español (según la nueva Ley de Arbitraje Número 36/1988)*. En: *La Ley*, 1991-A-905.

(20) Aunque no siempre con el mismo alcance, pueden verse, entre otras, las legislaciones sobre arbitraje de Alemania (artículo 1041), Austria (artículo 593), Bélgica (artículo 1696.1), Bolivia (artículo 35), Canadá (artículo 17), Chile (artículo 17), Colombia (artículo 152), Ecuador (artículo 9), España (artículo 23), Guatemala (artículo 22), Japón (artículo 24), Malasia (artículo 19.1), México (artículo 1433), Nicaragua (artículo 43), Panamá (artículo 24), Paraguay (artículo 20), Perú (artículo 47), Suecia (artículo 25), Suiza (para arbitrajes internacionales, artículo 183), Túnez (artículo 62) y Venezuela (artículo 26).

interpretado que la limitación está dirigida a la ejecución compulsiva y no al mero dictado de la medida cautelar: tal es el caso de Brasil⁽²¹⁾ y Uruguay⁽²²⁾. Excepcionalmente, algunas normas van aún más allá y dan a los propios árbitros ciertas facultades para hacer cumplir las medidas cautelares que adoptan⁽²³⁾.

Aun en el Derecho argentino, cuyas normas no son tan explícitas y que históricamente han sido interpretadas como una prohibición, hoy se admite unánimemente que el dictado de medidas cautelares forma parte del conjunto de atribuciones que tienen los árbitros⁽²⁴⁾. No obstante, subsisten algunas opiniones divergentes en torno a la ejecución de esas medidas: a nuestro juicio, la prohibición legal se di-

rige exclusivamente a los supuestos de ejecución compulsiva o forzada de las medidas cautelares y no impide que los árbitros intenten ponerlas en práctica de manera directa, sin requerir de una orden judicial⁽²⁵⁾; en contra, Peyrano considera que “*en ningún caso los árbitros puedan ejecutar sus propias resoluciones cautelares*”⁽²⁶⁾.

El texto original de la Ley Modelo de UNCITRAL (de 1985) consagraba de manera expresa la potestad de los árbitros de adoptar medidas provisionales cautelares respecto del objeto del litigio, salvo acuerdo en contrario de las partes (artículo 17). La reforma introducida en el año 2006 contempla de manera más detallada este tema, uno de aquellos a los que el Grupo de Trabajo había dado prioridad⁽²⁷⁾. La nece-

- (21) Ver artículo 22, Ley de Arbitraje 9307/1996 y comentarios en BATISTA MARTINS, Pedro A. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. pp. 243 y siguientes, con abundante cita de doctrina que coincide con esta opinión. Asimismo, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. San Pablo: Malheiros Editores, 1998. pp. 214 y siguientes; LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002. pp. 160 y 161.
- (22) Ver artículo 488, Código General del Proceso y comentarios en GIUFFRÀ, Carolina. *Teoría y práctica del proceso arbitral en el Código General del Proceso*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007. pp. 71 y siguientes, con cita de doctrina que coincide con esta opinión. En contra, SANTOS BELANDRO, Rubén B. *Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002. p. 143. En forma menos terminante, expresando dudas sobre el alcance de la norma, BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. *Manual de Arbitraje*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1973. p. 45.
- (23) Ver, por ejemplo, las legislaciones de Colombia (artículo 152), Ecuador (artículo 9.3) y Perú (artículo 48.1).
- (24) CAIVANO. *Op. cit.* en nota 17; CONIL PAZ, Alberto A. *La lucha por el arbitraje (El caso de las medidas cautelares)*. En: *El Derecho*, 181 - 238; PEYRANO, Jorge W. *Medidas cautelares en los procesos arbitrales*. En: *Jurisprudencia Argentina*, 2004-III-898; ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001. p. 610; ZINNY, Jorge H. *Medidas cautelares en el arbitraje*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Número 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998. p. 260; WAGNER, Horacio y PRATO, Osvaldo A. *Acerca de la posibilidad de obtener medidas cautelares antes del dictado del laudo arbitral*. En: *La Ley*, 1997-C-1362; ROSETTI, Graciela Susana. *Las medidas cautelares en el arbitraje*. En: *La Ley*, 1997-A-1016; MARTIN MARCHESINI, Gualtiero. *Las medidas cautelares en el proceso arbitral comercia*. En: *La Ley*, 2006-C-1208. Ver, asimismo, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Argentina), Sala B, 20/11/2002, *in re Soletanche Bachy Arg. S.A. c. Victorio Americo Gualtieri S.A.* La Ley, 2003-D-415.
- (25) CAIVANO. *Op. cit.* En el mismo sentido, ZINNY. *Op. cit.*, NOODT TAQUELA, María Blanca. *El arbitraje en Argentina*. Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje y Bolsa de Comercio, 2000. p. 102; y ARAZI, Roland. *Arbitraje nacional e internacional*. En: *La Ley*, 2005-D-1433.
- (26) PEYRANO. *Op. cit.*
- (27) SANDERS, Pieter. *UNCITRAL's Model Law on international and commercial arbitration: Present situation and future*. Arbitration International. Volumen 21. Número 4, 2005. pp. 443 y siguientes.

sidad de regular esta cuestión es explicada por la creciente utilización de medidas cautelares en la práctica del arbitraje comercial internacional (Notas Explicativas de la Secretaría de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Ley Modelo, parágrafo 4), y el nuevo texto, en síntesis, da una respuesta satisfactoria a los problemas que estas medidas representan⁽²⁸⁾.

La nueva versión mantiene el principio de que los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes, tienen la facultad de adoptar medidas provisionales cautelares y define a éstas como cualquier medida temporaria –dictada antes del laudo sobre el fondo– mediante la cual el tribunal arbitral ordena a las partes mantener o reponer el estado de cosas, tomar o abstenerse de tomar acciones que pudieran perjudicar el procedimiento, preservar activos con los que el laudo podría ser satisfecho o resguardar pruebas relevantes para resolver el conflicto (artículo 17). En el artículo 17-A se regulan las condiciones para conceder medidas cautelares: la parte que las solicita debe probar, a satisfacción del tribunal arbitral, que existe un daño potencial que no podría subsanarse de otro modo y que existe una razonable probabilidad de que el solicitante tenga éxito en su reclamo sobre el fondo. Asimismo, el texto actual incorpora la posibilidad de que los árbitros –si no se hubiese pactado lo contrario– dicten órdenes preliminares *inaudita parte*, a fin de evitar que la sustanciación de una solicitud de medida cautelar pudiera frustrar

su propósito (artículo 17-B). La nueva norma regula el trámite de la solicitud de medidas cautelares (artículo 17-C), la modificación, suspensión o levantamiento (artículo 17-D), la contracautela que el tribunal arbitral puede exigir al solicitante (artículo 17-E), la posibilidad de exigir al solicitante que revele todas las circunstancias relevantes relativas a su solicitud (artículo 17-F), la responsabilidad del solicitante por los costos y daños que pudieran resultar de ella (artículo 17-G), la forma en que deberá solicitarse el reconocimiento y ejecución extraterritorial de estas medidas (artículo 17-H) y las causales por las cuales puede denegarse su reconocimiento o ejecución (artículo 17-I). Finalmente, contempla que los tribunales judiciales, aunque no sean los del lugar del arbitraje, pueden igualmente dictar medidas cautelares, las que se regirán por las normas previstas para regular los procedimientos judiciales, teniendo en consideración las especiales características del arbitraje internacional (artículo 17-J).

3. LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN ALGUNAS LEGISLACIONES NACIONALES

La ejecución de las medidas cautelares en el mismo Estado donde el tribunal arbitral tiene su sede no plantea mayores dificultades: serán ejecutables judicialmente de conformidad y por los medios que la legislación de ese Estado provea⁽²⁹⁾. Los problemas –y las dudas–

(28) MONDRAGÓN-LÓPEZ, Omar. *Medidas cautelares ex parte en arbitraje internacional: la reforma del artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL*. En: *Revista del Centro de Arbitraje de México*, 10 de febrero de 2006.

(29) Algunas, como la legislación argentina (CPCCN, artículo 753) prevén un mecanismo específico de ejecución; otras, como la legislación española (Ley de Arbitraje, artículo 23.2) mandan que se ejecuten como los laudos definitivos.

suelen plantearse cuando la decisión cautelar de los árbitros pretende hacerse valer en otro Estado, dado que la Convención de Nueva York no se refiere expresamente al tema y la mayoría de las legislaciones nacionales nada dice acerca de cuál es la naturaleza de una decisión cautelar adoptada por un tribunal arbitral, ni tampoco acerca de los medios previstos para su ejecución extraterritorial⁽³⁰⁾.

Algunas pocas legislaciones, sin embargo, se ocupan más o menos directamente del tema.

3.1. Holanda

La legislación holandesa (1986) no faculta directamente a los árbitros a dictar medidas cautelares, sino que autoriza a las partes a otorgarles atribuciones para adoptar decisiones en un “procedimiento sumario”⁽³¹⁾, sujeto a algunas limitaciones (artículo 1051.1)⁽³²⁾.

Cuando ello sucede, tales decisiones cautelares de los árbitros son expresamen-

te asimiladas a los laudos definitivos: “*serán consideradas un laudo arbitral, al que se aplicarán las disposiciones de las Secciones III a V del presente Título*”⁽³³⁾ (artículo 1051.3)⁽³⁴⁾.

3.2. Suiza

Como ya anticipamos, la legislación suiza sobre arbitraje doméstico no admite la posibilidad de que los árbitros dicten medidas cautelares: aunque prevé que las partes puedan someterse “voluntariamente” a las medidas cautelares “propuestas” por los árbitros, dispone que los tribunales judiciales son los únicos competentes para adoptarlas⁽³⁵⁾.

En materia internacional, en cambio, la Ley de Derecho Internacional Privado de 1987, luego de establecer que los árbitros pueden, salvo pacto en contrario, dictar medidas cautelares, prevé que si las mismas no fuesen voluntariamente cumplidas, el tribunal arbitral podrá requerir la asistencia del juez, quien deberá aplicar su propia legislación (artículo 183)⁽³⁶⁾.

⁽³⁰⁾ “Some laws provide for the enforcement of interim measures. In general these rules are limited to interim measures ordered by tribunals which have their seat in the country of the enforcing court. Where the tribunal has its seat in a different country these rules do not apply; nor do they cover the enforcement of interim measures abroad”. LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A. y KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003. p. 611.

⁽³¹⁾ El objeto de las decisiones adoptadas en el curso del referido “procedimiento sumario” es, en esencia, obtener un remedio provisional. SANDERS, Pieter. *The new Dutch Arbitration Act*. Arbitration International. Volumen 3. Número 3, 1987. pp. 194 y siguientes.

⁽³²⁾ Code of Civil Procedure, Book Four: Arbitration, article 1051.1: “The parties may agree to empower the arbitral tribunal or its chairman to render an award in summary proceedings, within the limits imposed by article 289(1) (...)”.

⁽³³⁾ Estas disposiciones son, precisamente, las que se refieren a la ejecución de los laudos.

⁽³⁴⁾ Code of Civil Procedure, article 1051.3: “A decision rendered in summary arbitral proceedings shall be regarded as an arbitral award to which the provisions of Sections Three to Five inclusive of this Title shall be applicable”.

⁽³⁵⁾ Concordat sur l'arbitrage (1969), article 26: “(1) Les autorités judiciaires ordinaires sont seules compétentes pour ordonner des mesures provisionnelles. (2) Toutefois, les parties peuvent se soumettre volontairement aux mesures provisionnelles proposées par le tribunal arbitral”.

⁽³⁶⁾ Loi fédérale sur le droit international privé, article 183: “(1) Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande d'une partie. (2)

En acreditada opinión, esta norma debe ser interpretada como una autorización para que un tribunal judicial ejecute la medida cautelar dispuesta por los árbitros, a solicitud de éstos, cuando la parte no la cumpla voluntariamente⁽³⁷⁾.

3.3. Reino Unido

La Ley inglesa de Arbitraje de 1996 dispone que, mediante un acuerdo expreso, las partes pueden conceder al tribunal arbitral facultades para dictar medidas cautelares, tales como órdenes de pago provisionales o de disposición de bienes (artículo 39)⁽³⁸⁾. Y, en casos en que así ocurra, salvo acuerdo en contrario de las partes, un tribunal judicial puede emitir una orden exigiendo a una de ellas el cumplimiento de una medida cautelar o provisoria emanada de un tribunal arbitral (artículo 42.1)⁽³⁹⁾.

Sin embargo, parece dudoso que esta norma sea aplicable a medidas dispuestas

por árbitros con sede fuera del Reino Unido, desde que el artículo 1.2 de la misma ley establece que las disposiciones de la Parte I (entre las que se encuentra el artículo 48) serán de aplicación cuando la sede del arbitraje sea Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte⁽⁴⁰⁾.

3.4. Alemania

La legislación alemana, reformada en 1998, también prevé que, salvo acuerdo en contrario, el tribunal arbitral podrá, a petición de parte, ordenar las medidas cautelares que considere necesarias con relación al objeto de la controversia⁽⁴¹⁾. En tal supuesto, esa medida podrá ser ejecutada judicialmente. Debe hacerse notar, empero, que la norma no obliga al juez a ejecutarlas, sino que lo faculta a hacerlo: por un lado, dispone que el tribunal *podrá*, a pedido de parte, permitir la ejecución de una medida cautelar (artículo 1041.2)⁽⁴²⁾; por el otro,

Si la partie concernée ne s'y soumet pas volontairement, le tribunal arbitral peut requérir le concours du juge compétent. Celui-ci applique son propre droit".

(37) "The new statute may be understood to permit court intervention only upon the request of the arbitral tribunal if a party does not voluntarily comply with the arbitrators' order". GAILLARD, Emmanuel. *A foreign view of the new Swiss Law on International Arbitration*. En: *Arbitration International*. Volumen. 4. Número 1, 1988. pp. 25 y siguientes.

(38) Arbitration Act, 1996, Section 39: "(1) The parties are free to agree that the tribunal shall have power to order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award. (2) This includes, for instance, making (a) a provisional order for the payment of money or the disposition of property as between the parties, or (b) an order to make an interim payment on account of the costs of the arbitration. (...) (4) Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no such power (...)".

(39) Arbitration Act, 1996, Section 42.1: "Unless otherwise agreed by the parties, the court may make an order requiring a party to comply with a peremptory order made by the tribunal".

(40) "English law does not provide for the applicability of section 42 if the seat of the arbitration is outside England, Wales or Northern Ireland. It is therefore not possible to apply for the enforcement of a 'foreign' arbitrator-granted interim order under this provision". SCHAEFER, Jan K. *New solutions for interim measures of protection in international commercial arbitration: English, German and Hong Kong law compared*. En: *Electronic Journal of Comparative Law*. Volumen. 2.2, agosto de 1998.

(41) German Arbitration Act (Act on the Reform of the Law relating to Arbitral Proceedings, incorporated as Tenth Book of the Code of Civil Procedure), Section 1041.1: "Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order such interim measures of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute (...)".

(42) German Arbitration Act, Section 1041.2: "The court may, at the request of a party, permit enforcement of a measure referred to in subsection 1, unless application for a corresponding interim measure has already

expresamente lo autoriza a resolver sobre la ejecución, *anulación o modificación* de una medida cautelar (artículo 1062.3)⁽⁴³⁾.

No existe acuerdo en la doctrina respecto de si esta norma es igualmente aplicable a medidas cautelares “extranjeras”. En opinión de algunos autores, esta norma sólo regiría para medidas cautelares que pretendan ejecutarse en Alemania, y que hayan sido dispuestas por un tribunal arbitral con sede en Alemania⁽⁴⁴⁾. Para otros la cuestión es dudosa⁽⁴⁵⁾. Y algunos opinan que de conformidad con la legislación alemana, podrá requerirse el auxilio judicial para la ejecución forzada aun de medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales con sede en el extranjero⁽⁴⁶⁾. Esta última conclusión parece tener apoyo en el artículo 1062.2, que establece la competencia de la Suprema Corte Regional del lugar donde la parte ejecutada tenga su sede o su residencia habitual o donde se encuentren los bienes o

las cosas en disputa o afectadas por la medida “si el lugar del arbitraje en los casos a que se refiere el artículo 1062.1.3 está fuera de Alemania”⁽⁴⁷⁾. Esta última norma es, precisamente, la que se refiere a la ejecución de medidas cautelares dispuestas por un tribunal arbitral al amparo del artículo 1041.

3.5. España

La Ley de Arbitraje española (Número 60/2003) asimila las medidas cautelares, a los fines de su ejecución forzosa, con los laudos. Por un lado establece la facultad de los árbitros de “adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio” (artículo 23.1). Por el otro, dispone que “a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos” (artículo 23.2).

been made to a court. It may recast such an order if necessary for the purpose of enforcing the measure” (énfasis agregado).

- (43) German Arbitration Act, Section 1062.1: “The Higher Regional Court (*Oberlandesgericht*) designated in the arbitration agreement or, failing such designation, the Higher Regional Court in whose district the place of arbitration is situated, is competent for decisions on applications relating to (...) 3. The *enforcement, setting aside or amendment* of an order for interim measures of protection by the arbitral tribunal” (énfasis agregado).
- (44) Ello fundamentalmente por cuanto el artículo 1025.1, al definir el ámbito de aplicación de la ley, dispone que ella se aplicará si el lugar del arbitraje está situado en Alemania. BERGER, Klaus P. y KESSEDJIAN, Catherine. *The new German Arbitration Law in international perspective*. La Haya: Kluwer Law International, 2000. p. 11.
- (45) REINER, Andreas. Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI. En : *Journal du Droit International*. Número 125, 1998. pp. 853 y siguientes.
- (46) “Germany is the first country which provided for cross-border enforcement of arbitrator-granted interim relief in its national law. Under German law, arbitrator-granted interim relief can be enforced in Germany even if the seat of arbitration is outside Germany. This is a progressive, unilateral step to solve the cross-border enforcement issue especially relevant with respect to international commercial arbitrations. If all countries follow this example, the need for an international instrument to provide a cross-border enforcement mechanism for interim measures of protection can be relieved”. SCHAEFER. *Op. cit.*
- (47) German Arbitration Act, Section 1062.2: “If the place of arbitration in the cases referred to in subsection (...) 1.3 (...) is not in Germany, competence lies with the Higher Regional Court (*Oberlandesgericht*) where the party opposing the application has his place of business or place of habitual residence, or where assets of that party or the property in dispute or affected by the measure is located, failing which the Berlin Higher Regional Court (*Kammergericht*) shall be competent”.

En comentario a esta norma, se señala que ella facilitará la ejecución en el extranjero de medidas cautelares dispuestas por tribunales arbitrales cuya sede sea España: “con el fin de dotar (a las medidas cautelares) de la máxima eficacia, e independientemente de la calificación y forma que el árbitro le haya dado, las decisiones sobre medidas cautelares podrán ser ejecutadas como si se tratara de laudos arbitrales, lo cual no sólo permitirá su ejecución en España, sino también su ejecución en el extranjero bajo la Convención de Nueva York, sobre la base de que, según el ordenamiento legal del país donde han sido dictadas (es decir, la Ley de Arbitraje española), se les considera laudos”⁽⁴⁸⁾.

Sin embargo, otro autor pone en duda que los jueces españoles acepten, sobre esa base, ejecutar medidas cautelares dispuestas por tribunales arbitrales con sede en el extranjero: “los (laudos) dictados en el extranjero no gozan necesariamente, cuando contengan medidas cautelares, del mismo tratamiento que los nacionales. Esto quiere decir que no es tan sencillo afirmar que las decisiones en la materia vayan a recibir, por la vía del artículo 23.2 de la Ley de Arbitraje, la misma consideración o trato que los dictados en España: no en vano, el referido precepto habla de “anulación y ejecución forzosa” y nunca de reconocimiento y ejecución. La Ley de Arbitraje se refiere a decisiones arbitrales cautelares dictadas en España y a ser ejecutadas en España, lo cual, cuando de arbitraje internacional se trata, le da un corto alcance en la práctica: no es usual, como

es sabido, que la sede del arbitraje coincida con la de los intereses, principales o secundarios, de ninguna de las partes”⁽⁴⁹⁾.

3.6. Ley Modelo de UNCITRAL

La norma que más detalladamente regula la cuestión es la nueva versión de la Ley Modelo de UNCITRAL de 2006.

Por un lado, el artículo 17-H autoriza sin ambages la ejecución extraterritorial de las medidas cautelares: “(1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17-I. (2) La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida. (3) El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los Derechos de terceros”.

Por el otro, el artículo 17-I establece los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución y algunos límites a las facultades del juez del exequátur⁽⁵⁰⁾.

(48) MANTILLA SERRANO. *Op. cit.* p. 148.

(49) FERNÁNDEZ ROZAS. *Op. cit.*

(50) En nota al pie de este artículo se aclara que “Las condiciones enunciadas en el artículo 17-I tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que un tribunal podrá denegar la ejecución de una medida cautelar. No se menoscabará en nada el objetivo de armonización que se intenta lograr con estas disposi-

“(1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente: (a) Si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que: (i) Dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36⁽⁵¹⁾; o (ii) No se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o (iii) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo Derecho dicha medida se otorgó; o (b) Si el tribunal resuelve que: (i) La medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que (ii) Alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al

reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar⁽⁵²⁾. (2) Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar”.

3.7. Austria

La legislación de Austria, reformada en 2006, faculta a los árbitros, salvo pacto en contrario, a dictar –a pedido de parte y previa audiencia del afectado– las medidas cautelares o de protección que consideren necesarias en relación con la materia objeto de la disputa, cuando de otro modo la ejecución del laudo pudiera verse frustrada o impedida o hubiese peligro de que se cause un daño irreparable (artículo 593.1)⁽⁵³⁾.

Asimismo, a pedido de parte, el tribunal judicial competente en el lugar

ciones modelo si un Estado prevé en su legislación menos supuestos en los que pueda denegarse la ejecución de una medida cautelar”.

- (51) Estas casuales son: (i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; (ii) Que la parte contra la cual se invoca la decisión no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus Derechos; (iii) Que la decisión se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; (iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
- (52) Estas causales son: (i) Que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; (ii) Que el reconocimiento o la ejecución de la medida serían contrarios al Orden Público.
- (53) Austrian Code of Civil Procedure, Fourth Section: Arbitration Procedure, article 593.1: “Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party order any party, after hearing such party, to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject matter of the dispute, as otherwise the enforcement of the claim would be frustrated or

donde el ejecutado tenga su sede, domicilio o lugar habitual de sus negocios deberá ejecutar la medida, pudiendo, si se tratase de una medida desconocida en Austria, adaptarla a aquella conocida más parecida, o enmendarla para salvaguardar el objetivo que ella perseguía (artículo 593.3)⁽⁵⁴⁾.

A continuación prevé las razones por las cuales el juez puede negarse a ejecutar la medida: (i) Si la sede del arbitraje es Austria y la medida está afectada por alguna de las causales previstas para anular un laudo doméstico, tales como la inexistencia o invalidez del acuerdo arbitral, la violación al Derecho de defensa en juicio, el ejercicio excesivo de los poderes del tribunal arbitral por comprender materias no arbitrables o no sometidas a arbitraje, la irregular composición del tribunal arbitral y la violación al Or-

den Público; (ii) Si la sede del arbitraje no es Austria y la medida está afectada por alguna de las causales que permiten denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo extranjero; (iii) Si la ejecución de la medida es incompatible con una previa orden judicial austríaca o con una orden judicial extranjera que fuese susceptible de reconocimiento y ejecución en Austria; o (iv) Si la medida fuese desconocida en Austria y no hubiese posibilidad de adaptarla o enmendarla para que encuadre en alguna de las conocidas (artículo 593.4)⁽⁵⁵⁾.

En el procedimiento de ejecución judicial de la medida cautelar dictada por los árbitros el juez puede oír previamente a la parte contra la cual se intenta ejecutar, aunque éste sólo podrá basar su oposición en las causales previstas en el numeral 4 del mismo artículo (artículo 593.5)⁽⁵⁶⁾.

considerably impeded or there is a danger of an irretrievable damage. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure (...)."

(54) Austrian Code of Civil Procedure, article 593.3: "Upon application of a party the district court (*'Bezirksgericht'*) where the opponent of the endangered party has its seat, domicile or usual place of residence within this state at the time of the first filing of the plea, otherwise the district court (*'Bezirksgericht'*) in whose area the measure of enforcement for the preliminary injunction shall take place, shall enforce such measure. Where the measure provides for a measure of protection unknown to Austrian law, the court can upon application and hearing of the opponent, execute such kind of measure of protection of Austrian law which comes closest to the measure of the arbitral tribunal. In this case the court can also upon application amend the measure of the arbitral tribunal in order to safeguard the realization of its purpose".

(55) Austrian Code of Civil Procedure, article 593.4: "The court shall refuse to enforce a measure under paragraph (1) of this article, if: 1). The place of arbitration is in this state and the measure suffers a defect which would constitute a reason for setting aside an arbitral award of this state under articles 611 paragraph (2), 617 paragraph (6) and (7) or 618 of this law; 2). The place of arbitration is not in this state and the measure suffers a defect which would constitute cause for refusal of recognition or enforcement, in the case of a foreign arbitral award; 3). The enforcement of the measure would be incompatible with a court measure of this state which was either applied for or made earlier, or would be incompatible with a foreign court measure which was made earlier and which is to be recognised; 4). The measure provides for a measure of protection unknown to Austrian law and no appropriate measure of protection as provided by Austrian law was applied for".

(56) Austrian Code of Civil Procedure, article 593.5: "The court may hear the opponent prior to making its decision on the enforcement of the measure under paragraph (1) of this article. If the opponent was not heard prior to the taking of the decision, he can lodge an objection against the order of enforcement in the sense of article 397 of the Austrian Enforcement Act (*'Exekutionsordnung'*). In both cases the opponent may merely argue that there is a ground for refusing the enforcement as referred to in paragraph (4) of this article (...)."

Finalmente, prevé que el juez deberá anular la orden de ejecución si: (i) El plazo de la medida dispuesta por los árbitros expiró; (ii) El tribunal arbitral la limitó o dejó sin efecto; (iii) Se da alguna de las circunstancias previstas en el artículo 399.1 de la Ley de Ejecución (“*Exekutionsordnung*”)⁽⁵⁷⁾, a menos que esa circunstancia hubiese sido expuesta ante los árbitros y rechazada por ellos, y no hubiese obstáculos para reconocer esa decisión; o (iv) Se hubiese ofrecido una garantía que hiciese innecesario ejecutarla (artículo 593.6)⁽⁵⁸⁾.

3.8. Nueva Zelanda

Siguiendo esta misma línea, la legislación de Nueva Zelanda (según modificación efectuada por Ley N° 94 de 2007), dispone que una medida cautelar ordena-

da por un tribunal arbitral debe ser reconocida como vinculante y, salvo pacto en contrario, ejecutada por el juez competente de conformidad con lo previsto en el artículo siguiente, independientemente del país donde haya sido dictada. Al mismo tiempo, impone al beneficiario de la medida cautelar el deber de informar inmediatamente al juez de cualquier modificación, suspensión o revocación de la medida. Y faculta al tribunal judicial a exigir una contracautela al ejecutante, si esa cuestión no fue ya decidida por los árbitros o ello es necesario para proteger los Derechos de terceros (artículo 17-L)⁽⁵⁹⁾.

Luego contempla, siguiendo la nueva versión de la Ley Modelo de UNCTRAL, las causales por las cuales el juez puede denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar arbitral (artículo 17-M)⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ Conforme esta legislación, los jueces austríacos tienen facultades para dejar sin efecto o limitar la ejecución de una medida cautelar cuando: (i) Una medida menos gravosa puede igualmente cumplir la finalidad, (ii) La medida dispuesta dejó de ser necesaria por haber variado las circunstancias, (iii) La parte afectada ofrece seguridades suficientes, o (iv) El Derecho que pretende asegurar ha sido denegado en una sentencia definitiva.

⁽⁵⁸⁾ Austrian Code of Civil Procedure, article 593.6: “The court shall set aside the enforcement if: 1). The term of the measure as set by the arbitral tribunal has expired; 2). The arbitral tribunal has limited the scope of or set aside the measure; 3). A case as referred to in article 399 paragraph (1) numbers 1-4 of the Austrian Enforcement Act (*Exekutionsordnung*) is given; unless such a circumstance was unsuccessfully put forward to the arbitral tribunal and no obstacles against acknowledgement (Paragraph 4) stand against the respective decision of the arbitral tribunal; 4). A security as referred to in paragraph (1) of this article was provided which makes the enforcement unnecessary”.

⁽⁵⁹⁾ New Zealand Arbitration Act, 1996, Schedule 1 (as amended on 18 October 2007, by section 8(4) of the Arbitration Amendment Act 2007 (2007 Número 94), article 17-L: “(1) An interim measure granted by an arbitral tribunal must be recognised as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent Court, irrespective of the country in which it was granted. (2) Paragraph (1) is subject to article 17M. (3) The applicant for recognition or enforcement of an interim measure under article 35 must promptly inform the Court of any modification, suspension, or cancellation of that interim measure. (4) The Court may, if it considers it proper, order the applicant to provide appropriate security if: (a) the arbitral tribunal has not already made a decision with respect to the provision of security; or (b) the decision with respect to the provision of security is necessary to protect the rights of third parties”.

⁽⁶⁰⁾ New Zealand Arbitration Act, article 17-M: “(1) Recognition or enforcement of an interim measure may be refused only: (a) at the request of the respondent if the Court is satisfied that: (i) the refusal is warranted on the grounds set out in article 36(1)(a)(i), (ii), or (iv); or (ii) the arbitral tribunal's decision with respect to the provision of security in connection with the interim measure granted by it has not been complied with; or (iii) the interim measure has been suspended or cancelled by the arbitral tribunal or, if so empowered, by the Court of the country in which the arbitration took place or under the law of which that interim measure

Las razones por las cuales se adoptó esta normativa están explicadas en el informe de la comisión encargada de actualizar la Ley de Arbitraje: por un lado, incrementar la seguridad jurídica, lo que se consigue describiendo el concepto de una medida cautelar, las condiciones para su otorgamiento y sus efectos, incluyendo la aclaración de que son ejecutables en Nueva Zelanda aún las medidas cautelares dispuestas por árbitros con sede en el extranjero; por el otro, asegurar la consistencia de la legislación neocelandesa con la Ley Modelo de UNCITRAL y demostrar el interés del país en mantener sus normas armonizadas y actualizadas con las modernas tendencias en materia de arbitraje⁽⁶¹⁾.

3.9. Perú

Inspirada en estos modelos, la Ley de Arbitraje peruana de 2008 (aprobada por Decreto Legislativo Número 1071/2008⁽⁶²⁾, y en vigencia desde el 1 de septiembre de 2008) contiene una norma que contempla de manera expresa la cuestión.

Conforme su artículo 48.4: “*Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77, con las siguientes particularidades: (a) Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, sólo por las causales a, b, c y d del apartado 2 del artículo 75⁽⁶³⁾, o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d. de este apartado. (b) La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9. (c) Los plazos dispuestos en los apartados 2 y 3 del artículo 76 serán de diez (10) días. (d) La autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar*

was granted; or (b) if the Court finds that: (i) the interim measure is incompatible with the powers conferred on the Court, unless the Court decides to reformulate the interim measure to the extent necessary to adapt it to its own powers and procedures for the purposes of enforcing that interim measure and without modifying its substance; or (ii) any of the grounds set out in article 36(1)(b) apply to the recognition and enforcement of the interim measure. (2) A determination made by the Court on any ground in paragraph (1) is effective only for the purposes of the application to recognise and enforce the interim measure. (3) The Court must not, in making that determination, undertake a review of the substance of the interim measure”.

(61) KAWHARU, Amokura. *New Zealand's Arbitration Law receives a tune-up. A Review of recent amendments to the New Zealand Arbitration Act 1996*. En: *Arbitration International*. Volumen 24. Número 3, 2008. pp. 405 y siguientes.

(62) Sobre el tema, ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J. *La nueva Ley de Arbitraje peruana: Un nuevo salto a la modernidad*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 7. 2008. pp. 43 - 84.

(63) Si se prueba que: (a) Una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio no es válido, en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la medida; (b) La parte contra la cual se invoca la medida 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) La medida se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contiene decisiones que exceden sus términos; (d) La composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.

la solicitud de reconocimiento. (e) La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla”.

4. EL QUID DE LA CUESTIÓN: ¿SE APLICA LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK A LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES?

Aunque este era el específico objetivo de este trabajo, creímos necesario, para poner la cuestión en contexto, analizar previamente las facultades que se reconocen generalmente a los árbitros para dictar medidas cautelares y la forma en que se ha ido admitiendo la posibilidad de obtener su ejecución forzada en sede judicial, aun respecto de medidas dictadas por árbitros cuya sede está en otro país. Toca examinar, en este punto, si esa ejecución judicial puede hacerse al amparo de la Convención de Nueva York.

Para ello, comenzaremos por explicar por qué, a nuestro juicio, las medidas cautelares son inherentemente ejecutables, aun extraterritorialmente. Luego examinaremos la compatibilidad de estas medidas con los postulados de la Convención. Anticipando que daremos respuesta afirmativa a ese interrogante y sostendremos que

la Convención se aplica a toda decisión que pueda calificarse como “laudo”, finalmente analizaremos cuál es la ley conforme la cual debe hacerse esa calificación.

4.1. La intrínseca ejecutabilidad de las medidas cautelares

En toda medida cautelar es posible separar claramente dos fases: la “decisión” y la “ejecución”. La primera implica un ejercicio puramente intelectual, consistente en emitir un pronunciamiento sobre la procedencia y, en su caso, sobre la extensión, alcance y condiciones en que se concede la medida solicitada. La segunda, en cambio, implica hacerla cumplir, llevarla a la práctica, lo que en caso de resistencia puede hacer necesario el uso de coacción. Esta diferencia justifica sobradamente que los árbitros, a pesar de carecer de *imperium*, puedan decretar medidas cautelares, pues para ello no es necesario ejercer coerción alguna. Y también justifica que se provean remedios judiciales tendientes a obtener de los magistrados con *imperium* la compulsión necesaria para obtener su cumplimiento forzado.

Por definición, las cautelares son medidas que se disponen ante situaciones de riesgo o peligro que requieren ser urgentemente atendidas para evitar un perjuicio a una de las partes⁽⁶⁴⁾. Y, aunque fuese cierto que en la práctica suelen ser espontáneamente cumplidas por el destinatario⁽⁶⁵⁾, no es posible descansar en la confianza de que ello sucederá.

⁽⁶⁴⁾ Uno de los requisitos universalmente exigidos para la procedencia de una medida cautelar es la existencia de *periculum in mora*.

⁽⁶⁵⁾ Algunos autores señalan que las partes generalmente cumplen voluntariamente con las medidas dispuestas por los árbitros, para no predisponer al tribunal que todavía debe dictar el laudo definitivo. CRAIG, William Laurence, PARK; William W. y PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3ra. Edición. Nueva York: Oceana Publications, 2000. p. 460.

Las medidas cautelares no son resoluciones puramente declarativas ni su objeto se agota con el mero dictado. Traducen la imposición de un deber, de una conducta –hacer o abstenerse de hacer– que constituye el fin último de su función, y que sirve para asegurar la eficacia del laudo⁽⁶⁶⁾. Por lo que, de no existir forma de hacerlas cumplir –aun contra la voluntad del destinatario– las mismas carecerían de todo sentido y utilidad⁽⁶⁷⁾. Dicho de otro modo, el mero pronunciamiento sobre la procedencia de una medida cautelar de nada sirve si no es posible lograr que la conducta ordenada sea efectivamente llevada a cabo. Es casi de perogrullo enfati-

zar que las medidas cautelares son esencialmente, inherentemente ejecutables, pues el cumplimiento de la obligación que engendran es su destino natural⁽⁶⁸⁾.

Consistentes con ello, algunas de las legislaciones nacionales que autorizan a los árbitros a dictar medidas cautelares establecen, de manera expresa, el deber de los jueces de prestar su *imperium* para que sean ejecutadas⁽⁶⁹⁾. Otras son menos terminantes, pero suficientemente claras en admitir una acción judicial tendiente a obtener la asistencia o auxilio de los jueces para su cumplimiento forzado⁽⁷⁰⁾. Y aún en aquellas que nada dicen sobre su ejecución⁽⁷¹⁾,

(66) “La utilidad misma del laudo para la parte favorecida depende de que pueda ejecutarse la medida provisional destinada a facilitar la ejecución ulterior”. Informe del Grupo de Trabajo de UNCITRAL sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 32° período de sesiones (Viena, marzo de 2000), Documento A/CN. 9/468, p. 14.

(67) “Because enforcement is one of the most important aspects of a successful arbitration, it is necessary to ensure proper enforcement of the critical interim measures or provisional remedies granted by arbitral tribunals (...) To make arbitrations effective, it is necessary to implement some mechanism that can ensure that interim measures can be appropriately granted and enforced”. WANG, William. *International arbitration: The need for uniform interim measures of relief*. En: *Brooklyn Journal of International Law*. Volumen 28, 2003. pp. 1081 y siguientes.

“(T)he need of the parties for quick effective interim measures may only be satisfied by local courts, which have an increasing complementary and supportive role”. MARCHAC, Gregoire. *Interim measures in international commercial arbitration under the ICC, AAA, LCIA and UNCITRAL rules*. En: *The American Review of International Arbitration*. Volumen 10, 1999. pp. 123 y siguientes.

(68) “The authority to issue interim measures of protection is inherent in, and essential to, the authority of courts and tribunals. At the most basic level, courts and tribunals function to resolve disputes between parties. If they are to do so, they must have the means while the dispute is pending to control the actions of the parties that have submitted the dispute to them to the end that the ultimate decision will count. Without that prospect, the arbitral process, no less than the judicial process, would be undermined”. DONOVAN, Donald Francis. *The scope and enforceability of provisional measures in international commercial arbitration. A survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and proposals for moving forward*. In: *ICCA Congress series*. Número 11, 2003. pp. 82 y siguientes.

(69) A título de ejemplo, la legislación austríaca dispone que, a pedido de parte, el tribunal judicial competente “debe” ejecutar la medida cautelar dispuesta por los árbitros (artículo 593.3). En similares términos puede verse la legislación panameña (artículo 24). Más enfáticamente, la legislación boliviana habilita el auxilio judicial para la ejecución de medidas cautelares dispuestas por los árbitros (artículo 36), obligando al juez a proveer la solicitud “sin sustanciación en un plazo máximo de cinco días de recibida” y estableciendo que “salvo que la medida solicitada sea contraria al Orden Público, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir la solicitud sin juzgar sobre su procedencia o improcedencia ni admitir oposición o recursos” (artículo 37).

(70) Ver, por ejemplo, la legislación suiza sobre arbitraje internacional (artículo 183.2) o la legislación de Túnez (artículo 62.2).

(71) Tal es el caso de la originaria Ley Modelo de UNCITRAL de 1985 y de aquellas que han seguido literalmente su texto (por ejemplo, Chile, México o Japón).

es dable inferir que admiten la posibilidad de hacerlas ejecutar judicialmente, pues no es lógico suponer que autorizan a los árbitros a disponer medidas cautelares pero no habilitan un medio para que sean impuestas coercitivamente.

Este cuadro de situación permite presentar una primera conclusión: salvo, naturalmente, en aquellos países cuyas legislaciones no facultan a los árbitros a decretar medidas cautelares, no parece haber dificultades en obtener la ejecución forzada, por medio del tribunal judicial competente, de una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuya sede se encuentre en el mismo Estado donde se pretende su ejecución⁽⁷²⁾.

4.2. La eficacia extraterritorial de las medidas cautelares

Las medidas cautelares ordenadas por jueces son generalmente ejecutables extraterritorialmente⁽⁷³⁾. También lo son los laudos arbitrales definitivos. En ambos casos, el fundamento es la cooperación internacional que los Estados aceptan prestarse recíprocamente para que los actos cumplidos por tribunales competentes con sede en uno de ellos puedan hacerse cumplir en otros⁽⁷⁴⁾.

En materia de arbitraje, ya desde la Convención de Ginebra de 1927, pero

especialmente a partir del extraordinario grado de adhesión que ha tenido la Convención de Nueva York, los Estados han aceptado ejecutar laudos arbitrales extranjeros. Es decir, han accedido a poner las facultades de *imperium* de sus jueces para que las decisiones arbitrales sean efectivamente cumplidas. Más allá del enunciado principio de cooperación internacional, la razón por la que se acepta la eficacia extraterritorial de un laudo definitivo es que fue dictado por un tribunal competente, al que las partes voluntariamente se sometieron, en uso de sus legítimas atribuciones. Ese mismo razonamiento conduciría a adoptar idéntico temperamento con las medidas cautelares arbitrales, que son también decisiones adoptadas por un tribunal igualmente competente y sobre la base de atribuciones que son igualmente legítimas. Si son ejecutables extraterritorialmente las decisiones que, como los laudos finales sobre el fondo, importan una afectación definitiva e irreversible del patrimonio del ejecutado: ¿por qué no serlo las medidas cautelares, que sólo lo afectan transitoria y provisionalmente?

Por otro lado, como se ha visto, las medidas cautelares arbitrales son ejecutables localmente. Lo que nos motiva a preguntarnos por qué esos efectos habrían de limitarse al mismo territorio en que el arbitraje tiene sede. Tal razonamiento

(72) "Jurisdictions which allow interim measures to be ordered by arbitral tribunals also provide for the enforcement of such measures. This hypothesis (the enforcement of the arbitral interim measures in the country where the arbitral tribunal has its seat), therefore, should not give rise to any problems". DI PIETRO, Domenico y PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: The New York Convention of 1958*. Londres: Cameron, May, 2001. p. 44.

(73) Ver, por ejemplo, en el ámbito latinoamericano, la Convención sobre cumplimiento de medidas cautelares (CIDIP II - Medidas Cautelares, Montevideo, 1979).

(74) La cooperación es uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional Privado. Tanto que ella procedería aun a falta de norma expresa que la prevea y, más bien, procedería siempre a excepción de aquellos casos en que una norma indique lo contrario. Véscovi, Enrique. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Montevideo: Idea, 2000. pp. 16 y siguientes.

llevaría a desvirtuar por completo el fatigoso camino que debió recorrerse para obtener el reconocimiento de facultades cautelares en cabeza de los árbitros, e implicaría un extraordinario retroceso en la historia, pues, en los hechos, nos volvería a los tiempos en que no se admitía que los árbitros dictaran medidas cautelares. Y, además, privaría al arbitraje internacional de una herramienta que es tanto o más necesaria en controversias internacionales que en aquellas puramente domésticas⁽⁷⁵⁾.

Finalmente, como también señalamos, las medidas cautelares judiciales son ejecutables extraterritorialmente. Si los árbitros tienen atribuciones semejantes a las de los jueces en orden al dictado de medidas cautelares, y si éstas cumplen la misma finalidad en un proceso judicial que en un arbitraje⁽⁷⁶⁾ surge nuevamente la pregunta: ¿por qué dar a las medidas dictadas por árbitros un tratamiento diferente?

Dicho de otro modo: si los laudos extranjeros definitivos son ejecutables, si las medidas cautelares judiciales extranjeras son también ejecutables, y si las medidas cautelares arbitrales son ejecutables localmente, no se advierte razón para que éstas no tengan el mismo efecto cuando pretenden ser ejecutadas en un Estado diferente. Lo cual, como es obvio, será la situación más frecuente en arbitrajes internacionales, dado que la

“neutralidad” buscada por las partes al escoger la sede del arbitraje usualmente deriva en que ninguna de las partes tiene vínculos con –y, por lo tanto, no tiene bienes en– ese país.

Nos hacemos cargo de que esta conclusión no lleva, necesariamente, a inferir que la ejecución extraterritorial de una medida cautelar deba ser hecha al amparo de la Convención de Nueva York (de ello nos ocuparemos seguidamente). Pero sirve como premisa inicial de nuestro razonamiento: una medida cautelar emanada de un árbitro autorizado para adoptarla es una decisión intrínsecamente ejecutable. Y es ejecutable por intermedio de un juez estatal, que presta auxilio a los árbitros haciendo uso de su *imperium* para que la medida dispuesta por los árbitros se efectivice, si no fuese espontáneamente acatada.

Nuestra segunda conclusión, así, es que si una medida cautelar es ejecutable localmente, nada impide que tenga idénticos efectos fuera de ese Estado.

4.3. La ejecución de las medidas cautelares al amparo de la Convención de Nueva York

El problema que resta analizar es si esa ejecución puede realizarse, extraterritorialmente, al amparo de la

(75) “Provisional measures have particular importance in international disputes. Cases involving litigants from different nations pose special risks, including the increased danger that vital evidence will be taken out of the reach of relevant tribunals or that assets necessary to satisfy a judgment will be removed to a jurisdiction where enforcement is unlikely. As a consequence, provisional measures are often more significant in international litigation than in purely domestic cases”. BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. La Haya: Kluwer Law International. 2da. Edición, 2001. p. 919.

(76) “(T)he need to adopt remedies at an early stage, to ensure that the proceedings reach a normal conclusion and the proper effectiveness of the decision is of equal importance to the courts and to the arbitration process”. CREMADES, Bernardo M. *Is exclusion of concurrent Courts’ jurisdiction over conservatory measures to be introduced through a revision of the Convention?* En: *Journal of International Arbitration*. Volumen 6. Número 3, 1989. pp. 105 y siguientes.

Convención de Nueva York. Es decir, si la Convención aplica a la ejecución de medidas cautelares.

Hemos señalado que la Convención de Nueva York nada dice sobre la ejecución extraterritorial de las medidas cautelares. Hemos justificado también su silencio, a partir de reconocer que, por aquel entonces, el mero dictado de medidas cautelares por árbitros era un tema controvertido⁽⁷⁷⁾.

Pensamos que ese silencio no puede ser interpretado como una prohibición. No encontramos, ni en el texto ni en los antecedentes de la Convención, nada que se oponga a reconocer como laudo arbitral a una decisión cautelar adoptada por un tribunal arbitral en ejercicio de las atribuciones que tiene para ello⁽⁷⁸⁾.

Es cierto que la adopción de una medida cautelar no implica una decisión sobre el fondo de las cuestiones sometidas a los árbitros. Es igualmente cierto que esa resolución es –o puede ser– decidida

inaudita parte y sin sustanciación. Pero no es menos cierto que se trata de una resolución que los árbitros dictan en uso de sus facultades, de naturaleza jurisdiccional, y en el marco de un proceso que reúne las condiciones generales que exige la Convención⁽⁷⁹⁾. En efecto: las cuestiones a que se refieren las medidas cautelares entran, sin esfuerzo, en la categoría de “diferencias” a que se refieren los artículos I.1) y V.1.c) de la Convención; y la decisión es “obligatoria” en el sentido del artículo V.1.e)⁽⁸⁰⁾, dado que resuelven y clarifican los Derechos de las partes hasta tanto se dicte el laudo final sobre las controversias de fondo, y ese es el momento en que resulta útil su ejecución⁽⁸¹⁾.

Aunque puede argumentarse que no se trata de una decisión “definitiva” o “final”, dada su naturaleza provisoria y la facultad que el propio tribunal arbitral tiene de dejarla sin efecto, suspenderla o modificarla, debe tenerse en cuenta que: (i) La Convención no requiere esta condición, sino sólo que la sentencia sea

(77) “Historically, the principal legislative approach to the problem until de 1960s, was that of national Court’s exclusive jurisdiction in issuing interim measures”. DI PIETRO y PLATTE. *Op. cit.* p. 37.

(78) En igual sentido, Rivera ha señalado: “La Convención no hace ninguna distinción, por lo que cualquier laudo puede ejecutarse o hacerse reconocer bajo sus términos, aunque no ponga fin a la disputa o sea meramente declarativo, siempre que la ley aplicable a la calificación del laudo como tal lo reconozca así”. RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 696. Con relación al Derecho argentino, el mismo autor postula que “pueden someterse a exequátur los laudos que pretendan la ejecución de medidas cautelares, las destinadas a la producción de prueba y cualquier otra que para su concreción requiera un tribunal judicial de apoyo”. RIVERA. *Op. cit.* pp. 737 y 738.

(79) Se trataría de un “laudo interlocutorio cuyo contenido será precisamente la adopción de una medida cautelar y luego ese laudo (podrá) ser ejecutado forzosamente por la jurisdicción estática”. LORCA NAVARRETE, Antonio María y SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *Derecho de arbitraje español*. Madrid: Dykinson, 1994. p. 374.

(80) DI PIETRO y PLATTE. *Op. cit.* en nota 72. p. 45; VAN DEN BERG, Albert J. *The application of the New York Convention by the Courts*. ICCA Congress series. Número 9 (Paris/1999). pp. 25 y siguientes.

(81) “Such an award is not ‘interim’ in the sense of being an ‘intermediate’ step toward a further end. Rather, it is an end in itself, for its very purpose is to clarify the parties’ rights in the ‘interim’ period pending a final decision on the merits. The only meaningful point at which such an award may be enforced is when it is made, rather than after the arbitrators have completely concluded consideration of all the parties’ claims”. US Court for the Southern District of New York, 1985, *in re* Southern Seas Navigation Limited of Monrovia v. Petroleos Mexicanos of Mexico City, 606 F. Supp. 692 (S.D.N.Y. 1985).

“obligatoria” y no haya sido suspendida o anulada (artículo V.I.e)⁽⁸²⁾; (ii) Aun en el caso de haber sido solicitada su anulación o suspensión, el juez del exequátur podrá igualmente ejecutarla solicitando del ejecutante garantías apropiadas (artículo VI)⁽⁸³⁾; y (iii) Si la medida cautelar es ulteriormente suspendida o modificada, ello será efectuado a través de una decisión que será igualmente ejecutable como la primera⁽⁸⁴⁾.

Aunque, ciertamente, no puede considerarse una opinión pacífica⁽⁸⁵⁾, uno de los más reputados comentaristas de la Convención ha señalado que estas medidas pueden ser ejecutadas con base en ella, siempre que la ley del lugar del arbitraje

las califique como laudos, lo cual sería deseable al contribuir a reforzar la efectividad del arbitraje internacional⁽⁸⁶⁾. En el mismo sentido, se ha dicho que esta interpretación respeta el principal propósito de la Convención de Nueva York, que no es otro que fortalecer la eficacia del arbitraje internacional⁽⁸⁷⁾. En idéntica dirección, se ha opinado que un laudo arbitral que adopta una medida cautelar es “definitivo”, no sólo porque tiene ese carácter “durante el tiempo que esté en vigencia, esto es (y por lo general), mientras el tribunal arbitral dicta su laudo final”, sino también porque, a través de esa decisión, el tribunal arbitral “resuelve definitivamente la solicitud que se le ha sometido de adoptar o no una medida cautelar”⁽⁸⁸⁾.

(82) 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: (...) 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”.

(83) Artículo VI: “Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo I, literal e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas”.

(84) “In my opinion, there are no major obstacles to enforcing a ‘temporary’ award. An award will be enforced in accordance with its terms. If one of the terms is that the order contained in the award is for a limited period of time, the enforcement will correspondingly cover that period of time. If the interim award is subsequently rescinded, suspended or varied by an arbitral tribunal, that will as a rule be laid down in a subsequent interim award which can also be enforced”. VAN DEN BERG. *Op. cit.*

(85) Berger, por ejemplo, opina que las medidas cautelares no resuelven definitivamente una cuestión, sino que cumplen una función esencialmente temporal e interina, respecto de cuestiones que serán objeto de decisión en el laudo definitivo. BERGER, Klaus P. *International economic arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 1993. p. 343.

En términos similares, aunque no de manera tan concluyente, Redfern y Hunter parecen compartir esta opinión, al señalar que las medidas cautelares, por definición, no resuelven de manera definitiva un aspecto de la controversia y, por ello, “es improbable que satisfagan el requerimiento de ‘finalidad’ exigido por la Convención de Nueva York”. REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4ta. Edición. Londres: Sweet & Maxwell, 2004. p. 396.

Del mismo modo, sin dejar de reconocer que ello podría servir de paliativo para subsanar la falta de *imperium* de los árbitros, Pinsolle opina que una interpretación tan extensiva de la Convención de Nueva York no respetaría ni su texto ni su espíritu. PINSOLLE, Philippe. *Observations - Cour d’appel de États-Unis (7e circuit) 14 mars 2000*. En: *Revue de l’arbitrage*, 2000. Número 4. pp. 657 y siguientes.

(86) “I maintain my opinion that an arbitral award providing for interim relief can be enforced under the Convention, provided that an arbitral decision providing for interim relief constitutes an arbitral award at the place of arbitration. As a matter of policy, enforceability of awards for interim relief under the Convention could greatly enhance the effectiveness of international arbitration (...) It would then be desirable if

Por nuestro lado, agregamos que uno de los avances que la Convención de Nueva York tuvo respecto de su antecesora (la Convención de Ginebra de 1927) fue invertir el *onus probandi* respecto del cumplimiento de los requisitos en ella establecidos. Conforme la Convención de Ginebra, era el ejecutante quien tenía que acreditar ante el juez del exequátur que se verificaban los requisitos exigidos por el tratado; en la de Nueva York, en cambio, es el ejecutado quien debe probar que los requisitos no se encuentran cumplidos, lo que implica crear una presunción de ejecutabilidad que sólo cede –con excepción de los casos previstos en el artículo V.2)– cuando se acredita lo contrario⁸⁹. Ello así, si un laudo –que la Convención no define– debe ser, presumidamente, ejecutable salvo prueba en contrario, es razonable interpretar que una decisión cautelar estaría incluida en esta presunción inicial y sólo cedería si el ejecutado demostrase que las características de la medida cautelar no cumplen con los requisitos exigidos por la Convención.

4.4. Las normas que “califican” una decisión arbitral

En palabras de Van den Berg, si la Convención de Nueva York ha guardado silencio sobre qué debe considerarse “laudo” a los fines de su artículo I, es legítimo interpretar que se aplica a toda decisión que pueda ser calificada como tal en la legislación interna de cada país⁹⁰. El problema se centra en determinar a través de cuál ley nacional debe efectuarse este análisis, es decir, cuál es la legislación nacional que el juez del exequátur debe examinar en procura de dilucidar si la medida cautelar es un laudo al que pueda aplicarse la Convención, o no lo es: ¿su propia legislación nacional o la *lex arbitri*?⁽⁹¹⁾.

Pensamos que, ante la falta de precisiones en la Convención acerca de qué constituye un laudo, la ley que “comanda” la naturaleza de la decisión adoptada por los árbitros es la *lex arbitri*. Ello encontraría sustento en la Convención, que remite a la *lex arbitri* para la determi-

interim measures directed by an arbitral tribunal could be enforced under the Convention”. VAN DEN BERG: *Op. cit.*

(87) “This interpretation is in line with the purpose and objective of the Convention: enhancing arbitration’s effectiveness”. YESILIRMAK, Ali. *Provisional measures*. En: MISTELIS, Loukas y LEW, Julian (editores). *Pervasive problems in international arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2006. pp. 186 y siguientes.

(88) SILVA ROMERO, Eduardo. *Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro*. Ponencia presentada en el II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje, El Arbitraje y la Jurisdicción, Madrid, 17 al 19 de junio de 2007.

(89) JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. *Las convenciones anteriores a la Convención de Nueva York: discusiones y problemas*. En: TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo (directores). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*. Buenos Aires: Universidad del Rosario, Universidad de Buenos Aires y Abeledo-Perrot, 2008. pp. 1 y siguientes.

(90) “It seems therefore appropriate to distill the notion of what constitutes an arbitral award from what is generally understood by arbitration in the national legal systems”. VAN DEN BERG. *Op. cit.* pp. 44 y 46.

(91) Hemos de anotar aquí, a modo de breve digresión, que la *lex arbitri* es, usualmente la de la sede del arbitraje, aunque la Convención también admite que lo sea la de un país diferente al de la sede, si las partes escogieron una ley procesal distinta.

nación de validez del acuerdo arbitral (artículo V.1.a) o de la regularidad del procedimiento arbitral (artículo V.1.d). Si las dos precondiciones básicas que sostienen el laudo (el acuerdo arbitral y el procedimiento) son determinadas –en ausencia de expresa elección convencional del Derecho aplicable– conforme la ley de la sede del arbitraje, tampoco parece descabellado suponer que la ley que define la naturaleza de la decisión adoptada por los árbitros y su calificación es la *lex arbitri*.

Es decir que la naturaleza de la decisión debe determinarse tomando en consideración el carácter que a esa decisión le atribuye la propia legislación interna del país de donde proviene. Aquellas decisiones consideradas como laudos en el país de origen deben ser tratadas del mismo modo en la esfera internacional y podrían ser ejecutadas al amparo de la Convención.

Esta parece ser, por otra parte, la doctrina mayoritaria⁽⁹²⁾. Van den Berg enseña que *“un laudo arbitral que disponga una medida cautelar puede ser ejecutado al amparo de la Convención, siempre que tal decisión constituya un laudo*

en el lugar del arbitraje”⁽⁹³⁾. Para Zuleta, *“si el juez del reconocimiento y ejecución definiera el concepto de laudo a partir de una ley nacional, tendría que aplicar, para efectos de esa definición, la ley del lugar del lugar en que o conforme a cuya ley se aplicó el laudo o la ley acordada por las partes como lex arbitri, y sólo de manera excepcional, por haber sido la ley acordada por las partes o por posible violación del Orden Público internacional, aplicaría su propia ley, la ley del foro”*⁽⁹⁴⁾. En esa misma dirección, Pinsolle critica la decisión de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito en el caso “Publicis” (que comentamos más adelante), haciendo notar que el tribunal juzgó el carácter definitivo de la decisión cautelar por aplicación de las normas del Derecho norteamericano, sin haber analizado si ella era tal conforme el Derecho de la sede del arbitraje⁽⁹⁵⁾.

Sin embargo, una aclaración es relevante, a la luz de lo dispuesto en el artículo VII de la Convención. Con base en el principio de “máxima eficacia” de la propia Convención, ella establece que sus disposiciones *“n(o) privarán a ninguna*

⁽⁹²⁾ A título de curiosidad, debe mencionarse, sin embargo, que las tres sentencias judiciales a que hacemos referencia en el capítulo siguiente, omitieron examinar si la decisión calificaba o no como laudo en los respectivos lugares donde los tribunales arbitrales tenían su sede, analizando la cuestión únicamente a la luz de su propia legislación.

⁽⁹³⁾ “(A)n arbitral award providing for interim relief can be enforced under the Convention, provided that an arbitral decision providing for interim relief constitutes an arbitral award at the place of arbitration”. VAN DEN BERG. *Op. cit.* Asimismo, BERAUDO, Jean-Paul. *Recognition and enforcement of interim measures of protection ordered by arbitral tribunals. A Comparison with the Republic of Congo Pre-arbitral Referee Case*. En: *Journal of International Arbitration*. Volumen 22. Número 3, 2005. pp. 245 y siguientes, con cita de Poudret y Besson.

⁽⁹⁴⁾ ZULETA, Eduardo. *¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino*. En: TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo (directores). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*. Buenos Aires: Universidad del Rosario, Universidad de Buenos Aires y Abeledo-Perrot, 2008. pp. 50 y siguientes.

⁽⁹⁵⁾ PINSOLLE. *Op. cit.*

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” (artículo VII). Por lo tanto, si para el Derecho interno del país de la ejecución una medida cautelar es un laudo, la Convención no parece oponerse. De modo que, si una medida cautelar no fuese considerada un laudo por la *lex arbitri* pero sí lo fuese de conformidad con las normas internas del juez del exequátur, éste debería aplicar su propia legislación, que resultaría más favorable a la ejecución.

5. ALGUNAS DECISIONES JUDICIALES

La jurisprudencia sobre la materia no es abundante. Tampoco es consistente, como puede verse en la reseña siguiente, que ilustra sobre las diferentes interpretaciones que los tribunales han efectuado.

5.1. “Resort Condominiums” (Australia)

En el caso “Resort Condominiums”⁽⁹⁶⁾ la Corte Suprema de Queensland resolvió que una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral con sede en el extranjero no es un laudo en el sentido de la Convención de Nueva York, y no puede ser ejecutada al amparo de ese tratado.

Resort Condominiums International Inc. (RCI), una empresa que administra-

ba un sistema de tiempo compartido, celebró un contrato de licencia o franquicia con Resort Condominiums Pty Ltd. Australasia (RCP) concediendo a esta última los Derechos para explotar el negocio en Australia, Fiji, Nueva Zelanda y Tahití, a cambio del pago de una regalía. El contrato contenía una cláusula sometiendo las disputas a arbitraje, con sede en Indiana (EE.UU.), bajo las reglas de la American Arbitration Association.

Surgidas ciertas controversias entre las partes, y luego de algunas incidencias judiciales, el tribunal arbitral constituido para conocer del caso dictó una “orden y sentencia cautelar” (*interim arbitration order and award*), ordenando a RCP que cesara de actuar como franquiciado y se abstuviera de celebrar acuerdos con otras empresas a esos mismos fines, hasta tanto se dictase el laudo definitivo. RCI pidió, ante los tribunales australianos, la ejecución de esta orden, petición que fue finalmente rechazada por la Corte Suprema de Queensland.

Consideró la Corte que esa clase de órdenes son de naturaleza interlocutoria y procedimental y no tienen como objeto –ni como efecto– resolver las disputas surgidas entre las partes ni adjudicar los Derechos que a cada una de ellas corresponde. Son esencialmente provisionarias y susceptibles de ser revocadas, suspendidas o modificadas por el mismo tribunal que las dictó⁽⁹⁷⁾. No se trata, sostuvo, de laudos (*awards*) que puedan ser ejecutados

⁽⁹⁶⁾ Supreme Court of Queensland, 29/10/1993, *in re* Resort Condominiums International Inc. v. Bolwell, Yearbook of Commercial Arbitration. Volumen XX, 1995. pp. 628 y siguientes.

⁽⁹⁷⁾ “These orders (...) are clearly of an interlocutory and procedural nature and in no way purport to finally resolve the disputes or any of them referred by RCI for decision or to finally resolve the legal rights of the parties. They are provisional only and liable to be rescinded, suspended, varied or reopened by the tribunal which pronounced them (...)”. Supreme Court of Queensland, 29/10/1993, *in re* Resort Condominiums International Inc., citado.

al amparo de la Convención de Nueva York. En opinión de la Corte, la Convención de Nueva York no contempla, como ejecutable, ninguna clase de laudo u orden diferente de una decisión que determine todas o algunas de las materias sometidas a decisión de los árbitros, que además de vinculante para las partes, sea “final”. Y ello no sucede con las medidas cautelares, que no cumplen esas condiciones al resultar esencialmente precarias y modificables⁽⁹⁸⁾. Por ello, concluyó que la “orden y sentencia cautelar” dispuesta por los árbitros no era una “sentencia arbitral” en el sentido que a este término le asigna la Convención de Nueva York. No obstante, la Corte concedió que la cuestión era dudosa, y por “si las conclusiones precedentes fueran incorrectas”, analizó las razones de fondo que justificaban denegar la ejecución. A consecuencia de ese análisis, determinó que “si la medida cautelar fuese un laudo en el sentido de la Convención y de la Ley de Arbitraje”, su ejecución debía ser denegada por considerarla contraria al Orden Público⁽⁹⁹⁾.

5.2. “Publicis” (EE.UU.)

En sentido contrario, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito consi-

deró, en el caso “Publicis”⁽¹⁰⁰⁾, que una medida cautelar es ejecutable, en los EE.UU., al amparo de la Convención de Nueva York.

En el caso, Publicis Communication (Publicis) y True North Communications (True North), habían acordado separarse tras haber mantenido un contrato de *joint venture* durante casi diez años. En el acuerdo de desvinculación incluyeron una cláusula tendiente a que las controversias que resultaran de él fuesen resueltas por arbitraje, con sede en Londres, administrado por la *London Court of International Arbitration*, con aplicación del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.

Surgida una disputa acerca de la obligación de Publicis de enviar a True North cierta documentación sobre el pago de impuestos que ésta alegaba tener que presentar ante la oficina de impuestos norteamericana, el tribunal arbitral dictó una “orden” exigiendo a Publicis el envío de cierta información a su contraparte. Incumplida esta orden por parte de Publicis, True North solicitó su “confirmación” ante los tribunales de Illinois, como paso previo a obtener la ejecución compulsiva de esa medida.

⁽⁹⁸⁾ “It does not appear that the Act or Convention contemplates any type of ‘award’ or ‘order’ of an arbitrator, other than an award which determines at least all or some of the matters referred to the arbitrator for decision (...) Whilst it is true that a valid interlocutory order is in one sense ‘binding’ on the parties to the arbitration agreement at least until it is varied or discharged by the tribunal which made it, (it is) clear that the award which may be enforced must be an award which is ‘final’ and ‘binding’ on the parties. An interlocutory order which may be rescinded, suspended, varied or reopened by the tribunal which pronounced it, is not ‘final’ and binding on the parties as referred to earlier in these reasons”. Supreme Court of Queensland, 29/10/1993, *in re* Resort Condominiums International Inc., citado.

⁽⁹⁹⁾ “In the result, I conclude that the ‘Interim Arbitration Order and Award’ made by the arbitrator on 16 July 1993 is not an ‘arbitral award’ within the meaning of the Convention (...) However, in the event that the foregoing conclusions are incorrect, I should deal with the points raised in opposition to recognition and enforcement, on the basis that the order is a foreign award”. Supreme Court of Queensland, 29/10/1993, *in re* Resort Condominiums International Inc., citado.

⁽¹⁰⁰⁾ US Court of Appeal for the Seventh Circuit, 14/03/2000, *in re* Publicis Communication v. True North Communication, 206 F.3d 725 (7th Cir. 2000).

Al conocer del recurso interpuesto contra la decisión del Juez de Distrito, la Corte de Apelaciones entró de lleno al análisis de la naturaleza de esa “orden” emitida por los árbitros, ante la oposición de Publicis, que alegaba que la Convención de Nueva York sólo admite la ejecución de laudos (*awards*), debiendo entenderse por tales únicamente a las decisiones que sean “finales”. La Corte de Apelaciones señaló, en primer lugar, que la denominación que el tribunal le había dado a su decisión era irrelevante, y que para admitir o denegar su ejecución era preciso analizar su naturaleza, con abstracción del nombre que se le hubiese dado, porque ello significaría un formalismo inadmisibles⁽¹⁰¹⁾. Así, examinó la decisión adoptada por los árbitros, encontrando que ella era “final”, en tanto resolvía una cuestión controvertida que le había sido

sometida, e imponía a Publicis un plazo estricto para su cumplimiento⁽¹⁰²⁾.

La Corte tomó asimismo en consideración, por analogía, otros precedentes –algunos del mismo tribunal y otros de diferentes Cortes de Apelaciones–, en los que se había resuelto que constituían laudos susceptibles de impugnación judicial al amparo de la *Federal Arbitration Act*, por ejemplo, las siguientes decisiones arbitrales: (i) Una medida cautelar consistente en ordenar a una parte entregar una carta de crédito para asegurar el eventual resultado del laudo⁽¹⁰³⁾; (ii) Una medida cautelar consistente en ordenar la formación de una cuenta *escrow* por el monto reclamado⁽¹⁰⁴⁾; (iii) Una medida cautelar consistente en ordenar a una parte continuar ejecutando el contrato hasta que se dicte el laudo definitivo⁽¹⁰⁵⁾.

(101) “Publicis’ position is that an arbitral ruling can be final in every respect, but unless the document bears the word ‘award’ it is not final and is unenforceable. This is extreme and untenable formalism. The New York Convention, the United Nations arbitration rules, and the commentators’ consistent use of the label ‘award’ when discussing final arbitral decisions does not bestow transcendental significance on the term. Their treatment of ‘award’ as interchangeable with final does not necessarily mean that synonyms such as decision, opinion, order, or ruling could not also be final. The content of a decision –not its nomenclature– determines finality”. US Court of Appeal for the Seventh Circuit, 14/03/2000, *in re Publicis Communication*, citado.

(102) “As to whether Publicis had to turn over to True North tax records from 1994 to 1996, the arbitration tribunal’s October 30 order appears final. The tribunal summarized True North’s position that its claim ‘is extremely urgent’ and Publicis’ contention that ‘no urgency exists and that the matter (...) may be decided (...) together with the other claims’. The tribunal concluded that True North’s claim ‘is well founded’, said that interim measures were necessary, and directed Publicis to provide the 1994-1996 tax records to True North by November 23, 1998 (...). The tribunal’s order resolved the dispute, or was supposed to, at any rate. Producing the documents wasn’t just some procedural matter: it was the very issue True North wanted arbitrated. The finality of the tribunal’s ruling is demonstrated by the deadline (...). A ruling on a discrete, time-sensitive issue may be final and ripe for confirmation even though other claims remain to be addressed by arbitrators”. US Court of Appeal for the Seventh Circuit, 14/03/2000, *in re Publicis Communication*, citado.

(103) US Court of Appeal for the Seventh Circuit, 7/10/1994, *in re Yasuda Fire & Marine Insurance Company of Europe v. Continental Casualty Company*, 37 F.3d 345 (7th Cir. 1994).

(104) US Court of Appeals for the Ninth Circuit, 5/06/1991, *in re Pacific Reinsurance Management Corp. v. Ohio Reinsurance Corp.*, 935 F.2d 1019 (9th Cir. 1991). Hizo notar la Corte que, dada la importancia que las medidas cautelares tienen en orden a garantizar el sentido y la utilidad de los procesos arbitrales, su ejecución por los tribunales judiciales es esencial para preservar la integridad del arbitraje.

(105) US Court of Appeals for the Sixth Circuit, 15/03/1984, *in re Island Creek Coal Sales Co. v. City of Gainesville*, 729 F.2d 1046. Esa decisión, dijo la Corte, es final porque resuelve definitivamente un aspecto de la controversia (si la parte debe continuar o no ejecutando el contrato durante el proceso arbitral), y es una decisión separada e independiente de las demás que deberá adoptar el tribunal en el laudo definitivo.

5.3. “Forever Living” (Argentina)

Aunque esta sentencia puede, inadvertidamente, ser computada entre las que no consideran que las medidas cautelares sean laudos, esa conclusión no parece consistente con los verdaderos fundamentos por los cuales se denegó la ejecución de una medida cautelar dispuesta por un tribunal arbitral con sede en el extranjero.

En el caso⁽¹⁰⁶⁾, Forever Living Products Argentina S.R.L., Forever Living Products International Inc. y Aloe Vera of América Inc. (colectivamente, Forever Living) habían celebrado un contrato designando como “gerente de país” a Juan Beas y Antonia Moreno, para la administración de la firma local. El contrato contenía una cláusula sometiendo las controversias que pudieran surgir como consecuencia del contrato a arbitraje, con sede en Arizona (EE.UU.).

El árbitro designado dispuso –cautelamente y hasta tanto se dictase el laudo definitivo– prohibir a los demandados la divulgación de toda clase de información confidencial recibida por ellos con motivo del contrato, y abstenerse de ejercer cualquier acto comercial que compita con la actividad de Forever Living Products Argentina S.R.L. Obtenida la medida cautelar, Forever Living pidió su reconocimiento y ejecución por vía de exequátur ante los tribunales argentinos. Concedido el reconocimiento en primera instancia, los demandados apelaron. La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia y denegó el reconocimiento de la medida cautelar.

En su dictamen previo, aunque el Fiscal hizo notar que, en los tratados invocados por los peticionantes⁽¹⁰⁷⁾, “no se hace mención a la traba de medidas cautelares ordenadas por árbitros”, el verdadero fundamento de su opinión contraria al reconocimiento fue el siguiente: “no advierto que emanen en forma clara las facultades del árbitro para dictar la citada medida”. La Cámara de Apelaciones, luego de señalar que “los fundamentos del dictamen fiscal, compartidos por este tribunal, son adecuados para estimar el recurso”, acotó que: “de un lado, la cláusula de arbitraje contenida en el contrato no prevé el dictado de medidas cautelares como las que aquí se pretende ejecutar; del otro, que la Ley 23.619 –que ratifica la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras– dispone en su artículo V (inc. c), que se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada si contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria”.

Como puede apreciarse, la decisión de no reconocer y ejecutar una medida cautelar extranjera no se basó en que las decisiones cautelares no son laudos o que no están comprendidas en el concepto de sentencia de la Convención de Nueva York. Sin mayores argumentos (y sin haber verificado si el reglamento aplicable o la *lex arbitri* lo permitían), lo que sostuvo es que se trataba de decisiones “que exced(ía)n los términos del acuerdo arbitral”.

⁽¹⁰⁶⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 11/04/2002, *in re* Forever Living Products Argentina S.R.L. c. Beas, Juan. En: *La Ley*, 2003-C-676.

⁽¹⁰⁷⁾ La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias adoptada por la CIDIP I, Panamá, 1975; el Protocolo Adicional adoptado por la CIDIP II, Montevideo, 1979; y la Convención de Nueva York.

Más allá de lo erróneo de esta afirmación, que vuelve a los tiempos en que se discutían las facultades de los árbitros para dictar medidas cautelares, no parece que estuviéramos en presencia de una decisión judicial que considere que una medida cautelar no califica como laudo a los fines de la Convención de Nueva York.

6. ALGUNAS DIFICULTADES ADICIONALES

A lo dicho en los capítulos precedentes, y para completar el tratamiento de las cuestiones que nos hemos propuesto analizar en este trabajo, deben añadirse algunas aclaraciones respecto de dos aspectos de singular trascendencia: por un lado, desentrañar qué es una medida cautelar a la que puedan aplicar las consideraciones que hemos puesto de manifiesto; por el otro, el problema de las medidas cautelares *ex parte*.

6.1. Qué debe entenderse por “medida cautelar”

Una de las mayores dificultades que el tema presenta –y una de las razones que parecen motivar las interpretaciones restrictivas acerca de la ejecutabilidad extraterritorial de las medidas cautelares– es

la relatividad que este término suele tener y el inconveniente que plantea su distinción con otras decisiones –diferentes del laudo definitivo– que los árbitros pueden adoptar en el curso de un proceso⁽¹⁰⁸⁾.

Así, por ejemplo, Poudret y Besson, a quienes usualmente se sindicaba como defensores de la tesis restrictiva sobre el alcance de la Convención de Nueva York, aclaran que las decisiones que resuelven una cuestión de procedimiento meramente incidental no pueden revestir la forma de un laudo ni tener sus efectos. Con esa salvedad, reconocen que una decisión relativa a Derechos temporarios o accesorios necesarios para proteger a una de las partes durante el arbitraje, sí pueden ser incorporadas a un laudo propiamente dicho y ejecutadas al amparo de la Convención. Aunque, a su juicio, esas no pueden considerarse propiamente medidas cautelares, porque no pueden modificarse o revocarse durante el juicio arbitral, característica que es esencial en aquellas⁽¹⁰⁹⁾.

Palacio explica la naturaleza y finalidad de las medidas cautelares advirtiendo que la satisfacción instantánea de cualquier pretensión es materialmente irrealizable, por lo que “*el legislador ha debido contemplar la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurre*

(108) Esta dificultad se acentúa en el Derecho anglosajón, dado que la expresión *interim award* suele usarse como sinónimo de *provisional measure*, para aludir a las medidas de protección que los árbitros pueden dictar a fin de proteger los bienes objeto de la controversia o la efectividad del laudo, tanto como sinónimo de *partial award*, para aludir a laudos que, refiriéndose al fondo de las cuestiones sometidas a decisión de los árbitros, sólo resuelven algunas de ellas.

(109) “(When the decision determines a merely and incidental point of procedure) we do not think that an arbitral tribunal can make its decision in the form of a proper award, at any rate not in the meaning of the New York Convention. With this latter reservation we recognize that a decision regarding temporary or accessory rights designed to protect one of the parties pending the arbitral proceedings can be incorporated in a proper award which can be recognized and enforced under the New York Convention. However, these are not provisional measures. In particular, they cannot be modified or revoked during the course of the proceedings, unlike proper provisional measures”. POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien; BERTI, Stephen y PONTI, Annette. *Comparative law of international arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2007. p. 548.

entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva, lo que ocurriría, entre otros casos, si desapareciesen los bienes o disminuyese la responsabilidad patrimonial del presunto deudor, se operase una alteración del estado de hecho existente al tiempo de interponerse la demanda o la solicitud, o se produjese un daño irreparable a la integridad física o moral de las personas”. Y concluye anotando: “A conjurar ese tipo de riesgos obedece la institución de las diversas medidas que pueden requerirse y disponerse dentro del denominado proceso cautelar, cuya finalidad se reduce a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe recaer en otro proceso”⁽¹¹⁰⁾.

En lo que parece ser la concepción prevaeciente entre los procesalistas argentinos, la finalidad de las medidas cautelares es evitar que se tornen ilusorios los Derechos de quien las solicita, es decir, evitar la posible frustración de los Derechos a fin de que no resulten inocuos los pronunciamientos definitivos. Como se ha dicho, la medida cautelar “está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra”⁽¹¹¹⁾, y su finalidad es asegurar el resultado práctico de la sentencia que habrá de recaer, la que de otro modo podría ser de imposible cumplimiento⁽¹¹²⁾.

En un sentido más amplio, se ha dicho que las medidas precautorias, atendiendo al objeto que persiguen, deben ser reunidas en tres grupos principales: “(a) Las que tienden a asegurar bienes; (b) Las requeridas para el aseguramiento de pruebas; y (c) Las destinadas al aseguramiento y protección de personas”⁽¹¹³⁾. Aunque, por ejemplo, el Código Procesal Civil argentino no incluye como medidas cautelares a las mencionadas en segundo lugar –cuyo objeto es preconstituir pruebas con miras a un futuro juicio–, a las que califica de “diligencias preliminares” (artículo 323). En cambio, parece restringir la noción de medida cautelar a aquellas expresamente mencionadas como tales (embargo, secuestro, intervención judicial, inhibición general de bienes, anotación de *litis*, prohibición de innovar y prohibición de contratar), y a todas aquellas que sean “aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia” (artículo 232).

Por su parte, la Corte Europea de Justicia interpretó que, a los fines del artículo 24 de la Convención de Bruselas de 1968, constituyen medidas provisionales o cautelares aquellas que están destinadas a mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar Derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo. Sobre esa base, consideró que no puede calificarse de ese modo a una acción como la denominada *pauliana* que, aunque permite proteger la garantía del

⁽¹¹⁰⁾ PALACIO, Lino E. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. Número 1217. Abeledo-Perrot *on line*. Número 2511/000250.

⁽¹¹¹⁾ NOVELLINO, Norberto J. *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2da. Edición, 1984. pp. 39 y 40.

⁽¹¹²⁾ DI IORIO, Alfredo J. *Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares*. En: *La Ley*, 1978-B-826.

⁽¹¹³⁾ FENOCHIETTO, Carlos E. (director). *Curso de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978. p. 561.

acreedor evitando el empobrecimiento voluntario del patrimonio de su deudor, va dirigida a que el Juez modifique la situación jurídica del patrimonio del deudor y del beneficiario del acto dispositivo realizado por el deudor⁽¹¹⁴⁾.

Aunque la cuestión, como se ve, no es sencilla y admite múltiples matices, nos inclinamos por una interpretación relativamente amplia del concepto de medida cautelar, que incluya no sólo aquellas que procuren asegurar la eficacia del laudo definitivo, sino también las que se dicten para preservar elementos de prueba que de otro modo podrían impedir a una de las partes ejercer en debida forma su Derecho de defensa. Pero no se consideran incluidas, a nuestro juicio, aquellas medidas que los árbitros pueden adoptar durante el juicio con el único objeto de impulsar el procedimiento o resolver meras cuestiones procesales.

En ese sentido puede verse la nueva versión de la Ley Modelo de UNCITRAL, cuyo texto comprende bajo la denominación de medida cautelar a toda medida temporal, previa al laudo final, por la cual el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: “(a) Mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se dirima

la controversia; (b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; (c) Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o (d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia” (artículo 17.1).

6.2. El problema de las medidas cautelares *ex parte*

En algunos sistemas, las medidas cautelares judiciales son, esencialmente, adoptadas sin sustanciación. A modo de ejemplo, el Código Procesal argentino dispone “las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte” (artículo 198). Sin embargo, esta solución no es universal y, especialmente en materia de arbitraje, las medidas dictadas *ex parte*, es decir, sin oír previamente a la parte contra la que se adoptan, son expresamente prohibidas. Como ya hemos señalado, en el caso de la legislación austríaca, por ejemplo, la prohibición es expresa⁽¹¹⁵⁾. En el caso de la

(114) “Provisional or protective measures within the meaning of article 24 (of the Brussels Convention of 27 September 1968) must be understood as being measures which, in matters within the scope of the Convention, are intended to preserve a factual or legal situation so as to safeguard rights the recognition of which is sought elsewhere from the court having jurisdiction as to the substance of the matter (...) Whilst an action such as the action paulienne enables the creditor's security to be protected by preventing the dissipation of his debtor's assets, its purpose is that the court may vary the legal situation of the assets of the debtor and that of the beneficiary of the disposition effected by the debtor, and it cannot be described as a provisional or protective measure”. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sala 5ª, 26/03/1992, *in re* Mario Reichert, Hans-Heinz Reichert e Ingeborg Kockler v. Dresdner Bank AG, Asunto C-261/90.

(115) Austrian Code of Civil Procedure, article 593.1: “Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party order any party, *after hearing such party*, to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject matter of the dispute, as otherwise the enforcement of the claim would be frustrated or considerably impeded or there is a danger of an irretrievable damage (...)” (énfasis agregado).

legislación suiza, es la conclusión a la que se llega, por aplicación del artículo 182.3 de la ley⁽¹¹⁶⁾.

La cuestión es compleja y, ciertamente, permite opiniones diversas.

Por un lado, no puede dejar de compararse el criterio de utilidad que las justifica.

Es sabido que una “característica esencial” de la materia cautelar es la urgencia en proteger un determinado estado fáctico o jurídico que aparece sujeto a riesgo. Y, “para ello habrá que manejarse con premura evitando –básicamente– que la contraparte pueda actuar sobre esa situación tornándolo ilusorio el cumplimiento de la sentencia de mérito que en el juicio principal se dicte”, por lo que es “imprescindible” que el dictado de la cautelar y su cumplimiento efectivo se realicen sin previo conocimiento de aquel contra quien se dirigen⁽¹¹⁷⁾. No obstante reconocerse que esta forma de decidir importa “un flagrante desconocimiento del principio de bilateralidad o audiencia que constituye una de las manifestaciones más claras del Derecho de defensa dentro de la teoría procesal”, se anota que, en la Argentina, este proceder nunca se ha considerado inconstitucional, fundamentalmente porque si bien no existe, inicialmente, bilateralidad, ella se produce de manera postergada, pudiendo el afectado solicitar el levantamiento de la misma una vez que la conoció⁽¹¹⁸⁾.

Estas consideraciones, vertidas respecto de las medidas cautelares judiciales, son íntegramente aplicables a las que puedan disponer los árbitros.

De otro lado, aunque no deja de reconocerse que, en muchos casos, la utilidad de una medida cautelar se desvanecería si la parte contra quien se dirige tuviese conocimiento anticipado del pedido, en la doctrina internacional en materia de arbitraje pueden encontrarse importantes autores que se manifiestan abiertamente en contra de las medidas cautelares *ex parte*.

Así, por ejemplo, Silva Romero juzga que “*el debido proceso debe ser respetado, esto es, la parte requerida debe contar con la posibilidad de defenderse antes de que la medida cautelar sea adoptada*”, lo cual “*condena la posibilidad que árbitros puedan adoptar medidas cautelares ex parte*”; y que ellas están reñidas con la naturaleza consensual del arbitraje. Adicionalmente, señala que admitir que los árbitros dicten este tipo de medidas “*conllevaría la destrucción del arbitraje*”, por lo que considera que la disposición contenida en el artículo 17-B de la Ley Modelo de UNCITRAL “*constituye una evolución negativa del arbitraje internacional*”⁽¹¹⁹⁾.

No menos contundente es Van Houtte, quien –en ocasión de comentar los avances que el tema venía registrando en

⁽¹¹⁶⁾ Loi fédérale sur le droit international privé, article 182.3: “Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire” (énfasis agregado).

⁽¹¹⁷⁾ CAMPS, Carlos Enrique. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (Anotado - Comentado - Concordado)*. Buenos Aires: Depalma, 2004; comentario al artículo 198. Abeledo-Perrot *on line*, Número 8009/006364.

⁽¹¹⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁹⁾ SILVA ROMERO. *Op. cit.*

el seno de las discusiones tendientes a enmendar la Ley Modelo de UNCITRAL—sugería que no debía reconocerse a los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares *inaudita parte*: no sólo opinaba que la Ley Modelo no era el vehículo adecuado para introducir una modificación tan “revolucionaria”, de la cual sólo podría surgir un detrimento del bien ganado prestigio que la Ley Modelo original había tenido en el mundo; también señalaba que no advertía la necesidad de dotar a los árbitros de esta peligrosa atribución, que esas medidas contradicen la naturaleza eminentemente contractual del arbitraje y afectan el Derecho de defensa en juicio, que serían casi imposibles de ejecutar luego judicialmente, que implican obligar a los árbitros a incurrir en prejujamiento, que en la práctica es una utopía suponer que el árbitro designado por una de las partes no informaría de la solicitud, que esas medidas en ocasiones producen un perjuicio irreversible, y que adoptarlas podría poner en riesgo el cumplimiento de los estándares éticos de los árbitros y los expondría a responsabilidad⁽¹²⁰⁾.

En términos similares, Derains advierte sobre la inutilidad de las medidas *ex parte*, dado que el factor sorpresa que se pretende obtener por esa vía se perderá irremediabilmente cuando la parte que obtuvo la medida deba recurrir a un tribunal judicial a obtener su ejecución forzada. Al mismo tiempo, se pondría en riesgo tanto la independencia de los árbitros como la ejecutabilidad de esas medidas, atento la previsible resistencia de los jueces a hacerlas cumplir forzadamente⁽¹²¹⁾.

A nuestro juicio, ambas observaciones (las que admiten las medidas dictadas *inaudita parte* y las que no las admiten) tienen parte de razón.

Por un lado, las objeciones que se levantan contra estas medidas no dejan de ser, en algún sentido, atinadas. Es irrefutable que una decisión, así sea cautelar, adoptada sin previa audiencia, hace caso omiso del más sagrado y fundamental de los principios procesales, que es el del debido proceso. No vemos, en cambio, que puedan comprometer la imparcialidad de los árbitros, toda vez que aún cuando se oiga a ambas partes antes de adoptar una medida cautelar, de todas maneras los árbitros estarán, en cierta forma, prejujando sobre los Derechos de las partes. Este problema, en todo caso, es común a cualquier decisión previa —cautelar o sobre cualquier otro aspecto— que se dicte antes del laudo final, con o sin audiencia previa.

Por el otro, las cautelares son, por definición, medidas que se adoptan en circunstancias excepcionales: no debe olvidarse que no sólo debe existir una razonable certidumbre en el Derecho de quien la solicita (verosimilitud o *bonus fumus iuris*), sino también un peligro en que la demora en adoptarla pueda causarle un daño (*periculum in mora*). Y frente a excepcionales circunstancias, el ordenamiento jurídico debe responder con medidas igualmente excepcionales, tendiendo a preservar no sólo el Derecho de quien la pide, sino la integridad del procedimiento y la utilidad del laudo que, a la postre, habrá de dictarse. Ante tales situaciones,

(120) VAN HOUTTE, Hans. *Ten reasons against a proposal for ex-parte interim measures of protection in arbitration*. En: *Arbitration International*. Volumen 20. Número 1, 2004. pp. 85 y siguientes.

(121) DERAINS, Yves. *L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires ex parte*. En: MOURRE, Alexis (director). *Les Cahiers de l'arbitrage*. Volumen II. París: Gazzete du Palais, julio de 2004. pp. 74 y siguientes.

no siendo dable presumir la pasividad de la parte contra la cual se pide, no es ilógico arbitrar remedios de excepción, capaces de dar una respuesta eficaz. Cuanto menos, no es descabellado que, en protección de los intereses que la medida cautelar aspira a tutelar, se admita la posibilidad de que los árbitros resuelvan acerca de la procedencia o improcedencia de una medida de esta naturaleza antes de dar noticia del pedido a la contraparte.

Sin embargo, existen soluciones prácticas que pueden compatibilizar los dos principales valores en juego, es decir, que permiten que la eficacia esperable en una medida cautelar no necesariamente implique el sacrificio de la garantía de la defensa en juicio. O que, al menos, lo mitigue.

Una razonable fórmula intermedia podría ser acotar temporalmente la medida adoptada *inaudita parte* a unos pocos días, y aceptar que, luego de dictada, la misma sea nuevamente discutida ante los árbitros, por ejemplo, exigiendo a la misma parte que la solicitó su “confirmación”, o autorizando a la parte contra la cual se dictó a plantear una revisión de la misma ante el tribunal arbitral⁽¹²²⁾.

Otra, igualmente sensata y que apunta en esa misma dirección, es la que plantea la Ley Modelo de UNCITRAL. El artículo 17-B instituye lo que denomina “orden preliminar”, que consiste, precisamente, en una decisión que el tribunal toma a solo requerimiento de una de las partes y sin dar noticia a las restantes, por la cual se ordena a alguna de ellas que no frustre la finalidad de una medida cautelar solicitada. Se trata de una suerte de medida “pre-cautelar”, básicamente con-

sistente en un deber transitorio de abstenerse de realizar actos que puedan enervar el propósito de una medida cautelar. Con razón, la norma exige que el solicitante pruebe –siquiera sumariamente– que la previa notificación de una solicitud de medida cautelar entraña el riesgo de que se frustre la medida. Y, naturalmente, una vez aceptada, el tribunal debe dar inmediata y completa noticia a las partes de la orden preliminar y de todos los antecedentes, así como plena oportunidad al afectado por la orden preliminar –y posible futuro afectado por la medida cautelar– de hacer valer sus Derechos: no sólo podrá éste cuestionar la orden preliminar, sino también expresar las razones por las cuales se opone a la medida cautelar solicitada en su contra. Una vez oída esta última parte, el tribunal arbitral podrá otorgar la medida cautelar, que puede inclusive consistir en la ratificación o modificación de la orden preliminar. En cualquier caso, la orden preliminar expira a los veinte días de su emisión, si no es ratificada.

7. CONCLUSIONES

La cuestión de si las medidas cautelares pueden ser ejecutadas al amparo de la Convención de Nueva York sigue siendo tema de debate. Aunque no es discutido que son ejecutables judicialmente en el país en que se dictaron, la duda radica en cuáles son los mecanismos por los cuales ellas serían ejecutables extraterritorialmente y las causales por las cuales el juez del exequátur podría negarse a reconocerlas o ejecutarlas.

En nuestra opinión, la Convención de Nueva York podría aplicarse al reconoci-

⁽¹²²⁾ BERAUDO. *Op. cit.*

miento y ejecución de una medida cautelar, siempre que la *lex arbitri* o la ley del lugar de su ejecución atribuyan a tales decisiones el carácter de “laudos” o las asimilen a ellos. Criterio que, por otra parte, tiende a generalizarse a partir de su incorporación a la Ley Modelo de UNCITRAL que ya, a escasos dos años de conocida, ha comenzado a ser receptada en normas internas de Derecho positivo.

Advertimos, de todas maneras, que tanto el procedimiento a que da lugar la Convención de Nueva York, como las causales en ella previstas para denegar su reconocimiento y ejecución, pueden resultar incompatibles con la naturaleza de las medidas cautelares. Por un lado, por la naturaleza del juicio de exequátur previo a la ejecución forzada propiamente dicha, cuyos trámites y plazos pueden ser incompatibles con la urgencia que una medida cautelar requiere⁽¹²³⁾. Por el otro, por exceso o por defecto, las causales que, conforme el artículo V de la Convención, permiten denegar el reconocimiento de un laudo definitivo, no son necesariamente adecuadas para examinar la ejecutabilidad

de medidas esencialmente transitorias y limitadas como las cautelares⁽¹²⁴⁾.

De allí que, con un criterio que no puede sino compartirse, la Ley Modelo de UNCITRAL contiene algunas precisiones respecto del procedimiento de reconocimiento⁽¹²⁵⁾; y contempla una serie de causales específicamente pensadas para las medidas cautelares: se elimina la del artículo V.1.e)⁽¹²⁶⁾, y se incorporan otras nuevas⁽¹²⁷⁾.

Cierto es que, en definitiva, por su relativa ambigüedad, por la inadecuación de los procedimientos a que da lugar o de las causales que autorizan a denegar el reconocimiento, la Convención de Nueva York no presenta una solución segura para la ejecución extraterritorial de las medidas cautelares⁽¹²⁸⁾. Ciertamente, igualmente, que un modelo de legislación, como lo es la Ley Modelo, carece de fuerza vinculante y no tiene la entidad de una norma de Derecho positivo de fuente internacional como la Convención de Nueva York. Pero no es menos cierto que elaborar una nueva Convención, o –lo que sería

(123) Debe recordarse que la solicitud de reconocimiento –conceptualmente previa a la ejecución forzada propiamente dicha– tiene por objeto “otorgar a la sentencia o laudo extranjero el carácter de acto jurisdiccional válido y eficaz en el ordenamiento nacional en el cual se persigue su invocación como fuente de Derecho y obligaciones”. TAWIL, Guido S. *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. Concepto y diferencias*. En: TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo (directores). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*. Buenos Aires: Universidad del Rosario, Universidad de Buenos Aires y Abeledo-Perrot, 2008. pp. 31 y siguientes. Ver, igualmente, CAIVANO, Roque J. *Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros*. En: *Arbitragem Comercial Internacional*. San Pablo: LTR, 1998. pp. 138 y siguientes.

(124) “All the defences available under article V of the New York Convention and in other national legislation may not be applicable to interlocutory matters”. BRANSON, Cecil O.D. *The enforcement of interim measures of protection awards*. En: *ICCA Congress series*. Número 11, 2003. pp. 163 y siguientes.


(125) Por caso, impone a la parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar, el deber de informar sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación ulterior; y faculta al juez del exequátur a exigir, de la parte solicitante, una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los Derechos de terceros (artículo 17-H, numerales 2 y 3).

(126) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo Derecho, ha sido dictado ese laudo.

lo mismo— enmendar la de Nueva York, aunque una solución ideal⁽¹²⁹⁾, implicaría un enorme esfuerzo y un lapso significativo antes de lograr su objetivo.

Aunque no descartamos esa solución, nos parece que la más adecuada es la que está comenzando a imponerse: prever, en la legislación interna de cada país, un mecanismo de ejecución judicial propio y específico para las medidas cautelares. Una vez más, el camino lo está marcando la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, a través de la nueva versión de la Ley Modelo, que ya ha comenzado a dar sus frutos: en el poco tiempo que lleva desde su aprobación, ya ha inspirado al menos tres legislaciones (Austria, Nueva

Zelanda y Perú) y todo parece indicar que seguirá inspirando varias otras en los próximos tiempos⁽¹³⁰⁾.

Ante la imposibilidad práctica de lograr una nueva Convención tan exitosa como la de Nueva York, la multiplicación de normas internas que recojan estos principios irá, paulatinamente, uniformando el Derecho internacional del arbitraje⁽¹³¹⁾. Y, como sabiamente previeron los redactores de la Convención de Nueva York al concebir el artículo VII, ella misma tolera verse desplazada por una legislación más favorable, creando así los mecanismos para evitar su “petrificación”⁽¹³²⁾, y aún su reforma, por la vía de admitir la mayor evolución de los sistemas nacionales. 

(127) Que no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; que la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo Derecho dicha medida se otorgó; y que la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido (artículo 17-I, literal a), numerales ii) y iii), y literal b) numeral i).

(128) “(T)he New York Convention (...) provides no or no safe solution to the problem”. VEEDER, V.V.: “Provisional and conservatory measures”. En *Enforcing arbitration awards under the New York Convention. Experience and prospects*, publicación de la Organización de Naciones Unidas que contiene los trabajos presentados en el “New York Convention Day”. Nueva York, junio de 1998.

(129) VEEDER, V.V. *The need for cross-border enforcement of interim measures ordered by a State Court in support of the international arbitral process*. En: *ICCA Congress series*. Número 12, 2005. pp. 242 y siguientes.

(130) Tal es, por ejemplo, el caso de Hong Kong, donde el proyecto de reformas actualmente en estudio (*Reform of the Law of Arbitration in Hong Kong and Draft Arbitration Bill*, publicado por el Departamento de Justicia de Hong Kong el 31 de diciembre de 2007), recoge los principios de la nueva versión de la Ley Modelo de UNCITRAL en materia de medidas cautelares. Ver, DE GERMANY, Lorraine. *Arbitration Law reform in Hong Kong: Furthering the UNCITRAL Model Law*. *Asian Dispute Review*, julio de 2008. pp. 73 y siguientes.

(131) SCHAEFER. *Op. cit.*

(132) VIRGÓS, Miguel. *Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958*. En: *Boletín del Estudio Uría-Menéndez*. Número extraordinario en Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento. Madrid, 2006.

EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. COLISIÓN DE CONVENCIÓNES APLICABLES EN EL CONO SUR Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Por: OSVALDO J. MARZORATI (*)

SUMARIO: 1. *Requisitos del exequátur.* 2. *La Convención de Nueva York.* 3. *Convención de Nueva York y su interacción con la de Panamá, su colisión con el Protocolo de las Leñas de 1992, la de Montevideo de 1979 y los Acuerdos del Mercosur.* a) *Convención de Panamá de 1975, ratificada por la República Argentina en 1994 y depositada la ratificación en 1995 y Protocolo de Las Leñas.* b) *El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial del Mercosur y el Protocolo.*

El propósito de este trabajo es abordar los procedimientos de ejecución de laudos extranjeros en la República Argentina, con especial referencia a la ejecución de laudos bajo la convención de Nueva York, que son los más frecuentes, frente a los laudos emanados de jurisdicciones en las que no se aplica la Convención y aquellos de que se originan en procedimientos arbitrales bajo el Convenio de Montevideo de 1979 ratificado por la Argentina y

la eventualidad de laudos dictados conforme a la Convención de Panamá de 1975, o la de laudos basados en los pactos ratificados en el MERCOSUR, como el Protocolo de Las Leñas de 1992 y la Convención del MERCOSUR sobre Arbitraje Comercial de 1998, las que se encuentran predicados sobre procedimientos de ejecución de sentencia diferentes a la Convención de Panamá y a la Convención de Nueva York.

(*) Profesor de Casuística Contractual en la Universidad Torcuato Di Tella y de la Maestría en Derecho en la Universidad Austral. Miembro del Consejo Directivo de LPD Council de la Internacional Bar Association. Socio de Allende & Brea, Argentina.

Es importante destacar que en la República Argentina no existe una ley de arbitraje ni tampoco han tenido éxito diferentes proyectos que usaron a la Ley Modelo de UNCITRAL y que no prosperaron, ya que les faltó el apoyo que ha tenido en otras jurisdicciones americanas como Perú, Colombia o Chile, incluso en Uruguay donde se encuentran estudiando la sanción de una ley modelo basada en UNCITRAL.

La República Argentina ha mirado con desfavor y durante mucho tiempo al arbitraje. El arbitraje de amigables compondores o de Derecho está legislado como un capítulo del Código de Procedimientos. La ejecución de laudos dictados en el extranjero se rige por el procedimiento de ejecución de sentencias. Los códigos de procedimientos civiles y comerciales son dictados por cada subdivisión política de la República Argentina denominada Provincia. Por lo tanto la Argentina no puede dictar normas o una ley uniforme sobre arbitraje puramente interno, ya que el Gobierno Federal no tiene potestad para hacerlo por imperio de normas constitucionales, que confieren esa atribución a las provincias, en el orden interno.

Como es sabido la República Argentina es un país federal, donde las provincias se reservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal, al que corresponde legislar sobre la llamada legislación substancial o de fondo, (Código Civil, Comercial, Penal, Minería, etcétera), pero la legislación no sustantiva o adverbial le corresponde a cada provincia.

Todas las provincias argentinas han legislado en materia de procedimientos y

dentro de los procedimientos tienen normas sobre juicios arbitrales, sobre todo en materia de ejecución de laudos, incluso de laudos provenientes de fuera de su jurisdicción, que la fecha que se dictaron solo contemplaron los provenientes de otras provincias. Por lo tanto la primera cuestión que surge es si el gobierno federal es competente para dictar una ley general de arbitraje conforme a las normas de la Constitución Federal.

Este no es un tema menor ya que el Gobierno Federal cada vez que tiene dudas fundadas sobre si una norma es de carácter federal o las provincias se reservaron el Poder Legislativo o existen normas concurrentes suele dictar una ley general invitando a las provincias a adherirse en sus respectivas jurisdicciones. Eso es materia corriente en tema de impuestos que la constitución reserva para jurisdicciones federales y también ocurre en materia ambiental, donde coexisten en el país normas federales provinciales y municipales y lo mismo ocurre en el orden impositivo.

Ello ha desmotivado la posibilidad de dictar una ley única de arbitraje, aunque se han hecho diferentes proyectos basados en la Ley Modelo de UNCITRAL para paliar esta falta de uniformidad, dirigido a normar el arbitraje internacional, colando de rondón al arbitraje interno. De este modo un laudo contra un demandado argentino residente en una provincia argentina no se rige por el procedimiento federal en cuanto este se aplica a las situaciones y jurisdicciones federales entre las que se cuenta la Capital Federal, plazas fuertes y otras áreas reservadas a jurisdicciones federales. que la Constitución proclama⁽¹⁾.

(1) El artículo 13 de la Constitución vigente establece que corresponde al Congreso Federal reglar el comercio con las naciones extranjeras. Y el artículo 121 dispone que las provincias conservan todo el poder

La realidad es que un laudo extranjero contra un ciudadano domiciliado en la Provincia de Córdoba, se debe ejecutar en jurisdicción de Córdoba y no en jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires y queda sujeto en la actualidad al Código Procesal de Córdoba. En dichas jurisdicciones se puede oponer la falta de validez de una obligación considerada inválida por el Derecho nacional interno, mientras que en la jurisdicción federal la opinión prevaleciente es que la referencia al Orden Público que contiene el artículo 14 del Código Civil se refiere al orden internacional argentino, que veda la aplicación de una ley extranjera y no al Orden Público interno que limita la autonomía de la voluntad y la hace ceder frente a normas imperativas. Otros códigos procesales de las provincias exigen la condición de reciprocidad para ejecutar un laudo de extraña jurisdicción.

No obstante se ha argüido profusamente que una ley uniforme para el arbitraje internacional es pasible de sanción por el Parlamento Federal en cuanto a este le corresponde reglar el comercio entre naciones, que veda a las provincias, y dictar las leyes respectivas según lo prescribe la Constitución Nacional y el arbitraje internacional es un medio idóneo de complementar e instrumentar políticas comerciales internacionales. En mi opinión este debate es superable ya que se resuelve conforme a la vieja, pero correcta doctrina, dictando una ley modelo para los procedimientos internos y los procedimien-

tos internacionales e invitando a las provincias a adherirse, con lo cual se avienta todo riesgo de que se ataque esa legislación como inconstitucional. El procedimiento es conocido y los métodos para que las provincias se adhieran pasan desde la invitación cordial hasta el retaceo en prestarles auxilio o limitar o retacear la entrega de fondos federales. Esto es un dato de la realidad, y es por cierto usado con alguna frecuencia aquí y en todo ordenamiento federal para lograr normas uniformes consensuadas.

Dado los antecedentes que acabo de ventilar, es claro que el análisis que voy a emprender se refiere a las diferentes situaciones que el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales dictado para la ciudad de Buenos Aires y para el orden federal, en general, se compatibilizan con varias leyes: la Convención de Nueva York de 1958, la Convención de Panamá de 1975 y la de Montevideo de 1979, en cuanto abordan el reconocimiento o la ejecución de laudos. Esto sin contar que la República Argentina ha legislado sobre ejecución de laudos extranjeros en el ámbito del MERCOSUR, Protocolo de las Leñas de 1992 y Convención sobre arbitraje Comercial del Mercosur hoy vigente. Para el lector que no se encuentre ya confundido con tanta norma diversa, resultará útil contar con un hilo de Ariadna para aventurarse en las ambiguas aguas de la ejecución de laudos extranjeros, en la República Argentina, que admite cuatro procedimientos diferentes,

no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al momento de su incorporación. El artículo 123 establece que cada provincia se da su propia constitución, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance. Asimismo el artículo 125 dispone que las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, con conocimiento del Congreso Federal, promover la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros, pero no pueden expedir leyes sobre comercio, ni leyes sobre navegación interior o exterior, ni establecer aduanas propias. CN Ref de 1994.

según de donde provenga el laudo que se pretende ejecutar y la materia al que dicho laudo se refiere.

Al respecto el artículo 517 del Código de Procedimientos de la Capital Federal dispone el procedimiento del exequátur para reconocer y ejecutar un laudo de jurisdicción extranjera, en ausencia de tratado que disponga lo contrario, aunque existen autores argentinos que sostienen que para el reconocimiento no es necesario el procedimiento del exequátur pero sí para la ejecución. Dichos recaudos, son los siguientes:

1. REQUISITOS DE LE EXEQUÁTUR

Los requisitos que se enuncian seguidamente son aplicables, tanto para la sentencia judicial como para la arbitral, ya que un artículo del mismo Código lo remite al artículo 517. En nuestro país el exequátur convierte la sentencia extranjera en una sentencia nacional y permite su ejecución en este territorio. El procedimiento de exequátur no es un proceso de conocimiento, dado que no revisa la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso, sólo pretende verificar si se ha respetado el principio de defensa en

juicio, si no se conculcan reglas de Orden Público y otras formalidades⁽²⁾.

Los requisitos a cumplir para obtener el exequátur, en ausencia de disposiciones en contrario, emergentes de tratados firmados por el país (Montevideo, Italia, Convención de Nueva York) y otros, son los siguientes:

- a) **La sentencia extranjera debe ser definitiva.** Esto quiere decir que debe tener el efecto de la cosa juzgada. Idéntica solución requieren los tratados de Montevideo de 1940 y de 1979.

¿Se trata de cosa juzgada material o cosa juzgada formal? Las aguas de la doctrina parecen divididas. En todo caso, debe ser cosa juzgada en el país donde se dictó la sentencia y no en el que debe surtir efectos; lo contrario implicaría revisar la substancia del asunto, lo cual está particularmente prohibido, entre otras legislaciones, por la Convención de Bruselas en vigor en el Mercado Común Europeo. Goldschmidt puntualiza que se permite, sin embargo, la ejecución de sentencias de alimentos, que no revisten el carácter de cosa juzgada material.

⁽²⁾ El artículo 517 se aplica al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y por remisión a laudos arbitrales ambos dictados en el extranjero. Dispone:

Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos:

1. Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero.
2. Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa.
3. Que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional.
4. Que la sentencia no afecte los principios de Orden Público del Derecho argentino.
5. Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino.

Nuestra Opinión: En cuanto a los requisitos que el laudo debe cumplir con referencia al artículo 517, tenemos la siguiente cuestión: ¿debe el laudo tener la fuerza de cosa juzgada en el país donde fue pronunciado?

A la luz de las disposiciones del artículo 517, la respuesta es positiva, a pesar de que bajo la Convención de Nueva York, que es ley para la República Argentina, no se exige tal recaudo, bastando que el laudo sea obligatorio para las partes, por lo que existe una diferencia no pequeña entre un laudo a ejecutarse en el país al amparo del artículo 517, o conforme a la Convención de Nueva York, como también resulta de un laudo bajo el CIADI y el Tratado de Washington, que está equiparado a una sentencia local, por lo que no resultarían aplicables las disposiciones del artículo 517 y siguientes, aunque sí las de ejecución de una sentencia local y el cumplimiento de las normas de policía que impiden ejecutar al Estado, previstas en la Ley 3952, en el artículo 67 de la Ley 11.692, y en el artículo 22 de la Ley 23.982. En consecuencia, el laudo es obligatorio cuando se ha vencido el plazo para interponer un recurso o el mismo ha sido desechado en el país donde el laudo fue pronunciado. Difícilmente un arbitro actuando en el extranjero podría certificar que el laudo entro en autoridad de cosa juzgada, de ahí que la convención de Nueva York no contiene ese recaudo.

b) La sentencia extranjera debe provenir de un tribunal competente según

las normas argentinas de jurisdicción internacional. La jurisdicción internacional argentina puede ser exclusiva; en ese caso ninguna sentencia que infrinja ese ámbito será reconocida o validada en la República (por ejemplo, en los casos que plantean los artículos 612 y 614 de la Ley 20.094). Pero también puede ser concurrente, cuando el demandado local debe cumplir una obligación en el extranjero (Arg. artículos 1215 y 1216, Código Civil). El profesor Boggiano señala que si el juez extranjero se declara competente sobre la base de una conexión jurisdiccional diferente, por ejemplo, bienes en el extranjero (pensamos que exclusivamente), e infringiendo otra causal, su sentencia no será pronunciada según las reglas argentinas de jurisdicción internacional.

La Convención de Bruselas sobre Jurisdicción en temas Civiles y Comerciales trata de que haya un solo juez competente, en principio el del domicilio del demandado. A esa competencia general se le agrega la especial, en razón del cumplimiento de un contrato, o una competencia adicional debido a reclamos que involucren seguros o cuestiones de protección al consumidor. Lógicamente, se excluyen inmuebles, patentes, marcas, propiedad intelectual, nulidad de entidades jurídicas, familia, arbitraje, quiebras, seguridad social, como señala Cheshire⁽³⁾.

En definitiva, no basta que el tribunal extranjero *se haya declarado* competente, sino que, de acuerdo con las normas argentinas de jurisdicción

(3) CHESHIRE and NORTH. *International private law*. Londres. Butterworths. 11era. edición. pp. 295 - 307.

internacional, el tribunal extranjero *resulte* competente.

- c) **Arbitrabilidad.** Es material determinar si la cuestión resulta arbitrable. En nuestro sistema no pueden comprometerse en árbitros aquellas materias que no pueden ser objeto de transacción, como las que estén fuera del comercio, las cuestiones de familia o aquellas cuya renuncia no esté prohibida por las leyes.

En segundo término, el artículo 517 exige que la prórroga de jurisdicción a favor del árbitro extranjero sea válida conforme al artículo 1 de la ley de procedimientos, es decir, en ausencia de tratados específicos que dispongan otra solución, se trate de una cuestión patrimonial, de índole internacional y que no esté prohibida por las leyes o éstas impongan la jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos. Ello excluye la posibilidad de ejecutar un laudo otorgado en el extranjero para dirimir una cuestión nacional; a pesar de ser el tema claro, es poco conocido y peor aplicado este principio y, en la práctica, se ven muchos contratos locales que pactan un arbitraje en el extranjero, que no resulta luego válido en el país, por no permitirse la prórroga de jurisdicción en temas exclusivamente nacionales.

El laudo debe dictarse en el extranjero. Grigera Naón se ha preguntado si el arbitraje se desarrolla en el extranjero pero se lauda en la Argentina, cuál es la “nacionalidad” del laudo,

concluyendo que tal laudo debe ser ejecutado como uno nacional y, por lo tanto, exento del juicio de *exequátur*, si en lo pertinente se ajusta al artículo 517. Lo pertinente no resulta claro, ya que permite argüir que ciertos requisitos del artículo 517 pueden ser cumplidos y otros no, como también lo señala dicho autor⁽⁴⁾.

Se ha sostenido que la subsistencia de vías extraordinarias de revisión por razones de naturaleza procesal, como nulidad por falta de competencia de los árbitros o que estos han laudado fuera de término, no debe impedir la eficacia extraterritorial del laudo, trayendo a colación la sentencia de la Corte Suprema en el conocido caso *Cartellone*, que luego fue morigerada por la misma Corte en un fallo de este año, en el que la Corte acepta que el recurso de nulidad es siempre procedente para cuestionar un laudo, mientras que en *Cartellone* había aventurado que el laudo podía revisarse, si fuera irrazonable o inconstitucional, lo que implicaba la equiparación de los laudos con la sentencias comunes, que son apelables. Un fallo reciente de la misma corte volvió a la doctrina tradicional⁽⁵⁾.

Disentimos con *Cartellone* y no creemos que sea de aplicación a laudos emanados de tribunales arbitrales existentes en el extranjero; en todo caso habrá dos estándares para juzgar laudos extranjeros: aquel abarcado por la Convención de Nueva York, que no requiere la existencia

(4) GRIGERA NAÓN. *Primer encuentro argentino-germano*. p. 261.

(5) *Cartellone c. Hidronor*. Corte Suprema. Fallos 326:262 y Fallo *Pestarino c. Ursaber*. Marzo 11, 2008.

de cosa juzgada, bastando que sea obligatorio, y el previsto en el artículo 517 que sí requiere la existencia de cosa juzgada y que se aplica en lo pertinente por remisión del artículo 519 a laudos dictados en el extranjero en los supuestos en que no cabe aplicar la Convención de Nueva York⁽⁶⁾.

Parecería lógico que señalemos que la Convención de Panamá de 1975, que tomó como antecedente de sus disposiciones las normas de la Convención de Nueva York y que ha sido ratificada en América Latina, por todos los países americanos, incluyendo a Estados Unidos, con excepción de Nicaragua y República Dominicana facilitó la incorporación y ratificación en América Latina de la convención de Nueva York de carácter más amplio, ya que permite su aplicación a laudos provenientes de países no contratantes. Un autor alemán que estudió el tema ha puntualizado que la cantidad de laudos ejecutados bajo la Convención de Panamá son insignificantes en América Latina⁽⁷⁾.

- d) **Garantía de defensa en juicio.** La citación personal requerida es un principio general del Derecho de defensa. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación enfatiza que la parte contra quien se pretende ejecutar la sentencia haya sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa.

La pregunta que se planteó antes de la vigencia de este Código es si la citación se debe hacer conforme a las leyes argentinas o basta con que el demandado local esté adecuadamente notificado por un procedimiento distinto.

Este procedimiento que se utiliza frecuentemente y proveniente del Derecho anglosajón, consiste en notificar mediante abogado, por ejemplo, a un residente argentino de: una demanda en el extranjero, darle copias de ella y del término para contestarla, o simplemente notificarlo de una audiencia, y certificar bajo juramento ante el cónsul estadounidense en Buenos Aires haber realizado tal diligencia con expresión de día, hora y lugar. Esa certificación constituye un affidavit o declaración jurada y es válida, por caso, en los Estados Unidos donde tramita el pleito.

Siempre hemos pensado que es un procedimiento muy superior al de una carta rogatoria y cumple con su misma función; la jurisprudencia entendió que el procedimiento efectuado mediante el *affidavit* era suficiente, dado que cumplía con la finalidad de la ley del foro, es decir que la persona fuera citada con conocimiento de causa, aunque prescindiendo de sus formalidades⁽⁸⁾.

Además, en lugar de practicar la diligencia un oficial de justicia,

⁽⁶⁾ GRIGERA NAÓN propugna una interpretación restringida de lo pertinente en este punto y considera que el laudo debe ser obligatorio entre las partes (*Primer encuentro argentino-germano*, p. 263).

⁽⁷⁾ KLEINHEISTERKAMP, Jan. *Liber Amicorum* en honor de Jurgen Samleben. Max Planck Institute. 2002. FCU pp. 673 y siguientes.

⁽⁸⁾ CNCCom., Sala A, 30/11/66, ED, 18.431, con nota de GOLDSCHMIDT. *Ejecución en la Argentina de sentencias extranjeras*.

llamado notificador (o alguien que haga sus veces), se jerarquiza esa función exigiendo que lo haga un abogado, que debe aclarar que no tiene interés contra el demandado, y que bajo juramento declara que ha cumplido la diligencia.

- e) **Orden público.** Se trata de los principios de Orden Público internacional argentino y no de Orden Público local. Por el contrario, los Tratados de Montevideo de 1889, 1940 y 1979 se refieren a leyes de Orden Público del país de cumplimiento, lo que deja abierto un problema de calificación respecto de si ese Orden Público es interno o internacional del Estado donde se solicita el cumplimiento.

El Tratado de Montevideo de 1979 dispone en su artículo 2, inc. h, que no se pueden reconocer laudos o sentencias extranjeras manifiestamente contrarios a los principios o a las Leyes de Orden Público del Estado. Como internacionalistas pensamos que se refiere siempre al Orden Público internacional (así se ha interpretado en Uruguay) y también lo sostiene parte de la doctrina argentina.

Sin embargo, creemos que la palabra “manifiesta” es sobreabundante: la norma o el fundamento de la sentencia son compatibles con las leyes y los principios de Orden Público, o no lo son.

Sobre el mismo tema, la Convención de Nueva York, vigente en nuestro país, en su artículo V, 2, b se limita a denegar el reconocimiento o ejecución de la sentencia si comprueba que serían contrarios al Orden Público de ese país. Es dable verificar la diferencia entre ambas convenciones y, como ya observamos, pensamos

que ambas son conceptualmente incompatibles, ya que la Convención de Montevideo exige que el actor debe probar que el laudo es ejecutable mientras que la Convención de Nueva York invierte el *onus probandi* y es el demandado que debe probar que el laudo no es ejecutable, siendo ésta, tal vez, su mayor innovación, además de no requerir probar la existencia de cosa juzgada.

El Orden Público internacional argentino está integrado por los principios de Derecho de gentes y por leyes de policía que vedan la aplicación de la ley extranjera. Además, tiene sustento en el artículo 14 del Código Civil, y el artículo 1208 del mismo Código priva de efectos a los contratos que tienen por objeto burlar prohibiciones legales de otra jurisdicción. Tampoco nuestro Orden Público permite sentencias incompatibles con los principios de la Constitución nacional.

En cualquier caso, en el procedimiento de ejecución de una sentencia extranjera no puede revisarse el fondo del asunto, ni la ley de conflicto que utilizó, ni cómo resolvió las cuestiones previas, ni las normas materiales que aplicó. La sentencia debe ser considerada como tal en el país en donde fue emitida y satisfacer las condiciones de autenticidad impuestas por el Derecho argentino (la Ley 23.458 dispensa de legalizar los documentos públicos extranjeros).

Finalmente, la sentencia extranjera no debe ser incompatible con otra pronunciada simultáneamente o con anterioridad por el tribunal argentino, recaudo éste no contenido en otros tratados suscriptos por la República Argentina. Si el Estado nacional o cualquier particular demandara ante los tribunales locales y obtuviera una

sentencia favorable contra el actor en el proceso extranjero, no cabe duda de que dicho actor no podrá hacer primar una sentencia o laudo extranjero favorable a sus intereses en esas circunstancias, asumiendo identidad de partes, de objeto y de *causa petendi*⁽⁹⁾.

Es importante destacar que una vez que el Juez otorga el exequátur el titular del laudo extranjero puede recibir excepciones del demandado local, ya que el procedimiento del exequátur es con el Agente Fiscal representante del Poder del Estado para verificar que la sentencia no viola ni infringe los recaudos que el artículo 517 contempla para las sentencias extranjeras y que el artículo 519 *bis*⁽¹⁰⁾ del mismo código lo hace aplicable a los laudos dictados en el extranjero. Pero una vez que la sentencia resulta equiparable a una sentencia local el demandado o ejecutado residente en el país puede oponerle todas las defensas que el mismo código permite oponer al progreso de una sentencia firme nacional, por lo que el proceso se alarga notoriamente.

2. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

En primer lugar cabe señalar que la Convención fue suscripta por la Argentina en 1958 y su ratificación fue efectuada

treinta años después por Ley 23.619, promulgada por Dec. 1524/88, lo que muestra bien a las claras la resistencia que su ratificación despertó en el país, y en la Cancillería en su momento, y que en realidad tiene que ver con la posición que el foro –en el campo interno– adoptó con el arbitraje.

Por otra parte, los abogados locales han tendido a soslayar el arbitraje como medio de resolver diferencias. La doctrina comercialista que lideró Zavala Rodríguez, y que contó en su momento con la adhesión de Malagarriga, veía el arbitraje como la quinta rueda del carro. Ese espíritu se transvasó generacionalmente, y recién en los últimos tiempos se ha visto una difusión de las ventajas del arbitraje en los medios locales, particularmente después del colapso de los tribunales argentino con los cientos miles de casos provenientes de la pasificación asimétrica dispuesta a comienzos del 2002, luego del default argentino.

No ha sido ajena a esa posición una cierta desconfianza sobre la validez del arbitraje como medio privado de resolver diferencias. Tampoco ha coadyuvado la actitud de los tribunales locales, que han sido estrictos en acotar sus ámbitos. La Corte Suprema ha sentenciado que en el tema de la competencia la última palabra la tiene la Justicia, con lo que el tema de

(9) Un aspecto interesante, y que puede ocurrir en el futuro inmediato, es el intento de ejecución en el país de bienes del Estado nacional, con motivo de un laudo internacional adverso bajo la Convención de Nueva York o bajo la de Washington de 1975. El Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción pero muy posiblemente postergará la ejecución arguyendo que las sentencias contra el Estado en nuestro sistema legal interno son declarativas y que existe un procedimiento consistente en que el Congreso haya votado la partida respectiva en el presupuesto nacional para afrontar su pago.

(10) Los laudos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros podrán ser ejecutados (...) siempre que 1) se cumplieran los recaudos del artículo 517 en lo pertinente y, en su caso, la prórroga de jurisdicción hubiere sido admisible en los términos del artículo 1; 2) las cuestiones que hayan sido objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje (artículo 737).

que los propios árbitros son los únicos juzgadores de su propia competencia renueva al menos en la concepción académica de nuestro país⁽¹¹⁾.

La Convención de Nueva York tiene una vocación universal, ya que se aplica incluso a laudos de países no contratantes, no exigiendo reciprocidad, cualquiera sea la materia y sean las partes privadas o entidades públicas, pero nuestro país al ratificarla acoto su amplitud.

La República Argentina formuló la siguiente reserva a la Convención: “*A base de reciprocidad, la República Argentina aplicará la Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otros Estados contratantes únicamente. Declara asimismo, que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno*”.

Es importante destacar que la Convención de Nueva York no califica directamente cuándo un laudo es extranjero, sino solamente dispone que se aplicará a laudos cuya ejecución se solicita en un lugar distinto del país donde fue dictado y se aplica igualmente a laudos que no se consideran internos, con lo que soslayó el problema de cuándo un laudo es extranjero, como lo disponen otras legislaciones, como la sueca o la alemana⁽¹²⁾.

Una cuestión interesante es discutir cuál es el Derecho interno argentino. En efecto, con motivo de la ratificación de la Convención de Viena, la República Argen-

tina ha incorporado al Derecho interno ciertos principios en materia de Derechos y obligaciones de la parte en la compraventa comercial internacional, que son diferentes a los del Código de Comercio⁽¹³⁾.

Por lo tanto, cabe dirimir si nos referimos al Código de Comercio, o a éste modificado dentro del ámbito de aplicación de la Convención de Viena sobre compraventa comercial. El asunto se puede plantear frente a una parte que haya ratificado la Convención de Viena y la de Nueva York. Frente a esta parte, la Argentina no podría argüir que su Derecho interno es únicamente el de su Código de Comercio, ya que la Convención de Nueva York sobre compraventa comercial es parte, desde la ratificación por Argentina, del Derecho Comercial argentino, en su aspecto internacional.

En cambio, frente a una parte que sólo haya ratificado la Convención sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros de Nueva York, la Argentina podría sostener que su Derecho interno Comercial es el que surge del Código de Comercio, con prescindencia de la aplicación de aquellas normas modificadas por la Convención de Viena, ya que estas rigen para ciertos aspectos de la compraventa internacional.

Otra reserva fundamental que hace a los principios de Orden Público internacional argentino, es que para la Argentina la Convención se debe interpretar en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución nacional vigente, si bien

(11) Suprema Corte caso Nidera, Argentina. S.A. v. RODRIGUEZ de Canale. Fallos 138 - 288.

(12) La solución alemana es determinar la existencia de una ley extranjera. Ver CREMADES. *Enforcements of arbitration agreement in Latin America*. ED IBA. p. 11.

(13) MARZORATI, Osvaldo. *La compraventa internacional*. Fundación Bolsa de Comercio. p. 112.

en principio creemos que no la afectan porque la órbita del Derecho Comercial es la órbita de Derechos patrimoniales disponibles por excelencia y la Convención fue aprobada siguiendo todos los recaudos constitucionales, de modo que constituye una obligación internacional válida del país frente a sus firmantes.

Con respecto al compromiso arbitral, el artículo 2 de la Convención establece que cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito (por fax o télex) en el que las partes se obliguen a someter a arbitraje las diferencias que pudieran surgir entre ellas, a condición de que sean arbitrables. La cláusula compromisoria podrá estar contenida en un compromiso efectuado por un canje de telegramas.

Una norma interesante es la que dispone que uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual exista un compromiso, remitirá a las partes al arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. Esto permite en la práctica oponerse a la ejecución de una cláusula compromisoria sobre las bases mencionadas, lo que también conspira contra la velocidad del proceso arbitral, sometido siempre a la tutela judicial, sea porque se cuestiona la validez del compromiso o porque se requieren medidas precautorias y éstas, a su vez, el auxilio de la justicia.

En cuanto al reconocimiento y ejecución, la Convención requiere que el laudo sea presentado en una copia original debidamente autenticada y traducida si estuviere en idioma distinto del lugar de su ejecución. Pero el artículo capital de la Convención es aquél que pone a cargo del demandado del país donde el laudo se deba ejecutar, la prueba de que el recono-

cimiento del laudo deba ser denegado en los siguientes casos:

- 1) Cuando las partes del arbitraje estén sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que el acuerdo no sea válido en función de la ley a que las partes lo han sometido o si nada se hubiera acordado, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia (artículo V, 1, a, Convención de Nueva York).

En el caso de la Argentina, esa incapacidad se refiere a la ley del domicilio (artículos 6 y 7, Código Civil), sin perjuicio de que la contraparte pudiera estar sometida a otra ley.

Estas cláusulas y remisiones aumentan las excepciones para revisar un laudo extranjero contenidas en el artículo 519 *bis* del Código Procesal Civil y Comercial de la nación, porque permiten la discusión sobre la validez del acuerdo arbitral conforme a la ley del lugar donde el laudo fue dictado. Esto permite a un demandado local argüir que el acuerdo y, por ende, el laudo, es inválido en el país en que se dictó la respectiva sentencia, lo que resulta imposible argüir frente a un laudo extranjero cuyo reconocimiento no se pide conforme a la Convención de Nueva York ya que su control es sólo de forma y de Orden Público internacional argentino.

- 2) La segunda excepción que la Convención permite al condenado en el laudo, cuya ejecución se busca en el país, tiene que ver justamente con la defensa en juicio, que permite impedir el reconocimiento del laudo cuando no se ha notificado la designación

del árbitro o el demandado local no ha podido hacer valer sus medios de defensa, por cualquier otra razón, lo cual debe probar. Nuevamente, nos parece que la calificación por el juez del foro de esta causal debe hacerse con criterio restrictivo; de lo contrario, ejecutar un laudo arbitral conforme a la Convención en territorio argentino se puede constituir una dilación.

- 3) La tercera excepción tiene que ver con que se hubiera laudado fuera del compromiso o de la cláusula compromisoria, o que el laudo contenga decisiones que excedan los términos del compromiso, o de la cláusula compromisoria. La pregunta de rigor es si podría un demandado local oponer estas defensas al ser ejecutado un laudo extranjero, conforme a los artículos 517 y 519 *bis* del Código Procesal Civil y Comercial de la nación. Nos pronunciamos por la negativa, ya que la respuesta contraria implica cuestionar el fondo del arbitraje, y ello esta generalmente vedado al juez del foro, que de esta manera revisaría la sentencia arbitral. Por otra parte, se exige que el laudo sea final, es decir que se hayan desechado los recursos de nulidad eventualmente planteadas.
- 4) La cuarta excepción se refiere a la constitución del tribunal arbitral o al procedimiento, o que ambos no se han ajustado a las leyes donde se condujo el arbitraje. Esta disposición permite al ejecutado local revisar todo el procedimiento seguido por un árbitro en una jurisdicción extranjera, que es eminentemente territorial, es decir que no sólo discutirá la arbitrabilidad conforme a la Ley argentina y también a la arbitrabilidad se-

gún la ley del país en que se dictó el laudo arbitral, también se podrá llegar a cuestionar el procedimiento seguido por el árbitro que será objeto de revisión en su sede y ante el *iudex fori*, lo cual no es revisible para el proceso de exequátur amparado bajo la Convención de Nueva York.

- 5) La quinta excepción tiene que ver con que el laudo no es aún obligatorio para las partes en el lugar donde se dictó (lo cual es razonable) o no ha sido suspendido o anulado por una autoridad competente del país en donde se dictó.

En todos estos casos es el demandado contra quien se pretende ejecutar el laudo, quien debe probar sus dichos ante el tribunal en el que se lleva a cabo la ejecución.

Otras importantes defensas locales son las que tienen que ver con la arbitrabilidad local de la decisión, cuyo reconocimiento se pretende, y su invalidez frente al Orden Público internacional argentino. La Convención analiza dos supuestos: que la cuestión no pueda ser arbitrada conforme a nuestro ordenamiento jurídico y que su reconocimiento y ejecución sean contrarios al Orden Público (internacional) de nuestro país. Principios contenidos en el artículo 14 del Código Civil y en los artículos 736 y 737 y diferentes normas de orden interno.

Es dable observar que la Convención de Nueva York presenta numerosas cuestiones de ley aplicable, que la hacen de difícil comprensión para los abogados que no practican corrientemente el arbitraje local y que no están familiarizados con las disposiciones internacionales, de donde también se observa una resistencia a

pactar la cláusula arbitral, lo cual sumado a la suspicacia de que los árbitros pueden no ser independientes, ha demorado la adopción del arbitraje como medio de solución de conflictos.

El artículo VI de la Convención prevé un mecanismo para suspender la ejecución en nuestro país, si el condenado discute que el laudo no se encuentra firme.

Esta disposición guarda coherencia con la necesidad de que se encuentre firme. Aún en ese caso se puede pedir la suspensión del procedimiento ante el juez donde se pretende ejecutar el laudo, hasta que se decida el tema de la anulación o suspensión por la autoridad competente del país donde se dictó.

Otra excepción admisible que la Convención permite deducir al condenado en el laudo extranjero es la de Orden Público del país donde se busca reconocer y ejecutar el laudo (ya hemos visto la diferencia entre Orden Público y falta de arbitrabilidad de la cuestión en nuestro país). Es sabido que dentro del concepto de Orden Público juegan las llamadas normas de policía o de aplicación inmediata, que la doctrina sostiene que están insitas en el Orden Público internacional argentino contenido en el principio del artículo 14 del Código Civil, que veda la aplicación de una ley extranjera que lo invada, aunque permite su aplicación para derogar normas imperativas que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes y que pertenecen al llamado Orden Público interno.

El concepto de Orden Público en el Derecho Internacional Privado es, necesariamente, *diferente*; las funciones y el objeto de estas dos partes (Derecho Interno y Derecho Internacional Privado) de un determinado orden legal son distintos. De ello se desprende que en la jurisprudencia de muchos países una norma obligatoria del Derecho interno no necesariamente prevalece en asuntos internacionales; en otras palabras, el juez no necesariamente debe recurrir a su “Orden Público internacional” en caso de violación de dicha norma⁽¹⁴⁾. Tal distinción refleja la naturaleza de las cosas y, en particular, la naturaleza misma del Derecho Internacional Privado, una rama del Derecho que se basa en una distinción fundamental entre situaciones “internas” y situaciones “internacionales” (es decir, aquéllas que incluyen uno o más elementos extranjeros suficientemente relevantes para demandar un tratamiento en particular y la intervención del Derecho Internacional Privado del Estado). Para dar otro ejemplo, en el Derecho Privado interno el principio de la autonomía de la voluntad o libertad contractual está limitado por la obligación de respetar las normas obligatorias mientras que en el Derecho Internacional Privado es bien sabido que éste tiene un significado totalmente distinto (al permitir a las partes mediante su elección del Derecho desestimar aquéllas normas de la ley, sean éstas obligatorias o no, que, en ausencia de elección, hubieran sido aplicables).

Es dable advertir que cuando el artículo V de la Convención de Nueva York

(14) Ver, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema de Suiza en autos “Rothenberger v. GEFA”, ATF 93 II 379, 382: “Las disposiciones del artículo 493 del Código de Obligaciones, conforme a las cuales una garantía debe ser otorgada por escribano público, son de naturaleza obligatoria. Pero esto no significa que también deberían ser consideradas como do Orden Público”. Este es un principio permanente de la jurisprudencia suiza (ver el caso “Société des grands travaux de Marseille v. République Populaire de Bangladesh, Bangladesh Industrial Development Corporation”, ATF 102 Ia 574, 581).

permite el no reconocimiento de un laudo arbitral en tanto sea contrario al Orden Público del país donde el laudo ha sido dictado o del país en que se solicita dicho reconocimiento, debería evitarse la asimilación automática o la confusión entre ambos tipos de Orden Público.

La confusión es especialmente peligrosa, y frecuente, en relación con el Orden Público procesal del Estado donde se ha dictado el laudo cuando dicho Estado, o más bien su legislación o jurisprudencia, no ha tomado plena conciencia aún de la especificidad del arbitraje internacional en contraposición al arbitraje interno, siendo, por lo tanto, de aplicación al arbitraje internacional, sin adaptación ni excepción, las normas obligatorias sancionadas y concebidas para el arbitraje interno.

Esta Convención se aplica con relación a otro Estado contratante y en la medida en que esté obligado a aplicarla (artículo VII cláusula de compatibilidad con cualquier otra convención). También es posible denunciarla en los términos del artículo 13. La dualidad creada frente a las disposiciones mucho menos restrictivas de los artículos 517 y 519 *bis* del Código Procesal Civil y Comercio de la Nación nos hace pensar que esta Convención presenta una cierta incoherencia, ya que si bien elimina de hecho el *exequátur*, ya que el juez debe dar traslado al ejecutado o demandado y que, además, pone sobre el demandado

la carga procesal de acreditar las razones por la que el laudo firme no debe ser cumplido en jurisdicción argentina, multiplica al mismo tiempo las defensas que puede oponer el ejecutado y que comentamos en páginas precedentes, cuya carga y demostración le compete a este último⁽¹⁵⁾.

3. CONVENCION DE NUEVA YORK Y SU INTERACCION CON LA DE PANAMA, SU COLISION CON EL PROTOCOLO DE LAS LEÑAS DE 1992, LA DE MONTEVIDEO DE 1979 Y LOS ACUERDOS DEL MERCOSUR

a) Convención de Panamá de 1975, ratificada por la República Argentina en 1994 y depositada la ratificación en 1995, y Protocolo de Las Leñas

La Convención de Panamá no determina en forma expresa su ámbito de aplicación espacial, pero es claro que no tiene la vocación de universalidad que prevé la Convención de Nueva York y se aplica a los países que la ratificaron o adhirieron y que son miembros de la OEA. En la actualidad rige para todos los Estados latinoamericanos, con excepción de la República Dominicana y de Nicaragua y también está vigente para los Estados Unidos de Norteamérica, que al depositar su ratificación hizo la siguiente reserva:

(15) Justo es reconocer que la ratificación por Argentina de la Convención de Nueva York ha traído luz a un viejo debate sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros y, en particular, sobre el alcance de la teoría de *Kompetenz - Kompetenz* y sus distintos alcances a partir de su ratificación, en el arbitraje interno frente al arbitraje internacional, tema de la competencia del árbitro, así como el alcance de la expresión "Orden Público internacional", que no está receptada en forma expresa en forma positiva interna alguna, mientras no se dicte una ley introductoria sobre principios de Derecho internacional privado en nuestro país. En este sentido debe recordarse que el artículo 752 dispone que el plazo para laudar queda suspendido si la justicia no se ha pronunciado sobre si la cuestión es arbitrable conforme al artículo 737 (que define qué materia es arbitrable).

- I) Al menos que entre las partes en un acuerdo sobre arbitraje exista un compromiso expreso en contrario, cuando se cumplan los requisitos para la aplicación tanto de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional como la de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, si la mayoría de dichas partes son ciudadanos de un Estado que han ratificado hayan adherido a la Convención Interamericana y sean Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, se aplicara la Convención Interamericana en todos los demás casos se aplicará la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.
- II) Los Estados Unidos de América aplicaran las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial que estén vigentes en la fecha que depositen el instrumento de ratificación, al menos que con posterioridad los Estados Unidos de Norteamérica tomen una decisión oficial de adoptar y aplicar las modificaciones ulteriores de dichas reglas.
- III) Los Estados Unidos de América aplicaran la Convención sobre la base de reciprocidad, solo para el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas en el territorio de otro Estado contratante.

Las normas transcritas de la reserva que efectuó los Estados Unidos son compatibles con el artículo VII de la

Convención de Nueva York que establece que “Las disposiciones de la presente Convención no afectaran la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales considerados por los Estados contratantes ni privaran a ninguna de las partes interesadas de cualquier Derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y la medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde la sentencia se invoque.

Resulta claro entonces que la Convención de Panamá se aplica a las relaciones interamericanas, por cuanto la misma reserva efectuada por los Estados Unidos le da prioridad, a pesar de que nuestro país ratificó la Convención de Panamá antes de la ratificación de la Convención de Nueva York, argumento que serviría para decir que esta última prevalecería sobre la primera, pero dado que el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos están prácticamente copiados en espejo la distinción no es relevante y en la práctica es dable afirmar que en nuestro país se hace poco uso de la Convención de Panamá y un uso mayor de la de Nueva York⁽¹⁶⁾. Ya hemos puntualizado que se ha señalado que la cantidad de laudos ejecutados bajo la Convención de Panamá son insignificantes en América Latina. La distinción es que el procedimiento arbitral es prácticamente libre en ambas, ya que a falta de elección de las partes la de Panamá remite, sea el arbitraje institucional o *ad-hoc*, a las normas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), mientras que

(16) KLEINHEISTERKAMP. *Op. cit.*, p. 672 citando a Goldman y a Samleben en cuanto afirman que la Convención estuvo por bastante tiempo manejada por la AAA, ya que el sitio de la IACAC esta en Washington.

no existe tal remisión a norma alguna en la Convención de Nueva York.

En definitiva nuestro país hasta aquí aplica la Convención de Nueva York a condición de reciprocidad y en materias comerciales contractuales o no según su Derecho interno, mientras que la Convención de Nueva York es más amplia ya que permite el reconocimiento y ejecución por parte de laudos emanados de tribunales de países no contratantes, tiene carácter universal, pero la de Panamá rige como Convenio Interamericano y se aplica por los Estados Unidos a condición de reciprocidad. En caso de que el país extranjero no haya ratificado la Convención de Nueva York o no sea parte de la OEA se le aplicara las normas del artículo 517, ya comentado.

Dado que la Convención de Nueva York es aplicable en Brasil, Uruguay, Paraguay y Chile habrá que observar cómo se aplican los laudos que las partes pretenden ejecutar, en función de los acuerdos de Montevideo y del Mercosur que agregan otra dimensión para sus firmantes y crean un procedimiento diferente de ejecución de laudos y sentencias como veremos a continuación.

Bajo la Convención de Nueva York, que es ley para la República Argentina, no se exige que el laudo constituya cosa juzgada, como ya vimos, bastando que el laudo sea obligatorio para las partes, por lo que existe una diferencia no pequeña entre un laudo a ejecutarse en el

país al amparo del artículo 517, o conforme a la Convención de Nueva York, como también resulta de un laudo bajo el CIADI, en que el laudo está equiparado a una sentencia local.

Conviene recordar que Argentina ha ratificado la Convención de Panamá de 1975, en 1994 y la de Montevideo de 1979; en 1983, mientras la de Nueva York la ratificó en 1989. La Convención de Montevideo de 1979 se aplica a cuestiones civiles, comerciales y laborales y está ratificada por cinco países⁽¹⁷⁾, mientras que la de Panamá sólo aplica a las convenciones de índole mercantil y la de Nueva York, para la Argentina solo a cuestiones comerciales contractuales o no calificadas como comerciales por su Derecho interno.

Montevideo, ratificada por países latinoamericanos, tiene un sesgo menos internacional que la Convención de Panamá a la que dice complementar, aun cuando para algún autor extranjero ambas, en lo referente a arbitrajes comerciales, se excluyen entre sí⁽¹⁸⁾. Lo mismo ocurre con relación a la Convención de Nueva York, ratificado por nuestro país junto con la de Panamá, con posterioridad a la de Montevideo⁽¹⁹⁾. La República Argentina ratificó la Convención de Nueva York) en marzo de 1989, con posterioridad a la Convención de Montevideo, de modo que los requisitos para la ejecución de un laudo conforme a la Convención de Montevideo, que son inconsistentes con la de Nueva York, podría no afectar a la

(17) Argentina (31/12/1983); Uruguay (14/06/1980); Paraguay (15/09/1985); Brasil (27/12/1995) y Bolivia (17/11/1998).

(18) KLEINHEISTERKAMP. *Op. cit.*

(19) KLEINHEISTERKAMP. *Conflict treaties in the Southern Cone*. En: *Liber amicorum para Jurgen Samtleben*, p. 686.

ejecución de laudos calificados como comerciales por la legislación interna argentina, pero si afecta en cuestiones civiles y laborales, ya que los laudos relacionados con esas materias no están amparados en la República Argentina por la Convención de Nueva York.

La Convención de Montevideo se aplica a la validez extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales sobre las materias comentadas precedentemente. La Convención dispone que sus reglas se aplican a laudos arbitrales que la Convención de Panamá no contempla, lo que valida decir que se aplica a laudos en materia civil y laboral, pero no en materia mercantil. El problema aquí reside que esta relación parece complementaria y por lo tanto no modifica a la de Panamá no puede ajustarse a la regla que la ley especial deroga a la ley general previa, ya que solo se aplica a las materias no cubiertas en la de Panamá, que si reglamenta el arbitraje comercial y el reconocimiento y ejecución de laudos de esa índole, en las que sigue las aguas de la Convención de Nueva York, que ya hemos analizado y por ende obliga al demandado a probar porque el laudo no es ejecutable en su jurisdicción y además no exige que el laudo esta pasado en autoridad de cosa juzgada.

En cambio la Convención de Montevideo de 1979 artículo 2, inciso a, e y f obliga a la parte actora a probar que el laudo, como la sentencia de otra jurisdicción, cumple todos los requisitos formales para ser auténtica en el país de origen, probar que el demandado ha sido debida-

mente citado y ha tenido la oportunidad de defenderse y que el laudo esta pasado y tiene la fuerza de la cosa juzgada. Al respecto Kleinheisterkamp recuerda que el tema del reconocimiento y ejecución responde a dos conceptos mutuamente excluyentes⁽²⁰⁾, sosteniendo que quien dice que se complementan no puede explicar esta contradicción y proponiendo que siendo el objetivo de la Convención de Panamá seguir a la de Nueva York, la única interpretación posible es que Nueva York prevalece sobre Panamá y nosotros agregamos en todo lo atingente a cuestiones de índole comercial mientras las materias civiles y laborales se rigen por Montevideo, única forma de hacer compatible ambas convenciones. En contrario una conocida autora nacional sostiene que la Convención de Nueva York cede a la de Panamá, que constituye el instrumento base en lo que concierne al arbitraje comercial internacional entre particulares⁽²¹⁾. Aun así, entiendo que Montevideo no tiene competencia para modificar los principios de ejecución de laudos bajo la Convención de Panamá, en materia comercial.

Por ende, esta última interpretación es correcta en caso de ejecución de laudos de naturaleza civil y laboral, pero no en lo comercial ya que en definitiva complica la vida del litigante que teniendo un laudo favorable puede ejecutarlo conforme a las normas de la Convención de Panamá o de Nueva York acompañando el laudo y el compromiso arbitral, legalizados, mientras que la de Panamá leída con la de Montevideo sin hacer la distinción

(20) KEIHEISTERKAMP, Jan. *International Commercial Arbitration*. In: *Latin America*. Nueva York: Oceana Publications, 2005. p. 30.

(21) NOODT TAQUELA, Maria Blanca. *La aplicación de los acuerdos de Arbitraje del Mercosur*. Buenos Aires: *La Ley*, 2001. Estudios compilados bajo la dirección de Ana Maria Piaggi y Luis Alejandro Estoup. p. 108.

precedente hace más difícil la ejecución, ya que el ejecutante debe probar para el reconocimiento del laudo, los requisitos que exige Montevideo para la ejecución de sentencias judiciales y de laudos, y le obliga también a probar que el laudo tiene la fuerza de la cosa juzgada. La única manera de escapar de esta conclusión es sostener que Montevideo es complementaria de Panamá y por tanto no se aplica a laudos comerciales, cuya ejecución, en cuanto a reconocimiento y ejecución, es similar en Panamá y en Nueva York. Pero ello no significa que se aplica Nueva York, sino que como vimos ésta cede a Panamá por imperio del artículo VII de la Convención de Nueva York.

Pero el argumento adelantado precedentemente resulta opinable, ya que Montevideo califica como una convención regional o acuerdo multilateral frente a la Convención de Nueva York, y por ende es una convención contemplada en el artículo VII, pero sus disposiciones en materia de ejecución de laudos colisionan con la Convención de Nueva York, y también con la de Panamá, como se ha comentado anteriormente.

Dado que sostenemos que para la ejecución de laudos es preferible utilizar el método de Nueva York, por tener un consenso internacional mayor, esta interpretación rescata la aplicación de ese procedimiento para los países signatarios de Panamá, que no son miembros del Mercosur.

b) El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial del Mercosur y el Protocolo

Es cierto también que las convenciones de Panamá y de Montevideo resultan de poca aplicación, pero el Mercosur les

devolvió un hálito de vida, al ratificar para el Mercosur el Protocolo de Las Leñas de 1992 que además de cuestiones civiles, comerciales y laborales, abarca temas administrativos, sigue al Tratado de Montevideo de 1979 y prescribe la normativa de la ejecución de sentencia extranjera para los arbitrajes del Mercosur, con lo que el tema adquiere una dimensión novedosa, ya que hace más difícil ejecutar un laudo del Mercosur que uno de un país extranjero que ratificó la Convención de Nueva York, ya que obliga al ejecutante a probar que el laudo ha adquirido la fuerza de la cosa juzgada en el Estado donde se dictó, como si fuera una sentencia extranjera, mientras que la Convención de Nueva York pone a cargo del vencido en el laudo probar que el laudo no esta firme. Si se acepta como válido que la Convención de Montevideo en materia comercial no se aplica a los signatarios de Panamá, tendremos hasta aquí tres procedimientos diferentes para ejecutar un laudo comercial. El de Nueva York-Panamá, el del artículo 517 para países no firmantes de Nueva York y el del Protocolo de Las Leñas para los miembros del Mercosur, validando Montevideo del 79, para sus cuatro firmantes.

Cabe entonces puntualizar que la política argentina en materia arbitral se puede calificar de zigzagueante. Ha ratificado Nueva York como el resto del Mercosur y Chile, pero al ratificar Montevideo cambiaron su orientación y al suscribir el Protocolo de Las Leñas para asuntos comerciales, cuestiones civiles, laborales o administrativas, que remite a Montevideo, restringió obviamente lo firmado al ratificar Nueva York.

Este protocolo entró en vigencia para Brasil, Argentina y Paraguay en 1996 y

para Uruguay en 1999, aunque no conozco de ningún laudo que haya tenido estado público y que lo haya invocado, en un proceso de ejecución en nuestro país. Debe tenerse en cuenta que si bien el Protocolo dice que no restringe las disposiciones de otros tratados en la materia agrega, en la medida que no haya conflictos, con lo que la aparente flexibilidad se vuelve irrelevante.

Lo cierto es que al volver a la aplicación indistinta de ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales a un procedimiento común vuelve a elegir el procedimiento del exequátur con cargo al actor y la prueba de la cosa juzgada que requiere Montevideo y nuestro Código de Procedimientos, descartando la solución adoptada en la Convención de Nueva York que ha tenido una acogida más amplia en estos tiempos y por ende haciendo las cosas más difíciles para el ejecutante o actor que actúa aplicando las normas en el Mercosur frente a aquellos terceros países que, no estando obligados por el Tratado del Mercosur, pueden ejecutar el laudo descargando en el demandado la prueba de que el mismo no es ejecutable en su jurisdicción.

Esta postura política de consagrar una norma menos moderna, pero identificatoria de igual solución para laudos y sentencias judiciales ha sido ratificado totalmente por el Convenio de Arbitraje Comercial del Mercosur extendido por el pacto entre el Mercosur, Bolivia y Chile (ratificado por Ley 25.223, BO, 5/1/00)⁽²²⁾. Dicho Convenio, vigente en la actualidad para sus miembros, prevé en su artículo 23 que la ejecución de un lau-

do o sentencia arbitral extranjera se aplicará, en lo pertinente, por la Convención Interamericana de Panamá de 1975, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del Mercosur, que se encuentra vigente desde la ratificación por Brasil y Argentina, y aprobado por decisión del Consejo de Mercado Común 5/92 y la Convención de Montevideo de 1979, disponiendo que para las situaciones no previstas por las partes del Acuerdo, se remitirá a los principios y reglas de la Ley Modelo de UNCITRAL.

Dado que el Convenio del Mercosur sobre Arbitraje Comercial en el Mercosur ha sido ratificado por todos los países del Mercosur, y resulta de aplicación a Chile y Bolivia, reiterando la aplicación de Montevideo del 79 al procedimiento de ejecución del laudo o de la sentencia, entiendo que las contradicciones apuntadas han quedado superadas y hemos vuelto de alguna manera a aplicar en el Mercosur las soluciones que nuestros viejos códigos procesales requieren para la nacionalización de sentencias extranjeras, no queriendo o pudiendo superar y separar a los laudos del cumplimiento de esos requisitos, que es la gran ventaja de la Convención de Nueva York. No me referiré a las demás normas que hacen al arbitraje en el Mercosur, ya que el propósito del análisis era simplemente distinguir las situaciones diversas sobre Arbitraje Comercial en nuestro país.

Existen muchas discordancias para recomendar un arbitraje en el Mercosur, según el estado actual de su normativa. Estas Convenciones se refieren a contro-

⁽²²⁾ *Liber amicorum para Jürgen Samtleben*. Fondo Cultura Univesitaria. p. 640.


versias entre particulares, pues el Tratado de Washington de 1965, al que he preferido excluir de este análisis, está regido por el Derecho internacional público, por tratarse de sentencias que involucran a un Estado y que, por ende, son de difícil ejecución en cualquier lugar del mundo. De todos modos queda claro que la Convención de Nueva York está excluida en el ámbito del Mercosur para sus miembros entre sí, en materia civil, comercial, administrativa y laboral, ya que no se hace mención de la misma ni como antecedente. A su vez la de Panamá rige para relaciones entre países latinoamericanos no pertenecientes al Mercosur, consagrando una solución similar en materia comercial a la de Nueva York, para aquellos países o jueces que no deseen aplicar la Convención de Nueva York.

En tercer lugar Montevideo de 1979 se aplica a laudos civiles y laborales, a los que se le exige el requisito de la cosa juzgada y la carga procesal de la procedencia del laudo al actor. Lo mismo sucede en temas administrativos en el Mercosur

De esto resulta que al presentar un laudo extranjero no sujeto a la Convención de Nueva York, o, a la de Panamá de 1975, sino de un tercer país, debe probar en la República Argentina, el cumplimiento de todos los recaudos del artículo 517, conforme se desprende del jue-

go de los artículos 517 y 519 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, aunque esa solución de nuestra ley es criticada por Grigera Naón⁽²³⁾, ya que es nuevamente contraria a lo dispuesto en la Convención de Nueva York en materia de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, que disponen que la parte contra quien se pretende ejecutar el laudo es la que debe probar que éste no satisface los requisitos de la ley del foro, que vuelve de algún modo a la filosofía del artículo 517, pero no exige el cumplimiento de todos sus recaudos.

Finalmente, considerarnos que todo el tema de ejecución de un laudo arbitral necesita mayor reflexión y una postura más orgánica del país al aprobar convenciones internacionales que se basan en principios y supuestos diferentes. Sería interesante un pronunciamiento de la Corte Suprema Argentina, que considerara en un caso concreto los supuestos comentados. En el ínterin, parece que tendremos dos soluciones antagónicas la de Nueva York-Panamá y la de Montevideo-Mercosur.

Todavía sigue subsistiendo la desconfianza hacia el arbitraje y los Estados celosos, se abroquelan en instituciones, que lo hacen más difícil y por lo tanto menos utilizables para sus presuntos beneficiarios. 

(23) Grigera Naón encuentra superflua esa carga procesal cuando el mismo Código exige el traslado a la parte contra quien se ejecutará el laudo en cuestión (*Primer encuentro argentino-germano*. p. 265).

BRASIL

O PAPEL DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE NA EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Por: ALESSANDRA DE AZEVEDO DOMINGUES (*)

SUMARIO: 1. *Introdução.* 2. *Evolução da Arbitragem no Brasil.* 2.1. *Previsões Legislativas.* 2.2. *Tratados Internacionais.* 2.3. *A Lei de Arbitragem brasileira.* 3. *Arbitragem Internacional.* 3.1. *Debates sobre a necessidade de homologação de sentença arbitral estrangeira e os critérios para tal homologação.* 3.2. *Convenção de Nova Iorque.* 3.3. *Os contrapontos entre a Lei de Arbitragem brasileira e a Convenção de Nova York.*

1. INTRODUÇÃO

A Convenção de Nova Iorque foi incorporada ao ordenamento brasileiro após sua promulgação, ocorrida apenas em 2002.

Apesar de seu espírito ter sido traduzido na Lei de Arbitragem brasileira, editada em 1996, ela representou impacto no crescimento da arbitragem no Brasil, especialmente daquelas consideradas como internacionais.

Foi capaz de estancar dúvidas ainda reinantes sobre a necessidade ou não de

homologação da sentença arbitral pelo Supremo Tribunal Federal, e sobre os critérios a serem observados.

Estes aspectos de relevante importância para a evolução da arbitragem no Brasil serão tratados ao longo deste artigo, sem pretensão de esgotar o tema, indicando todo o caminho evolutivo da arbitragem no ordenamento brasileiro e das discussões doutrinárias que se travaram no curso desta evolução que se estenderão quanto à aplicabilidade das regras consignadas na Convenção.

(*) Membro da Comissão de Proteção do Consumidor no Mercado Eletrônico do Ministério da Justiça do Governo Brasileiro. Advogada e Sócia do escritório Franco, Nascimbeni e Azevedo Advogados Associados, Brasil.

2. EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A arbitragem representa um meio *sui generis* de solução de controvérsias, através do qual uma instituição particular é chamada a resolver o conflito de interesses, cuja decisão ganha caráter obrigatório e vinculante, e força executória. Neste mesmo sentido, define-a José Cretella Neto⁽¹⁾:

“Arbitragem é, portanto, um mecanismo ou técnica de solução de controvérsias instaurada pelas próprias partes, mediante a intervenção de terceiro ou terceiros, expressamente autorizado ou autorizados pelos litigantes”.

No Brasil, a natureza jurídica da arbitragem é muito discutida ainda nos dias atuais, não nos parecendo que tal dissidência terá solução. Há partidários das diversas correntes que se construíram acerca do tema, valendo destacar apenas as principais: a corrente publicista ou processualista que defende o caráter jurisdicional; a corrente privatista ou contratualista que a proclama pelo caráter contratual; e, por fim, a terceira e última, denominada por alguns como intermediária ou conciliadora, declara que a arbitragem é um instituto misto.

Segundo a corrente privatista, na arbitragem não há atividade jurisdicional, devendo se privilegiar o ato que a estabele-

ceu, o qual seria o definidor de sua natureza jurídica de contrato. Neste sentido se posiciona Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, para quem a arbitragem constitui uma espécie de negócio jurídico bilateral, tendo como norteadores os princípios contratuais⁽²⁾.

Para a corrente publicista, a arbitragem é uma atividade jurisdicional, já que o exercício não fica restrito ao Estado, sendo uma das formas de jurisdição, bastando, para tanto, trabalharmos com um conceito amplo de jurisdição, como acen-tua Carlos Alberto Carmona⁽³⁾.

Por fim, a terceira corrente critica as duas anteriores, por entender que cada uma delas se apóia em uma determinada etapa da arbitragem, quando, na verdade, ela abrange, a um só tempo, questões relativas a contratos e à jurisdição. Os adeptos, como Guido F. S. Soares, José Carlos de Magalhães e Marco Aurélio Gumiero Valério, explicam que ela deve ser entendida como contrato e como jurisdição porque reside em uma jurisdição cujo procedimento é determinado pelas partes, seja pela fixação das regras a serem seguidas, seja pela eleição das normas do tribunal arbitral por elas eleito. Em contrapartida, o laudo arbitral tem seus efeitos previstos em lei, não decorrendo da vontade das partes, daí o caráter misto.

No Brasil, a arbitragem ainda tem aplicação tímida, não obstante o recente crescimento da adoção da cláusula compromissória nos contratos, da instituição

(1) CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 11.

(2) GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 42.

(3) *Apud in* VALÉRIO GUMIERI, Marco Aurelio. *Arbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004. p. 29.

de procedimentos e do número de tribunais arbitrais.

Tal crescimento decorre, principalmente, da conscientização quanto às vantagens deste procedimento, merecendo destaque a rapidez⁽⁴⁾, a confidencialidade⁽⁵⁾ e a tecnicidade⁽⁶⁾. A economia, apesar de citada por muitos como uma virtude, não é uma realidade de fato no Brasil, posto que muitos procedimentos arbitrais possuem custos muito superiores a um procedimento jurisdicional estatal⁽⁷⁾.

Adiante veremos que a arbitragem, no Brasil, passou por várias etapas, ora sendo aceita, ora sendo rejeitada, ora instituída por previsões legislativas nos códigos de processo civil e comercial brasileiros, ora por meio de dispositivos constitucionais, ora por leis especiais.

Esta situação acabou impactando na demora da ratificação, pelo Brasil, de Tratados Internacionais que cuidavam da matéria, justificando, igualmente, o atraso brasileiro na adoção da arbitragem

como uma forma alternativa e viável de solução de controvérsias.

2.1. Previsões Legislativas

A arbitragem está presente no Direito brasileiro desde as Ordenações Filipinas de 1603, com reconhecimento expresso no Livro III, Título XVI. Posteriormente, quando já não era mais colônia de Portugal, o reconhecimento da arbitragem coube à Constituição Política do Império⁽⁸⁾.

O Código Comercial também adotou a arbitragem, inspirado nos moldes franceses, como procedimento obrigatório em controvérsias envolvendo o Direito Societário⁽⁹⁾, cujo dispositivo encontrava-se vigente até a edição do Código Civil de 2002.

O Regulamento 737 de 25 de novembro de 1850, reconhecido como o primeiro código processual, disciplinava a arbitragem no Capítulo intitulado *A Ordem do Juízo do Processo Comercial*, artigos 411 a 475⁽¹⁰⁾.

(4) Os procedimentos arbitrais consomem cerca de 06 (seis) meses, enquanto que uma ação no Brasil pode se delongar por 10 (dez) anos ou mais.

(5) A confidencialidade é questionada por alguns juristas, como Carlos Alberto Carmona e Marco Aurélio Gumiero Valério, em razão da publicação dos laudos nos anuários dos tribunais, mas, de toda sorte, esta publicidade é muito mais restrita que aquela obtida em processo judicial estatal, cuja regra é a ampla publicidade de todos os atos.

(6) Inegável é a vantagem da tecnicidade. Já quando da eleição dos árbitros pode se priorizar aqueles que possuem conhecimento técnico acerca da matéria que será discutida, por exemplo, árbitros que conheçam de tecnologia, quando a controvérsia tenha como pano de fundo um contrato de desenvolvimento de software ou sistema de computador.

(7) Muitos tribunais arbitrais fixam seus custos a partir do valor envolvido no conflito, em percentuais que variam de acordo com o valor. O custo judiciário, no Estado de São Paulo, represente o valor de 1% sobre o valor da causa, não variando, mostrando-se, portanto, mais econômico do que a arbitragem.

(8) Artigo 160. Nas causas cíveis e penais civilmente intentadas poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes.

(9) Artigo 293. Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios, durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.

(10) Interessante aqui destacar que o artigo 411 reconhecia, à semelhança do artigo do Código Comercial, a obrigatoriedade da aplicação da arbitragem às causas de direito comercial.

Apesar da obrigatoriedade da arbitragem para algumas matérias, ela nunca foi efetivamente obedecida, resultando no afastamento da arbitragem compulsória pela Lei 1.350, de 14 de novembro de 1866, sendo este texto legal responsável, em parte, pela decadência do instituto no Brasil.

Vale destacar, ainda, que o Decreto 3.900, de 26 de junho de 1867, que regulamentou estas alterações na disciplina legal da arbitragem, dispôs, expressamente, acerca da cláusula compromissória de eleição da arbitragem⁽¹¹⁾, porém, a ela reconheceu caráter de promessa, resolvendo-se em perdas e danos o seu não cumprimento.

O Código Civil de 1916 –em vigor até sua revogação pelo Código Civil de 2002– previa o instituto da arbitragem nos artigos 1.037 a 1.041, como procedimento opcional, adotando o compromisso como instrumento básico para o juízo arbitral, silenciando-se quanto à cláusula compromissória⁽¹²⁾.

O Código de Processo Civil de 1939 e de 1973 previram a arbitragem, mas impuseram um controle rígido e obrigatório do processo arbitral. A Lei 10.358 de 2001, que alterou o Código de Processo Civil de 1973, também tratou da arbitragem.

Na década de 80, foram publicados três anteprojetos destinados a disciplinar a arbitragem no Brasil. O primeiro deles, publicado na Portaria 319 do Ministério do Justiça, em 27 de junho de 1981, garantia à cláusula compromissória execução específica, podendo o juiz ser chamado a nomear árbitro no lugar da parte resistente.

O segundo foi publicado em 26 de fevereiro de 1987, na Portaria 76 do Ministério da Justiça, passou a abordar não só a arbitragem interna, como também a internacional.

Por fim, o terceiro, publicado pela Portaria 298 do Ministério da Justiça, de 20 de junho de 1988, restringiu-se a alterar alguns artigos do Código de Processo Civil e representou, para a doutrina, um retrocesso na disciplina da arbitragem, por não atribuir execução específica à cláusula compromissória, por condicionar o laudo à homologação judicial, por facultar às partes recorrerem do laudo proferido, e por exigir que os árbitros fossem bacharéis em Direito.

Mais contemporaneamente, assistimos à edição da Lei 9.307/96⁽¹³⁾ que buscou inspiração na Lei-Modelo da UNCITRAL, como nas leis espanhola e francesa, demonstrando a intenção de o legislador unificar as previsões legais

(11) Artigo 9. A cláusula de compromisso, sem a nomeação dos árbitros ou relativas a questões eventuais, não vale senão como promessa e fica dependente para a perfeição e execução de novo e especial acordo das partes, não só sobre os requisitos do artigo 8, senão também sobre as declarações do artigo 10.

(12) Artigo 1.037. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais e extrajudiciais.

Artigo 1.041. Os árbitros são juízes de direito e de fato, não sendo sujeito o seu julgamento a alçada ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes.

(13) Com a entrada em vigor da lei material sobre arbitragem, foram expressamente revogados os artigos do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1973 que cuidavam da arbitragem e por nós citados em linhas acima.

internas por meio de uma lei especial, ao invés de, simplesmente, adotar uma Convenção Internacional sobre a matéria.

A referida lei, além de harmonizar os dispositivos internos, incorporou diversas premissas presentes na Lei-Modelo da UNCITRAL, as quais são apontadas por Selma Maria Ferreira Lemes⁽¹⁴⁾, e que abaixo citamos de forma sintética:

- a) Ampla autonomia das partes na fixação dos procedimentos, bem como na eleição da competência, na adoção das regras de direito a serem aplicadas e na fixação da cláusula compromissória;
- b) Caráter obrigatório e vinculativo da arbitragem;
- c) Execução específica da cláusula compromissória;
- d) Procedimento para indicação e eleição dos árbitros, inclusive quanto à revelação de fatos que denotem dúvida quanto à imparcialidade e à independência;
- e) Autorização de o Tribunal Arbitral solicitar medidas cautelares;
- f) Adoção do princípio do devido processo legal;
- g) Obrigatoriedade de o laudo especificar os fundamentos da decisão;
- h) Revisão do laudo arbitral em caso de erro material ou obscuridade;
- i) Ação de anulação da sentença arbitral; e

- j) Reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira.

A mais recente previsão legislativa sobre a arbitragem foi instituída pela Lei 10.303/2001 que alterou a Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), ao prever, expressamente, que as divergências entre acionistas e a sociedade ou entre os acionistas podem ser resolvidas através da arbitragem.

Após todas as mudanças legislativas ocorridas no tratamento da arbitragem no Brasil, podemos afirmar que hoje ela encontra-se regulada por lei especial – não obstante a existência de outros diplomas legais que a ela fazem referência, apenas para ratificá-la como meio alternativo de solução de controvérsias – e possui caráter facultativo e não mais obrigatório, como no passado.

2.2. Tratados Internacionais

Ao longo da história, o Brasil firmou alguns Tratados Internacionais Bilaterais, com o Chile em 1899, com a Suíça em 1924, com os Estados Unidos da América, com a França, com a Grã-Bretanha, com a China e com a Espanha, em 1909, todos eles determinados a submeter determinadas matérias à arbitragem.

Ainda na esfera internacional, o Brasil foi signatário do Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais, o qual foi ratificado pelo presidente Getúlio Vargas, em 05 de fevereiro de 1932, sem consultar o Parlamento, mas com ressalvas ao artigo 1, parágrafo 2, para especificar que

⁽¹⁴⁾ *Apud in* VALÉRIO, Gumieri. *Op. cit.* p. 59.

seria ela aplicável apenas a assuntos comerciais. Esta ratificação e o texto do Protocolo foram publicados pelo Decreto 21.187 de 22 de março de 1932.

O Código de Bustamante, de 1928, que cuida sobre jurisdição arbitral e sobre homologação mútua e execução de decisões, vigora, igualmente, no Brasil.

A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional foi imediatamente assinada no Panamá, pelo Brasil, em 30 de janeiro de 1975, mas só foi ratificada pelo Decreto Legislativo 90, promulgado em 12 de junho de 1995, acrescida de instruções complementares sobre eficácia extraterritorial, ratificadas por meio do Decreto 93, de 20 de junho de 1995.

O Brasil aderiu à Convenção da ONU sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, conhecida como Convenção de Nova Iorque, introduzindo-a no ordenamento jurídico pátrio apenas em 23 de julho de 2002, pelo Decreto Federal 4.322.

Por fim, cumpre destacar que o Brasil permanece, ainda, sem adotar o Tratado do Banco Mundial.

2.3. A Lei de Arbitragem brasileira

A Lei da arbitragem brasileira concedeu uma ampla liberdade em convenicionar a arbitragem, prestigiando os princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar e, conseqüentemente, revelando o caráter contratual deste procedimento. Não obstante tal fato, a lei também acolhe o caráter processual, tanto que princípios do contraditório, da

igualdade entre as partes, da imparcialidade e do livre convencimento também se fazem presentes na arbitragem.

O legislador acolheu as mesmas regras de capacidade da vida civil para contratar e ainda reconheceu a mesma capacidade para aqueles entes que, mesmo sem personalidade jurídica, possuem capacidade postulatória, como se verifica com o condomínio, com a massa falida e com o espólio do falecido.

No que se refere às regras a serem observadas pelos árbitros no julgamento da controvérsia, cumpre destacar que as partes podem, na cláusula compromissória, eleger o direito, a equidade, os princípios gerais de direito, os usos e costumes e a *Lex mercatoria*, mas tal eleição não pode afrontar os usos e costumes, nem normas de ordem pública.

A lei reconheceu, ademais, a diferenciação entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, ao contrário de outros ordenamentos que não aceitam tal distinção.

Para o Direito brasileiro, as partes, em cláusula, comprometem-se a solucionar as controvérsias por arbitragem, mas, surgido o conflito, uma das partes deve chamar a outra a compor o compromisso arbitral, mediante o qual se delimita o objeto do embate, indicam-se os árbitros, define-se a responsabilidade por pagamento de honorários dos árbitros e pelas despesas com o procedimento.

Os institutos se diferenciam porque a cláusula, para o ordenamento brasileiro, é preliminar, enquanto que o compromisso é definitivo. O legislador, como dito acima, garantiu à cláusula a execução es-

pecífica, afastando qualquer eventual dúvida de que a cláusula, em caso de negativa de uma das partes, só levaria à solução por perdas e danos.

No que se refere à figura do árbitro, o legislador não obrigou que fosse ele bacharel em Direito, como outrora, mas que fosse pessoa natural e capaz. As partes elegem árbitros de confiança, os quais, além de aceitar expressamente a função, devem agir com imparcialidade, independência, competência, diligência e descrição. Interessante destacar que os árbitros ficam sujeitos às mesmas causas de impedição ou de suspeição a que se submetem os juízes togados, nos termos dos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil⁽¹⁵⁾.

Os árbitros, verificando a necessidade de medidas coercitivas ou cautelares podem solicitá-las ao Poder Judiciário, mas, de forma derivada, as

partes também mantêm esta capacidade postulatória.

A sentença arbitral não comporta recurso em sede arbitral, mas qualquer das partes pode requerer, judicialmente, a declaração de nulidade, a qual só se verificará pela não observância de regras legais, princípios da arbitragem, incompetência dos árbitros ou do tribunal arbitral. Cumpre destacar que a lei reconhece que a nulidade de parte do contrato não necessariamente afeta a validade da cláusula arbitral, o que não se confunde com a nulidade da sentença.

Ainda no que pertine à sentença arbitral, importante refletir que o tema ganha especial destaque quando se trata de arbitragem internacional, mas, como veremos adiante, antes da Lei em comento, a executibilidade da sentença, mesmo se tratando de arbitragem interna ou nacional, era muito discutida.

(15) *Artigo 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:*

- I. de que for parte;
- II. em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;
- III. que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;
- IV. quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;
- V. quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;
- VI. quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do no IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Artigo 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

- I. amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;
- II. alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;
- III. herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;
- IV. receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;
- V. interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

3. ARBITRAGEM INTERNACIONAL

No Brasil, a definição de uma arbitragem como internacional atrela-se ao fato territorial, ou seja, será estrangeira aquela sentença internacional proferida fora do território brasileiro, na esteira do que prevê o parágrafo único do artigo 34 da Lei 9.307/96⁽¹⁶⁾.

Luiz Fernando do Vale Almeida Guilherme lembra que tal conceituação não é pacífica na doutrina, sendo aceita por civilistas e processualista. Porém, os internacionalista preferem entender como internacional a arbitragem que utiliza a legislação internacional, ao invés da legislação brasileira.

Há quem diga, ainda, que a arbitragem verdadeiramente internacional é aquela que envolve dois Estados, sendo regida pelo Direito Internacional Público.

Vale aqui abrir um parêntese para destacar que apesar das tímidas iniciativas de arbitragem no Brasil entre particulares, sempre se prestigiou no país as arbitragens internacionais públicas, como nas questões de fronteira com a Argentina e a Guiana Inglesa, em 1900 e 1904, respectivamente, no domínio sobre o território do Acre, com a Bolívia, em 1909, e, com o Peru, na definição do mar-

co divisório do Alto Juruá e do Alto Purus, em 1910, por exemplo.

Neste diapasão, vale destacarmos que no plano judicial permanece inexistente, na prática, a possibilidade de um Estado se submeter ao Poder Judiciário de outro Estado, por serem entidades de mesmo *status* e dotados de soberania, exceto se assim consentirem. Desta feita, no âmbito do Direito Internacional Público, a arbitragem representa uma “*técnica utilizada pelos Estados-partes na controvérsia, que indicam os integrantes de um órgão de decisão arbitral, estabelecem sua competência e jurisdição, os procedimentos a serem seguidos, os prazos e a forma de cumprimento da decisão*”, segundo as palavras de José Cretella Neto⁽¹⁷⁾. Vale, ainda, destacar que nesta arbitragem é comum o uso da equidade.

Cumprir notar que a melhor acolhida da arbitragem tem se notado em demandas que envolvem o Direito Comercial Internacional, já regularmente regido pelos usos e costumes, sendo inúmeros os tratados, os acordos e as convenções que a regulamentam⁽¹⁸⁾.

Neste cenário, defrontam-se Estado e particular de outro país, ou particulares de diferentes Estados, os quais elegem a arbitragem para resolverem seus litígios

⁽¹⁶⁾ “Artigo 34 (...)”

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

⁽¹⁷⁾ CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 18.

⁽¹⁸⁾ Vale citarmos, como exemplos, o Decreto Legislativo 265/2000 - Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, o Decreto Legislativo 483/2001 - Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional entre Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, o Regulamento Modelo de Arbitragem Comercial Internacional para as Instituições Arbitrais do Mercosul, Chile e Bolívia.

oriundos de um contrato internacional de comércio, evitando, através dela, as incertezas relacionadas a conflitos de leis e à diversidade de direitos nacionais. Por esta razão as câmaras de comércio e a Câmara de Comércio Internacional (ICC - *International Chamber of Commerce*) criaram seus Tribunais Arbitrais⁽¹⁹⁾. Podemos citar, entre as principais organizações internacionais destinadas à arbitragem, além da ICC, a *American Arbitration Association*, a *UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law*.

Esta espécie de arbitragem internacional ganhou o nome de Arbitragem Comercial Internacional, consagrada pela

Convenção Européia de 21 de abril de 1861, firmada em Genebra, e pela lei-tipo adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional-UNCITRAL, em 21 de junho de 1985⁽²⁰⁾, e que, necessariamente, tem o litígio base em um contrato comercial internacional.

Vencidas as questões atinentes às características e à adoção da arbitragem internacional, cumpre destacar que o cumprimento da decisão pela parte perdedora é voluntário, o que revela ser comum a resistência do perdedor quanto ao cumprimento, não obstante tal ato afetar suas relações políticas ou comerciais, conforme o caso.

(19) Dentre os Tribunais Arbitrais das Câmaras de Comércio, vale destacarmos a AMCHAM – Câmara Americana de Comércio, que possui alguns dos melhores custos com a instituição do procedimento arbitral e de honorários dos árbitros, fazendo valer o benefício da economia, conforme se revela da tabela abaixo, disponível em http://www.amcham.com.br/servicos/arbitragem/tabela_custas_port.pdf, acessado em 01 de dezembro de 2008:

CUSTOS/HONORÁRIOS	SÓCIO AMCHAM	NÃO ASSOCIADO
Registro do pedido de início de Procedimento Arbitral	R\$ 1.300,00	R\$ 1.500,00
Mensalidade (enquanto durar o procedimento arbitral) – mínimo de 10 horas	R\$ 800,00	R\$ 1.000,00
(mínimo de 10 horas)	R\$ 450,00	R\$ 450,00
Despesas extras (perícias, viagens, reuniões, etc.)	Serviços de terceiros serão reembolsados pelo valor efetivamente pago pelo Centro	

(20) Para a lei-modelo da UNCITRAL, será internacional a arbitragem se (artigo 1.3):

- a) As partes numa convenção de arbitragem tiverem, ao tempo da conclusão da convenção, seus estabelecimentos principais situados em Estados diferentes; ou
- b) Um dos seguintes lugares estiver situado fora do Estado no qual as partes tiverem seus estabelecimentos principais:
 - i. O local da arbitragem estiver fixado ou for determinável, na convenção de arbitragem;
 - ii. Qualquer local onde parte substancial das obrigações da relação comercial ou o local com o qual o objeto do litígio seja tiver conexão mais estreita; ou
- c) As partes tiverem expressamente convencionado que o objeto da convenção da arbitragem tiver conexões com mais de um país.

E o parágrafo 4 esclarece:

- a) Se uma parte tiver mais de um estabelecimento, o estabelecimento a ser considerado é aquele que tiver relação mais estreita com a convenção de arbitragem;
- b) Se a parte não tiver estabelecimento, deverá ser referida, para esse efeito, sua residência habitual.

No Brasil, antes do advento da Lei de Arbitragem (Lei. 9.037/96), a esse fator, atrelava-se a condição de dupla homologação prevista no ordenamento jurídico. Explica-se. A sentença arbitral internacional deveria ser, primeiramente, sancionada pelo poder judiciário do país de origem da arbitragem para, na seqüência, ser levada à homologação junto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF). Como os demais ordenamentos não previam a homologação por órgão judiciário, tornava-se impossível a homologação no STF.

A dificuldade de execução da sentença arbitral estrangeira por esta exigência repercutiu, diretamente, na pouca adesão ao procedimento da arbitragem, o que foi modificado com a entrada em vigor da Lei de Arbitragem brasileira que modificou, sensivelmente, as regras para homologação, como veremos a seguir.

3.1. Debates sobre a necessidade de homologação de sentença arbitral estrangeira e os critérios para tal homologação

Primeiramente, antes de adentrarmos nos critérios para homologação de sentença estrangeira, precisaremos, primeiramente, fazer uma breve análise do artigo 5, incisos XXXV, XXXVII, LIII, LV e LVI da Constituição Federal de 1988.

Referidos dispositivos constitucionais estabelecem, respectivamente, a inafastabilidade do controle judicial, o princípio que impede a criação de um

juízo ou de um tribunal de exceção, o princípio do juiz natural, o princípio da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição (dupla instância de julgamento) e a garantia do devido processo legal, os quais, para muitos, foram “colocados em xeque” ante o procedimento arbitral. Vejamos, então, as discussões que se seguiram.

O principal tema que se colocou em debate foi o teor do inciso XXXV do artigo 5 da CF/88 que reza:

“Artigo 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Muitos doutrinadores interpretaram referido dispositivo como a intenção de o legislador prever monopólio estatal quanto à prestação jurisdicional, afastando, por conseguinte, qualquer solução extrajudicial de controvérsia.

Na verdade, como bem ressalta Marco Aurélio Gumiero Valério, o legislador teve a intenção de afastar, tão somente, as comissões e os conselhos extraconstitucionais responsáveis por inquéritos policiais e parlamentares na ditadura varguista⁽²¹⁾.

(21) VALÉRIO GUMIERI. *Op. cit.* p. 103.

À semelhança do que se dá com outras formas de composição de conflitos previstas no ordenamento brasileiro, como a transação, não está vedado aos litigantes solucionarem o litígio por outro meio que não a ação judicial. Podem eles, sim, segundo a liberdade que o próprio ordenamento lhes reserva, solucionar a controvérsia por um meio alternativo, ou mesmo por intermédio de uma jurisdição privada, como é o caso da arbitragem, sem que isso signifique uma renúncia ao direito de ação, mas um livre ajuste, uma livre composição amigável.

Se as partes podem renunciar a um direito disponível, por qual razão o ordenamento lhes negaria a possibilidade de escolher a forma para solução da controvérsia em torno deste direito? Pensar desta forma seria negar lógica ao sistema brasileiro, posto que se reconheceria soluções alternativas, como a transação, mas se recusaria a arbitragem.

Por fim, cumpre destacar que a Lei da Arbitragem não retira do Poder Judiciário a possibilidade de ser acionado, isso porque permite que a ele se socorram em caso de medidas cautelares ou para declaração de nulidade do laudo arbitral, ilustrativamente, sem nos esquecermos do fato de que a ele se reservou, exclusiva-

mente, a apreciação das controvérsias envolvendo direitos indisponíveis.

Portanto, não há qualquer conflito entre a Lei de Arbitragem e o referido dispositivo constitucional⁽²²⁾, não havendo motivos para exigir que o laudo arbitral seja homologado por juiz togado, mesmo porque a Lei de Arbitragem reconhece o caráter de sentença a este laudo (artigo 18⁽²³⁾).

Dessa forma, resta plenamente afastada a necessidade de homologação prévia do laudo por juiz togado, gozando ela do caráter de sentença desde a emissão pelos árbitros.

Ao ganhar a conotação de sentença, restou claro que a arbitragem internacional deve se submeter aos mesmos critérios de homologação de sentença estrangeira previstos no ordenamento brasileiro.

Vale destacar, de início, que a Lei Arbitral reconhece, expressamente, a necessidade de homologação de sentença arbitral internacional para que a mesma seja reconhecida e executada no Brasil, conforme se revela da leitura do seu artigo 35⁽²⁴⁾, e ao fazê-lo enuncia a competência do Supremo Tribunal Federal.

Aqui cumpre revelar que a competência do STF estava prescrita no artigo 102, alínea “h” da CF/88⁽²⁵⁾, o qual

⁽²²⁾ Todos os demais princípios e garantias contratuais estão resguardados pela Lei de Arbitragem, em razão das próprias regras procedimentais nela previstas, tendo sido a constitucionalidade reconhecida e declarada pela Suprema Corte do Brasil.

⁽²³⁾ Artigo 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

⁽²⁴⁾ Artigo 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

⁽²⁵⁾ Revogado pela Emenda Constitucional 45, publicada no dia 31 de dezembro de 2004, trouxe, em seu bojo, a transferência de competência do STF – Supremo Tribunal Federal para o STJ – Superior Tribunal de Justiça, para processar e julgar, originariamente, o reconhecimento de sentenças arbitrais alienígenas. Passou o procedimento do *exequatur* a ser regulado pelo novo art. 105, I, da Constituição Federal de 1988.

nada fala sobre sentença arbitral, apenas sentença estrangeira, levando os privatistas a negar a necessidade de homologação do laudo arbitral pelo STF. A Lei de Arbitragem, ao aumentar o rol de competência do STF por lei infra-constitucional, estaria, para alguns doutrinadores, incorrendo em uma irregularidade.

Ademais, não havendo participação de autoridade pública, a sentença arbitral constituiria apenas um título extrajudicial, sujeito à execução contida no artigo 585 do Código de Processo Civil e por haver participação apenas de particulares, não se justificaria exigir o procedimento da arbitragem que se relaciona com ato de autoridade pública.

A morosidade do procedimento de homologação conflituária, diretamente, com o princípio da celeridade que resguarda a arbitragem.

Os publicistas, em contrapartida, defendem a homologação e, conseqüentemente, a constitucionalidade do artigo 35; tal dispositivo não teria o condão de aumentar o rol de competência do STF, mas de igualar em grau de tratamento e de importância a sentença arbitral à sentença judicial. Desta forma, a interpretação conciliatória dos dois artigos viria no sentido de se entender que a sentença arbitral está implicitamente inserida no conceito de sentença internacional do dispositivo constitucional.

A tese defendida pelos publicistas leva a entender que a sentença arbitral possui caráter de título executivo judicial, sujeitando-se, portanto, ao procedimento de homologação. Lembre-se, por oportuno, que por sentenças arbitrais deve-se entender não apenas aquelas proferidas

pelos árbitros nomeados, mas aquelas emitidas pelos órgãos arbitrais permanentes, aos quais as partes se submeteram.

Esta controvérsia manteve-se até a adoção, pelo Brasil, da Convenção de Nova Iorque que colocou um termo final a qualquer dúvida quanto à necessidade ou não de homologação, como veremos na seqüência.

Para aqueles que defendiam a necessidade de homologação, estava clara a necessidade de se observar a competência exclusiva do STF (artigo 102, “i” e “h” da CF/88, hoje do STJ, segundo artigo 105, I, “i”), e de se cumprir os critérios procedimentais da Lei de Arbitragem (artigos 34 a 40) e do Código de Processo Civil (artigos 483 e 484, no que couber, e artigo 282).

Como se atesta de tais diplomas legais, o procedimento de homologação deverá ser requerido pela parte interessada que deverá formular petição em estrita observância aos requisitos da petição inicial contidos no artigo 282 do CPC, instruindo-o com o original da convenção, com a sentença arbitral em cópia autenticada pelo consulado brasileiro, tudo devidamente traduzido oficialmente. Estando em boa ordem, deverá citar a outra parte para contestar.

Homologada a sentença arbitral, a execução se dará por carta de sentença extraída dos autos da homologação, observando-se as mesmas regras de execução das sentenças nacionais.

3.2. Convenção de Nova Iorque

A Convenção de Nova Iorque foi elaborada, inicialmente, no âmbito das Nações Unidas, por sugestão da Câmara

de Comércio Internacional, em 1953. Ocorre que, em 1955, os juristas das Nações Unidas, reformularam a proposta original. Em 1958 foi formulada a conferência das Nações Unidas, na qual foi assinada referida Convenção, mas com texto mais liberal e, portanto, mais próxima do texto original. A entrada em vigor da Convenção só se deu em 07 de junho de 1959.

Citada Convenção é considerada o mais amplo acordo sobre arbitragem internacional, já que adotado por mais de 130 países, entre os quais se inserem todos os países-membros do Mercosul. Também é reconhecida como a mola propulsora do desenvolvimento da arbitragem internacional, pois garantiu aos signatários a segurança quanto à efetividade das decisões arbitrais.

O espírito desta Convenção, que se destinou ao Reconhecimento e à Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, datada de 10 de junho de 1958, foi incorporado à Lei de Arbitragem brasileira, cujos dispositivos foram nela inspirados. No entanto, foi promulgada pelo Brasil por intermédio do Decreto 4.311 apenas em 23 de julho de 2002.

Não obstante isto, a entrada em vigor da Convenção foi capaz de colocar consolidar a arbitragem internacional no Brasil, posto que, apesar de a Lei de Arbitragem reproduzir, praticamente, os dispositivos da Convenção, não era ela suficiente para obter a confiança da comunidade internacional.

Ademais –como visto acima– a Convenção foi capaz de pôr um ponto final sobre as dúvidas que norteavam a necessidade ou não de homologação de sentença arbitral junto ao STF,

competência hoje transferida ao STJ -Superior Tribunal de Justiça.

A conclusão de que o procedimento de homologação deveria ser observado também em relação à sentença arbitral internacional foi novamente discutida, mas agora à luz do artigo 3 da Convenção.

Referido artigo, em sua segunda parte, estabelece que não serão impostas às partes condições mais onerosas, termos estes que levaram alguns doutrinadores a entender que o procedimento de homologação seria um procedimento extra e oneroso, não se coadunando com o espírito da Convenção.

Porém, este entendimento não prosperou, posto que infundado, já que o procedimento de homologação não trata das condições de reconhecimento, apenas da forma para tal conhecimento. A Convenção deixou, de fato, para os Estados a fixação das regras para reconhecimento e para competência.

Na situação específica do Brasil, onerosa seria a condição de se exigir dupla homologação –que, como visto, já está afastada– sendo plenamente válida e em nada conflitante a homologação pelo STJ, à semelhança do que se dá com as sentenças judiciais estrangeiras.

Interpretar de forma diferente seria entender que a Convenção tem o condão de interferir em matéria de organização interna de cada país, o que afetaria a soberania dos Estados, situação esta inadmissível.

Também não se pode dizer que a entrada em vigor da Convenção no ordenamento teria tornado dispensável a homologação, pois tal obrigatoriedade não decorria do artigo 35 da Lei de Arbitragem,

mas sim do artigo 102, inciso I, “h” da CF/88 (hoje, artigo 105, I, “i”), o qual, inclusive, refere-se à sentença internacional de forma genérica, não se restringindo às sentenças judiciais, abrangendo as administrativas e as arbitrais.

3.3. Os contrapontos entre a Lei de Arbitragem brasileira e a Convenção de Nova Iorque

De acordo como o artigo 34 da Lei de Arbitragem, o reconhecimento e a execução de sentença arbitral no Brasil se dará de acordo com tratados internacionais que tenham sido incorporados ao ordenamento interno e, na falta, nos termos da Lei de Arbitragem.

Desta feita, com a promulgação da Convenção pelo Brasil, as regras quanto ao reconhecimento e à execução devem ser aquelas da Convenção, que ganha primazia absoluta, e não mais aquelas da Lei de Arbitragem.


Analisando a Lei de Arbitragem em conjunto com a Convenção de Nova Iorque, primeiro aspecto que cumpre revelar é que o STJ, quando da homologação da sentença arbitral, deverá observar as regras contidas na Convenção. Dentro deste cenário, importante será que o STJ não descarte os julgados envolvendo a homologação segundo a Lei de Arbitragem, pois esta, como visto, representava boa parte do que resta consignado na Convenção, mas deverá incorporar a vasta jurisprudência comparada, após tantos anos de vigência da Convenção.

Para a validade da arbitragem, as partes devem ser capazes, no entanto, a Convenção da tratou sobre a capacidade, o que trará dificuldades na apreciação de tal fator, já que os critérios que a

determinam divergem entre os mais diversos países. A solução que se propugna é de que a capacidade seja observada segundo a lei material que as partes tenham eleito para reger a arbitragem e, caso não o tenham feito, caberá aos árbitros determiná-la, cuja escolha deverá ser respeitada pelo STJ na avaliação da capacidade.

Ainda no que tange à validade, reza a Convenção de que os pressupostos de validade serão aqueles da lei eleita pelas partes e, no silêncio, a lei do local onde se proferir a sentença arbitral. Este critério subsidiário da Convenção resta criticado, pois pode trazer às partes questões não vislumbradas quando da eleição da arbitragem para solução de controvérsias.

A Convenção festeja, assim como a Lei de Arbitragem, a arbitrabilidade do litígio e o respeito à ordem pública. Ocorre que a Convenção sujeita arbitrabilidade (que a matéria seja suscetível de solução pela arbitragem) à lei do local onde se busca o reconhecimento e a execução. Também será deste país a lei de ordem pública a ser respeitada. Em contrapartida, a Lei de Arbitragem fixa, em seu artigo 1º, que apenas os direitos disponíveis são possíveis de solução pela arbitragem, tendência que deve ser seguida pelo STJ.

Com a prevalência da Convenção, após sua promulgação pelo Brasil, espera-se que o STJ observe, nos procedimentos de homologação, não apenas as construções doutrinárias e jurisprudenciais em torno dos dispositivos da Lei de Arbitragem que cuidavam do reconhecimento e da execução da sentença arbitral, mas incorporar, também a doutrina e a os julgados comparados acerca da Convenção, nos anos de sua vigência nos mais diversos países. 

LA CONVENCIÓN SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS: SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN EN EL BRASIL

Por: ADRIANA NOEMI PUCCI (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La Convención de Nueva York de 1958 (CNY) y el Capítulo VI de la Ley 9.307/96 - Ley de Arbitraje (LA).* 3. *La primacía de la Convención de Nueva York sobre la Ley de Arbitraje.*

1. INTRODUCCIÓN

El Brasil inició el proceso de modernización de su legislación en materia de arbitraje en el año 1995 cuando se produjo la ratificación de la Convención de Panamá de 1.975⁽¹⁾, seguida de la sanción de la nueva Ley de Arbitraje (Ley 9.307), promulgada el 23 de Septiembre de 1.996 (LA)⁽²⁾.

La nueva ley transformó el concepto que sobre el arbitraje se tenía en el país.

De una visión negativa y desconfiada, se pasó a una percepción totalmente positiva; en la actualidad se considera al arbitraje como un instrumento necesario y seguro para la resolución de controversias.

Con posterioridad a la sanción de la nueva Ley de Arbitraje, el *Supremo Tribunal Federal (STF)*⁽³⁾ discutió la constitucionalidad de algunos de sus artículos y, en diciembre de 2001, dicha Corte se

(*) Membro do Comitê Brasileiro da ICC – International Chamber of Commerce. Consultora de Veirano Advogados em São Paulo, Brasil.

(1) La Convención de Panamá del 30 de enero de 1975 fue ratificada por el Brasil mediante el Decreto Legislativo 90, del 6 de Junio de 1995.

(2) Publicada en el DOU (*Diário Oficial da União*) el 29/09/96.

(3) El STF (*Supremo Tribunal Federal*) es la Corte Suprema del Brasil ante la cual se deciden en última instancia acciones donde se discute la constitucionalidad de leyes o dispositivos legales. El STF decidió sobre la constitucionalidad de la nueva ley de arbitraje y de sus artículos el 12 de diciembre del 2001 en el caso MBV Commercial and Export Management Establishment v. Resil Indústria e Comércio Ltda.

pronunció a favor de la constitucionalidad de la LA, dando un paso más en el sentido de confirmar el arbitraje como un instituto seguro y efectivo para la resolución de controversias.

Finalmente, este proceso de modernización legislativa fue coronado con la ratificación de la Convención de Nueva York el 23 de Julio del año 2002⁽⁴⁾.

Una atenta lectura de los informes elaborados por la Comisión de las Relaciones Exteriores del Congreso Nacional⁽⁵⁾, demuestra la dificultad que existía en la época para aceptar la incorporación de este importante tratado multilateral al Derecho brasileño.

Antes de la sanción de la nueva ley de arbitraje, la opinión generalizada era contra la incorporación de la Convención de Nueva York al Derecho interno, ya que su ratificación significaría la derogación del artículo 15 del Decreto Ley 4.567, del 04.09.1942 (Ley de Introducción al Código Civil - LICC), que establece que en el Brasil sólo pueden ejecutarse senten-

cias extranjeras dictadas por jueces competentes. Se entendía que los laudos arbitrales dictados en el exterior no constituían sentencias extranjeras, pues no eran dictados por jueces competentes.

El laudo arbitral extranjero, antes de la aprobación de la LA, para conseguir su ejecución en territorio brasileño debía previamente ser homologado o de alguna forma aprobado/confirmado por autoridad judicial o administrativa competente de la sede donde se había dictado.

Sin prueba de su homologación/confirmación por parte de la autoridad judicial o administrativa del lugar donde se dictaba, el STF⁽⁶⁾ denegaba la concesión del exequátur al laudo arbitral extranjero⁽⁷⁾.

Con relación a los laudos arbitrales domésticos, cabe señalar que antes de la sanción de la LA estos también debían ser homologados por la autoridad judicial competente⁽⁸⁾, a los efectos que los mismos pudiesen adquirir carácter de sentencia para producir los mismos efectos que la sentencia dictada por los jueces ordinarios.

(4) La Convención de Nueva York del 10 de noviembre de 1958 fue ratificada por el Brasil mediante el Decreto del Poder Ejecutivo 4311 del 23 de julio de 2002.

(5) *Parecer pela Aprovação do Texto da Convenção de Nova Iorque. Comissão das Relações Exteriores*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, 9. p. 321.

(6) Antes de la última reforma de la Constitución Federal, la EC 45/2004, el Tribunal competente para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros era el *Supremo Tribunal Federal* (STF). Después de la última reforma, la competencia para conocer y decidir sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros pasó a ser del *Superior Tribunal de Justiça* (STJ). Ver artículo 105, inciso I, letra i, de la Constitución Federal. Cabe señalar que en el Brasil el proceso de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros se conoce como *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*; siendo que al proceso por medio del cual se ordena la ejecución en territorio brasileño de las cartas rogatorias, se lo conoce como exequátur. Aclaremos que en este artículo, a pesar de la diferenciación que existe en la legislación brasileña, utilizaremos la expresión exequátur para referirnos a la *homologação das sentenças arbitrais estrangeiras*.

(7) "Sentença estrangeira. Inadmissibilidade de homologação, no Brasil, de laudo arbitral, não chancelado, na origem, por autoridade judiciária ou órgão público equivalente (...)". Fallo del STF en la SEC 4.724-2. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. de 27.04.1994.

(8) Según el artículo 1.098 del CPCB (Código de Proceso Civil Brasileño), que fue derogado por la LA.

La sanción de la nueva Ley de Arbitraje modificó esta situación al equiparar el laudo arbitral doméstico con la sentencia judicial, declarando que el laudo arbitral tiene los mismos efectos que la sentencia judicial. La nueva definición de laudo arbitral presente en el artículo 31 de la LA ⁽⁹⁾ se extiende a los laudos arbitrales extranjeros. A partir de la LA los laudos arbitrales –sean domésticos o extranjeros– son considerados sentencias y tienen los mismos efectos que las sentencias dictadas por el Poder Judicial.

En la actualidad la nueva Ley de Arbitraje de 1996 junto a la Convención de Nueva York son los dos instrumentos legales que rigen el arbitraje en el país y la jurisprudencia que se ha formado en los tribunales ha demostrado que ambos instrumentos son reconocidos e interpretados por los jueces en el sentido de favorecer y consolidar el arbitraje como un efectivo instrumento de resolución de controversias.

2. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 (CNY) Y EL CAPÍTULO VI DE LA LEY 9.307/96 - LEY DE ARBITRAJE (LA)

La resistencia cultural que provocaba el arbitraje antes de la sanción de la LA, llevó a pensar que el país demoraría en ratificar la Convención de Nueva York.

Los autores del anteproyecto de la nueva ley de arbitraje tuvieron esa percepción y decidieron introducir en el texto legal los principales dispositivos sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros previstos en la Convención de 1958⁽¹⁰⁾.

Fue por medio de la nueva Ley de Arbitraje que se introdujeron en el ordenamiento jurídico brasileño los artículos de la Convención de Nueva York relativos al Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. Esta fue la forma encontrada para adecuar la legislación nacional al *standard* internacional seguido por todos los países que a la fecha habían ratificado la Convención de 1958.

El Capítulo VI de la Ley de Arbitraje – *Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, que comprende los artículos 34 a 40, fue inspirado en la Convención de Nueva York de 1958 ⁽¹¹⁾.

A continuación analizaremos los artículos de la CNY que fueron incorporados al Derecho brasileño por medio de la LA e incluiremos en cada análisis fallos de la Corte que se refirieron a dichos artículos.

“Artículo I de la CNY:

1. This Convention shall apply to the recognition and enforcement of

⁽⁹⁾ Artículo 31. LA: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelo órgão do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

⁽¹⁰⁾ NOEMI PUCCI, Adriana. *Arbitragem Comercial nos Países do MERCOSUL*, LTr, 1997. p. 210; CAVALCANTI ABBUD, André de Albuquerque. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. Atlas, 2008. p. 44.

⁽¹¹⁾ LEE, João. *A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito Brasileiro de Arbitragem*. In: LEMES FERREIRA, Selma; CARMONA, Carlos Alberto y BATISTA MARTINS, Pedro (coordinadores). *Arbitragem - Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam*. p. 175.

arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, (...). It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought”.

El artículo I, 1. de la CNY se corresponde con el artículo 34 de la LA.

“Artículo 34. (...) Parágrafo Único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

La CNY cuyo propósito es alcanzar una influencia de carácter universal buscó en su artículo I ser amplia y extender sus efectos a todo laudo arbitral que se considere extranjero en el país donde se pretenda su reconocimiento y ejecución. La LA debido su carácter territorial define al laudo arbitral extranjero como todo aquel dictado fuera del territorio nacional.

Interpretando la CNY junto a la LA, podemos concluir que el procedimiento previsto en la CNY podrá ser aplicado para el reconocimiento y ejecución en el Brasil de todo laudo arbitral dictado fuera del territorio brasileño, independientemente de la ley aplicable al procedimiento arbitral y/o al fondo de la controversia sometida a dicho arbitraje.

Artículo II de la CNY:

“1. Each contracting State recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect

of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.

2. The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams”.

La CNY reconoce el acuerdo arbitral como instrumento de prueba de la voluntad de las partes de someter determinada disputa a arbitraje. Además define al acuerdo arbitral como cualquier “acuerdo escrito”, extendiendo la noción de cláusula compromisoria a cualquier acuerdo intercambiado por correspondencia entre las partes por medio del cual se pueda probar la voluntad común de someter una disputa a resolución por arbitraje.

El capítulo VI de la LA no trata del acuerdo arbitral; este tema es abordado en el capítulo II - *Da convenção de arbitragem e seus efeitos*.

Al igual que la CNY la Ley brasileña acepta la validez del acuerdo arbitral al que denomina de *convenção de arbitragem*, considerando incluidos en este concepto tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral. De la misma forma que la CNY, la LA establece que el acuerdo arbitral debe constar por escrito, pudiendo estar previsto en el contrato o en otro documento que se refiera al mismo.

“Artículo 3.

As partes podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

“Artículo 4.

1 A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ela se refira”.

Tres fallos del STJ (*Superior Tribunal de Justiça*) demuestran que la Corte ha interpretado los artículos de la CNY y de la LA relacionados a la prueba de la existencia de un acuerdo de sometimiento de la controversia a arbitraje con bastante amplitud y flexibilidad. Veamos:

- (a) La cláusula compromisoria es instrumento válido que obliga a las partes a someter determinada disputa a arbitraje. La SEC (*Sentença Estrangeira Contestada*) Número 1.210⁽¹²⁾.

En el fallo dictado en la SEC 1.210 el demandado brasileño solicitó la denegación del exequátur al laudo arbitral extranjero alegando que si bien las partes habían firmado una cláusula compromisoria estas no habían celebrado el compromiso arbitral, el cual, según el demandado, sería el único instrumento válido bajo el Derecho brasileño para obligar a las partes a someter determinada disputa a arbitraje. La cláusula compromisoria, no probaría la manifestación común de las partes de someter la disputa a arbitraje.

El demandado fundamentó su alegación en la antigua interpretación doctrinaria que existía en el Brasil, según la cual la cláusula compromisoria no constituía

una obligación, sino una simple promesa de someter determinada controversia a arbitraje, razón por la cual carecía de ejecución específica. Esta interpretación fue modificada por la LA. A partir de su sanción la cláusula compromisoria obliga a las partes a someter la disputa a arbitraje y cuenta con ejecución específica.

El STJ no hizo lugar al argumento del demandado y declaró que a partir de la sanción de la nueva ley, la cláusula compromisoria en el Brasil obliga a las partes a someter determinada disputa a arbitraje. Manifestó que tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral, son formas de pactar el sometimiento de determinada controversia a arbitraje.

Así se manifestó el STJ en la SEC 1.210:

“(...) 2. As duas espécies de convenção de arbitragem, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, dão origem a processo arbitral, porquanto em ambos ajustes as partes convencionam submeter a um juízo arbitral eventuais divergências relativas ao cumprimento do contrato celebrado”.

- (b) Necesidad de probar la existencia del acuerdo arbitral. La SEC 866⁽¹³⁾.

En el fallo dictado en la SEC 866, el STJ decidió que correspondía negar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero cuando la parte que

⁽¹²⁾ SEC 1.210 –STJ– j. 20.06.2007. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Partes: International Cotton Trading Limited ICT v. Odil Pereira Campos Filho.

⁽¹³⁾ SEC 866. –STJ– j. 17.05.2006. Rel. Min. Felix Fischer. DJ: 16/10/2006. Partes: Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financiera Inmobiliaria y Agropecuaria v. Mohino Paulista Ltda.

pretendía su reconocimiento no había probado la existencia del acuerdo arbitral o la aceptación del mismo por la parte contra quien se buscaba ejecutar dicho laudo.

“(...) II- Não há nos autos elementos seguros que comprovem a aceitação de cláusula compromissória por parte da requerida.(...) IV- In casu, a requerida apresentou defesa no juízo arbitral alegando, preliminarmente, a incompetência daquela instituição, de modo que não se pode ter como aceita a convenção de arbitragem, ainda que tacitamente. Homologação indeferida”.

- (c) Inexistencia de cláusula compromisorias y participación del demandado en el proceso arbitral: prueba de su consentimiento. La SEC 856 (14).

El fallo dictado en la SEC 856 fue innovador. El STJ interpretó el artículo II, 2. de la Convención de Nueva York en forma amplia, superando, inclusive, el propio texto legal de la Convención.

En dicho fallo el STJ concedió el exequátur al laudo extranjero dictado en Londres por la *The Liverpool Cotton Association, Ltd.*, sin que existiese acuerdo arbitral firmado por las partes, ni correspondencias intercambiadas de donde se pudiera comprobar la aceptación del acuerdo arbitral por parte del demandado.

Sin embargo, la Corte entendió que la participación del demandado –Têxtil União S.A.– en el proceso arbitral, a pesar de la ausencia de un acuerdo arbitral

por escrito, constituyó suficiente prueba del consentimiento prestado por el demandado domiciliado en el Brasil al sometimiento de la disputa a arbitraje.

Veamos parte del fallo:

“No caso concreto, a requerente juntou os Contratos 4447.00 (f.) e 5158.01(f.), não assinados pela ora requerida, Têxtil União S.A., e nos quais constam, apenas, ‘Normas & Arbitragem - The Liverpool Cotton Association, Ltd.’ (f). Nada mais foi acostado aos autos a respeito dos termos da arbitragem, aí incluído os limites e regras para efetivação da cláusula compromissória. De fato, no há nos autos correspondências trocadas entre as partes sobre a aceitação da cláusula arbitral para solucionar futuros litígios.

Sem dúvida, o artigo II, número 2, da ‘Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras feitas em Nova York, em 10.06.1958’ promulgada pelo Dec. 4.311, de 23.07.2002, dispõe: ‘Artigo II (...) 2. Entende-se á por ‘acordo escrito’ uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.’ Com isso, poder-se-ia imaginar desde logo que não seria possível a homologação.

Todavia, creio que merece considerada a particularidade existente nestes autos extraída da

(14) SEC 856-EX - Corte Especial –STJ- j. 18.05.2005. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Directo. DJU 27.06.2005. Partes: L’Aiglón S.A. v. Têxtil União S.A.

documentação juntada. (...) E conclusão, considerando a prática internacional em contratos da espécie, (...) não vejo como desqualificar a existência da convenção de arbitral. A participação da requerida no processo, com a apresentação de razões e a intenção de nomear novo árbitro indica manifestação incontestável sobre a existência acordada da cláusula compromissória”.

Artículo III de la CNY:

“Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic awards”.

El artículo III de la CNY se corresponde con los artículos 35 y 36 de la LA. Dichos artículos definen las reglas de procedimiento que se le aplicará al laudo arbitral extranjero para proceder a su reconocimiento y ejecución en el país.

Según los artículos 35 y 36 de la LA para ser reconocidos y ejecutados en el Brasil, los laudos arbitrales extranjeros deben ser homologados por el STF (*Su-*

premo Tribunal Federal)—reiteramos que a partir del 2005, en razón de la modificación en la Constitución Federal, la competencia pasó a ser del STJ (*Superior Tribunal de Justiça*)—, aplicándose inclusive a dicho procedimiento los artículos 483 a 484 del Código de Proceso Civil, en lo que fueren pertinentes.

Una corriente doctrinaria sostiene que al entrar en vigor la Convención de Nueva York, y con fundamento en el artículo III anteriormente transcrito, ya no habría necesidad de seguir el procedimiento previsto para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Esta corriente doctrinaria propugna por la ejecución directa de los laudos arbitrales extranjeros en territorio nacional, con fundamento en el segundo párrafo del artículo III de la CNY que dice que los Estados que ratifican Nueva York no pueden imponer condiciones sustancialmente más gravosas que las que se aplican al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales nacionales⁽¹⁵⁾.

Según esta opinión, una vez que la LA concede a los laudos arbitrales domésticos el carácter de sentencias, pues estos producen los mismos efectos que las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios, constituyendo inclusive títulos ejecutivos, no correspondería aplicar el procedimiento de reconocimiento y ejecución a los laudos arbitrales extranjeros, pues esto significaría la imposición de una carga sustancialmente más gravosa para obtener su ejecución en territorio nacional, que no tienen los laudos arbitrales domésticos.

(15) DE MAGALHÃES, José Carlos. *A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem*. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Volumen 18, 2002. p. 309.

Esta corriente doctrinaria es minoritaria y nunca fue “testada” ante el STJ a cuyo cargo se encuentra la competencia para conceder el exequátur a los laudos arbitrales extranjeros. La crítica que se le hace a esta posición doctrinaria es que se apoya en la exégesis del segundo párrafo del artículo III de la CNY, sin considerar el primer párrafo del mismo artículo que determina que cada Estado aplicará al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros las reglas procesales vigentes en su territorio.

Se alega que con la posición doctrinaria que propugna por la ejecución directa de los laudos arbitrales extranjeros no tendría razón de ser la propia existencia de la CNY, cuyo objetivo fue facilitar la ejecución extraterritorial de los laudos arbitrales, unificando los criterios a ser aplicados por las diversas naciones para autorizar en sus territorios la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Esta opinión se ha mantenido en el ámbito doctrinario-académico. Ha prevalecido en el Brasil el entendimiento según el cual el procedimiento para obtener el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros previsto en la LA es perfectamente compatible con la vigencia de la CNY en el territorio nacional.

Tanto el STF, como luego, el STJ han confirmado esta interpretación declarando además que el control judicial de los laudos arbitrales extranjeros está limitado a los aspectos formales; estando prohibida la revisión del fondo del laudo arbitral por parte de la Corte, la que debe

otorgar el exequátur cuando el pedido de reconocimiento del laudo arbitral extranjero cumple con todos los requisitos previstos en ley y el laudo arbitral no ofende la soberanía nacional, el Orden Público y las buenas costumbres.

A seguir transcribimos parte del fallo del STJ en la SEC 760 - Ex (2005/0123948-2)⁽¹⁶⁾:

“I- O controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento (...).

II- Impõe-se a homologação da sentença arbitral estrangeira quando atendidos todos os requisitos indispensáveis ao pedido, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes”.

“Homologação deferida.

Artículo IV de la CNY:

1. To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of application, supply:

- a) The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof;*
- b) The original agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof.*

⁽¹⁶⁾ STJ - SEC 760 - EX (2005/0123948-2). J.19.06.2006. Rel. Min. Felix Fischer. Partes: Tremond Alloys and Metals Corp. v. Metaltubos Indústria e Comércio de Metais Ltda.

2. If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent”.

El artículo IV de la CNY se corresponde con el artículo 37 de la LA.

“Artículo 37.

A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o Artigo 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com: I- o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial; II- o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial”.

Los artículos IV de la CNY y 37 de la LA son complementados por el artículo 40 de la LA que flexibiliza la exigencia de cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo IV de la CNY, al determinar que el rechazo del pedido de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros por vicios de carácter formal no impedirá que la parte interesada pueda volver nuevamente a solicitar el pedido para obtener el exequátur del laudo arbitral extranjero, siempre que pruebe que sanó las deficiencias formales que existían en el primer pedido.

“Artículo 40.

A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove seu pedido, uma vez sanados os vícios apresentados”.

Artículo V de la CNY:

“1. Recognition and enforcement of the award may be refused at the request of the party against whom it is invoked, only if the party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (...)”.

El artículo V. 1. de la CNY se corresponde con el artículo 38 de la LA:

“Artículo 38.

Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: (...)”.

La CNY y, siguiendo sus enseñanzas, la LA, favoreciendo el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, invirtieron la carga de la prueba. Los laudos arbitrales extranjeros gozan de la presunción de efectividad. Los laudos arbitrales extranjeros son válidos y susceptibles de ser reconocidos y ejecutados en territorio brasileño, salvo que se pruebe la existencia de algunos de los extremos previstos en dicho artículo que impiden la ejecución del laudo arbitral en el país.

La parte que quiera impedir la concesión del exequátur al laudo arbitral extranjero, deberá probar la existencia de

algunos de los extremos previstos en los incisos del artículo V de la CNY o en los incisos del artículo 38 de la LA, que serán analizados *infra*⁽¹⁷⁾.

En este sentido se ha manifestado el STJ. En la SEC 887⁽¹⁸⁾ la Corte manifestó que a los efectos de impedir la concesión del exequátur, el demandado debe probar que no fue debidamente notificado del proceso arbitral, o no fue debidamente notificado de la designación del árbitro, o que fue impedido de ejercer su legítimo Derecho de defensa. Es el demandado quien debe probar que el laudo arbitral extranjero no puede ser ejecutado en el país, caso contrario, la Corte debe proceder a la concesión del exequátur.

“(...) 1. Para a homologação de sentença de arbitragem estrangeira proferida à revelia do requerido, deve ele por ser seu ônus, comprovar, nos termos do inciso III do Artigo 38 da Lei n. 9.307/96, que não foi devidamente comunicado da instauração do procedimento arbitral. 2. Homologação deferida”.

Corresponde señalar que la interpretación de los incisos que integran el artículo V de la CNY y el artículo 38 de LA debe ser efectuada en forma restrictiva. Es decir, el principio consiste en conceder el reconocimiento de laudo arbitral extranjero y solo denegar el exequátur cuando sean suficientemente probados los extremos que impiden la nacionalización del laudo arbitral.

Artículo V. 1. a) de la CNY:

“1. a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication, thereon, under the law of the country where the award was made”.

El artículo V. 1. a) de la CNY se corresponde con el artículo 38, I, de la LA, el que expresa que no se concederá el exequátur cuando se pruebe que las partes que firmaron la cláusula arbitral eran incapaces; y con el artículo 38, II, el cual determina que si la cláusula arbitral no era válida según la ley a que las partes se sometieron o, en su defecto, si no existió indicación de ley, según la ley del país donde la sentencia arbitral fue dictada, no podrá ser concedido el exequátur al laudo arbitral extranjero.

“Artículo 38. I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; (...)”.

Artículo V. 1. b) de la CNY:

“1. b) – The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appoint-

⁽¹⁷⁾ LEE. *Op. cit.* p. 181.

⁽¹⁸⁾ SEC 887 –STJ- j. 06.03.2006. Rel. Min João Otávio de Noronha. DJ: 03/04/2006. Partes: Bouvery Internacional S/A v. Irmãos Pereira - Comercial e Exportadora Ltda.

ment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present the case; or (...)".

El artículo V. 1. b) de la CNY se corresponde con el artículo 38. III, de la LA.

"Artículo 38.

III.- *não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa*".

No será concedido el exequátur al laudo arbitral extranjero si el demandado prueba que no fue notificado de la designación del árbitro o del inicio del arbitraje, o no pudo ejercer su legítimo Derecho de defensa.

Con relación a la citación o notificación de la nominación del árbitro o del inicio del procedimiento arbitral, el artículo 38 de LA se complementa con el párrafo único del inciso II, del artículo 39 de LA, que señala que no será considerada una ofensa al Orden Público local si la citación de la parte brasileña para comparecer al proceso arbitral se efectuó según lo previsto en el acuerdo arbitral, o según la legislación de la sede del arbitraje, admitiéndose como válida la notificación vía postal desde que asegure a la parte brasileña tiempo hábil para el ejercicio del Derecho de defensa.

"Artículo 39. (...) *Parágrafo Único. Não será considerada ofensa à ordem nacional a efetivação da citação*

da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal como prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa".

El artículo 39 de la LA resolvió un tema sensible como es el de la notificación del inicio del arbitraje o de la designación de árbitros.

Con anterioridad a la LA la jurisprudencia entendía que la parte brasileña debía ser notificada del inicio del proceso arbitral con sede fuera del país por medio de carta rogatoria. Como esto no era siempre posible, el STF (que era la Corte competente para conceder el exequátur) negaba todo pedido de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. La ausencia de notificación por medio de carta rogatoria era considerada una ofensa al Orden Público local.

La interpretación que mantenía el STF con anterioridad a la sanción de la LA se fundamentaba en el hecho que el STF concedía el exequátur a sentencias extranjeras o a laudos extranjeros homologados por autoridad competente de la sede del arbitraje y para obtener el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras, es necesario probar que la parte con domicilio en Brasil fue debidamente notificada del inicio de la acción judicial por medio de carta rogatoria.

En la SEC 874⁽¹⁹⁾ el STJ otorgó el exequátur al laudo arbitral extranjero una

(19) SEC 874 - STJ - j. 19.04.2006. Rel. Min Francisco Falcão. DJ: 15/05/2006. Partes: Union Européenne de Gymnastique - UEG v. Multipole Distribuidora de Filmes Ltda.

vez que fue probado que la parte brasileña había sido notificada del proceso arbitral según lo previsto en el acuerdo arbitral.

“II- Ex vi do parágrafo único do Artigo 39 da Lei de Arbitragem brasileira, não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da Convenção de Arbitragem ou da Lei Processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive a citação postal como prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa”. III.- Ademais, é farto o conjunto probatório, a demonstrar que a requerida recebeu, pela via postal, não somente a citação, como também intimações objetivando o seu comparecimento à audiências que foram realizadas, afinal, à sua revelia”.

Cabe señalar que, a diferencia de que ocurre con los laudos arbitrales extranjeros, para conceder el exequátur a las sentencias extranjeras aún se exige en el Brasil, que la parte con domicilio en el Brasil haya sido notificada del inicio de la acción judicial por medio de carta rogatoria.

Artículo V. 1. c) de la CNY:

“1.- c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be

separated from those not so submitted, that the part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; (...).”

El artículo V. 1. c) de la CNY se corresponde con el artículo 38. IV de la LA.

“IV- a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem”.

Artículo V. 1. d) de la CNY:

“1. d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or mailing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; (...).”

El artículo V. 1. d) de la CNY se corresponde con el artículo 38. V, de la LA.

“V- a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; (...).”

Artículo V. 1. e) de la CNY:

“1. e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made”.

El artículo V. 1. e) de la CNY se corresponde con el artículo 38. VI, de la LA.

“VI- a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada”.

EL STJ en el fallo de la SEC 611 – EX (2005/0055688-0)⁽²⁰⁾ tuvo que manifestarse a respecto de si una acción de nulidad contra el laudo arbitral extranjero en curso ante los tribunales ordinarios del Brasil podía impedir que la Corte otorgase la concesión del exequátur a dicho laudo arbitral extranjero.

Se trataba de un laudo arbitral dictado en Miami. El demandado residente en el Brasil solicitó la denegación del exequátur alegando que había solicitado la anulación de dicho laudo extranjero ante los tribunales ordinarios del Estado de São Paulo.

La Corte rechazó las alegaciones del demandado y concedió el exequátur afirmando que la acción de anulación del laudo extranjero en curso ante los tribunales ordinarios de São Paulo no impedía que el STJ analizase la viabilidad de la concesión del exequátur, porque si se llegaba a declarar la nulidad del laudo arbitral, el juez de primera instancia iría ordenar que el tribunal arbitral emitiese un nuevo laudo, el que lógicamente sería diferente del laudo arbitral cuyo exequátur se había solicitado.

A seguir transcribimos parte del fallo del STJ:

“(...) 2. A existência de ação anulatória da sentença arbitral estrangeira em trâmite nos tribunais pátrios não constitui impedimento à homologação da sentença alienígena, não havendo ferimento à soberania nacional, hipótese que exigiria a existência de decisão pátria relativa às mesmas questões resolvidas pelo Juízo arbitral. A Lei n. 9.307/1996, no § 2, do seu Artigo 33, estabelece que a sentença que julgar procedente o pedido de anulação determinará que o árbitro ou tribunal profira novo laudo, o que significa ser defeso ao julgador proferir sentença substitutiva à emanada do Juízo arbitral. Daí a inexistência de decisões conflitantes”.

Si bien la Corte al conceder el exequátur decidió correctamente, los fundamentos en los cuales se apoyó para dictar el fallo no nos parecen que hayan sido los más apropiados.

El STJ, en nuestra opinión, debería haber fundamentado su decisión de conceder el exequátur al laudo arbitral extranjero a pesar de estar en curso ante los tribunales brasileños un pedido de anulación del mismo, en dos importantes consideraciones: (i) en el hecho que los tribunales ordinarios no son competentes para anular sentencias arbitrales extrajeras, estos tienen competencia para analizar pedidos de anulación de laudos arbitrales domésticos; y, (ii) en el artículo 38, VI de la LA que expresamente determina que

⁽²⁰⁾ SEC 611 -EX (2005 0055688-0)- Rel. Min. João Otávio de Noronha. Partes: First Brands do Brasil Ltda, STP do Brasil Ltda. v. STP-Petroplus Produtos Automotivos S/A PPA., Petroplus Sul Comércio Exterior S/A PSC. J. 23.11.2006.

será denegado el exequátur en los casos en que el laudo arbitral extranjero no sea aún obligatorio para las partes o haya sido anulado por el juez competente del lugar donde el laudo fue dictado. Una vez que el laudo extranjero para el cual se solicitó el exequátur no había sido anulado por los tribunales de Miami y era obligatorio para las partes, este era susceptible de ser reconocido y ejecutado en territorio brasileño.

Artículo V. 2. de la CNY:

“2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where the recognition and enforcement is sought finds that:

- a) The subject matter of the differences is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or*
- b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country”.*

El artículo V. 2. de la CNY se corresponde con Artículo 39 de la LA, que así se expresa:

“Artículo 39.

Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal⁽²¹⁾ constatar que:

- I- segundo a lei brasileira, o objetivo do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

“II- a decisão ofende a ordem pública nacional”.

Bajo el ordenamiento jurídico brasileño el Orden Público nacional es un concepto abstracto, de difícil determinación, que puede ser entendido como el conjunto de intereses morales, sociales y jurídicos fundamentales para la comunidad, a los cuales el Estado decide preservar en determinado momento histórico.

La indeterminación del concepto de Orden Público puede provocar que la parte residente y domiciliada en el Brasil busque ampararse en este concepto a los efectos de obtener la denegación del exequátur contra un laudo arbitral extranjero. En ocasiones se utiliza el concepto de Orden Público nacional para incluir en el mismo, situaciones privadas que no tienen relevancia en relación a las costumbres, el Orden Público o la soberanía nacional.

En la SEC 802⁽²²⁾ el demandado alegó que el laudo arbitral extranjero ofendía el Orden Público nacional y solicitó la denegación del exequátur. El STJ en su fallo señaló que el concepto de Orden Público es abstracto y de difícil definición. Elaboró una suerte de síntesis de las leyes que se consideran, bajo el ordenamiento jurídico brasileño, como normas de Orden Público y concluyó

⁽²¹⁾ Ver nota al pie de página 7.

⁽²²⁾ SEC 802 -EX (2005 0032132-9)- Corte Especial. Rel. Min. José Delgado. Partes: Thales Geosolutions Inc. v. Fonseca Almeida Representações e Comércio Ltda. J. 17.08.2005.

afirmando que los argumentos del demandado no se incluían en los conceptos que configurarían una violación al Orden Público local.

Esta decisión sin dudas ha colocado un límite al uso abusivo de la figura del Orden Público nacional por quienes pretenden evadirse del cumplimiento de sus obligaciones amparándose en posibles violaciones a dicho instituto jurídico.

A seguir, transcribimos parte de la decisión de la Corte que reconoció y autorizó la ejecución de la sentencia arbitral extranjera, contra la cual se había levantado la sospecha de violar el Orden Público nacional:

“(...) O conceito de ordem pública não está na lei. O artigo 17 da LICC⁽²³⁾ informa, apenas, que as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

A doutrina tem procurado fixar esse conceito. Em síntese, afirmam os autores abaixo identificados que:

- a) a ordem pública, em Direito Internacional Privado, representa o espírito e o pensamento de um povo, a filosofia sócio-jurídico-moral de uma nação (...);*
- b) a ordem pública é o conjunto de diretos, de caráter privado, cuja obediência o Estado impõe, para que haja harmonia entre o*

Estado e os indivíduos, em salva-guarda de interesses substanciais da sociedade (...);

- c) a ordem pública é o conjunto de normas essenciais à conveniência nacional; logo, não comporta classificação em ordem pública interna e internacional, mas tão-somente a de cada Estado. Sem embargo, autores existem, como Despagnet, que vislumbram três categorias de leis de ordem pública, em todas as legislações: a) a compreensiva de instituições e leis que interessam à consciência jurídica e moral de todos os povos civilizados, como as alusivas ao casamento, ao parentesco em linha reta; b) a que engloba leis tidas como aplicação de verdadeiros princípios da moral e da organização social; c) a referente às disposições imperativas em considerações de ordem regional.*

Esses conceitos demonstram às dificuldades enfrentadas pela doutrina para esclarecer a compreensão do que seja ordem pública.

Assentado está, contudo, que são leis de ordem pública:

- a) as constitucionais; b) as administrativas; c) as processuais; d) as penais; e) as de organização judiciária; f) as fiscais; g) as de polícia; h) as que protegem os incapazes; i) as que tratam de*

⁽²³⁾ LICC, Lei de Introdução ao Código Civil.

organização de família; j) as que estabelecem condições e formalidades para certos atos; k) as de organização econômica (atinentes aos salários, à moeda, ao regime de bem) (...) É de salientar que fraude à lei é, também, considerada na noção de ordem pública.

No caso em análise, a alegação de parte requerida de que não efetuou o pagamento das quantias devidas à requerente, em face da regra do Artigo 1.092 do CC de 1916, não se enquadra no conceito de violação à ordem pública”.

3. LA PRIMACÍA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE LA LEY DE ARBITRAJE

El artículo 34 de la LA establece la primacía de los Tratados Internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, a cuyos procedimientos se les aplicará en primer lugar los Tratados Internacionales ratificados por el Brasil y en su ausencia, los dispositivos previstos en la ley de arbitraje.

Una atenta lectura del artículo comentado nos lleva a concluir que en razón de su carácter global una vez que a la fecha ha sido ratificada por 147 Estados –y, a pesar que otras convenciones sobre el mismo tema fueron ratificadas por el Brasil⁽²⁴⁾–, debería ser la Convención de Nueva York de 1958 la que se aplique en

primer lugar a los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

La primacía de la Convención de Nueva York sobre la Ley de Arbitraje en lo que se refiere al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros es sustentada por João Bosco Lee⁽²⁵⁾. Este autor afirma que una vez que no existe en la Constitución Federal una disposición específica sobre la jerarquía de los tratados internacionales ratificados por el Brasil, corresponde a la jurisprudencia decidir a respecto de los conflictos que se susciten entre el Derecho internacional y el Derecho interno.

En este sentido, el STF ha decidido que los tratados internacionales ratificados por el Brasil y las leyes internas tienen la misma jerarquía; por lo tanto la ley posterior prevalece sobre la anterior⁽²⁶⁾. Así, el autor concluye afirmando que siendo la Convención de Nueva York un tratado internacional que trata de manera específica sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y con apoyo en el artículo 34 de la LA, que estipula la aplicación de los tratados internacionales vigentes en el Brasil en esta materia, definitivamente prevalece la Convención de Nueva York por sobre el Capítulo VI de la Ley de Arbitraje.

La doctrina no es pacífica. André de Albuquerque Cavalcanti Abbud entiende que una vez que la Convención de Nueva

⁽²⁴⁾ Convención de Panamá de 1975; Convención de Montevideo de 1979; Protocolo de Las Leñas de 1992.


⁽²⁵⁾ LEE. *Op. cit.* p.183.

⁽²⁶⁾ Recordamos que la CNY entro en vigor en territorio brasileño en Julio del 2002.

York en su artículo III establece que el reconocimiento se hará según las normas procesales vigentes en el territorio del país donde se busca la ejecución del laudo arbitral, la propia Convención estaría remitiendo a la aplicación de LA y del Código de Proceso Civil para proceder al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros⁽²⁷⁾.

En la práctica observamos que los fallos dictados por el STJ (*Superior Tribunal de Justiça*), se fundamentan principalmente en el Capítulo VI de la Ley de Arbitraje. La Corte se refiere a la Convención de Nueva York sólo en ocasio-

nes, cuando busca reforzar determinado argumento en favor de alguna posición sustentada en la ley de arbitraje.

En principio no vemos inconveniente en que el STJ sustente sus fallos en la LA, una vez que la misma incorporó en su texto los artículos de la CNY. Lo que preocupa es que la Corte, al fundamentar sus fallos principalmente en la ley doméstica, excluye la posibilidad de influenciar y enriquecer sus decisiones con las interpretaciones que sobre la Convención se han producido en el ámbito internacional a lo largo de sus cincuenta años de vigencia. 

⁽²⁷⁾ “De acordo com o artigo III dessa Convenção Internacional, o reconhecimento se fará, em cada Estado signatário, sob a forma prevista nas leis processuais do país chamado a internalizar o laudo estrangeiro. Com isso, o Tratado remete a disciplina do processo homologatório que em lugar no Brasil de volta ao sistema processual pátrio (...)”. CAVALCANTI ABBUD. *Op. cit.* p. 94.

CHILE

LA EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS DE EXEQUÁTUR DE LAUDOS EXTRANJEROS EN CHILE

Por: GONZALO FERNÁNDEZ RUÍZ (*)
DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (**)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Evolución del régimen procesal chileno para ejecutar laudos extranjeros. 3. Pregunta pendiente. 4. Conclusión. 5. Apéndice: Descripción del procedimiento para la obtención de un exequátur en Chile.

1. INTRODUCCIÓN

Quien esté interesado en ejecutar un laudo arbitral pronunciado fuera de Chile en el territorio chileno naturalmente verificará que Chile sea parte de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York” o “Convención”). Chile ratificó la mencionada Convención en 1975, la cual entró en vigor ese mismo año⁽¹⁾.

El artículo III de la Convención establece:

“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas

(*) Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Socio del Grupo Judicial de Carey & Cía., Chile.

(**) Profesora de pregrado y posgrado en la Universidad de Chile. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje CCI, del International Arbitration Institute (IAI) y del Club Español del Arbitraje. Consejera del Grupo Judicial de Carey & Cía., Chile.

(1) Un año después Chile ratificó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá).

más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales”.

Cabe notar que la Convención hace una distinción sutil entre “normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada” y “condiciones que se establecen en los artículos siguientes”. Es importante llamar la atención sobre esta distinción, puesto que la Convención no nació, en principio, para fijar procedimientos o trámites uniformes para la ejecución de laudos extranjeros. El objetivo de la Convención fue el de facilitar la ejecución de laudos en territorios distintos a aquellos en que se dictan estableciendo estándares mínimos⁽²⁾, mas no el de establecer normas de procedimiento. Así, para efectos de procedimiento, la Convención se remite a las normas locales del país donde se busca el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral⁽³⁾.

El propósito de estas notas es describir la evolución de la jurisprudencia chilena en la interpretación de las normas relativas al procedimiento de “exequátur”, como se le conoce⁽⁴⁾, culminando en un

fallo reciente con la aplicación directa de las disposiciones relevantes de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley 19.971), promulgada en Chile en el año 2004.

Al finalizar el recorrido de la evolución procesal del régimen chileno para ejecutar laudos extranjeros, se planteará un tema que queda pendiente a la luz de la Ley 19.971 y la Convención de Nueva York.

2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN PROCESAL CHILENO PARA EJECUTAR LAUDOS EXTRANJEROS

La autoridad competente para ventilar los casos de exequátur en Chile es la Corte Suprema de Justicia⁽⁵⁾ y contra su decisión no cabe recurso alguno. En los cuatro casos⁽⁶⁾ de exequátur relativos a laudos arbitrales que se encontraron de fechas posteriores a la entrada en vigor de la Convención de Nueva York, se aprecia una interpretación moderna del régimen de exequátur establecido en el Código de Procedimiento Civil chileno (CPC), la Convención de Nueva York y la Ley 19.971.

⁽²⁾ Tanto es así que su artículo VII.1 establece la norma de régimen más favorable, como se verá más adelante.

⁽³⁾ Para un análisis de la situación en Argentina, ver RIVERA, Julio César. *Las Normas de Procedimiento Locales y la Convención. Remisión al procedimiento vigente y sus posibles contradicciones con la Convención*. En: TAWIL, Guido y Eduardo ZULETA (directores). *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. pp. 323 - 331.

⁽⁴⁾ Para cierta doctrina (V.gr. Henri Batiffol; Aldo Mosálvez Müller), exequátur se refiere al procedimiento. En la jurisprudencia, exequátur se refiere al reconocimiento mismo del laudo. En el CPC no se encuentra el término exequátur.

⁽⁵⁾ La competencia de la Corte Suprema para estos casos fluye del artículo 247 del CPC, la cual conoce la tramitación del exequátur en sala compuesta por cinco ministros.

⁽⁶⁾ Sociedad Naviera Transpacific Steamship Ltda. con Euroamérica S.A., Rol Número 2.087-1999; Sociedad Quote Foods Products B.V. con Sociedad Agroindustrial Sacramento Limitada, Rol Número 3.832-1998; Max Mauro Stubrin, Jacqueline Stubrin, Darío Fabián Stubrin y Walter Gerardo Stubrin con Sociedad Inversiones Morice SA, Rol Número 660-2005; Gold Nutrition Industria e Comercio con Laboratorios Garden House S.A., Rol Número 6.615-2007.

Como vimos más arriba, la Convención se remite a normas locales para el procedimiento de ejecución de laudos extranjeros, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en la misma Convención. A su vez, los artículos 242 y 246 del CPC se remiten indirectamente a la Convención de Nueva York, al establecer lo siguiente:

“Artículo 24. Las resoluciones pronunciadas en país extranjero tendrán en Chile la fuerza que les concedan los tratados respectivos; y para su ejecución se seguirán los procedimientos que establezca la ley chilena, en cuanto no aparezcan modificados por dichos tratados.

(...)

Artículo 246. Las reglas de los artículos precedentes son aplicables a las resoluciones expedidas por jueces árbitros. En este caso se hará constar su autenticidad y eficacia por el visto bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior y ordinario del país donde se haya dictado el fallo”.

Entonces, el artículo 246, vía el artículo 242, se remite a la Convención de Nueva York para dar cumplimiento a los laudos arbitrales extranjeros, aun cuando, como veremos, la jurisprudencia no ha aplicado el artículo 246 de esta manera. Cabe señalar, no obstante, que antes de la vigencia de la Convención en Chile, el

régimen para reconocer y ejecutar laudos arbitrales extranjeros era el mismo que aquél para sentencias judiciales extranjeras –establecido en los artículos 243 y siguientes del CPC⁽⁷⁾– pero con una exigencia adicional: prueba de autenticidad por una autoridad del país donde había sido dictado el laudo. Esta diferenciación de tratamiento entre resoluciones judiciales y laudos arbitrales era común antes del establecimiento de la Convención de Nueva York, ya que no tenían el mismo valor las resoluciones judiciales⁽⁸⁾, emanadas del poder estatal, que las resoluciones dictadas por entes privados.

En cada uno de los fallos de la Corte Suprema que han decidido solicitudes de exequátur, la relación entre el CPC y la Convención de Nueva York ha sido tratada de manera ligeramente distinta. El primer caso que abordaremos es el de Sociedad Quote Food Products B.V., fallado el 5 de julio de 1999. El solicitante pidió exequátur de un laudo arbitral obtenido en Rotterdam, Países Bajos, contra una parte chilena por el pago de USD 56.420. La parte afectada se opuso, alegando en primer lugar que operaba el efecto de cosa juzgada, ya que la Corte Suprema había denegado reconocimiento al mismo laudo mediante resolución anterior. Además, en forma subsidiaria, alegó la afectada que el artículo V de la Convención de Nueva York no permitía el reconocimiento de un laudo cuando no se hubiese emplazado debidamente a la demandada. Alegó la parte chilena que el emplazamiento no se hizo de conformidad

(7) El reciente fallo *State Street Bank and Trust Company con Inversiones Errázuriz Limitada y otros*, Rol Número 2349-2005 ofrece una clara descripción de ese régimen.

(8) El artículo 158 del CPC define cuáles decisiones se consideran resoluciones judiciales y no incluye los laudos arbitrales. Aunque no es literal, es posible interpretar que el artículo 242 se refiere únicamente a resoluciones judiciales; de ahí la necesidad de agregar el artículo 246.

con las normas procesales chilenas, que son parte del Orden Público chileno, ya que precisan que el emplazamiento debe ser personal. La Corte decidió, en primer lugar, que el fallo anterior denegando el exequátur por falta de cumplimiento de formalidades del artículo IV de la Convención no produjo efecto de cosa juzgada, ya que la Corte Suprema no entró a conocer el fondo del asunto. Posteriormente, la Corte analizó el asunto de la notificación de la demanda y de la constitución del tribunal arbitral y llegó a la conclusión de que no se cumplía lo dispuesto en el artículo V letra b) de la Convención de Nueva York, ya que, en primer lugar, las partes no habían acordado las reglas procesales del CPC chileno y, por el otro, se constató que la parte afectada fue notificada de la demanda y de la constitución del tribunal arbitral. Así, la Corte procedió a acoger el exequátur basándose esencialmente en la Convención de Nueva York.

En ese mismo año, la Corte Suprema decidió el exequátur en *Sociedad Naviera Transpacific Steamship Ltda. con Euroamérica S.A.*, denegando reconocimiento al laudo obtenido en Londres. Este caso es interesante, pues la solicitante buscaba hacer cumplir un laudo sobre jurisdicción, dictado por un árbitro inglés, quien declaró que tenía jurisdicción para decidir la demanda interpuesta por la empresa naviera en contra de Euroamérica, empresa de seguros. Esta última no figuraba como parte en el contrato de fleta-

miento que dio origen a la controversia, el cual contenía la cláusula de arbitraje, por lo que interpuso excepción de falta de jurisdicción. En paralelo al arbitraje desarrollado en Londres, los tribunales estatales chilenos estaban ventilando la misma causa, iniciada antes que el arbitraje en el Reino Unido.

La Corte Suprema siguió el criterio del fiscal judicial y rechazó el cumplimiento del fallo, basándose en parte en el artículo V.2 de la Convención de Nueva York, que permite denegar laudos por violación al Orden Público del país donde se busca el cumplimiento del fallo. Estableció la Corte Suprema que, debido a que en el procedimiento ordinario en Chile se dictó una resolución confirmatoria de la competencia con anterioridad al procedimiento arbitral extranjero, se estaría violando el Orden Público chileno al obviar el efecto de cosa juzgada de la sentencia chilena⁽⁹⁾. Por otro lado, anotó que el solicitante no aportó copia del contrato que contendría el acuerdo arbitral entre éste y la empresa aseguradora, tal como lo exige la misma Convención en su artículo IV.1⁽¹⁰⁾. Sin entrar a analizar el fondo de la decisión, sólo anotamos que la Corte Suprema encontró sustento de la aplicación de la Convención de Nueva York en el artículo 242 del CPC⁽¹¹⁾.

Sería interesante conocer lo ocurrido con el arbitraje en Londres, en el sentido de si se hizo cumplir el fallo de la Corte Suprema chilena. Cabe preguntarse

⁽⁹⁾ Nos preguntamos si la parte opositora hubiese tenido más éxito invocando el artículo V(1)(a), alegando la invalidez (inexistencia) de la cláusula arbitral.

⁽¹⁰⁾ En realidad, se exige el acuerdo de arbitraje y no el contrato que lo contiene.

⁽¹¹⁾ Cabe mencionar que la Corte Suprema anotó, además, que el laudo extranjero no cumplía con el requisito de autenticidad exigido por el artículo 246 del CPC.

si la parte beneficiada solicitó a un juez inglés ordenar a la parte afectada -o al árbitro- no proseguir con la causa. ¿Cuán exitoso habrá sido? ¿Cuán deferente habrá sido el juez inglés al árbitro inglés, aun si aparentemente no había cláusula de arbitraje entre la aseguradora y la sociedad naviera?

Por su parte, en su fallo recaído en la causa Max Mauro Stubrin y otros con Sociedad Inversiones Morice SA, del 11 de enero de 2007, la Corte Suprema otorgó exequátur al laudo arbitral argentino que condenó a la sociedad chilena Inversiones Morice S.A. al pago a los solicitantes de más de medio millón de dólares estadounidenses por incumplimiento de un contrato de compraventa de acciones societarias. De manera similar que la decisión anterior, la Corte Suprema aplicó la Convención de Nueva York⁽¹²⁾ en concordancia con el artículo 242 del CPC y ordenó cumplir el laudo extranjero. También de manera similar, anotó que el requisito de verificación de la autenticidad y eficacia del laudo arbitral establecido en el artículo 246 del CPC había sido cumplido.

Finalmente, al fallar el exequátur solicitado en Gold Nutrition Industria e Comercio con Laboratorios Garden House S.A., y en un giro hacia una interpretación más moderna, la Corte Suprema accedió a la petición de exequátur fundándose principalmente en las disposiciones de la Ley 19.971. En su fallo no acogió una serie de excepciones opuestas por la parte contra la cual se intentaba ejecutar

el laudo extranjero, como por ejemplo que la cláusula arbitral era nula por ser incompleta, que el idioma del arbitraje (portugués) le habría sido perjudicial, que el fallo violaba el Orden Público chileno al condenar en intereses sobre intereses, entre otras cuestiones. La Corte Suprema abordó las excepciones de la parte chilena una por una y las verificó a la luz del artículo 36 de la Ley 19.971, terminando por rechazarlas y reconocer el laudo brasileño.

De los cuatro fallos citados es posible apreciar cómo en dos de ellos la Corte Suprema ha buscado la remisión al CPC para dar aplicación a la Convención de Nueva York. Interesante es, además, que la primera parte del artículo 246 de ese código es obviada, utilizándose únicamente lo establecido en su segunda parte, relativa a constatar que la exigencia adicional de verificar la autenticidad del laudo se haya cumplido. Resulta curioso que este último requisito sea justamente uno de los aspectos que la Convención buscó modificar⁽¹³⁾ para así eliminar el llamado “doble exequátur”, ya que para fallar los exequátur solicitados la Corte Suprema se apoyó precisamente en la misma Convención.

Adicionalmente, es posible inferir que, para la Corte Suprema, el término “resolución” que utiliza el artículo 242 del CPC incluye los laudos arbitrales, distinguiéndolo así de la expresión “resoluciones judiciales” definida en el artículo 158 del CPC.

(12) La Corte Suprema también se refiere a la Convención de Panamá, por involucrar a un solicitante de un Estado parte de dicha Convención (Argentina).

(13) Ver JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. *Las Convenciones anteriores a la Convención de Nueva York: problemas y discusiones*. En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo. *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2008. pp. 1 - 14.

En nuestra opinión, la interpretación más adecuada es la que hace la Corte Suprema en el fallo recaído en *Laboratorios Garden House*, en la cual aplicó la Ley 19.971 como fuente principal para resolver el caso. Aunque no la recoge expresamente, vale notar la apreciación de la fiscal judicial según la cual la mencionada ley es posterior y especial con respecto al CPC. Sin temor a ir demasiado lejos, podemos decir que en ese fallo se reconoce a la Ley 19.971 como fuente principal para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

Para terminar, plantearemos una duda que emerge necesariamente de la aplicación directa o principal de los artículos 35 y 36 de la Ley 19.971 por parte de la Corte Suprema.

3. PREGUNTA PENDIENTE

Como se mencionó más arriba, antes de la entrada en vigor de la Convención de Nueva York el régimen del CPC para cumplimiento de laudos extranjeros era, en principio, el mismo que el que se aplicaba a las decisiones judiciales extranjeras, con el requisito adicional del visto

bueno de alguna autoridad superior del país donde se dictó el laudo⁽¹⁴⁾.

La aceptación por parte de Chile del régimen más favorable establecido por la Convención de Nueva York es sin duda un paso importante en la evolución del arbitraje comercial internacional en Chile. Las condiciones establecidas por la Convención en sus artículos IV y V son menos onerosas que las del artículo 245 del CPC⁽¹⁵⁾, el cumplimiento de las cuales, por lo demás, debe ser probado por la parte solicitante. El solo cambio en el *onus probandi* ya importa un beneficio para el acreedor de un laudo.

Al aplicar principal o directamente la Ley 19.971, en particular sus artículos 35 y 36 sobre “Reconocimiento y Ejecución de los Laudos”, por ser ésta ley especial y posterior al CPC y a la Convención de Nueva York, se nos plantea una duda acerca de su alcance. Si bien a primera vista en términos prácticos podría ser indiferente cuál fuente se aplica porque las condiciones de la Ley 19.971 y de la Convención son idénticas, hay un aspecto que genera dudas.

El artículo 35 indica que se aplica a laudos “*cualquiera que sea el país en que*

(14) No se encontraron casos de exequátur de laudos arbitrales bajo este régimen; pero para una ilustración del tema, véase las siguientes decisiones de exequátur de sentencias extranjeras: *Cates Family LLLP* con Raúl Pizarro Araya y Gustavo Pizarro Araya, Rol 1893-2000; *State Street Bank and Trust Company* con *Inversiones Errázuriz Limitada et al*, Rol Número 2349-2005.

(15) El artículo 245 del CPC establece que “*En los casos en que no pueda aplicarse ninguno de los tres artículos precedentes, las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales chilenos, con tal que reúnan las circunstancias siguientes:*

1. *Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio;*
2. *Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional;*
3. *Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa;*
4. *Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas”.*

se haya(n) dictado". A este respecto, cabe preguntarse si la Corte Suprema aplicaría el régimen de exequátur a laudos dictados en Chile pero que resulten de arbitrajes comerciales internacionales, por encontrarse éstos bajo el ámbito de aplicación de la Ley 19.971. ¿Consideraría un juez chileno a un laudo dictado en Chile, producto de una controversia internacional o de un arbitraje internacional, equiparable a un laudo extranjero? Si es así, no dejaría de ser extraño que un laudo dictado en Chile tuviese que pasar por exequátur ante la Corte Suprema en lugar de ejecutarse conforme a las normas de ejecución de un fallo chileno. En efecto, lo anterior podría ser más natural para un juez chileno, aun cuando se estuviese violando el artículo 35 de la Ley 19.971, que equipara los laudos cuando son laudos de arbitraje comercial internacional⁽¹⁶⁾.

Quizá la respuesta esté en la Convención de Nueva York, que establece el principio de régimen más favorable. El artículo VII.1 de la Convención reza:

"Las disposiciones de esta Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que

podiera 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".

¿Cuál es el procedimiento más favorable, el de la Corte Suprema de Justicia o el procedimiento ante el juez competente? La respuesta no es clara. Si bien el procedimiento ante el juez es más simple, la familiarización de la Corte Suprema con el tema de arbitraje comercial internacional resulta atractiva para una parte que busque ejecutar un fallo contra bienes de una empresa chilena. La respuesta la buscará el patrocinante de dicha parte.

4. CONCLUSIÓN

La evolución de la aplicación del régimen para reconocer laudos extranjeros en Chile ha sido constante y clara. Los ministros chilenos, apoyados por los escritos de los abogados de parte y de los fiscales judiciales, demuestran una sofisticación en el conocimiento del entramado que se forma de las diferentes fuentes pertinentes que sobresale en la región. Ello sin duda irá contribuyendo a cumplir uno de los objetivos más importantes que Chile se propuso al promulgar la mencionada Ley: convertirse en un centro internacional de arbitrajes⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Ello es armónico con el artículo I de la Convención, que incluye "(...) *sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución*".

⁽¹⁷⁾ Mensaje del Presidente al enviar el Proyecto de Ley sobre arbitraje comercial internacional: "*Es un objetivo deseable, tanto desde el punto de vista público como del privado, que nuestro país ocupe un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional, especialmente, a nivel latinoamericano. El prestigio de Chile en términos de institucionalidad, solvencia jurídica y altos índices de transparencia hacen de Chile un centro natural de arbitraje en América Latina*".


5. APÉNDICE: DESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE UN EXEQUÁTUR EN CHILE

El escrito de solicitud de exequátur se presenta conforme a las normas comunes aplicables a todo escrito judicial y las reglas de comparecencia en juicio. Se acompaña copia legalizada del laudo⁽¹⁸⁾, traducida por traductor oficial si no está en español⁽¹⁹⁾, y copia legalizada del contrato que contiene la cláusula de arbitraje, también debidamente traducida si es del caso. De esta solicitud se da traslado a la parte contra quien se pretende ejecutar el laudo, quien deberá ser notificada personalmente de acuerdo con las reglas comunes. A esta parte se le da un plazo para exponer lo que estime conveniente, equivalente al otorgado a la parte demandada para contestar la demanda en los juicios ordinarios. Paralelamente, se le da audiencia al fiscal judicial, cuyo dictamen debe ser oído por intervenir éste en defensa del interés público⁽²⁰⁾.

Si la Sala lo estima necesario, posteriormente abrirá un término de prueba igual al que se establece para los incidentes, el cual dura ocho días⁽²¹⁾. Dentro de

esta etapa probatoria, las partes pueden aducir los argumentos y presentar las pruebas que sustenten sus posiciones respectivas en relación con el exequátur; pero no se entra a conocer el fondo del asunto, que fue decidido por la resolución que se pretende reconocer y ejecutar. Por último, la Sala falla y, si reconoce el laudo extranjero, ordena su ejecución, la cual debe tramitarse ante el juez competente, el cual será aquél que hubiese tramitado el juicio en defecto de la cláusula arbitral⁽²²⁾.

La legislación chilena no establece un plazo para interponer una solicitud de reconocimiento de un laudo ante la Corte Suprema. Sin embargo, cabe tener presente que, como la sentencia firme constituye uno de los títulos ejecutivos enumerados en el artículo 434 del CPC que hacen posible iniciar un juicio ejecutivo, el plazo para presentar una demanda ejecutiva es de 3 años contados desde la fecha del fallo respectivo⁽²³⁾.

Como muchos países en Latinoamérica, en Chile la tramitación judicial es gratuita. Los costos que se incurren se limitan a los honorarios de los abogados, traductores (si es necesario), informes periciales, etcétera. 

⁽¹⁸⁾ Artículo 247 del CPC.

⁽¹⁹⁾ Artículo de la Convención de Nueva York y de la Ley 19.971.

⁽²⁰⁾ Artículo 248 del CPC.

⁽²¹⁾ Artículos 250 y 90 del CPC.

⁽²²⁾ Artículo 251 del CPC.

⁽²³⁾ Artículo 442 del CPC.

EL ARBITRAJE COMERCIAL EN CHILE Y LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1958

Por: ALEJANDRO ROMERO SEGUEL (*)

SUMARIO: 1. *La Ley de Arbitraje Comercial Internacional.* 2. *El arbitraje internacional y la promulgación de la Ley 19.971.* 3. *El laudo extranjero y el Derecho chileno.* 4. *La Ley de Arbitraje Comercial Internacional y el Convenio de Nueva York.* 5. *La acción de nulidad en la LACI.* 6. *Conclusiones.*

1. LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Con fecha 29 de septiembre de 2004 se promulgó en Chile la Ley 19.971, Sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, la LACI)⁽¹⁾. Con este texto se llenó una injustificada laguna legal en el sistema arbitral chileno, que sólo se ocupaba de reglamentar el arbitraje interno.

Según la historia de su establecimiento, el objetivo fundamental de esta modificación legal era, por una parte, subsanar una laguna normativa, y, por otra parte,

conseguir ocupar un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional, especialmente a nivel latinoamericano. Según el Mensaje, “resultaba conveniente a los intereses de las partes nacionales en las transacciones internacionales que ellas cuenten con los mecanismos legales adecuados para, en la medida de lo posible, estimular que las diferencias comerciales sean resueltas en Chile”⁽²⁾.

Conforme a la historia fidedigna de su establecimiento, para la redacción de la LACI se siguieron fundamentalmente cuatro cuerpos legales:

(*) Profesor de Derecho Procesal en la Universidad de los Andes. Socio de Allende Bascuñán & Cía., Chile.

(1) Sobre el tema, SATELER, Ricardo. *Historia de la ley N. 19.971 sobre arbitraje comercial internacional*. En: *Estudios de Arbitraje*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. pp. 377 - 389.

(2) Confrontar, Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula el arbitraje comercial internacional. Boletín número 3.252-10.

- 1) La Ley Modelo UNCITRAL, sobre arbitraje comercial internacional. La influencia de la referida Ley Modelo es notoria: con mayor o menor profundidad, más de cuarenta países han seguido sus directrices, facilitando con ello la homologación de los procedimientos arbitrales internacionales⁽³⁾.
- 2) La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, del 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York), promulgada mediante D.S. 664, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 30 de octubre de 1975.
- 3) La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, del 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá), promulgada mediante D.S. 364, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 12 de julio de 1976.
- 4) El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI), adoptado en Washington, el 18 de junio de 1965, promulgado mediante D.S. 1304, del Minis-

terio de Relaciones Exteriores, de fecha 9 de enero de 1992.

2. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 19.971

Antes de la promulgación de la LACI, aunque las partes quisieran dar a un arbitraje con sede en Chile el carácter de internacional, la legislación vigente ignoraba esta posibilidad⁽⁴⁾. Acto seguido, por el carácter imperativo de varios preceptos legales surgían una serie de limitaciones que, en definitiva, llevaron a postergar la ejecución de esta manifestación arbitral desde Chile.

Dentro de los obstáculos existentes para la práctica de un arbitraje internacional tres eran los más relevantes: 1) La imposibilidad que las partes pudieran acordar aplicar a la solución del conflicto un Derecho de fondo diverso del nacional, aspecto que conforma un elemento de la esencia de este tipo de arbitrajes. 2) El impedimento para que en un arbitraje de Derecho pudieran designarse como árbitros a abogados extranjeros. 3) De un modo inevitable, todo arbitraje estaba sujeto a la intervención de la justicia ordinaria. Aunque las partes pactaran la

⁽³⁾ Entre los países que han promulgado leyes de arbitraje inspiradas en la Ley Modelo UNCITRAL están: Alemania, Australia, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Bermudas, Bielorrusia, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Croacia, Egipto, Escocia, España, la Federación de Rusia, Grecia, Guatemala, Hong Kong (Región administrativa especial de China), Hungría, India, Irán, Irlanda, Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Macao (Región administrativa especial de China), Madagascar, Malta, México, Nigeria, Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, Perú, la República de Corea, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Ucrania, Zambia y Zimbabue; y dentro de los Estados Unidos de América, los Estados de: California, Connecticut, Illinois, Oregón y Texas.

⁽⁴⁾ Lo que sí era aceptado generalmente por parte de nuestra doctrina era la sumisión hecha en Chile a un tribunal ordinario o arbitral extranjero. En este sentido, confrontar EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael. *El Arbitraje Comercial en la Legislación Chilena y su Regulación Internacional*. Santiago: Editorial Jurídica, 1981. pp. 298 y 299; PICAND ALBÓNICO, Eduardo. *Arbitraje Comercial Internacional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. pp. 217 - 227.

renuncia a los recursos, siempre quedaba la posibilidad de deducir un recurso de queja o de casación en la forma (por las causales de ultra petita e incompetencia), abriendo la posibilidad que la decisión sobre el fondo no proviniera de la instancia arbitral, sino de la justicia estatal.

Con la promulgación de la LACI cambió radicalmente el panorama, al haberse sentado las bases técnicas para realizar un arbitraje comercial internacional en Chile.

El artículo 1 de la LACI indica los factores que permiten dar el carácter de internacional a un arbitraje realizado en Chile, señalando que: “3) *Un arbitraje es internacional si: a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. 4) A los efectos del numeral 3) de este artículo: a) Si alguna de las partes tiene*

más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual”.

Como se puede apreciar, la LACI aceptó varios criterios para dar a un arbitraje el carácter de internacional. Tal amplitud no es más que una proyección en nuestro Derecho positivo de la discusión surgida en torno a la Ley Modelo UNCITRAL, donde se optó por proponer varias pautas técnicas para poder asignar el carácter de internacional a un arbitraje comercial internacional⁽⁵⁾.

3. EL LAUDO EXTRANJERO Y EL DERECHO CHILENO

El precario panorama para poder realizar en Chile un arbitraje comercial internacional, hasta antes de la Ley 19.971 de 2004, contrastaba con el reconocimiento que se hacía de las sentencias arbitrales extranjeras. Para tal efecto, nuestro país había suscrito un grupo de convenciones internacionales como la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, entre otras. A lo anterior se suma el artículo 246 del CPC, que a propósito del cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros dispone, “*las reglas de los artículos precedentes son aplicables a las resoluciones expedidas por jueces árbitros. En este caso se hará constar su autenticidad y*

⁽⁵⁾ Sobre la Historia de la Ley Modelo UNCITRAL en relación a la internacionalidad del arbitraje, confrontar HOLTSMANN, Howard y Joseph NEUHAS. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. Op. cit. pp. 28 - 32. Un análisis de su recepción en nuestro sistema, MAC-AULIFFE FUENTES, Isabella. *Hipótesis de internacionalidad en la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional*. En: *Anuario de tesis jurídicas*. Universidad de los Andes, 2005. pp. 57 - 83.

eficacia por el visto bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo”.

Dicho de otra forma, en Chile estaba plenamente admitida la realidad jurídica que surgía del laudo extranjero, aspecto que como se sabe constituye sólo una arista del arbitraje internacional⁽⁶⁾.

4. LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y EL CONVENIO DE NUEVA YORK

Uno de los efectos más radicales de la LACI ha sido la incorporación a su normativa de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York. El Capítulo VIII de la LACI no es más que una repetición de las disposiciones de esa Convención, lo que se explica por el hecho que los legisladores siguieron íntegramente las directrices de la Ley Modelo UNCITRAL.

Lo anterior se debe mirar como un incentivo para tratar de lograr que Chile se convierta en un centro de arbitrajes comerciales internacionales en Chile. Al establecer esta solución lo que se busca es evitar tramitar ante la Corte Suprema el exequátur del laudo arbitral, atendido que esta es la vía ordinaria para obtener

el cumplimiento de una sentencia extranjera en Chile.

Las ventajas de poder pedir el cumplimiento del fallo invocando la normativa interna, que reprodujo el Convenio de Nueva York se aprecia en las siguientes reglas:

- 1) Una vez que se declaren terminadas las actuaciones arbitrales, la única competencia que tiene el tribunal arbitral, conforme al artículo 32 numeral 3) de la LACI, es la de conocer de dos cuestiones: i) del recurso de interpretación o rectificación dispuesto en el artículo 33; ii) de una eventual subsanación de los motivos que están siendo objeto de una acción de nulidad, siempre que así lo disponga por resolución la Corte de Apelaciones que está conociendo de dicha impugnación (artículo 34, número 4 LACI).

Conforme a lo anterior, el laudo pronunciado conforme a las reglas de la LACI es ejecutable aun cuando contra el mismo se haya deducido el recurso de nulidad. Lo anterior es sin perjuicio de la suspensión de la ejecución que puede solicitar quien impetra la nulidad. En tal caso el tribunal al que se pide la ejecución podrá, si lo considera procedente una caución que de garantías apropiadas (artículo 36 número 2 LACI).

⁽⁶⁾ La Convención de Nueva York de 1958 en el artículo I dispone que, “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 su 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 considerados como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”. Igual solución se desprende de la Convención de Panamá de 1975, que resulta todavía más amplia que la Convención de Nueva York, puesto que se aplica a todas las sentencias pronunciadas más allá de las fronteras del Estado receptor y también a las sentencias denominadas como *anacionales*, que son las que no son consideradas como sentencias nacionales en un Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

- 2) La ejecución del laudo se rige por las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil, pero con la limitante que no se pueden oponer excepciones que estén comprendidas dentro del recurso de nulidad, ni de lo válidamente pactado por las partes como un acto del procedimiento arbitral (por ejemplo, no se podría alegar la falta de motivación o una desviación en las formas de notificación, si las partes acordaron un sistema excepcional al del Derecho común)⁽⁷⁾.
- 3) En relación al cumplimiento de laudos extranjeros, la LACI ha establecido que se le aplican las mismas normas que si se tratara de un laudo dictado en un arbitraje comercial internacional seguido en Chile. Conforme al artículo 35 de la LACI, “1) *Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.* 2) *La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no*

estuviera redactado en un idioma oficial de Chile, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos”.

Lo anterior significa que un laudo arbitral, cualquiera sea el país de origen, será reconocido como vinculante en Chile si cumple con las condiciones previstas en los artículos 35 y 36 de la LACI. Esta solución, para los efectos de la Convención de Nueva York llevará a que toda sentencia arbitral extranjera se pueda cumplir en Chile sin necesidad de iniciar una tramitación ante la Corte Suprema, evitándose la complejidad que tiene solicitar el cumplimiento de una resolución extranjera.

Dicho de otra forma, el laudo arbitral extranjero tiene el mismo régimen de cumplimiento que si éste se hubiera pronunciado en Chile. En lo inmediato, esta solución implica que la normativa interna sobre el procedimiento para el reconocimiento de sentencias extranjeras se ha hecho más flexible, quedando en sintonía con lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio de Nueva York de 1958, que establece: “*Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedi-*

⁽⁷⁾ En la jurisprudencia se había acogido dicho criterio, tal como se aprecia en la sentencia de la CS de 5 de julio de 1999 (RDJ, t. XCVII, sección 1, p. 82). Allí se resolvió dar el exequátur a una sentencia pronunciada en juicio arbitral seguido contra una empresa chilena en Rotterdam, Holanda, conforme a las Normas de Arbitraje de la Asociación de Comercio de Fruta Seca, Especies y Productos Afines de los Países Bajos. La empresa chilena, se opuso a dicho reconocimiento, alegando que no había sido emplazada conforme a las normas chilenas, pero tal alegación fue desestimada, al estimarse válida la notificación por fax y carta certificada, sin que se haya acreditado una infracción al artículo V, letra b) de la Convención de Nueva York.

miento vigentes en el territorio donde de la sentencia sea invocada (...)”.

- 4) El cumplimiento del laudo sólo puede denegarse por las causales que explicita el artículo 36 de la LACI⁽⁸⁾. Se trata de situaciones vinculadas con los presupuestos procesales relativos a falta de capacidad, falta de notificación de la designación de árbitro o del procedimiento arbitral, privación o limitación del Derecho de defensa, excesos en el pronunciamiento o incongruencia del laudo. También se puede cuestionar por esta vía que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento no se han ajustado a la normativa que les es aplicable; y por otro, que se debe denegar el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral porque el tema decidido no era susceptible de ser sometido a arbitraje, y que se ha infringido el Orden Público de Chile.

La no interposición del recurso de nulidad invocando algunos de los motivos de impugnación convalida completamente el fallo, al punto de entenderse subsanados tales defectos por la exclusiva forma de control que la LACI establece para un laudo comercial internacional dictado en Chile.

- 5) El hecho que esta sentencia provenga de un arbitraje internacional no obsta a que se pueda intentar cumplir también en otro país invocando las normas de la Convención de Nueva York o conforme al sistema de Derecho interno del país requerido. En efecto, la LACI es un sistema procesal que está inserto dentro del fenómeno de la justicia transnacional, y por lo mismo, las decisiones arbitrales que de allí provengan superan el marco territorial del Estado chileno⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Este precepto dispone: “Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución. 1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución: i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo, o ii) Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras, o iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje, o v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo, o b) Cuando el tribunal compruebe: i) Que, según la Ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al Orden Público de Chile. 2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el literal v) de la letra a) del numeral 1) de este artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas”.

⁽⁹⁾ Sobre este tema, entre la abundante bibliografía, Ricci, Edoardo F. *Il lodo con nazionalità plurima: un utile strumento nel rapporto tra il Brasile e alcuni paesi europei*. En: *Roma e América, Diritto Comune*. Roma: Università di Tor Vergata. Número 9, 2000. pp. 237 - 254.

5. LA ACCIÓN DE NULIDAD EN LA LACI

Para que la explicación anterior no quede incompleta, es conveniente explicar que la LACI prevé la posibilidad de anular el laudo arbitral cuando se configure alguna de las causas que de manera taxativa señala el artículo 34, las que son comunes al arbitraje de Derecho y al de equidad.

Al respecto el artículo 34 de la LACI señala:

“2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando:

a) La parte que interpone la petición pruebe:

i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado, o

ii) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o

iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las

questiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas, o

iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley, o

b) El tribunal compruebe:

i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o

ii) Que el laudo es contrario al Orden Público de Chile”.

Como se puede apreciar, el ejercicio de la acción de nulidad prevista en la LACI constituye un mecanismo de control de las garantías procesales elementales o de los presupuestos básicos para la validez jurídica del arbitraje. Se trata de un medio de impugnación que no está diseñado como una instancia en sentido técnico. El control judicial del laudo a través de esta acción se limita exclusivamente verificar que no se hayan cometido los excesos que están tasados como motivos de nulidad.

Para contribuir a dar certeza jurídica a lo resuelto en el laudo, se ha fijado como plazo máximo de interposición el de tres meses, contados desde la fecha de la recepción del laudo o desde que se haya resuelto por el mismo Tribunal Arbitral que pronunció el laudo la solicitud de

rectificación o interpretación que admite el artículo 33 de la LACI.

Tratando de sintetizar los rasgos principales del sistema anulador de la LACI ellos se traduce en los siguientes puntos:

- 1) La impugnación busca obtener una declaración de nulidad, privando de toda eficacia jurídica al laudo, sin que la Corte de Apelaciones pueda dictar una nueva sentencia sobre el tema decidido.
- 2) En relación a la causal de impugnación relativa a la validez del convenio arbitral, prevista en el artículo 34 de la LACI, se ha introducido una solución novedosa para lo que ha sido nuestra práctica arbitral interna. Conforme a dicha norma, la impugnación del convenio se hace conjuntamente con la del laudo, cerrando la vía ordinaria para impetrar su nulidad por cuerda separada.

Ahora, considerando que la forma del convenio arbitral está marcada por el antiformalismo, la nulidad del mismo no constituye un vicio fácil de configurar. Las situaciones más recurrentes provendrán de la falta de observancia a las reglas de capacidad de las partes o cuando el convenio arbitral tenga por objeto una materia sobre las que no tienen libre disposición; también cuando el con-

venio no cumpla con la formalidad de constar por escrito.

- 3) No toda infracción a las formas procesales puede dar lugar a la nulidad del laudo, sino las que conforme a la ley tienen el carácter de normas imperativas. Si no tiene el atributo anterior, sólo habrá nulidad si el vicio ha generado un perjuicio que sólo sea reparable con la declaración de nulidad. Naturalmente que en este último caso corresponde aplicar los principios informativos de la nulidad procesal, para evitar esta declaración de ineficacia o atenuar los efectos de su aplicación.
- 4) La causal de control de raigambre más sustantiva es la que permite anular el laudo cuando éste resulta contrario “*al Orden Público de Chile*” (artículo 34, 2) letra b) ii).

En cuanto a su alcance en materia arbitral, en general, la expresión “Orden Público” es una voz poco pacífica⁽¹⁰⁾. Para algunos su inclusión genera desconfianza, ya que podría servir de excusa para frustrar o impedir uno de los objetivos del arbitraje comercial internacional, que es facilitar el cumplimiento en otro país de los laudos arbitrales⁽¹¹⁾.

Con el objeto de evitar arbitrariedades, la LACI restringió la causal al “Orden Público chileno”. La extensión que se dé a esta hipótesis de nulidad depende-

⁽¹⁰⁾ Confrontar MURONI, Raffaella. *Il conflitto pratico tra lodo e la Convenzione di New York*. En: *Rivista dell'arbitrato*, 4/2000. pp. 760 - 762.


⁽¹¹⁾ Sobre este tema, confrontar *Informe final de la asociación de derecho internacional acerca del Orden Público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Número 1, 2004. pp. 209 - 232 (Comentado por MAYER, Pierre y Audley SHEPPARD).

rá de la interpretación jurisprudencial y doctrinal, la que deberá tener el cuidado de evitar que se limite la ejecución de laudos internacionales en Chile mediante la simple invocación a la infracción del Orden Público local.

Por su parte, la Corte Suprema de Chile, en sentencia de 18 de octubre de 1999, denegó el reconocimiento del laudo dictado por el árbitro inglés don Alan Burbidge en el cual se condenaba a la compañía de seguros generales Euroamérica S.A. en favor de la sociedad naviera Transpacific Steamship Ltda., precisamente fundándose en el Orden Público chileno. En lo concretó, allí se resolvió que *“en la letra b) del número 2 del artículo V de la aludida Convención (de Nueva York), de aplicación preferente y obligatoria según la norma del artículo 242 antes citado, se establece que puede denegarse el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera si ello fuese contrario al Orden Público del país. Que tal situación es justamente la que se ha producido en autos, toda vez que, como lo sostiene el Fiscal, la materia de que trata la sentencia cuyo cumplimiento se persigue, ya está siendo conocida por los tribunales chilenos, quienes precisamente declararon su competencia para tal*

efecto, a través de un procedimiento iniciado con anterioridad al que tiene lugar en el Reino Unido, por lo cual la solicitud posterior de mandar cumplir un fallo que declara –por el contrario– la competencia de un tribunal de Londres aparece desconociendo la fuerza de cosa juzgada que emana de aquella decisión de los tribunales nacionales. En consecuencia el exequátur pedido resulta del todo improcedente”⁽¹²⁾.

6. CONCLUSIONES

- 1) El ordenamiento chileno ha incorporado para los arbitrajes comerciales internacionales que se lleven a efecto las reglas de la Convención de Nueva York. Esta opción permite que toda sentencia arbitral extranjera se pueda cumplir en Chile sin necesidad de iniciar una tramitación ante la Corte Suprema, evitándose la complejidad que tiene solicitar el cumplimiento de una resolución extranjera a través del exequátur.
- 2) El laudo arbitral extranjero en Chile está sometido a un o régimen de cumplimiento como se hubiera pronunciado en Chile, quedando en sintonía con lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio de Nueva York de 1958. 

⁽¹²⁾ Lexis Nexis, número identificador 16.313.

CHINA

NEW YORK CONVENTION ARTICLE II: THE ARBITRATION AGREEMENT AS APPLIED IN ASIA

Por: SALLY A. HARPOLE (*)

This year, we are celebrating the 50th anniversary of the New York Convention, the most important treaty in the field of international arbitration. In my short presentation, I will refer to Article II of the Convention, which addresses the subject of the arbitration agreement. I will also comment briefly on the impact of Article II on the legal environment for international arbitration in the Asia region.

One of the important accomplishments of the New York Convention was to include recognition and enforcement of both the arbitration agreement and the arbitral award under a single international treaty. Previously, under the Geneva Protocol of 1923 and the Geneva Convention of 1927, these topics were addressed separately, in two different accords. The dual topic approach of the New York Convention is logical and supports clearer understanding, given that New York Convention article V (1) includes the invalidity of the

arbitration agreement among the grounds for refusing recognition and enforcement of the award.

The New York Convention requirements for a valid arbitration agreement are very friendly to the use of arbitration worldwide. Parties find an easy path to adopting arbitration under article II, where the requirements for a valid arbitral agreement are simple and straightforward. First, the agreement must be “in writing”. Furthermore, the parties’ expression must demonstrate their intent to use arbitration and the scope of matters which they agree to submit to arbitration.

The New York Convention encourages deference to an arbitration agreement, where it is valid. Article II (3) provides that the court of a Contracting State to which application has been made in respect of an arbitral agreement “(...) shall refer the parties to arbitration, unless it

(*) Profesora Invitada y Senior Fellow de Straus Institute for Dispute Resolution, Pepperdine University Law School. Miembro de China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC). Socia fundadora de Sally Harpole & Co., Hong Kong.

finds that (the agreement made by the parties) is null and void, inoperative or incapable of being performed". (emphasis added).

Under article V(1)(a), the applicable law for determining whether an arbitration agreement is valid is the law to which the parties have subjected the arbitration agreement or, where the parties have made no indication of this, the law of the country where the award was made. The governing law of the arbitration agreement is not always clear unless the parties have expressly stipulated it. While some experts have commented that there is a strong presumption that the law governing the substantive contract containing the arbitration clause will also govern the arbitration clause⁽¹⁾, others point out that a national court or tribunal may decide otherwise⁽²⁾. Indeed, the law of the seat of the arbitration or the law of the place where the enforcing court is located may be determinative of this issue in some jurisdictions.

I now return to the fundamental requirement under article II that the agreement must be "in writing". Let us review this requirement in light of the applicable law.

When we read article II today, it is abundantly clear that the methods of communication and business which prevailed 50 years ago, when the New York Convention was drafted, differ enormously from today's international trade practices.

Article II Paragraph 2 defines "in writing" to signify "(...) an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams". The challenge of applying this 50-year-old provision to modern communication and business practices in a manner which encourages the courts in Contracting States to defer to the parties' agreement to arbitrate has led to a variety of approaches under local law and in court decisions throughout the world.

At the local level, the national courts of Contracting States have tended to interpret the terms of the New York Convention with consideration for the expectations of contemporary parties in international trade. As a result, liberal interpretations of the New York Convention provisions are not unusual. While this probably supported the development of international arbitration, a further result is lower uniformity in the interpretations by national courts worldwide and therefore, less predictability as to how article II will be exercised.

Such variety runs counter to the purpose of setting a single, uniform worldwide standard under the New York Convention and therefore, UNCITRAL responded by adopting in 2006 a "Recommendation Regarding the Interpretation of article II, Paragraph 2 and article VII, Paragraphs 1 (...)"⁽³⁾ (the "2006 Recommendation").

(1) LEW, Julian. *The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause*, ICCA Congress. Serious numeral 14, paragraph 136. Paris, 1998.

(2) REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, with BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, paragraphs 2-85-2-94. 4th. edition, 2004.

(3) "Recommendation Regarding the Interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006 at its thirty-ninth session".

The 2006 Recommendation seeks to remove confusion and provide guidance as to these New York Convention provisions. It recommends that the interpretation of the “in writing” requirement under article II (2) “(...) be applied recognizing that the circumstances described therein are not exhaustive”. This opens the door to an undefined (and therefore, unlimited) range of written forms other than simply the two forms that are expressly stipulated in the Convention, namely, “letters or telegrams”.

The 2006 Recommendation also encourages the application of article VII (1) in a manner that will support parties who seek recognition of the validity of an arbitration agreement. article VII (1) expressly refers to arbitral awards, but does not mention the arbitration agreement. With the 2006 Recommendation, the purpose of New York Convention article VII (1), to encourage recognition and enforcement of awards in the greatest number of cases possible under the available law or treaties, is extended to the arbitration agreement, where parties seek to establish its validity. With this recommendation, the approach of Convention article VII (1) also extends to supporting recognition of the validity of the arbitral agreement under the available law or treaties.

Over the past few years, the United Nations Commission on International Trade Law Working Group (the Working Group) on Arbitration has meticulously reviewed the requirement under Article 7(2) of the Model Law and under UNCITRAL Arbitration Rules that the arbitration agreement be “in writing”. One of the foremost reasons has been the desire to ensure conformity with current practices in international trade. Apart from this, the

Working Group has also considered whether the requirements for the arbitration agreement which are found in article II(2) of the New York Convention are a true reflection of current international trade practices.

However, after its detailed examination, UNCITRAL Working Group II decided preliminarily not to remove the “in writing” requirement. A primary reason was to maintain close conformity with the New York Convention, which now has 142 Contracting States and continues to be the most important multilateral treaty for the worldwide international arbitration system, even 50 years after its adoption. The “in writing” requirement also underscores the need for certainty as to whether an agreement exists.

This decision reflects the great importance of the New York Convention as a worldwide standard today, 50 years after its adoption.

At the same time, the New York Convention is only as effective as the relevant implementing legislation and court decisions of Contracting States permit. The implementing legislation and court decisions of some Contracting States are more deferential to the recognition and enforcement of arbitral agreements than that of others. For example, where the implementing legislation of a Contracting State imposes requirements for a valid arbitration agreement which are more extensive than in the simple approach of the New York Convention and the 2006 Recommendation, it is reasonable to expect that parties will encounter more difficulty in making valid arbitration agreements.

This can be seen in Asia, where the impact of the New York Convention is

deep and widespread. Four of the original forty Convention signatories were Asian and, in the first 30 years of the Convention, most Asian jurisdictions having significant volumes of arbitration acceded to the Convention. Of those jurisdictions, many, including Hong Kong, Singapore, Malaysia and Japan adopted the UNCITRAL Model Law. On this basis, the requirements for a valid arbitration agreement follow closely the provisions of Convention Article II and the 2006 Recommendation. Other jurisdictions, such as India adopted legal provisions on international arbitration which closely match the provisions of the UNCITRAL Model Law.

An exception is China, which adopted its first ever national Arbitration Law in 1995. Under that law, the article II requirements apply: (1) that the agreement be expressed in writing, (2) that the parties' expression demonstrates their intent to use arbitration and (3) that the scope of matters for arbitration be designated. However, in addition to that, China's Arbitration Law requires that the arbitration agreement must designate the arbitration commission. This third requirement – that the arbitration commission be designated – appears nowhere in the New York Convention, nor is it an international norm. Accordingly, international parties may not be aware of this international requirement and therefore, could inadvertently fail to satisfy all

criteria for a valid arbitration agreement under the law of the People's Republic of China. This has raised serious doubts concerning arbitration agreements for ad hoc arbitration, where the validity of the arbitration agreement must be tested under Chinese Law. The validity of the arbitration agreement has also been questioned where it designates, "the ICC Court", which technically speaking, is not a "commission", although I am not aware of an agreement being found invalid in such cases.


Apart from the Arbitration Law, other relevant legal authority in China includes the notices and interpretations of the Supreme People's Court (SPC), which are followed by the local courts. Issues such as the validity of the arbitration agreement and the applicable law for determining such validity are addressed in more detail under the SPC interpretations and notices, than under the Arbitration Law. For example, while the Arbitration Law is silent on the governing law of an arbitration agreement, an SPC Interpretation which was issued in 2006⁽⁴⁾ stipulated an approach that partially adopts the approach of Convention article V (1) (a), but then departs from it by prioritizing, over the law of the country where the award is enforced, the law of the place of the arbitration, in cases where the parties designate the arbitration location without designating the governing law. Unfortunately, that SPC

⁽⁴⁾ *Interpretation on Certain Issues Relating to the Application of the Arbitration Law*, promulgated by the SPC on 8 september 2006.

interpretation does not clarify whether the “governing law” for this purpose refers to the law governing the arbitration agreement or that governing the underlying substantive contract.

Such departures from the approach adopted by the New York Convention can easily misunderstandings on the applicable requirements for a valid arbitration agreement, unless parties have carefully

studied the local implementing law of the Contracting State.

In conclusion, while the basic principles of New York Convention Article II continue to stand firmly in place, it is the Contracting States that will determine its importance and application after this 50th anniversary of the Convention, with relevant implementing legislation and related local court decisions. 

COLOMBIA

EL EXEQUÁTUR EN COLOMBIA A LA LUZ DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK. ¿SON EJECUTABLES ÚNICAMENTE LOS LAUDOS ARBITRALES FINALES O DEFINITIVOS, O LO SON TAMBIÉN AQUELLOS PARCIALES O INTERLOCUTORIOS?

Por: DANIEL POSSE VELÁSQUEZ (*)

En Colombia, sólo existe registro de una solicitud de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero que haya sido estudiada, después de admitirse la demanda correspondiente. Y la decisión de la Corte Suprema de Justicia, fue lamentable. Se negó el reconocimiento, argumentando que la decisión arbitral no constituía un laudo a la luz de la Convención de Nueva York (C.N.Y.).

Con ese desafortunado pronunciamiento, Colombia parece dejar la sensación de que los laudos arbitrales extranjeros reconocibles y ejecutables bajo el amparo de la referida Convención son únicamente aquellos que resuelven de fondo las controversias sometidas al Tribunal; y con ello se restringe injustificadamente el ámbito de aplicación de la misma.

Sin embargo, no puede perderse de vista que se trató de una decisión proferida hace casi 10 años, que en manera alguna puede tenerse como representativa de la situación del arbitraje internacional en Colombia. Mucho ha sido lo que se ha avanzado en la materia, de suerte que bien puede considerarse que de presentarse una situación similar, la decisión de la Corte sería otra.

Lo anterior por cuanto la Sala Civil de la Alta Corte se ha renovado y cuenta hoy en día no sólo con magistrados distintos a los que en su momento denegaron el reconocimiento, sino con prestigiosos abogados ampliamente reconocidos por su trayectoria en el foro arbitral.

Ello permite pensar que estamos en vísperas de una rectificación de la posi-

(*) Profesor de Derecho Civil en la Universidad Sergio Arboleda. Miembro del Colegio Internacional de Abogados (IBA), del Centro Colombiano de Arbitraje y del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Socio fundador de Posse, Herrera & Ruiz Abogados, Colombia.

ción de la Corte en cuanto al reconocimiento de laudos extranjeros, a la luz de la Convención de Nueva York, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional en 1958.

En efecto, de conformidad con su espíritu, la C.N.Y tuvo por objeto facilitar que los Estados que la hayan ratificado, otorguen valor a las *sentencias arbitrales* proferidas en territorios distintos al suyo y permitan su ejecución de acuerdo con sus propias normas procesales, sin imponer a dichas *sentencias* condiciones más gravosas que las aplicables a las decisiones arbitrales nacionales.

Con ello se buscaba obtener confianza en el arbitraje internacional, lograr el reconocimiento de su autonomía y evitar que las *sentencias* proferidas en esos escenarios tuvieran que ser sometidas a trámites excesivos para su reconocimiento que pudieran desincentivar el uso de la figura. El resultado: la libre circulación de sentencias arbitrales.

En ese sentido, la Convención contempló un procedimiento para lograr el reconocimiento y la ejecución de una *sentencia arbitral* extranjera y extendió el ámbito de su aplicación a las decisiones proferidas por las instituciones encargadas de administrar los arbitrajes.

¿Pero, realmente logró la Convención su propósito? En Colombia parece que no. Y prueba de ello es la única decisión existente sobre la materia.

Dispuso el numeral segundo del artículo primero de la C.N.Y., que por “Sentencia Arbitral” debían entenderse no sólo las “*sentencias dictadas por los árbitros*

nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido”.

Sin embargo, tal vez por considerarlo innecesario, no definió la expresión “sentencia”.

Y si bien a simple vista podría pensarse ello no implica dificultad alguna, o por lo menos no debería, esa fue la razón por la cual en Colombia, la única solicitud de exequátur de un laudo arbitral extranjero de que existe registro, no fue acogida.

Colombia adhirió a la Convención el 25 de septiembre de 1979, y su texto entró en vigor el 24 de diciembre de 1979. A partir de allí, podría pensarse, ha sido utilizada en varias oportunidades para reconocer y permitir la ejecución de *sentencias* arbitrales extranjeras.

Sin embargo, revisados los archivos desde esa época, si bien figuran decenas de autos mediante los que son rechazadas las demandas por defectos procesales u omisiones en la solicitud, no aparece más que un caso en el que habiéndose intentado el reconocimiento, y habiendo sido admitida la demanda, no se tuvo éxito en la decisión final.

La razón: el concepto de *sentencia arbitral* en Colombia parece limitarse al de laudo arbitral definitivo. Y es allí donde radica esta breve disertación.

En 1999, mediante demanda de exequátur se le solicitó a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia reconocer efectos al laudo interlocutorio proferido el 29 de julio de 1998 por el árbitro único designado por la Corte Internacional de

Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en el caso 9400/FMS, iniciado por Merck & Co. Inc. y otros contra Tecnoquímicas S.A., mediante el cual el Tribunal decidió, con carácter definitivo, no tener autoridad para examinar y resolver la disputa sometida a arbitraje por los convocantes.

La Corte para resolver el asunto consideró que la C.N.Y. no define el concepto de sentencia arbitral y por ello decidió darle “*el alcance que resulte más adecuada al espíritu del mismo tratado y, en subsidio, al de la ley colombiana*”⁽¹⁾.

Como consecuencia de ese estudio llegó a la conclusión, absurda sin duda, de que una sentencia arbitral es aquella providencia que materialmente pone fin al proceso arbitral definiendo las diferencias sometidas a su decisión.

Para ello, consideró que “parece ser la intención de dicho tratado la de señalar como ejecutable no cualquier providencia judicial, ni tampoco cualquier providencia a las cuales se le atribuya la denominación de “sentencias arbitrales” o su equivalente, “laudos arbitrales”, sino aquellas que definan precisamente las “diferencias” sometidas a su consideración, que en últimas, son las diferencias de carácter sustancial o reclamatoria de los Derechos en el arbitramento”⁽²⁾.

Pero, ¿Realmente fue la intención de la C.N.Y. permitir únicamente el reconocimiento y la ejecución de los laudos fi-

nales o definitivos? Y, si ello es así, ¿Por qué razón entonces existen laudos parciales o interlocutorios, con carácter definitivo y de cosa juzgada, que resuelven asuntos tan importantes como el laudo final? ¿Cómo obtener el reconocimiento de esas providencias si la Convención no se ocupó de las mismas?

Pues bien, creemos que la respuesta a los interrogantes anteriores es sencilla. La C.N.Y. no distinguió el tipo de sentencias o laudos objeto de reconocimiento y de ejecución, porque en tratándose de arbitraje internacional los laudos parciales o interlocutorios son sentencias arbitrales; al igual que los laudos que resuelven de fondo las controversias.

Así las cosas, el fracaso en la aplicación de la C.N.Y para el caso colombiano no obedece a su texto; tampoco a una omisión del solicitante del exequátur al presentar la demanda. Ni siquiera a un problema de legislación interna. Se debió a un error de interpretación por parte de la Corte Suprema, debido –seguramente– al desconocimiento de la situación del arbitraje mundial. Un error, sin embargo, en nuestro concepto inexcusable.

Si bien la C.N.Y. se refirió a sentencias arbitrales extranjeras, sin definir a qué concepto corresponden, las sentencias o laudos arbitrales internacionales han sido entendidos como cualquier resolución dictada por los árbitros para resolver definitivamente una o varias cuestiones que se presentan durante el trámite arbitral⁽³⁾, sin

(1) Corte Suprema de Justicia. Expediente Número 7474. Sentencia de 26 de enero de 1999.

(2) *Ibidem*.

(3) SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Arbitraje Comercial Internacional en México*. Segunda Edición. México, 2001.

limitarse a aquellas que deciden el fondo del proceso.

Y en ello no caben dudas. No hay discusiones. La doctrina es pacífica en reconocer que junto a los laudos finales, que se pronuncian sobre el fondo de la controversia, existen los denominados laudos parciales o interlocutorios. Y que unos y otros, a pesar de sus particularidades, son sentencias arbitrales al tenor de la C.N.Y. Todos gozan del carácter definitivo y de fuerza ejecutoria.

Así lo reconocen la mayoría de los reglamentos de arbitraje internacional cuando regulan las diferentes decisiones que pueden ser adoptadas por los árbitros a lo largo del procedimiento. Así lo dispone justamente el reglamento de la CCI, que regía el arbitraje en desarrollo del cual se profirió el laudo interlocutorio desestimado por la Corte Suprema de Justicia de Colombia:

“Artículo 2. Definiciones

En el Reglamento la expresión:

(...)

(iii) “Laudo” hace referencia, entre otros, a un laudo interlocutorio, parcial o final”⁽⁴⁾.

En igual sentido se pronuncian el reglamento de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial y el Reglamento de la American Arbitration Association⁽⁵⁾, por mencionar sólo dos.

Y dentro de esos laudos interlocutorios o parciales que deciden cuestiones particulares, que por su naturaleza deben ser resueltas durante el curso del trámite arbitral, se encuentran el que resuelve sobre la propia competencia del Tribunal, el que decide la validez del pacto arbitral o el que decreta medidas provisionales y cautelares, entre otros.

Sin embargo, todas esas decisiones adoptadas por los árbitros, o por el centro o institución que administra el arbitraje, constituyen verdaderos laudos arbitrales que cobran fuerza ejecutoria y hacen tránsito a cosa juzgada.

Y en ese sentido, de considerarse extranjeros según la legislación interna del país miembro de la C.N.Y. podrán y deberán ser objeto del trámite de reconocimiento y ejecución regulado por la Convención.

Pues bien, de conformidad con la legislación interna colombiana, y en especial con la ley 315 de 1996, incorporada en el Estatuto de los Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos (Decreto 1818 de 1998), es extranjero todo laudo arbitral que se profiera por un Tribunal cuya sede se encuentre fuera del territorio nacional. Tal como sucedió con el caso de Merck c. Tecnoquímicas.

Por ello consideramos que en ese asunto ha debido dársele aplicación a la Convención en los términos por ella establecidos, sin acudir a interpretaciones exóticas y contrarias a la realidad del arbitraje internacional. **[E]**

⁽⁴⁾ Cámara Internacional de Comercio. Corte Internacional de Arbitraje. Reglamento de Arbitraje.

⁽⁵⁾ “R-43 In addition to a final award, the arbitrator may make other decisions, including interim, interlocutory, or partial rulings, orders, and awards. In any interim, interlocutory, or partial award, the arbitrator may assess and apportion the fees, expenses, and compensation related to such award as the arbitrator determines is appropriate”.

ECUADOR

ARBITRABILIDAD, CONVENCION SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS Y LEGISLACION ECUATORIANA

Por: EDGAR NEIRA ORELLANA (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Aspectos liminares sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.* 2.1. *Laudo extranjero.* 2.2. *Reconocimiento y ejecución.* 3. *La arbitrabilidad de las controversias.* 3.1. *La reserva de los litigios comerciales.* 3.2. *La arbitrabilidad. La doble perspectiva de la arbitrabilidad.* a) *Arbitrabilidad subjetiva.* b) *Arbitrabilidad objetiva.* 4. *Los momentos del juzgamiento de arbitrabilidad.* 4.1. *La arbitrabilidad y el convenio arbitral.* 4.2. *La arbitrabilidad y el laudo arbitral extranjero.* 5. *La Arbitrabilidad de la controversia y el Orden Público.* 6. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Cuando el 10 de junio de 1958 la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre el Reconocimiento de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, más conocida como Convención de Nueva York⁽¹⁾, los países que la impulsaron buscaron superar las limitaciones de

la Convención de Ginebra de 1927 sobre ejecución de laudos extranjeros, afirmar la institucionalidad del arbitraje internacional y consolidar la seguridad jurídica en el tráfico comercial entre los países.

En los cincuenta años que han transcurrido desde esa fecha, la Convención de Nueva York ha demostrado que

(*) Profesor de Derecho Procesal Administrativo en la Pontificia Universidad Católica de Quito. Director del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. Socio del Estudio Gallegos, Valarezo & Neira, Ecuador.

(1) La Convención sobre el Reconocimiento de las Sentencias Arbitrales Extranjeras fue ratificada por la República del Ecuador mediante resolución legislativa de 19 agosto de 1961. Para los efectos de este artículo, será identificada simple e indistintamente como la Convención o la Convención de Nueva York.

esos propósitos han sido cumplido en grado satisfactorio. Por ello, ni los conflictos de aplicación que ha debido enfrentar la jurisprudencia, ni la crítica formulada por un sector de la doctrina, que ha encontrado en las insuficiencias del *corpus* normativo de dicho tratado la principal causa de tales conflictos, pueden desconocer su aporte al desarrollo del arbitraje internacional como un instrumento generador de confianza y facilitador del comercio.

Varios han sido los factores que a partir del texto de la Convención han contribuido al afianzamiento del arbitraje comercial internacional, de los que mencionaré solamente tres. El primero: la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero solo opera a instancia de parte y no de oficio y, a diferencia de la Convención de Ginebra, se presume la validez del laudo extranjero, por lo que la carga de la prueba de tal validez ya no la tendrá quien solicita su reconocimiento, sino aquél contra quien se pretende dichos reconocimientos y ejecución y que se opone a ellos (artículo V). El segundo factor: las fórmulas abiertas que delegan a la legislación interna de cada país resolver aspectos tan importantes como el procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, la definición del Orden Público o la arbitrabilidad de la controversia (artículo III). Y, el tercero, el principio de la norma más favorable en virtud del cual, la Convención no limita el Derecho de cualquiera de las partes de amparar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera, a otros acuerdos multilaterales o bilaterales o a la legislación del país donde dicha sentencia arbitral sea invocada, si ésta o aquellos tuvieren normas más favorables para su reconocimiento y ejecución, artículo VII. (1).

La intensificación del comercio mundial y la consiguiente integración de las economías que cada vez compiten más entre sí, generan prosperidad y coadyuvan a elevar la calidad de vida de los pueblos, plantean permanentemente la exigencia de contar con mecanismos arbitrales expeditos para solucionar los conflictos que llegaren a presentarse. La Convención ha favorecido este proceso porque sus normas hacen posible que las decisiones adoptadas por tribunales arbitrales internacionales se cumplan.

Por ello, el cincuentenario de la Convención de Nueva York que celebra el Instituto Peruano de Arbitraje, es una ocasión propicia para reflexionar sobre el contenido de sus normas. Así, el presente artículo se inscribe en el propósito de repasar algunos de sus textos, analizar el instituto de la arbitrabilidad de las controversias según lo prevé el artículo V. (1) (c), y precisar en qué casos los jueces del Ecuador podrían denegar la ejecución de una sentencia arbitral extranjera, fundamentados en la no arbitrabilidad del conflicto.

2. ASPECTOS LIMINARES SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS

En todos aquellos casos en que una sentencia arbitral sea presentada ante un juez para su reconocimiento y ejecución al amparo de la Convención de Nueva York, el análisis previo que deberá hacer el juzgador no podrá apartarse de dos aspectos clave para determinar la aplicabilidad de la Convención y la decisión que adoptará: en primer lugar, la definición de laudo extranjero; en segundo lugar, la distinción que existe entre reconocimiento y ejecución.

2.1. Laudo extranjero

Ante todo habrá que determinar si se trata de un laudo extranjero, puesto que si no lo fuere, no se habrá cumplido el primer supuesto de aplicabilidad de la Convención de Nueva York. El laudo será extranjero en todos aquellos casos en que hubiere sido dictado *“en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución (...)”*. También se consideran extranjeras aquellas sentencias arbitrales que *“no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”*, artículo I (1).

De la primera parte de la disposición citada, deviene indiscutible que la sola circunstancia del laudo expedido en país distinto de aquel en que ha sido solicitado su reconocimiento, determinará el carácter extranjero de ese laudo. En la amplitud de esa norma también quedarían comprendidos los laudos pronunciados en otro país aun cuando uno o varios de sus elementos coincidan con la nacionalidad del Estado en que se ha solicitado su reconocimiento y ejecución. En este supuesto, la sentencia arbitral seguiría siendo extranjera en los términos de la Convención.

En la segunda parte de la norma referida, estarían comprendidos aquellos laudos que habiendo sido pronunciados en el territorio del Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución, la legislación interna de ese Estado no lo considera como un laudo nacional por diversas ra-

zones. Éstas podrían ser la nacionalidad de las partes, el domicilio de las partes, el procedimiento arbitral, el Derecho aplicable y otras establecidas en la ley local. En este punto, la aplicabilidad de la Convención quedará supeditada a la definición que haga la ley doméstica sobre el carácter extranjero del laudo.

La Ley de Arbitraje y Mediación vigente en el Ecuador no se refiere al “laudo internacional” o al “laudo extranjero”. La norma legal establece los casos en que un “arbitraje” tendrá carácter “internacional” (artículo 41):

- a) Cuando las partes, al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en Estados diferentes;
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
- c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción.

Es de subrayar la distinción que existe entre “arbitraje” que comprende el conjunto de actuaciones procesales tendientes a la composición de un litigio, y “laudo” que se refiere a la decisión final⁽²⁾

⁽²⁾ Para la Convención de Nueva York, es evidente que la expresión “sentencia arbitral extranjera” se refiere a las providencias que comportan una decisión final que pone término a la diferencia. Sin embargo, para las reglas procesales de la CNUDMI o de la CCI, el laudo no necesariamente se refiere a la decisión final. El artículo 32 del Convenio de la CNUDMI señala que además del laudo definitivo, el Tribunal Arbitral podrá dictar “laudos provisionales, interlocutorios o parciales”, y el artículo 2 (iii) del Reglamento de Arbi-

sobre el fondo de la controversia. Bajo influencia de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –en adelante CNUDMI–, la norma del Derecho ecuatoriano trata del arbitraje internacional y no de la “sentencia arbitral extranjera” ni del “laudo extranjero” y no define al laudo extranjero⁽³⁾, ni utiliza esta expresión. En todo caso, bajo la Ley ecuatoriana resulta axiomática la conclusión de que el laudo arbitral, siendo como es el resultado de la decisión que pone fin a un proceso arbitral y que forma parte de éste, quedará alcanzado por el tipo de arbitraje en el que ha sido pronunciado: si el arbitraje es internacional el laudo será, indefectiblemente, internacional.

Sin embargo, del texto de la Ley de Arbitraje y Mediación podrían extraerse dos conclusiones: la primera, que el laudo expedido fuera del territorio de la República del Ecuador, (“extranjero” en la terminología de la Convención) quedaría comprendido dentro del concepto de sentencia arbitral extranjera; la segunda, que el laudo que ponga fin a un proceso de arbitraje internacional, aun cuando sea dictado dentro del territorio del Ecuador, tendrá carácter de sentencia arbitral extranjera en los términos definidos en el artículo I (1) de la Convención de Nueva York, siempre que concurriere al menos una de las tres circunstancias previstas en el artículo 41 de la Ley.

2.2. Reconocimiento y ejecución

Aunque las normas de la Convención de Nueva York no han precisado el alcance de estos institutos, es evidente que no los confunde y que considera al reconocimiento de un laudo arbitral como un procedimiento distinto de la ejecución. El juzgador deberá tener presente los elementos diferenciadores de uno y otro.

El reconocimiento, también conocido como exequátur, es el conjunto de actos procesales enderezados a homologar o convalidar una sentencia arbitral extranjera como si fuese una de carácter nacional. En otras palabras, se trata de un procedimiento especial que tiende a obtener de los jueces de un determinado Estado, la declaratoria de que el laudo extranjero tiene eficacia de conformidad con su ley local y que es equivalente a una sentencia arbitral expedida en el territorio de ese Estado. Para los efectos de la explicación que hago más adelante, anticipo que ni el Código de Procedimiento Civil ni la Ley de Arbitraje y Mediación vigentes en el Ecuador han previsto en ninguna de sus normas un procedimiento específico de reconocimiento de laudos extranjeros.

Por su parte, la ejecución es el conjunto de actos procesales que tienden al cumplimiento forzoso del laudo o sentencia arbitral extranjera.

La Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana de 1997 eliminó todo proce-

traje de la Cámara Internacional de Arbitraje de la CCI señala que la palabra “laudo” comprende “a un laudo interlocutorio, parcial o final”.

(3) La doctrina distingue entre laudos extranjeros sin elementos de internacionalidad respecto de la sede, y laudos extranjeros con elementos de internacionalidad respecto de la sede, y destaca la importancia práctica de esta distinción al momento del reconocimiento y ejecución. Al respecto podría consultarse un interesante análisis escrito por Dyalá Jiménez Figueres publicada en la *Revista Internacional de Arbitraje*. Número 4, enero-junio de 2006. Bogotá. pp. 179 - 200.

dimiento relativo al reconocimiento de laudos extranjeros puesto que, por el ministerio de la ley, aquellos laudos dictados en un procedimiento de arbitraje internacional “*tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional*” (artículo 42 inciso 5). Por tanto, si ninguna norma adjetiva ecuatoriana ha establecido para los laudos nacionales la exigencia del reconocimiento previo, no le será exigible a un laudo internacional someterse al reconocimiento previo a su ejecución. En otras palabras, el exequátur de un laudo internacional ha quedado eliminado, definitivamente, del sistema legal ecuatoriano a partir del 4 de septiembre de 1997 en que se promulgó la Ley de Arbitraje y Mediación.

La pregunta que se plantea es si frente a la solicitud de que se reconozca y ejecute un laudo extranjero, el juez ecuatoriano debería aplicar las normas del Tratado Internacional que distingue el procedimiento de reconocimiento frente a la ejecución, o la norma del artículo 42 inciso 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, de cuyo texto se desprende la no exigibilidad del reconocimiento.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁽⁴⁾ establece que

un Estado no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado internacional (artículo 27). Adicionalmente, la Constitución Política de la República del Ecuador prevé que las normas de un tratado internacional formarán parte del ordenamiento jurídico del país y prevalecerán sobre las leyes (artículo 425)⁽⁵⁾. Sin embargo, esas disposiciones de la Convención de Viena y de la Carta Política ecuatoriana serían aplicables en el supuesto de un concurso de normas que, en el caso presente no existe. Por tanto, a la pregunta de si se debe aplicar la norma de la Convención de Nueva York o la Ley ecuatoriana que no exige el procedimiento de exequátur, la solución correcta pasa por la aplicación prevaleciente de la Ley de Arbitraje y Mediación porque contiene una disposición más favorable que la Convención de Nueva York, y en virtud del comentado artículo VII (1) de ésta, la parte que invoque la ejecución de la sentencia al amparo de aquélla no pierde el Derecho reconocido por la ley doméstica para exigir la ejecución del laudo internacional.

Sobre el punto existe un interesante pronunciamiento del Procurador General del Estado del Ecuador en que establece, a través de un dictamen vinculante para la Administración Pública⁽⁶⁾, que el pro-

(4) La Convención sobre el Derecho de los Tratados promulgada en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969, fue ratificada por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo 619 de 18 de julio de 2003, publicado en el Registro Oficial 134 de 28 de julio de 2003. El texto íntegro del Tratado se publicó en el Registro Oficial 6 de 28 de abril de 2005.

(5) Constitución Política de la República: “Artículo 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”. La Carta Política que fue aprobada en Ecuador mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, aunque reconoce que los tratados internacionales prevalecen sobre leyes orgánicas y ordinarias, señala que estarán subordinados a la Constitución (artículo 425).

(6) De conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado vigente en la República del Ecuador, el Procurador tiene atribuciones para absolver las consultas que le formulen deter-

cedimiento de reconocimiento de una sentencia de divorcio extranjera no está establecido en las normas adjetivas civiles ecuatorianas y que, por tanto, no es necesaria su convalidación sino que tal sentencia debe ejecutarse en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil⁽⁷⁾. Si el criterio favorable se refería al reconocimiento de una sentencia con relación a los laudos internacionales, la situación resulta más clara aún porque, como queda señalado, para efectos de su cumplimiento y ejecución, la ley ecuatoriana no hace diferencia entre el laudo internacional y el laudo nacional y manda que se ejecuten de la misma forma.

3. LA ARBITRABILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS

El numeral 2 del artículo V de la Convención de Nueva York establece dos causales de denegación del reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera que, a diferencia de las que constan enlistadas en el numeral 1 de ese artículo, pueden ser comprobadas directamente por el juez, aun cuando no hubiere pedido de parte.

La arbitrabilidad es una de las dos causales de denegación que constan señaladas en el numeral 2 del artículo V. En la redacción del artículo V (2) (a) de la Convención de Nueva York, la arbitrabilidad se refiere a si el objeto de la controversia resuelto mediante laudo extranjero, es o no susceptible de solución

por vía de arbitraje según la legislación del país en que se pide su reconocimiento y ejecución.

La redacción empleada por la norma parecería referirse solamente a la arbitrabilidad objetiva, es decir, a la relacionada con la materia decidida en el laudo. Sin embargo, la Convención de Nueva York va más allá de la arbitrabilidad objetiva, pues, del texto del artículo V 1(a) y 2(a) aparecen incluidos los supuestos de arbitrabilidad subjetiva, es decir, los que se relacionan con las personas, con la calidad en que hubieren intervenido al momento de la suscripción del compromiso arbitral. Más aún, la materia que por acuerdo de las partes fue sometida a la decisión de los árbitros, podría ser arbitrable según las personas alcanzadas por el laudo y no arbitrable para otras personas. Las personas jurídicas de Derecho público en Ecuador constituyen un ejemplo al respecto, puesto que, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación, el arbitraje que compromete al Estado es admisible solamente cuando la controversia sea de naturaleza contractual (artículo 4).

La Ley de Arbitraje vigente en España es, en este punto, más amplia que la norma ecuatoriana. El artículo 2 de la Ley española que no se refiere a la “transigibilidad”, define al convenio arbitral como aquel en virtud del cual los contratantes someten sus diferencias sobre “materias de libre disposición conforme a Derecho”; y no circunscribe a la ley española la

minados órganos de la Administración Pública, y los dictámenes expedidos en ejercicio de dicha atribución tiene carácter vinculante para toda la Administración. Sin embargo, esos pronunciamientos pueden ser desestimados por el juez de Derecho.

⁽⁷⁾ Oficio 01388 de 4 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial Número 147 de 14 de agosto de 2007.

definición de la arbitrabilidad de la controversia, sino que reconoce a las partes el Derecho a elegir la legislación aplicable: la que regirá para definir la validez del convenio arbitral, la aplicable al fondo de la controversia, y solamente a falta de acuerdo de las partes, el Derecho vigente en España (artículo 9.6).

La arbitrabilidad de la controversia, (subjettiva u objetiva), es una de las condiciones para que proceda la ejecución del laudo extranjero y, para el análisis que hago en este artículo lo segmentaré en dos subtemas: el primero, la reserva hecha por la República del Ecuador sobre los litigios comerciales, y el segundo, las controversias susceptibles de transacción, según el Derecho ecuatoriano.

3.1. La reserva de los litigios comerciales

La República del Ecuador ratificó la Convención de Nueva York bajo reserva de que los laudos extranjeros hubieren sido dictados en el territorio de otro Estado contratante y siempre que versaren exclusivamente “sobre litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas como comerciales por el Derecho ecuatoriano”⁽⁸⁾. Del análisis de esta reserva podríamos inferir que la exigencia de arbitrabilidad objetiva, debería tener relación directa con el carácter comercial de la controversia, aunque debo adelantar

que los avances de la legislación interna en esta materia han eliminado los alcances que hubiere podido tener esa reserva.

Antes de examinar cómo la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana limitó severamente la reserva que hizo el Ecuador a la Convención de 1958, es de subrayar la técnica empleada en la redacción de dicha Convención que, con acierto, delegó a la ley del lugar en que se pretenda ejecutar el laudo extranjero, la definición del carácter comercial de una controversia. Este punto queda aclarado con la primera disposición del Código de Comercio ecuatoriano que fija el ámbito de su regulación y señala que rige sobre las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y todos aquellos actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes (artículo 1). Por tanto, la comercialidad de las controversias según la legislación ecuatoriana involucraría, en primer lugar, los actos y contratos de comercio, aun cuando hubieren sido ejecutados por no comerciantes, y en segundo lugar, a relaciones jurídicas contractuales o no contractuales, siempre que estén relacionadas con actos que la ley califica como de comercio.

Los actos y contratos de comercio según la legislación ecuatoriana son todos aquellos enumerados en el artículo 3 del mencionado Código⁽⁹⁾ y los tipifica-

⁽⁸⁾ El gobierno de la República del Ecuador “Ratifica la suscripción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, tomando en cuenta que el Ecuador, a base de reciprocidad, aplicará la Convención al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente solo cuando tales sentencias se hayan pronunciado sobre litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por el Derecho Ecuatoriano”. Resolución Legislativa publicada en Registro Oficial 293 de 19 de Agosto de 1961.

⁽⁹⁾ Código de Comercio, “Artículo 3.- Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente: 1.- La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; (...) Pertencen también a la jurisdicción

dos en un sinnúmero de leyes especiales expedidas en el Ecuador y que por su naturaleza están sujetos a la disciplina y principios del Derecho Mercantil⁽¹⁰⁾.

Sin embargo, la reserva de comercialidad analizada pierde vigor frente a la disposición más favorable al arbitraje internacional del artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación (R.O. 145, 4-IX-1997). Según esta norma, “*los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional*”. Y dado que ninguna norma del Derecho ecuatoriano ha limitado la eficacia del arbitraje nacional a controversias de carácter comercial, la materia no comercial no le será oponible jurídicamente a quien solicita la ejecución de un laudo extranjero al amparo del Derecho local, aún cuando el laudo hubiere sido pronunciado en el territorio de un Estado signatario de la Convención de 1958.

La ley ecuatoriana dispone que podrá someterse al juicio de árbitros toda controversia susceptible de transacción (artículo 1), sin que interese si el litigio de que se trate sea de naturaleza comercial o no, o si el objeto litigioso sea de origen contractual. Por tanto, si el laudo internacional surte los mismos efectos que uno dictado dentro de un proceso de arbitraje nacional, bastará que el objeto controvertido sea susceptible de transacción según la ley ecuatoriana, y que no contravenga el Orden Público, para que el juez no pueda negar la ejecución de un laudo internacional. El tema exige plantearnos y respondernos la siguiente pregunta: ¿por qué tiene aplicación prevaleciente la ley interna sobre las normas de la Convención de Nueva York, si por norma expresa de la Constitución Política ecuatoriana, los tratados internacionales prevalecen sobre las leyes.

La respuesta la trae el principio de la disposición más favorable establecido en el artículo VII (1) de la Convención de

mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias; 2.- La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil; 3.- La comisión o mandato comercial; 4.- Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; 5.- El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico; 6.- El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo; 7.- El seguro; 8.- Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza; 9.- Las operaciones de banco; 10.- Las operaciones de correduría; 11.- Las operaciones de bolsa; 12.- Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o de aparejos y vituallas; 13.- Las asociaciones de armadores; 14.- Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas; 15.- Los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo; y, 16.- Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento”.

(10) Entre otras, regulan actos y contratos comerciales en el Ecuador, la Ley de Cheques, el Decreto Supremo 3121 que trata del Arrendamiento Mercantil, la Ley de Turismo, la Ley de Compañías, la Ley de Cámaras de Comercio, la Ley de Cámaras de Industria, la Ley de Mercado de Valores, la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley General de Seguros, entre otras.

Nueva York que ya ha sido comentado, principio en virtud del cual el Tratado no limita el Derecho que tuviere la parte de acogerse a las disposiciones más favorables al arbitraje internacional, reconocidas en la legislación interna del Estado ante el cual se invoque el laudo extranjero. En el caso ecuatoriano, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación va más allá de las normas del tratado internacional de 1958 e introduce elementos de mayor amplitud y flexibilidad que los establecidos en la Convención de Nueva York para hacer eficaces los laudos internacionales.

3.2. La arbitrabilidad. La doble perspectiva de la arbitrabilidad

En el análisis que corresponderá hacer al juez respecto de la legislación ecuatoriana sobre la arbitrabilidad de la controversia para los efectos de ejecutar un laudo extranjero al amparo de la Convención de Nueva York, deberá ser enfocado bajo la doble perspectiva que ha sido comentada: desde un punto de vista subjetivo en que atenderá a las personas que han intervenido en el perfeccionamiento del convenio arbitral o que se han visto afectadas por la decisión de los árbitros, y desde un punto de vista objetivo en que examinará la materia controvertida en el arbitraje.

a) Arbitrabilidad subjetiva

Para los efectos del reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera, la Convención de Nueva York trata la arbitrabilidad subjetiva como un tema que se ventila a partir de la validez del convenio arbitral [artículo V. (1) (a)]. Sin embargo, el juzgador puede encontrar, en la legislación doméstica, que la persona que interviene como parte en la con-

troversia arbitral, puede tener impedimentos que restrinjan el alcance de la sentencia arbitral extranjera, según si esa persona es sujeto de Derecho privado o de Derecho público. Entonces, la arbitrabilidad subjetiva no necesariamente queda circunscrita a la capacidad para suscribir el convenio arbitral.

Los Estados parte de la Convención de Nueva York asumieron el compromiso de reconocer el acuerdo escrito por el que las partes hubieren sometido a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hubieren surgido o que pudieren surgir respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a una materia que pueda ser resuelta por arbitraje, artículo II (1).

La Convención ha previsto que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral extranjera, (siempre a instancia de la parte contra la cual es invocada), si se llegare a probar que alguna de las partes, al momento de la suscripción del compromiso o convenio arbitral estaba sujeta a alguna incapacidad según la ley aplicable a esa parte, o que dicho acuerdo no era válido según 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 hubiere dictado el laudo arbitral, artículo V (1) (a). Esta norma revela cómo la Convención de Nueva York no se agota en los supuestos de arbitrabilidad objetiva y se extiende a los de arbitrabilidad subjetiva en lo tocante al análisis del convenio arbitral y a que las partes pueden convenir, libremente, la sujeción de una determinada jurisdicción para normar exclusivamente la validez del compromiso o del convenio arbitral, sin perjuicio de que los

demás elementos del arbitraje queden sometidos a otra legislación. Pero hay algo más respecto de este tema.

En caso de que se hubiere solicitado el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero a un juez de la República del Ecuador, cabría el examen de arbitrabilidad subjetiva bajo la ley ecuatoriana, en tres supuestos que se desprenden de la Convención: (i) que la ley ecuatoriana sea aplicable a una de las partes. Al respecto, el Código Civil establece que todo ciudadano ecuatoriano estará sujeto a las leyes vigentes en la República del Ecuador, en todo lo relacionado a su capacidad para celebrar ciertos actos, siempre que tales actos deban verificarse en el Ecuador (artículo 14); (ii) que las partes hubieren consentido en la aplicación de la ley ecuatoriana para determinar la capacidad de las partes para la suscripción del convenio arbitral; (iii) o si nada hubieren convenido a este respecto, si el laudo se hubiere dictado en territorio ecuatoriano, obviamente, con alguno de los elementos de internacionalidad señalados en la Ley de Arbitraje y Mediación (artículo 41). En los demás casos, el juez ecuatoriano dilucidará la arbitrabilidad subjetiva del laudo extranjero, bajo las reglas de capacidad previstas en la ley extranjera que fuere aplicable.

Con relación a la arbitrabilidad subjetiva, encontramos en la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana tres situaciones que en mi opinión resultarán trascendentes al tema: la primera está relacionada con la capacidad y consentimiento de quien suscribe el convenio; la segunda, con la capacidad de quien comparece a nombre y en representación de un tercero para suscribir dicho convenio, y la terce-

ra, con la intervención válida de una entidad de Derecho Público.

Para el reconocimiento de un convenio arbitral al amparo de la Convención de Nueva York, el juez ecuatoriano deberá establecer si la persona que suscribió el compromiso arbitral era legalmente capaz para obligarse civilmente, es decir si era mayor de edad, si consintió en la cláusula arbitral o en el compromiso, libre y voluntariamente, sin vicios de error, fuerza ni dolo, y si lo hizo con plenitud de sus facultades intelectivas (Código Civil, artículos. 1462, 1463 y 1467). A este respecto, el Código Civil prevé que los ecuatorianos, aunque residan en territorio extranjero están sometidos a la ley ecuatoriana, al estado de las personas, a su capacidad para celebrar ciertos actos, y a las relaciones de familia.

En principio, las personas de nacionalidad ecuatoriana no incurras en las causales de incapacidad previstas en su ley nacional, podrán válidamente obligarse a través de un convenio arbitral; y para el caso de que una persona actúe en calidad de mandatario, procurador o representante de otra, requerirá de autorización especial para transigir y para comprometer el pleito en árbitros (Código de Procedimiento Civil, artículo 44, numerales 1 y 2).

Por otro lado, si la que se ha sometido al juicio de árbitros es una entidad de Derecho público, el juez deberá examinar la personería de quien suscribió el convenio arbitral, pues solamente el funcionario o dignatario competente para suscribir contratos está autorizado a suscribir el convenio arbitral. Deberá contar además, con autorización previa del Procurador General del Estado, si la controversia hubiere surgido con anterioridad a

la suscripción del convenio arbitral⁽¹¹⁾. Las controversias que involucren a entidades de Derecho público sólo podrán ser de carácter contractual (Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 4).

b) Arbitrabilidad objetiva

Dentro de la arbitrabilidad objetiva podrían estar consideradas (i) las materias que, de conformidad con la ley pueden ser conocidas y resueltas por tribunales de arbitraje y, (ii) las materias que, por voluntad de las partes, fueron sometidas al juicio de árbitros según lo estipulado en el convenio arbitral o en la cláusula compromisoria.

La Constitución Política aprobada mediante referéndum de septiembre de 2008 (artículo 190) reconoce el “sistema arbitral” como un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Por su parte, la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador señala que las partes, de mutuo acuerdo, podrán someter a arbitraje controversias susceptibles de transacción (artículo 1). Dentro de la transigibilidad reconocida por la legislación ecuatoriana, están no solamente las relaciones jurídicas de carácter contractual sino las no contractuales y en cualquiera de esas categorías, las de carácter civil o comercial, siempre que los Derechos y acciones que se discutan sean de libre disposición de las partes.

Por tanto, toda diferencia que de conformidad con la ley ecuatoriana fuere

susceptible de transacción, podrá ser válidamente sometida al juicio de árbitros; y, según nuestra ley, admiten transacción aquellos Derechos que fueren de libre disposición por su titular, siempre que la ley no hubiere prohibido o restringido dicha disposición. La libre disposición se refiere a la potestad del titular del Derecho o de su mandatario o procurador para enajenar, gravar o renunciar al Derecho, de ahí que la Ley de Arbitraje y Mediación señale que podrán someterse al arbitraje por ella regulado las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir (artículo 4).

El Código Civil aproxima los conceptos de *transigibilidad* y de *libre disponibilidad del derecho*, sin confundir estas categorías jurídicas que, al menos para la ley ecuatoriana, tienen sustantividad propia. Mientras que la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual (artículo 2348), la libre disposición del Derecho se presenta como una de las condiciones que debe satisfacer el contrato transaccional para alcanzar validez: “no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción” (artículo 2349). Esta disposición comprende por un lado capacidad legal para disponer y, por otro, facultad o autorización para hacerlo.

Vistas la norma de la Constitución Política que consagra la libertad de las

(11) La Carta Política elaborada por la Asamblea Constituyente del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de octubre de 2008, (mientras escribo estas líneas), establece que procederá el arbitraje en la contratación pública “previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado” (artículo 190). Esta exigencia constituye un lamentable retroceso a la previsión que traía la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997, que solamente exigía dicho pronunciamiento en aquellos casos en que la controversia hubiere surgido con anterioridad a la suscripción del convenio. Ahora, esa exigencia del pronunciamiento del Procurador General del Estado adquiriría un carácter permanente, referida a todos los contratos celebrados por el Estado, aún cuando no hubiere surgido ninguna controversia entre las partes.

personas y manda que nadie podrá dejar de hacer algo no prohibido por la ley (artículo 66 Número 29 d.), y la disposición del Código Civil que dispone que a nadie podrá impedirse una acción que no esté prohibida por la ley (artículo 8), se puede concluir que la regla general en el ordenamiento legal ecuatoriano es que los Derechos, los bienes y las acciones son de libre disposición, y la excepción, los que no lo son, siempre que una ley establezca una prohibición expresa.

“b.1) Algunos asuntos no susceptibles de arbitraje”

Diversas normas del ordenamiento ecuatoriano establecen las materias que no son de transacción posible y que, por mandato del artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, quedarían excluidas del juzgamiento arbitral:

- “(i) Las potestades que ejercen los órganos del poder público, como son las resolutivas, sancionadoras, normativas, determinadoras de tributos, y todas aquellas materias relativas a la competencia administrativa no son susceptibles de transacción ni pueden ser sometidas a juzgamiento de árbitros, aun cuando éstos resuelvan el litigio en derecho. El fundamento jurídico de esta exclusión deriva del principio de legalidad que establece la Carta Política (artículo 226) en virtud del cual, ningún funcionario u órgano del Estado puede ejercer atribuciones distintas de las establecidas en la Constitución o en la Ley y, dado que ninguna norma constitucional o legal del derecho público ecuatoriano ha autorizado transigir respecto del ejercicio de las potestades, tales materias no podrían ser materia de resolución en un laudo arbitral;*
- (ii) Sobre la potestad de juzgamiento de infracciones tipificadas en el Código Penal tampoco admiten transacción ni composición a través de un procedimiento arbitral. Sin embargo, en lo que se refiere al efecto civil de la comisión de delitos como la reparación de los daños y perjuicios, éstos sí podrían determinarse a través de un arbitraje.*
- (iii) En el área del estado civil de las personas (Código Civil, artículo 2352), los asuntos relacionados con la capacidad o incapacidad para celebrar el matrimonio y la validez o nulidad del vínculo matrimonial quedan excluidos de la jurisdicción convencional ejercida por árbitros. Pero, los aspectos relacionados con el régimen patrimonial de los cónyuges, gananciales, sociedad conyugal y capitulaciones sí son plenamente arbitrables.*
- (iv) La patria potestad, es decir, el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre los hijos no emancipados, con relación al cuidado, educación y formación integral de los menores, Código Civil (artículos 283 y siguientes) y Código de la Niñez y de la Adolescencia (artículos 104 a 117). En consecuencia, al no tener carácter transigible, no serán susceptible de arbitraje todos los aspectos relacionados con limitación, suspensión o restitución de la patria potestad.*
- (v) Los alimentos futuros a quienes se deba por ley (artículo 2353), no*

- pueden ser objeto de transacción salvo que haya aprobación judicial previa. Del texto de la norma legal, se infiere que si en el acuerdo transaccional, las partes convinieren que determinadas diferencias sean resueltas mediante arbitraje, la validez del acuerdo quedará condicionada a la ratificación que previamente deberá haber hecho el juez. La limitación legal referida a alimentos futuros exclusivamente, no excluiría la atribución de los árbitros para que mediante laudo (nacional o extranjero) se fije el monto de la pensión el tiempo y la forma en que deban satisfacerse pensiones ya devengadas. En respaldo de esta tesis, el Código de la Niñez y de la Adolescencia prevé que las pensiones que hubieren sido fijadas y se encontraren adeudadas sí podrían ser compensadas o extinguidas por prescripción (artículo 127).*
- (vi) *Los derechos del pupilo no son libremente transigibles cuando se refieren a bienes inmuebles o a muebles valuados en más de un mil dólares. Para la validez de cualquier acuerdo transaccional será necesaria una autorización judicial previa, con audiencia del ministerio público (Código Civil artículo 425). De lo dispuesto en esta norma se desprende que la aprobación judicial determinaría la validez del contrato transaccional y la consecuente arbitrabilidad de los derechos de un pupilo, pero de ninguna manera una exclusión con carácter absoluto que impida la composición de esta clase de conflictos por la vía arbitral.*
- (vii) *En cuanto a los aspectos relacionados con la sucesión futura, la ley señala que toda estipulación o acuerdo entre un legitimario y quien le deba la legítima, será nula y sin valor jurídico (Código Civil, artículo 1227). Sin embargo, esta limitación legal no comprendería al acuerdo transaccional que pudieren celebrar herederos, respecto de sus derechos hereditarios, materias respecto de las cuales es posible el arbitraje.*
- (viii) *La ley prohíbe todo acuerdo transaccional sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen (Código Civil, artículo 2354). La no arbitrabilidad del derecho ajeno tiene relación directa con la libre disposición del derecho que se exige como condición de validez del acuerdo transaccional. En lo tocante a los “derechos que no existen” es de anotar que éstos no comprenden a las expectativas o pretensiones que discuten las partes, dado que el acuerdo transaccional busca dar seguridad al tráfico jurídico.*
- (ix) *Tampoco es admisible la arbitrabilidad de un conflicto que hubiere sido resuelto mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. El Código Civil manda que será nula la transacción, si al tiempo de celebrarse el acuerdo, hubiere terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y que las partes o alguna de ellas no hayan tenido conocimiento al tiempo de transigir” (artículo 2357).*
- “b.2) *La arbitrabilidad de la controversia y la irrenunciabilidad de los derechos”*

El instituto de la *irrenunciabilidad* de los Derechos que la legislación ecuatoriana reconoce como un principio que rige las materias laboral y de inquilinato, ha llevado a la equivocada conclusión de que ningún acuerdo transaccional cabe en estos ámbitos. No comparto esta posición con fundamento en las siguientes consideraciones:

- (i) *La prohibición de renunciar un derecho deberá estar expresamente establecida en una norma de rango legal. La Constitución Política ha instituido como regla general, la libre disposición de los derechos y que ninguna persona podrá ser obligada a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.*
- (ii) *La irrenunciabilidad se refiere a derechos expresamente reconocidos como tales en el ordenamiento o efectivamente ingresados al patrimonio del titular, sin que las meras expectativas o las simples pretensiones o reclamaciones planteadas para su reconocimiento puedan ser consideradas como “derechos”, menos aún con carácter de “irrenunciables”. El proceso laboral o el de inquilinato tienen por objeto obtener del juez el reconocimiento del derecho pretendido en juicio, y mientras no se llegare a dictar una sentencia, la mera pretensión del accionante no constituye derecho.*
- (iii) *Como consecuencia de lo anterior, la irrenunciabilidad de derechos establecidos en las leyes de protección social no puede confundirse con la transigibilidad de las pretensiones de un trabajador o de un inquilino y no comporta exclusión de arbitrabilidad de las controversias en estas materias. En el plano laboral por ejemplo, los conflictos colectivos de trabajo están sometidos al conocimiento y resolución de Tribunales de Conciliación y Arbitraje (Código del Trabajo, Artículos 225 y 468); y el propio Código de la materia contempla la posibilidad de acuerdos transaccionales en materia laboral individual (artículo 199). Por tanto, el juez ecuatoriano no podría, sin más, negar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero pronunciado en materia laboral o de inquilinato, en las que, según el Código del Trabajo o la Ley de Inquilinato vigente en Ecuador, trabajadores e inquilinos están beneficiados de un principio de irrenunciabilidad que nace de la relación de trabajo o del contrato de arrendamiento. El juez, deberá considerar que la sujeción de ese tipo de controversias a un procedimiento arbitral tampoco comporta renuncia del derecho al juez del fuero del trabajador o del arrendatario, dado que la Constitución Política hace expreso reconocimiento del arbitraje como un método alternativo de solución de controversias, más aún cuando las partes voluntariamente hubieren aceptado que sus diferencias sean ventiladas ante un Tribunal de Arbitraje extranjero” (artículo 190).*

En consecuencia, el requisito de *arbitrabilidad objetiva* que el juez ecuatoriano deberá analizar antes de ordenar la ejecución de una sentencia arbitral extranjera, exige un examen de las normas

de la legislación interna que han sido comentadas y que de manera restrictiva y taxativa han sido excluidas del juzgamiento arbitral.

4. LOS MOMENTOS DEL JUZGAMIENTO DE ARBITRABILIDAD

Bajo las normas de la Convención de Nueva York, el examen de la arbitrabilidad de una controversia puede referirse a dos momentos o circunstancias que procesal y cronológicamente son distintas: una, cuando se trate del reconocimiento de un convenio o compromiso arbitral y que es anterior a la existencia del laudo extranjero; otra, cuando el reconocimiento y ejecución se refiera al laudo extranjero, esto es, después de que un proceso arbitral ha sido tramitado y concluido con la expedición del laudo.

El examen de arbitrabilidad del convenio no es requisito ni condición para el análisis de arbitrabilidad de lo resuelto en el laudo y, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, se podrán presentar casos en que las partes recurren a la Convención de Nueva York para exigir el reconocimiento de la cláusula de compromiso, y otros en que pretendan volver eficaz la decisión contenida en la sentencia arbitral extranjera, sin que necesariamente se hubiere planteado discusión sobre el convenio arbitral.

4.1. La arbitrabilidad y el convenio arbitral

El reconocimiento de un compromiso arbitral opera bajo el supuesto de una demanda planteada ante un determinado órgano de administración de justicia ordinaria, y que la parte contra quien se propone esa demanda, invoque la Convención

de Nueva York y le haga saber al juez de la existencia de un compromiso o convenio arbitral, previamente suscrito por las partes para resolver dicha controversia.

El juez ecuatoriano vendrá obligado a aplicar el artículo II de la Convención de Nueva York que impone a todos sus Estados miembros, –y Ecuador es uno de ellos–, a reconocer el acuerdo escrito en que las partes se hubieren obligado a someter a arbitraje las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El primer análisis que deberá hacer es si tales controversias expresadas en el convenio pueden o no ser resueltas en virtud del arbitraje, según la ley ecuatoriana, y si las partes estaban o no en capacidad de suscribirlo.

En el reconocimiento de un compromiso arbitral podrían presentarse dos situaciones: la primera, el juez encuentra que todas las pretensiones planteadas en la demanda quedan comprendidas en el convenio arbitral; la segunda, que solamente alguna o algunas de esas pretensiones están comprendidas en el convenio. En el primer supuesto, el juez deberá reconocer la existencia de la cláusula de compromiso, y en cualquier Estado en que se encuentre la causa, se inhibirá inmediatamente de continuar con el juicio y declarará la nulidad de lo actuado hasta ese momento, para que sea el Tribunal de Arbitraje el que conozca del proceso de arbitraje internacional. Si el procedimiento de arbitraje internacional estuviere en trámite, adoptará igual decisión para evitar interferir en dicho procedimiento arbitral. Por tanto, el juez remitirá a las partes a seguir el procedimiento arbitral, con

excepción de aquellos casos en que encuentre que el convenio o el compromiso arbitral sea nulo, ineficaz o inaplicable conforme lo establece la Convención de Nueva York, artículo II (3).

Con relación al segundo supuesto, éste no ha sido previsto en dicha Convención, es decir, nada se ha dispuesto para aquellos casos en que solicitado el reconocimiento de un compromiso arbitral ante un juez que aceptó a trámite una demanda, encuentra que la demanda contiene pretensiones sometidas al compromiso y otras no sometidas a él. La Ley ecuatoriana dispone de modo categórico que si las partes han “(...) *convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado*” y que en caso de duda, el juez estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje (artículo 7).

En mi opinión, el contenido de esta norma no queda circunscrito a los supuestos de arbitrajes nacionales. La disposición legal no ha excluido los casos en que se ha solicitado al juez ecuatoriano el reconocimiento de un convenio o un compromiso de arbitraje internacional. Por tanto, las pretensiones expuestas en una demanda que se encuentren fuera del compromiso arbitral no podrían ser conocidas y menos aún resueltas por el juez ecuatoriano, hasta que el tribunal de arbitraje competente resuelva la relación jurídica controvertida, más aún cuando los puntos de Derecho que pudieren ser conocidos y resueltos por el tribunal de arbitraje pudieran condicionar o limitar los pronunciamientos que haga el juez ordinario, situación que no puede ser conocida sino después de dictado el laudo arbitral.

4.2. La arbitrabilidad y el laudo arbitral extranjero

El examen de arbitrabilidad objetiva y subjetiva podría plantearse al momento en que el laudo extranjero ha sido presentado para su reconocimiento y ejecución, al amparo de la Convención de Nueva York. La regla es que los Estados, es decir, sus órganos jurisdiccionales presumirán la validez del laudo extranjero y estarán obligados a dar ese reconocimiento y a disponer su ejecución. La excepción es la concurrencia de alguna de las causales establecidas en el referido instrumento internacional, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional denegará el reconocimiento (Convención de Nueva York, artículo V).

Pero no basta la ocurrencia de las causales señaladas en el numeral 1 del artículo V de la Convención de Nueva York. La denegación de dichas causales exige el cumplimiento de dos condiciones que constan señaladas en esa norma: la primera, que esa denegación se haga a instancia de la parte contra la cual se invoque la sentencia arbitral extranjera; la segunda, que esa causal sea efectivamente demostrada en juicio.

Las causales establecidas en el numeral 2 del artículo V de la Convención de Nueva York parecerían no estar sometidas a la misma disciplina del numeral 1 de ese artículo, porque el numeral 2 señala que tales causales de denegación simplemente sean comprobadas por la autoridad competente. La causal tiene el texto siguiente: “*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;(...)” artículo V (2) (a).

De lo anterior se concluye que el juez ecuatoriano estará obligado a reconocer y ejecutar el laudo extranjero, si al amparo de la Convención de Nueva York encuentra que el objeto de la diferencia resuelta era susceptible de solución por vía de arbitraje según la ley local. Sin embargo, denegará dichos reconocimiento y ejecución, si comprobare, a pedido de parte o de oficio, que lo decidido en el laudo extranjero no era susceptible de arbitraje según la legislación ecuatoriana.

En este punto es de subrayar que las causales de denegación son las previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York o en el instrumento cuyo amparo se hubiere invocado para obtener el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero. La ley ecuatoriana no podría establecer otras causales de denegación del laudo distintas de las que ha previsto la Convención, sin contravenir el artículo 425 de la Constitución Política que contempla la prevalencia de los tratados internacionales sobre la ley doméstica y de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 27). En todo caso, la Convención de Nueva York delegó a la legislación interna de cada Estado miembro, definir la arbitrabilidad de las controversias.

Aunque la Convención no lo ha dispuesto de manera expresa, de la parte inicial del numeral 2 del artículo V se infiere que la no arbitrabilidad de la controversia como fundamento de la denegación de reconocimiento y ejecución, podría ser declarada de oficio por el juez, aun cuando la parte interesada no hubiere invocado esta causal establecida en la citada

norma. Para el efecto, el juez deberá comprobar el hecho de manera incontestable.

La Convención señala que se podrán negar dichos reconocimiento y ejecución, si la sentencia arbitral extranjera se refiere a diferencias no previstas en el compromiso o contiene decisiones que exceden los términos del compromiso arbitral, artículo V (1) (a). La causal opera solamente a instancia de parte y luego de haberla demostrado. Aunque este tema no se refiera propiamente a la arbitrabilidad de la controversia, resulta interesante para efectos de ésta destacar cómo la Convención ha regulado el caso de laudos extranjeros que contienen aspectos que van más allá del compromiso arbitral. Bajo inspiración del principio *pro arbitraje*, el artículo V (1) (a) establece que si en el laudo hubieren cuestiones sometidas al arbitraje que puedan separarse de aquellas que no lo fueron, el juez podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.

Por tanto, el tratado precautela la validez del laudo extranjero aun cuando éste hubiere resuelto aspectos no comprendidos en el arbitraje y que éste podría ser reconocido y ejecutado en todos aquellos aspectos que hubieren quedado sometidos al arbitraje.

La regla es la presunción de validez de los laudos y la excepción es la oposición al reconocimiento y ejecución. No de otra forma podría ser interpretada la disposición del artículo III de la Convención: “*Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen*

en los artículos siguientes”(12). Los autores Laurence Craig, William Park y Jan Paulsson destacan que la generalidad de las legislaciones arbitrales exigen que previamente el interesado deberá haber planteado al tribunal arbitral sus observaciones y que el incumplimiento de este requisito es sancionado con la renuncia a plantear las causales ante el órgano del poder judicial(13); el juez del reconocimiento y ejecución no puede volver sobre el fondo de la controversia.

A este respecto, Fernando Cantuarias señala que en ningún caso le está autorizado al juez reexaminar el fondo de la controversia después de fallada por los árbitros. El autor cita a Beatriz Boza y destaca que la tarea que cumplen los jueces ordinarios queda limitada a la revisar la forma mas no el fondo del asunto(14). Apoya su aserto en las reiteradas decisiones dadas por un sinnúmero de cortes y tribunales europeos y de los Estados Unidos de América.

Adicionalmente, las causales de denegación del reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras son las establecidas de manera taxativa y deben ser interpretadas restrictivamente. Sin embargo, qué ocurre cuando el árbitro ya examinó previamente los aspectos de validez o aplicabilidad de un convenio arbitral, es decir, cuando los aspectos de arbitrabilidad subjetiva y objetiva fueron previamente valorados y resuel-

tos en el laudo arbitral. ¿El reconocimiento y ejecución de un laudo internacional, en los términos de la Convención de Nueva York, comporta una segunda instancia que revisa nuevamente todos los aspectos que ya fueron analizados por el Tribunal de Arbitraje o árbitro? El análisis precedente nos lleva a una respuesta categóricamente negativa.

5. LA ARBITRABILIDAD DE LA CONTROVERSIA Y EL ORDEN PÚBLICO

El numeral 2 del artículo V de la Convención de Nueva York, que trata de las causales de denegación del reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras se refiere, en el primer literal a la ya analizada arbitrabilidad de la controversia y, en el segundo, al Orden Público del país en que se solicita la ejecución.

Dos aspectos merecen ser destacados en el numeral 2 del artículo V de la Convención de Nueva York: el primero, que el tratado distingue la *arbitrabilidad* de la controversia de lo que significa *Orden Público* del país; el segundo, que la noción de Orden Público no es la del Estado en el que se expidió el laudo arbitral, sino del Estado en que ese reconocimiento y ejecución ha sido solicitado.

A partir de la reflexión anterior, cabe formular la pregunta siguiente: ¿en

(12) Al respecto ver REED, Lucy; PAULSSON, Jan y Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2004. p. 96 y siguientes.

(13) “Any potential ground for annulment should be brought to the arbitral tribunal’s attention immediately, in order to avoid waiver of rights for failure to bring objections in a timely fashion”, CRAIG, Laurence; PARK, William y PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Oceana Publications/ ICC Publishing, 2000. pp. 557 y 558, citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007. p. 472.

(14) CANTUARIAS SALAVERRY. *Op. cit.* pp. 463 y 464.

qué casos el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera podría contrariar el Orden Público en el Ecuador? Para responder esta pregunta, es necesario analizar los contenidos del Orden Público que deberá tener en cuenta el juez ecuatoriano.

El *Orden Público* es un concepto jurídico indeterminado cuyos contenidos varían de Estado a Estado y con el transcurso del tiempo. Para un sector de la doctrina, aparece vinculado con aquellas reglas básicas establecidas para satisfacer intereses que hacen a la supervivencia de un país. Así, el *Orden Público* podría ser definido como el conjunto de valores relacionadas con el respeto a las garantías individuales, la vigencia del imperio de la ley, el regular desenvolvimiento de las instituciones y la observancia de aquellos principios fundamentales que inspiran la buena fe, la paz, la preservación del ambiente, la seguridad interna del Estado y la tranquilidad social.

En el ámbito del Derecho Público, el *Orden Público* no se agota en los aspectos relativos a la seguridad interna o externa del Estado. Aquella noción también comprende la vigencia del imperio de la ley y de la seguridad jurídica derivada del respeto generalizado del ordenamiento legal instituido por un Estado. Por esto, el *Orden Público* exige de los ciudadanos no incurrir en las prohibiciones establecidas en la ley y compele a la Administración Pública no ejercer atribuciones fuera de los límites establecidos en la ley. De ahí que los preceptos legales relacionados con la formación del Derecho y los cambios que se producen en éste integran el Orden Público de un Estado de Derecho, esto es, de aquel que existe y se desenvuelve con pleno sometimiento a la

Constitución Política, a las leyes y a los principios generales de la justicia universal.

En un ordenamiento jurídico, las normas de Derecho definen el alcance y los contenidos del *Orden Público* o, como en el sistema legal ecuatoriano, limitan a reconocer su existencia sin definir tales contenidos. Esta última, que parece ser la tendencia más generalizada en los sistemas legales, deja a la prudencia del juzgador la responsabilidad de fijar las reglas del *Orden Público*. En el ordenamiento jurídico vigente en Ecuador no existe una definición de “Orden Público” aunque varias normas del sistema legal se refieren a éste bajo distintos enfoques y con alcances diversos. En unos casos, para asimilar el Orden Público a la moral y a las buenas costumbres (Código Civil, artículos 567, 1477 y 1483), en otros para relacionarlo con las exigencias de la seguridad interior del Estado y la paz social (Código Penal, artículos 147, 148; Ley de Migración, artículo 3; Ley de Régimen Administrativo artículos 21 y 53) y para precautelar el Derecho de propiedad (Código Penal artículo 155, 366).

Es importante destacar que en el ámbito del Derecho privado, el principio de la libre renunciabilidad de Derechos establecido en el Código Civil (artículo 9) no está limitado ni condicionado a exigencias de Orden Público, sino a que una ley hubiere prohibido dicha renuncia o a que la renuncia no provoque daños a terceros. De la mencionada norma se infiere que es jurídicamente irrelevante que la prohibición legal que impide la renuncia del Derecho guarde o no relación con una regla de Orden Público.

Por otro lado no es admisible la tesis de que en Ecuador las normas de Derecho público son de Orden Público, y que


las de Derecho privado no lo son. En las leyes que he referido a modo de ejemplo, las normas del Derecho privado y del Derecho público se remiten indistintamente a la noción de Orden Público para regular instituciones específicas del Derecho Civil, del Derecho Penal o del Derecho Administrativo. Por otro lado, ninguna de las disposiciones de la Constitución Política del Ecuador ha establecido una categoría específica de leyes de Orden Público que les distinga de otras desprovistas de esa hipotética calidad, menos aún ha investido al Derecho público del atributo de contener, en todos los casos, normas de Orden Público.

En síntesis, el Orden Público en el Ecuador no es el rasgo característico que distingue unas leyes respecto de otras, sino aquel conjunto de valores y principios que derivan del respeto a la legalidad en cuanto tal y que deberán ser justipreciadas por los jueces al momento de ejecutar una sentencia arbitral extranjera. El cumplimiento de las leyes formalmente vigentes, de todas sin excepción, el respeto a las decisiones adoptadas por tribunales arbitrales nacionales o extranjeros y la observancia del principio de jerarquía normativa, son manifestaciones de un Orden Público instituido por el sistema legal ecuatoriano.

6. CONCLUSIONES

1. Los cincuenta años transcurridos desde la aprobación de la Convención de Nueva York nos permiten afirmar que ésta ha contribuido significativamente al afianzamiento de las relaciones de intercambio entre los países, al haber instituido la presunción de validez de las sentencias arbitrales extranjeras, y previsto fórmulas abiertas para su reconocimiento y ejecución.
2. El sistema legal ecuatoriano no ha contemplado ningún procedimiento de “reconocimiento” de sentencias arbitrales extranjeras. La Ley de Arbitraje y Mediación establece que los laudos expedidos en arbitrajes internacionales tendrán idénticos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los dictados en arbitrajes nacionales (artículo 42 inc. 5). Lo anterior permite concluir que, desde 1997 en que se expidió la Ley de Arbitraje y Mediación, ha quedado definitivamente eliminada la exigencia del reconocimiento de laudos extranjeros y que respecto de éstos solamente procede su ejecución.
3. La Convención de Nueva York enfoca la arbitrabilidad bajo una doble perspectiva: la subjetiva y la objetiva. La arbitrabilidad subjetiva se refiere a la capacidad de las partes al momento de suscribir el convenio arbitral. Sin embargo, también podría referirse a si el laudo puede o no alcanzar válidamente a una determinada persona por ser esta sujeto de Derecho privado o de Derecho público. La arbitrabilidad objetiva se refiere a la materia o conjunto de materias que, de conformidad con la ley, pueden ser conocidas y resueltas por tribunales de arbitraje y las que, por voluntad de las partes, fueren sometidas al juicio de árbitros según lo estipulado en el convenio arbitral o en la cláusula compromisoria.
4. En el examen de arbitrabilidad subjetiva, es decir, en lo relativo a la capacidad para celebrar el convenio

arbitral, el juez aplicará la ley que las partes hubieren escogido para el efecto, o la del lugar donde se desarrolló el arbitraje. Sin embargo, será aplicable la legislación ecuatoriana siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: (i) si una de las partes es de nacionalidad ecuatoriana; (ii) si las partes hubieren consentido en la aplicación de la Ley ecuatoriana para determinar la capacidad para la suscripción del convenio arbitral; y, (iii) o si nada hubieren convenido a este respecto, si el laudo se hubiere dictado en territorio ecuatoriano, obviamente, con alguno de los elementos de internacionalidad señalados en la Ley de Arbitraje y Mediación (artículo 41). El examen de arbitrabilidad subjetiva, en lo relacionado con la capacidad para celebrar el convenio, siempre se hará a pedido de parte y procederá la denegación después de que haya sido debidamente demostrada la ocurrencia de la causal.

5. En el examen de arbitrabilidad objetiva, la legislación aplicable no es la que voluntariamente hubieren escogido las partes sino a la del país donde se pide el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera. Aunque como ocurre con la Ley española, ésta puede remitirse a otra legislación. El análisis de arbitrabilidad objetiva procede de oficio.
6. Cuando el objeto de la controversia es múltiple y son divisibles los aspectos resueltos en el laudo, aquellos que se refieran a cuestiones no arbitrables no serían objeto de reconocimiento ni ejecución; y las que sí son arbitrables se ejecutarían con plena eficacia.
7. La Convención de Nueva York distingue entre arbitrabilidad y Orden Público. Por tanto, al amparo del Tratado Internacional, la no arbitrabilidad de una determinada controversia no comporta violación de las reglas de Orden Público de un país. 

ESTADOS UNIDOS DE
NORTEAMÉRICA

APLICACIÓN E INVALIDACIÓN DEL TÍTULO 28 DEL CÓDIGO DE ESTADOS UNIDOS, SECCIÓN 1782, PRESENTACIÓN DE PRUEBAS EN ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL; ¿PUEDEN LA CONVENCION DE NUEVA YORK Y LA DOCTRINA DE “MANIFIESTA INDIFERENCIA DE LA LEY” AYUDAR O PERJUDICAR?

Por: PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La parte en desventaja: ¿hay algo que pueda hacerse?* 2.1. *El primer método y redescubrimiento de los elementos básicos.* 2.2. *Las consecuencias de la denegación y la Convención de Nueva York.* 3. *Posibles consecuencias de la denegación y manifiesta indiferencia de la Ley.* 3.1. *El análisis de “Dufenco”: Un intento por discernir los elementos salientes que definen una doctrina.* 4. *Orden fuera del caos: La necesidad de una norma uniforme de “manifiesta indiferencia de la Ley” más allá de la mera intuición.* 4.1. *Halligan v. Piper Jaffray.* 4.2. *New York Telephone Co. v. Communications Workers of America.* 4.3. *United States Steel and Carnegie Pension Plan v. John McSkimming.* 4.4. *Incluso otro paradigma: Patton v. Signature Ins. Agency.* 4.5. *Montes v. Shearson Lehman Bros. Inc.: Un paradigma literal.* 5. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

Probablemente la contribución más importante, significativa y únicamente americana de Estados Unidos al Derecho internacional procesal privado está com-

prendida en el Título 28 del Código de Estados Unidos, sección 1782 (a). Este estatuto audazmente autoriza el uso de las Reglas Federales de Procedimiento Civil que rigen la presentación de pruebas documentales e información en los Tribuna-

(*) Profesor en la Universidad de Miami y en la Universidad de Navarra en Pamplona, España. Presidente del Global Dispute Resolution Center de la Fundación Maiestas. Socio de Squire, Sanders & Dempsey LLP., USA.

les Federales de EE.UU.⁽¹⁾ para fines de ayudar a un “tribunal extranjero” o una “investigación” (previa a la demanda) a obtener documentos o testimonio escrito de personas o entidades presentes (no limitadas a residentes) en Estados Unidos⁽²⁾.

La adhesión a la Sección 1782 (a) en el contexto del arbitraje comercial internacional reconfigura el Derecho procesal correspondiente a un proceso arbitral en

cuanto a la recopilación de documentos e información por las partes e incluso el comienzo mismo del proceso. Después de *Intel*⁽³⁾ y sucesivos, una “*persona interesada*” poseía la autoridad de procesar una petición según la Sección 1782 (a) en un tribunal de distrito federal en Estados Unidos *antes*, de hecho, a la radicación y diligenciamiento de una solicitud de arbitraje siempre y cuando la radicación de dicho proceso arbitral fuera “razonablemente inminente”⁽⁴⁾. Por

(1) De acuerdo con la metodología establecida en la Convención de La Haya que rige la recopilación de pruebas en el extranjero en cuestiones civiles o comerciales, la autoridad judicial de un Estado signatario puede hacer una petición a la autoridad competente de otro Estado signatario, mediante la emisión de cartas rogatorias, para la recopilación de pruebas. Véase Convención para la Recopilación de Pruebas en el Extranjero en Cuestiones Civiles y Comerciales, artículo 1, 18 de marzo de 1970, 847 U.N.T. 231. Aunque este sistema representa un desarrollo notable en el ámbito de la ayuda judicial internacional, es menos que satisfactorio en términos de efectividad y eficiencia. Aun así, el uso de la Convención fuerza a la parte peticionaria a abandonar el control del proceso de presentación de pruebas de acuerdo con sus reglas procesales nacionales y cambia la carga a las autoridades de la nación que produce las pruebas y recibe la carta rogatoria para cumplir con la solicitud de conformidad con su condición de Estado signatario. Ver *Ibidem.* en el artículo 9. La Sección 1782, no obstante, permite a una Parte que no sea Estados Unidos participar en un procedimiento o investigación que no sea de Estados Unidos para circunvenir la metodología engorrosa de las cartas rogatorias y solicitar directamente a un tribunal de distrito federal de los Estados Unidos y peticionar la producción de pruebas conforme a las reglas federales de procedimiento civil de una entidad ubicada en EE.UU. dentro de la jurisdicción del tribunal de distrito federal en particular en el que se presentó la petición. Es patente hoy en día que Estados Unidos ha asumido un papel de protagonista en proporcionar acceso global a su sistema de tribunales federales para el propósito limitado de proporcionar ayuda a los tribunales extranjeros en el contexto de producción y recopilación de pruebas. Para obtener una lista de obstáculos con sistemas judiciales basados en el Código Civil romanogermánico, ver, *Born, supra* nota 68, en 847 y 849.

(2) La proposición fundamental que rige la Sección 1782 puede resumirse citando las secciones revisadas del mismo estatuto:

“(a) El tribunal de distrito del distrito en el que una persona reside o se encuentra puede ordenarle a dar su testimonio o declaración, o a producir un documento u otra cosa, para uso en un proceso en un tribunal extranjero o internacional, incluyendo investigaciones penales realizadas antes de la acusación formal. La orden puede ser hecha (...) mediante la solicitud de cualquier persona interesada y puede indicar que el testimonio o la declaración se dé, o el documento u otra cosa se produzca, ante una persona designada por el tribunal (énfasis agregado)”. La reiteración actual de la Sección 1782 fue modificada en 1964. Los tribunales observaron que la Sección 1782 fue enmendada “*para facilitar la conducción de litigios en tribunales extranjeros, mejorar la cooperación internacional en los litigios y poner a los Estados Unidos en la posición líder entre las naciones del mundo en este respecto*”. Ver, *In Re: Bayer A.G.*, 146 F.3d 188, 191-92 (3rd Cir. 1998). De acuerdo con el Informe del Senado que acompañó la reiteración definitiva del borrador que finalmente debido a la versión actual de la Sección 1782 “*el congreso esperaba animar a los países extranjeros a revisar sus procesos judiciales de manera similar*”. Ver, *In Re: Solicitud de Asta Médica, S.A.*, 981 F.2d 1, 5 (1st Cir. 1992) (citando S. Rep. Número 880-1850 (1964), como fue reimpresso en 1964 U.S.C.C.A.N. 372, 2788).

(3) *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004).

(4) No es claro, no obstante, si como una cuestión de Derecho, un tribunal de distrito federal puede ejercer su discreción a favor de otorgar una petición según la Sección 1782 *previo* a la presentación de una solicitud de arbitraje donde, a pesar de la inminencia del proceso, existe una determinación en el registro de que la petición se presentó y procesó para fines de perfeccionar o hacer posible la reclamación real a diferencia

lo tanto, el arbitraje, que ahora como cuestión de Derecho lo constituye un “tribunal extranjero o internacional”, no necesita incluso estar pendiente antes de que un posible demandado se encuentre en una obligación legal normativa vinculante de responder a una presentación de pruebas, y *no* la recopilación o toma de pruebas, de acuerdo con la Regla Federal de Procedimiento Civil. *Intel* y sucesivos despoja a los posibles centros de arbitraje institucionales de incluso participar en el ejercicio más rudimentario de administración de casos de arbitraje de administrar “la recopilación de pruebas”. De forma similar, este desarrollo doctrinal extraordinario en el Derecho Internacional Procesal Privado despoja a los tribunales arbitrales⁽⁵⁾ de toda autoridad concerniente a la norma correspondiente, la conducta, la admisibilidad, la naturaleza y el carácter de la revelación e intercambio de documentos e información entre las partes y las personas que no son partes en un proceso arbitral.

Independientemente de que la Sección 1782 se considere un desarrollo doctrinal positivo tanto en los procesos arbitrales de EE.UU. (nacionales) como internacionales, existen numerosos paradigmas de acuerdo con los cuales los modelos de evaluación de riesgos sugieren que una parte a una transacción estaría decisiva y esencialmente en desventaja si surgiera una disputa que precipitara la invocación de una cláusula de arbitraje y, por consiguiente, la posible radicación de

una petición bajo la Sección 1782 por la parte contraria.

La situación más común en la que una parte en un proceso arbitral estaría en desventaja si se radicaran solicitudes bajo la sección 1782 ante los tribunales de distrito federales de EE.UU. es el caso común mediante el cual la sede del arbitraje está ubicada fuera de Estados Unidos y sus territorios, y la parte denominada “demandado” en una petición bajo la Sección 1782 tiene oficinas centrales, afiliadas, administradores de activos, agentes, representantes, cuentas bancarias o transacciones pasadas que caen dentro del ámbito de la Regla Federal de Procedimiento Civil 26 en Estados Unidos, mientras que el “peticionario” es una entidad que no es de EE.UU. y no tiene ningún vínculo con Estados Unidos que no sea el evento que dio lugar al arbitraje que ahora se caracteriza como un proceso en un “tribunal extranjero o internacional” para fines de la Sección 1782 (a). Conforme a esta situación, el demandado está significativa y claramente expuesto al peticionario, quien, a su vez, tiene activos y contactos fuera de la jurisdicción de los tribunales de distrito federales. Una permutación de este modelo igualmente engañoso y unilateral encuentra expresión en el contexto de la presentación de pruebas en respaldo de la ejecución de un laudo arbitral incluso *antes* de que el laudo mismo formalmente, si no substantivamente, haya sido reducido a un fallo oficial emitido por un tribunal. Además, queda aún por

de “recopilar” documentos e información presuntamente para uso con respecto a la adjudicación de los méritos. Este asunto es uno de primeras impresiones.

(5) Este “arrebatar de autoridad” ciertamente está al paso con respecto a la mayoría de las instituciones de arbitraje. La ICC, la LCIA y la ICDR, por ejemplo, otorgan al tribunal arbitral una discreción virtualmente licenciosa respecto a la (i) conducta, (ii) el ajuste de la norma correspondiente, y (iii) la admisibilidad de la revelación de documentos e información.

aclarar si incorporar un lenguaje en la cláusula arbitral proscibiría el recurso de la Sección 1782 (a). Es igualmente opaco si el acuerdo de Estados Unidos como sede arbitral para intentar rendir al tribunal como “no extranjero” para fines de la Sección 1782 también obviaría la aplicación del estatuto. Aquí, lo obvio está muy lejos de lo dispositivo.

Intel y su progenie escasa, hasta la fecha, no han abordado estas cuestiones novedosas. Dos metodologías, ambas estratégicas y tácticas, a ser ejecutadas en la etapa de negociación de la cláusula de arbitraje sugieren que ambas son posibles defensas en el esfuerzo por evitar la aplicación de la presentación de pruebas de acuerdo con la Sección 1782 a un proceso arbitral. Este artículo busca explorar las consecuencias doctrinales que pueden afectar la ejecución de un laudo arbitral que surja del rechazo de un tribunal arbitral de considerar pruebas obtenidas de acuerdo con el Título 28 del Código de Estados Unidos, sección 1782 de conformidad con el artículo V de la Convención de Nueva York o conforme a la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley. En esta empresa, será necesario rastrear los contornos de la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley y someterse a un examen sostenido y razonado de la jurisprudencia relativa a la proscripción de la Sección 1782.

2. LA PARTE EN DESVENTAJA: ¿HAY ALGO QUE PUEDA HACERSE?

2.1. El primer método y redescubrimiento de los elementos básicos

Primero, es necesario un retorno a los primeros principios. Debido a que el ar-

bitraje en sí y, por lo tanto, el tribunal arbitral son sólo criaturas del contrato tanto en teoría como en práctica de la intención de las partes, debe prevalecer en la interpretación de los términos de la cláusula de arbitraje. Cuando las partes acuerdan por anticipado impedir el recurso a la Sección 1782, el tribunal arbitral *presuntamente* honraría el acuerdo y rehusaría apoyar la aplicación de la Sección 1782. De hecho, el tribunal teóricamente está habilitado para emitir una orden denegando tal aplicación. Las posibles dificultades prácticas y conceptuales surgen con el asunto ubicuo de hacerlo cumplir.

Presumiendo que el solicitante que busca procesar una petición bajo la Sección 1782 unilateralmente lo haga de acuerdo con la teoría de que, entre otras consideraciones, dicho peticionario satisface las restricciones del estatuto, que son independientes y paralelas al ámbito del tribunal arbitral, es ciertamente concebible que un tribunal de distrito federal pueda encontrar el argumento persuasivo a pesar del significado simple del lenguaje contenido en la cláusula de arbitraje. En consecuencia, aunque es aconsejable y potencialmente dispositivo, es muy lejos de cierto que la inclusión de lenguaje proscribiendo el recurso a una petición bajo la Sección 1782 en una cláusula de arbitraje limitaría de hecho a las partes o de otro modo les impediría hacer uso de las Reglas Federales de Procedimiento Civil de acuerdo con este marco. Además, uno encontraría difícil concluir que un tribunal de distrito federal *necesariamente* deferiría a un fallo interlocutorio de un tribunal arbitral. Un escrutinio minucioso de la opinión en *Intel* en cierta medida sugiere que incluso cuando el Tribunal Arbitral concluyente e indisputablemente

fallara que no deseaba que la presentación de pruebas bajo la Sección 1782 prosperara, la vasta discreción conferida a los tribunales de distrito federales ciertamente puede ejercerse, no obstante la voluntad del tribunal arbitral. Específicamente, en *Intel*, la presentación de pruebas buscada se otorgó como cuestión de Derecho aunque, muy significativamente, la comisión de competencia de la Unión Europea había rehusado solicitarla. La cuestión estrecha consiste en si el tribunal que aborda una solicitud bajo la Sección 1782 haría cumplir el acuerdo previo de las partes de no radicar tal solicitud.

Una cuestión relacionada surge de acuerdo con una situación en la que el solicitante que procesa unilateralmente una petición bajo la Sección 1782 obtiene con éxito documentos e información y al intentar introducir estos materiales como pruebas durante el arbitraje, el tribunal arbitral le impide proceder de este

modo. ¿Pondría en peligro una denegación categórica del tribunal arbitral de considerar las pruebas obtenidas de acuerdo con la Sección 1782, contrario al lenguaje explícito del acuerdo de arbitraje que rige proscribiendo tal presentación de pruebas, la integridad del laudo definitivo que se emita en tal proceso? Se necesita un mayor análisis.

2.2. Las consecuencias de la denegación y la Convención de Nueva York

Negarse a considerar materiales legalmente obtenidos de acuerdo con la jurisprudencia establecida que interpreta un estatuto federal es susceptible a la caracterización, por lo menos bajo uno de muchos análisis, de que impide a una parte presentar su caso. De ser así, tal fallo del tribunal arbitral podría provocar directa y explícitamente la aplicación del artículo V de la Convención de Nueva York⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ El artículo V de la Convención de Nueva York que rige el reconocimiento y ejecución de adjudicaciones arbitrales, tan centrales al éxito universal de los arbitrajes comerciales internacionales, urge que se presente la cita en su totalidad:

“Artículo V

1. El reconocimiento y ejecución del laudo pueden ser denegados a solicitud de la parte contra la cual se invoca sólo si esa parte proporciona a la autoridad competente donde se busca el reconocimiento y ejecución, prueba de que:

- (a) Las partes del acuerdo referido en el artículo II estaban, de acuerdo con la ley aplicable a ellos, bajo alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido conforme a la ley a las que las partes están sujetas o, no habiendo indicación de esto, conforme a la ley del país en el que se emitió el laudo; o
- (b) a la parte contra la cual se invoca el laudo no se le dio aviso adecuado del nombramiento del árbitro o del proceso arbitral o de otro modo no pudo presentar su caso; o
- (c) el laudo trata una diferencia no contemplada o que no cae dentro de los términos del sometimiento a arbitraje, o contiene decisiones en cuestiones que están más allá del alcance del sometimiento a arbitraje, siempre y cuando que, si las decisiones en cuestiones sometidas a arbitraje pueden separarse de aquellas no sometidas, esa parte del laudo que contiene decisiones en cuestiones sometidas a arbitraje puede ser reconocida y ejecutada; o
- (d) la composición de la autoridad arbitral o el proceso arbitral no estaba conforme al acuerdo de las partes, o en caso de no haber tal acuerdo, no estaba conforme a las leyes del país en el que tuvo lugar el arbitraje; o
- (e) la adjudicación no se había convertido aún en obligatoria para las partes, o había sido cancelada o suspendida por la autoridad competente del país en el que, o bajo la ley del cual, se emitió dicho laudo.

El artículo V 1(b) proscribía el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral en el que una parte “no pudo presentar su caso”. Ciertamente, el peticionario de la solicitud bajo la Sección 1782 podría tener una causa segura de recurso de apelación inherente capaz de proporcionarle un fundamento sustancial y mensurable para cancelar el laudo si determinara que el mismo es contrario a sus intereses. Por lo tanto, el impedimento global de un tribunal arbitral de los materiales obtenidos de conformidad con la Sección 1782 corre el mismo riesgo inmediato y material de rendir cualquier presunto laudo imposible de hacerse cumplir.

Un apoyo analítico y legal adicional para esta interpretación puede encontrarse en el Título 9 del Código de Estados Unidos, sección 10 (a) (3) de la FAA⁽⁷⁾. En la práctica, esta disposición constituye una codificación e interpretación del artículo V (b) de la Convención de Nueva York. Busca recalcar la necesidad del debido proceso fundamental como un predicado para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero identificándolo como fundamento para revocar un laudo

de cualquier instancia en la que (i) los árbitros “rehusar(on) escuchar las pruebas pertinentes y materiales de la controversia;” o en casos en los que “cualquier otra mala conducta por la cual los Derechos de cualquiera de las partes han sido perjudicados”. Una preclusión total del Tribunal Arbitral de *cualquier* consideración de documentos u otra información emitida de acuerdo con la Sección 1782 podría de modo muy plausible caer dentro de *ambas* categorías referenciadas; (i) denegación de una oportunidad para presentar un caso, y (ii) mala conducta de un árbitro que compromete adversamente los Derechos de una de las partes.

En efecto, muchos países tienen opiniones variadas y a veces conflictivas de cuáles elementos realmente rinden un laudo arbitral “internacional” o “extranjero” para fines de la Convención. No es de sorprender que las diferencias conceptuales eran fundamentalmente entre las opiniones doctrinales del Derecho Consuetudinario y el Derecho Civil sobre el tema arraigadas en sus respectivas tradiciones legales, sociales y culturales. Estas opiniones divergentes fueron examinadas cui-

2. El reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral también pueden ser denegados si la autoridad competente del país en el que se busca el reconocimiento y ejecución determina que:

(a) el asunto de la diferencia no se puede liquidar por medio de arbitraje de acuerdo con las leyes de ese país; o

(b) el reconocimiento o ejecución del laudo sería contraria a la política pública de ese país”.

(7) El Título 9 del Código de Estados Unidos, sección 10 (a) (3) de la FAA dispone:

“Sección 10. Igual; Revocación; Fundamentos; Reexamen.

(a) En cualquiera de los siguientes casos, el tribunal de los Estados Unidos en y para el distrito en el que se emitió el laudo puede emitir una orden revocando el laudo luego de la solicitud de cualquiera de las partes en el arbitraje.

(3) en que los árbitros eran culpables de mala conducta al rehusar posponer la vista, habiéndose mostrado causa suficiente, o al rehusar escuchar las pruebas pertinentes y esenciales de la controversia; o de cualquier otra mala conducta mediante la cual los Derechos de cualquiera de las partes se hayan perjudicado”.

dadosamente por el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito en *Bergesen v. Joseph Muller Corp*⁽⁸⁾.

En ese caso, el demandante, un propietario noruego de tres barcos de carga, presentó una acción contra el fletador de los barcos para el reconocimiento y ejecución de un fallo que surgió de un laudo arbitral emitido en Nueva York a favor del propietario demandante y contra el fletador demandado. El arbitraje fundamental surgió de las cláusulas contenidas en el contrato de fletamento de las partes. El tribunal de distrito pronunció sentencia reconociendo y ejecutando el laudo arbitral, a lo cual siguió una apelación ante el Segundo Circuito, el cual afirmó el fallo del tribunal de distrito. El Segundo Circuito identificó la cuestión a ser considerada como “si la Convención de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros, 21 UST 2517, TIAS Número 6997, 330 UNTS 38, es aplicable a un laudo que surge de un arbitraje que tiene lugar en Nueva York entre dos entidades extranjeras”⁽⁹⁾.

Después de una narración de los hechos operativos y la referencia a las razo-

nes comerciales fundamentales de la Convención como, en parte, atribuibles a “la rápida expansión del comercio internacional a raíz de la Segunda Guerra Mundial (...),” y a la inclinación y proclividad de los comerciantes internacionales de optar por el “arbitraje sobre el litigio debido a que es más rápido, menos costoso y más flexible”⁽¹⁰⁾, el Segundo Circuito basó su ratificación en un análisis esmerado de las diferentes proposiciones aseveradas con el fin de definir un laudo “extranjero” o “internacional” dentro del entonces pretendido objetivo *redactado* de la Convención.

Las naciones de Europa Occidental, se adelantó, y sus contrapartes de las jurisdicciones de Derecho Consuetudinario, se encontraban en un estancamiento doctrinal y conceptual⁽¹¹⁾. A manera de ejemplo, Francia, Italia, y luego Alemania Occidental, encontraron la propuesta inaceptable debido a que, en su opinión, un criterio territorial no era adecuado como prueba contundente para determinar el carácter de un laudo como extranjero o nacional. En vez de ello, estas naciones suscribieron una prueba tripartita que consideraba (i) la nacionalidad de una parte,

(8) *Bergesen v. Joseph Muller Corp.*, 710 F.2d 928, 931 (2d Cir. 1983). Ver también VAN DEN BERG, Albert. *¿Cuándo no es nacional un laudo arbitral bajo la Convención de Nueva York de 1958?* 6 PACE L.REV. 25, 1985. pp. 32 - 38.

(9) *Ibidem*.

(10) *Ibidem*. El tribunal también indicó que en 1948 tuvo lugar una Convención para tratar la ineficacia de los acuerdos internacionales para asegurar la ejecución de los laudos arbitrales, aún cuando dicho proceso arbitral se hubiera llevado a cabo bajo los auspicios de la ICC o la LCIA. En esta misma vena, el Segundo Circuito observó, que “(l)os Estados Unidos asistió y participó en la conferencia, pero no firmó la Convención. Diez años más tarde, en 1968, el Senado emitió su legislación sobre la implementación [citando a McMAHON. *Implementación de la Convención de las Naciones Unidas sobre laudo arbitral extranjero en los Estados Unidos*. 2 J.MAR. L. COM. 735, 737 (1971)]. No hubo oposición alguna a la legislación propuesta, H.R. Rep. Número 91-1181, 91st Cong., 2d Sess. 2, reimpresso en 1970 U.S. Code Cong. & Ad. News. 3601, 3602, la cual se convirtió en el Título 9 del Código de Estados Unidos, secciones 201 - 208 (1976)”.

(11) *Ibidem* 931.

(ii) el asunto de la disputa y, (iii) las reglas de procedimiento arbitral, como los factores más esenciales a ser analizados al determinar el carácter y la naturaleza de un laudo como extranjero o nacional⁽¹²⁾. Alemania Occidental y Francia eran de una sola voz al afirmar que la nacionalidad de un laudo debe ser determinada por la ley que rige el proceso.

Con el fin de enunciar una alternativa viable a la doctrina territorial, ocho naciones europeas propusieron que la Convención “aplicara al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales que no fueran los que se consideran como nacionales en el país en el que dependieron”⁽¹³⁾. El Tribunal observó, además, que “(o)tros ocho países, incluyendo los Estados Unidos, objetaron a esta propuesta, argumentando que las naciones con Derecho Consuetudinario no entenderían la distinción entre laudos extranjeros y nacionales. Estos últimos países urgieron a los delegados a adoptar únicamente los criterios territoriales”⁽¹⁴⁾. Habiendo delineado los dos campos doctrinales y la resolución sintetizando una fórmula de compromiso, el Segundo Circuito abordó quirúrgicamente las seis proposiciones en las que el fletador apelante basó su apelación.

Primero, el adelante afirmó que “el laudo no puede considerarse como un laudo extranjero dentro de la sustancia y alcance de la segunda oración del artículo (1) porque no califica como un laudo que “no se considera nacional”⁽¹⁵⁾. En este respecto, el apelante alegó, además, que “el propósito de la prueba de que ‘no se considera nacional’ era disponer la ejecución de lo que éste denomina ‘laudos sin Estado,’ es decir, aquellos emitidos en el territorio donde se busca la ejecución, pero que se considera que no se pueden hacer cumplir debido a algún componente extranjero”⁽¹⁶⁾. Este argumento fue rechazado de plano basado en que “algunos países que favorecían la disposición deseaban la misma para que impidiera la ejecución de ciertos laudos emitidos en el extranjero, y no para mejorar la ejecución de los laudos emitidos a nivel nacional”⁽¹⁷⁾.

Segundo, el apelante urgió una interpretación estrecha de la Convención concerniente a la omisión de cualquier definición de laudos no nacionales para concluir que los laudos elegibles eran muy pocos tanto en teoría como en la práctica. Aquí, el Segundo Circuito recalcó que

(12) Véase G. HAIGHT. *Convención sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros* 1 y 2, 1958.

(13) *Op. cit.* 931 (citando a HAIGHT en 2).

(14) *Ibidem*. El Segundo Circuito recalcó, además, que:

Un grupo de trabajo integrado por representantes de diez Estados a los que se les refirió el asunto recomendaron que se incluyeran ambos criterios. Por lo tanto, la Convención debía aplicar a los laudos emitidos en un país que no fuera el Estado en el que se buscaba la ejecución, al igual que a los laudos no considerados nacionales en ese Estado. Los miembros del Grupo de Trabajo que representaban al grupo de Europa Occidental estuvieron de acuerdo con esta recomendación, siempre y cuando que a cada nación se le permitiera excluir ciertas categorías de laudos emitidos en el extranjero. Al concluir la conferencia, esta exclusión se omitió, de manera que el texto originalmente propuesto por el Grupo de Trabajo fue adoptado como el artículo I de la Convención. *Ibidem*.

(15) *Ibidem*. 932.

(16) *Ibidem*.

(17) *Ibidem*.

“(1) la Convención no definió los laudos nacionales. La definición parece haber sido dejada fuera deliberadamente a fin de que cubra una variedad de laudos elegibles tan amplia como fuera posible, y a la vez permitir que la autoridad encargada de la ejecución proporcionara su propia definición de “no nacional” de conformidad con sus propias leyes nacionales”. De hecho, esta omisión, como el Tribunal apropiadamente captó, la hace más aceptable para los Estados que promueven la doctrina territorial para ratificar la Convención, mientras que simultáneamente hace que la Convención sea más apetitosa para “aquellos Estados que esposan la opinión de que la nacionalidad del laudo debe ser determinada por la ley que rige el proceso arbitral”⁽¹⁸⁾. Por consiguiente, el Tribunal adoptó la opinión de que los laudos que “no se consideran nacionales” se refieren a laudos que caen dentro de la sustancia y alcance de la Convención “no porque se emitan en el extranjero, sino porque fueron emitidos dentro del marco legal de otro país, por ejemplo, pronunciados de acuerdo con leyes extranjeras o que involucraban a partes domiciliadas o que tenían su principal sede comercial fuera de la jurisdicción encargada de la ejecución”⁽¹⁹⁾. Es seguro que la interpretación que el Tribunal adoptó concuerda mejor con el objetivo principal de la Convención de hacer valer los laudos arbitrales interna-

cionales a nivel transnacional independientemente de las diferencias doctrinales divergentes y a menudo conceptualmente irreconciliables que están incrustadas en el mismo centro de las distintas tradiciones y culturas legales.

Tercero, el Tribunal rechazó la proposición de que la Convención debe interpretarse estrechamente debido a las dos reservas de adhesión que Estados Unidos adoptó de acuerdo con el artículo I (3)⁽²⁰⁾. El argumento fue rechazado basado en el hecho de que “Estados Unidos accedió a la Convención con una declaración de reservas que proporciona poco motivo para que (el Tribunal) interprete la adhesión en términos estrechos”. El Tribunal agregó, además, que “(s)i Estados Unidos hubiera accedido a la Convención sin estas dos reservas, el alcance de la Convención sin duda hubiera tenido un mayor impacto (...) no obstante, el lenguaje del tratado debe interpretarse ampliamente para efectuar sus propósitos de reconocimiento y ejecución”⁽²¹⁾. Sucintamente dicho, las normas que rigen la interpretación de los tratados no están subordinadas a instancias que puedan deducirse de las dos reservas del artículo I (3) que Estados Unidos aseguró como un predicado para la adhesión.

Cuarto, se declaró que el estatuto para la implementación “no tenía la intención de cubrir laudos emitidos dentro de

(18) *Ibidem*.

(19) *Ibidem*. (citas omitidas)

(20) *Ibidem*. 932. Este argumento fue predicado en una Proclamación Presidencial fechada el 1 de septiembre de 1970, 21 UST 2517, TIAS Número 6997.

(21) *Ibidem*. 933 [citando COMMENT, *International Commercial Arbitration Under the United Nations Convention and the Amended Federal Arbitration Statute (Arbitraje Comercial Internacional bajo la Convención de las Naciones Unidas y el Estatuto Federal de Arbitraje Modificado)*, 47 Wash. L.R. 441 (1972), y Scherk, 417 U.S. en 520 n. 15 (que identifica objetivo de la Convención como un esfuerzo por “animar el reconocimiento y ejecución de acuerdos de arbitraje comercial en contratos internacionales”)].

Estados Unidos”⁽²²⁾. En apoyo de esta premisa, se hizo referencia a la Sección 202 del Título 9 del Código de Estados Unidos titulado “Acuerdo o Laudo que cae bajo la Convención”, que, en la parte pertinente, dice:

“Un acuerdo o laudo que surja de una relación tal que es completamente entre ciudadanos de Estados Unidos deberá considerarse que no cae bajo la Convención, a menos que la relación implique bienes ubicados en el exterior, contemple el cumplimiento o ejecución en el exterior, o tenga alguna otra relación razonable con uno o más Estados extranjeros⁽²³⁾”.

El historial legislativo de esta rúbrica estatutaria, no obstante, demuestra que su intención era garantizar que “un acuerdo o laudo que surja de una relación legal exclusivamente entre ciudadanos de Estados Unidos no se puede hacer cumplir bajo la Convención en los tribunales (de Estados Unidos), a menos que tenga una relación razonable con un país extranjero”⁽²⁴⁾. El Tribunal razonó que “(s)i el

Congreso hubiera deseado excluir los laudos arbitrales de dos partes extranjeras emitidos dentro de Estados Unidos de la ejecución por parte de nuestros tribunales, lo hubiera hecho completamente. Pero no lo hizo”⁽²⁵⁾.

Aún más, un apoyo analítico adicional de la premisa de que los laudos arbitrales emitidos en Estados Unidos constituyen la materia apropiada para la ejecución de acuerdo con la Convención se encontró en las secciones restantes del estatuto de implementación. De hecho, el Tribunal observó que aunque la “Sección 204 proporciona la jurisdicción para tal acción y la Sección 206 declara que ‘(u)n Tribunal que tiene jurisdicción de acuerdo con este capítulo puede ordenar que el arbitraje tenga lugar (...) en cualquier lugar que se disponga en el mismo, ya sea que este lugar esté dentro o fuera de Estados Unidos’ (énfasis agregado)”⁽²⁶⁾. Esta interpretación fue apoyada adicionalmente por lo que de hecho sería un análisis basado en *reductio ad absurdum*. Específicamente, el Tribunal subrayó que “(s)ería anómalo sostener que un tribunal de distrito pudiera ordenar

(22) *Ibidem*. (citando H.R. Rep. Número 91-1181, 91st Cong., 2d Sess. 2, *reimpreso* en 1970 U.S. Code Cong. & Ad. News 3601, 3602).

(23) *Ibidem*. (citando la Sección 202 del Título 9 del Código de Estados Unidos titulado “Acuerdo o Laudo que cae bajo la Convención”).

(24) *Ibidem*.

(25) *Ibidem*. [citando a *Sumitomo Corp. v. Parakopi Compañía Marítima*, 477 F.Supp. 737, 741 (S.D.N.Y. 1979), *afirmado*, 620 F.2d 286 (2d Cir. 1980)]; Gerald AKSSN, *American Arbitration Accession Arrives in the Age of Aquarius: United States Implements United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Accesión de arbitraje americano llega en la era de acuario: Estados Unidos implementa la Convención de las Naciones Unidas sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros)*, 3 SW. U. L. REV. 1, 16 (1971) (Al implementar la legislación, la Convención debe aplicar cuando los contactos extranjeros son sustanciales, es decir, “cuando una persona o corporación extranjera es una de las partes en un acuerdo que implica el cumplimiento extranjero, o cuando el trato comercial tiene alguna otra relación razonable con uno o más Estados extranjeros”); *ver también* McMAHON en 740-43 (cuestionando si la sección 202 cubre laudos similares al del presente caso).

(26) *Ibidem*. (cita suministrada por el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito).

a dos extranjeros a arbitraje en Estados Unidos bajo el estatuto, pero no pudiera hacer cumplir el laudo resultante de acuerdo con la legislación que, en gran medida, fue encomendada justo para ese propósito⁽²⁷⁾.

La quinta y penúltima alegación del apelante indicó que el Congreso no podía haber tenido la intención de aplicar la Convención a una transacción afín a la presentada ante el tribunal “porque esto eliminaría una clase demasiado amplia de laudos de la ejecución de la Ley de Arbitraje Federal, Título 9 del Código de Estados Unidos, Secciones 1-13⁽²⁸⁾”. Esta proposición se descartó por la simple causa de que no había fundamento alguno para concluir “que el Congreso no tenía la intención de proporcionar cobertura superpuesta entre la Convención y la Ley de Arbitraje Federal⁽²⁹⁾”.

Sexto, la proposición final en la que se predicó la apelación afirmó que la petición en sí era técnicamente insuficiente y, por lo tanto, “no satisfacía los requisitos de la Convención⁽³⁰⁾”. En particular, el apelante proporcionó una interpretación más bien novedosa respecto al artículo IV (1) de la Convención⁽³¹⁾ sugiriendo que (1) se requiere un original debidamente autenticado o una copia certificada de un original debidamente autenticado de

acuerdo con el artículo IV (1). Aquí el Tribunal observó que “(c)opias del laudo y el acuerdo que han sido certificadas por un miembro del Panel de Arbitraje proporcionan una base suficiente para ejecutar el laudo y las mismas fueron suministradas en este caso⁽³²⁾”.

Como se ejemplifica en *Bergesen v. Joseph Muller Corporation*, el asunto muy fundamental de lo que constituye un tribunal “internacional” o “extranjero” ha sido tema de considerable debate y controversia entre los profesionales, jueces y eruditos de las tradiciones del Código Civil y el Derecho Consuetudinario. La resolución híbrida y flexible de esta fascinante discordia de doctrinas culturales jurídicas proporciona suficientes fundamentos conceptuales con los cuales argumentar con fuerza y persuasivamente, basado en los hechos particulares que configuran un caso, que en dichas circunstancias un arbitraje internacional que tenga la sede arbitral en Estados Unidos ciertamente puede constituir un “tribunal extranjero o internacional” para fines de una aplicación de la Sección 1782(a). Por lo tanto, la incorporación del lenguaje en una cláusula de arbitraje que seleccione a Estados Unidos o a cualquiera de sus territorios como la sede arbitral no asegura en lo mínimo la preclusión de una aplicación de la Sección 1782.

(27) *Ibidem*.

(28) *Ibidem*. 934.

(29) *Ibidem*.

(30) *Ibidem*.

(31) El artículo IV (1) de la Convención dispone:

“1. Para obtener el reconocimiento y ejecución se mencionan en el artículo precedente, la parte que solicita reconocimiento y ejecución suministrará, al momento de la solicitud: (a) El laudo original debidamente autenticado o una copia debidamente certificada del mismo; (b) el acuerdo original referido en el artículo II o una copia debidamente certificada del mismo”.

(32) *Ibidem*.

3. POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA DENEGACIÓN Y MANIFIESTA INDIFERENCIA DE LA LEY

Además de provocar cuestiones concernientes al artículo V de la Convención que puedan comprometer adversamente la integridad de un posible laudo final debido a la falta de proporcionar a una parte la oportunidad de presentar su caso, un rechazo total del tribunal arbitral respecto a la presentación de pruebas bajo la Sección 1782 puede interpretarse como “manifiesta indiferencia de la ley”.

De acuerdo con el Título 9 del Código de Estados Unidos, sección 10 (a), un laudo arbitral puede ser revocado sólo cuando los árbitros (i) actúan con mala conducta, (ii) “exceden sus poderes, o los ejecutan de manera tan imperfecta que no se emitió un laudo mutuo, final y definiti-

vo sobre ella cuestión sometida”⁽³³⁾. Significativamente, a diferencia de las restricciones estipuladas en el artículo V de la Convención para revocar un laudo, una desviación significativa de la jurisprudencia que rige la revocación de un laudo que se solicita ejecutar en un tribunal de distrito de EE.UU. reconoce la revocación de un laudo cuando existe una determinación de que el laudo surgió de la “manifiesta indiferencia de la ley” del tribunal arbitral. Para ordenar la reversión de acuerdo con este precepto, el laudo “debe desobedecer abiertamente un precedente legal claramente establecido”⁽³⁴⁾.

La manifiesta indiferencia ocurre cuando “(1) el principio legal correspondiente está claramente definido y no está sujeto a debate razonable; y (2) los árbitros rehusaron obedecer el principio legal”⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Véase el Título 9 del Código de Estados Unidos, sección 10 (a) (4). En efecto, los fundamentos para revocar un laudo para reexamen son muy estrechos y se estipulan en la Sección 10 (a)-(b), que declara:

“§10. Igual; revocación; fundamentos; reexamen

(a) En cualquiera de los siguientes casos, el Tribunal de los Estados Unidos en y para el Distrito en el que se emitió el laudo puede emitir una orden revocando el laudo cuando cualquiera de las partes en el arbitraje lo solicite:

(1) Cuando el laudo fue producido por medio de corrupción, fraude o métodos indebidos.

(2) Cuando hubo evidente parcialidad o corrupción de los árbitros, o de uno de ellos.

(3) Cuando los árbitros fueron culpables de mala conducta al rehusar posponer la vista, habiéndose mostrado suficiente causa, o al rehusar escuchar las pruebas pertinentes y esenciales de la controversia, o cualquier otra mala conducta mediante la cual los derechos de cualquiera de las partes se hayan perjudicado.

(4) Cuando los árbitros excedieron su poder o lo ejecutaron tan imperfectamente que no se hizo un laudo mutuo, final y definitivo sobre la cuestión sometida.

(5) Cuando un laudo es revocado, el tiempo dentro del cual el acuerdo requería que se emitiera el laudo no se ha vencido, el tribunal puede, a su discreción, ordenar un reexamen de los árbitros.

(b) El tribunal de distrito de los Estados Unidos para el distrito en el que se emitió un laudo de acuerdo con la Sección 580 del Título 5 puede emitir una orden revocando el laudo luego de la solicitud de una persona que no sea una de las partes del arbitraje que ha sido adversamente afectada o agraviada por el laudo, si el uso del arbitraje o el laudo es claramente inconsistente con los factores estipulados en la Sección 572 del Título 5”.

⁽³⁴⁾ Ver, *Jacada (Europe), Ltd. v. International Marketing Strategies*, 401 F.3d 701, 713 (6th Cir. 2005) [citando a *Merrill Lynch v. Jaros*, 70 F.3d 418, 421 (6th Cir. 1995)].

⁽³⁵⁾ Ver, *Nationwide Mut. Ins. Co. v. Home Ins. Co.*, 330 F.3d 843, 847 (6th Cir. 2003) [citando a *Dawahare v. Spencer*, 210 F.3d 666, 669 (6th Cir. 2000)].

Como ejemplo, en *Jacada (Europe) v. International Marketing Strategies*⁽³⁶⁾, el demandante, un desarrollador de software británico, presentó una acción legal en un tribunal estatal para revocar un laudo arbitral que había sido emitido a favor del distribuidor demandado. El distribuidor, no obstante, presentó a la inversa una acción en el tribunal federal para hacer cumplir valer el laudo arbitral emitido a su favor. Al removerse el proceso del tribunal estatal y luego de la transferencia y consolidación de las acciones legales, el tribunal de distrito federal pronunció un fallo a favor del distribuidor que solicitaba la ejecución. El Tribunal de Apelaciones del Sexto Circuito reiteró el fallo del tribunal de distrito y rechazó el argumento del desarrollador apelante de que la decisión del árbitro demostraba manifiesta indiferencia de la ley.

La *revocación* del laudo se basó en la proposición de que el tribunal arbitral a propósito e intencionalmente había omitido considerar y otorgar peso alguno a una disposición de limitación de daños. Este hecho no fue impugnado y, en efecto, los árbitros observaron que “el posible efecto de las disposiciones de limitación de daños y perjuicios es (...) excluir daños y perjuicios por un gran incumplimiento del acuerdo mientras que permitía daños y perjuicios por incumplimientos leves del contrato”⁽³⁷⁾. Por lo tanto, el Sexto Circuito razonó que debido a que la disposición de responsabilidad limitada hacía que el Derecho del distribuidor “no tuviera sentido” en cuando al acuerdo de distribución, los árbitros “hicieron

caso omiso de la disposición para efectuar un propósito básico del Derecho (del distribuidor) en el contrato de distribuir los paquetes de software (del desarrollador) en todo Europa, el Oriente Medio y África”⁽³⁸⁾.

La orden en *Jacada (Europe)* es clara. Cuando un tribunal arbitral interpreta un contrato promoviendo las metas y el propósito subyacentes de dicho acuerdo, la manifiesta indiferencia de la ley no ocurrirá como resultado aunque dicha interpretación contractual intencional y deliberadamente obvie una disposición contractual negociada entre las partes independientes. El análisis del Sexto Circuito en *Jacada (Europe)* y su narración de los elementos que definen la manifiesta indiferencia de la ley puede echar alguna luz en la cuestión de si el impedir la presentación de pruebas bajo la Sección 1782 del tribunal arbitral o su decisión de interpretar estrictamente el lenguaje en una cláusula de arbitraje proscribiendo el recurso a la Sección 1782 puede constituir manifiesta indiferencia de la ley a los fines de revocar un laudo. Es discutible que el primer elemento de la norma de manifiesta indiferencia de la ley se cumple cuando el tribunal hace caso omiso de la Sección 1782 como el principio legal procesal aplicable, que es tanto *definido claramente como no sujeto a debate razonable*. La denegación total de considerar *cualquier* presentación de pruebas bajo la Sección 1782 concuerda con el segundo elemento.

Esta proposición puede ser analíticamente mejorada cuando es indisputable

(36) *Jacada (Europe), Ltd. v. International Marketing Strategies*, 401 F.3d 701 (6th Cir. 2005).

(37) *Ibidem*. 401 F.3d en 713.

(38) *Ibidem*.

que la consideración de tal presentación de pruebas adelantaría los objetivos del contrato del sujeto. Como en Jacada (Europe), en este caso hipotético, el tribunal arbitral estaría leyendo de un contrato una disposición que presuntamente adelantaría la administración equitativa de la justicia y la meta del acuerdo de arbitraje, si tal meta es en parte definida como una consideración de todos los documentos y la información potencialmente relevantes y esenciales que lleva a una ventilación completamente transparente de la cuestión en controversia. Aquí, el acuerdo deberá decidirse que es la cláusula de arbitraje misma. El análisis opuesto es igualmente atractivo.

Nuevamente, siguiendo el análisis de Jacada (Europe), ¿ocurriría una manifiesta indiferencia de la ley cuando un tribunal arbitral ejerce su discreción para impedir la consideración de todos los documentos y la información que surgen de la aplicación de la Sección 1782, particularmente considerando una cláusula de arbitraje que no menciona en lo absoluto la Sección 1782? En este caso hipotético, a los árbitros no se les pide que lean o de otro modo hagan caso omiso deliberadamente de una disposición contractual negociada, a diferencia de Jacada (Europe) y el primer caso hipotético. Aquí, no obstante, al tribunal arbitral se le pide que haga caso omiso disputablemente de la ley procesal aplicable que rige la recopilación de pruebas. ¿Puede la desestimación de la ley procesal que no surge de la sede del arbitraje elevarse al nivel de manifiesta indiferencia de la ley? La analogía con Jacada (Europe) se derrumba rápidamente. Además de no abordar la omisión intencional de una disposición legal de un contrato (ya sea el contrato real o la cláusula

de arbitraje interpretada bajo la doctrina de divisibilidad como un contrato independiente), la ley federal de Estados Unidos –una jurisdicción extranjera a la sede arbitral– se aplica. El problema se convierte exquisitamente más complejo debido a que en ese caso hipotético, a diferencia de la prueba enunciada en Jacada (Europe), de acuerdo con la cual la decisión del árbitro produce un laudo que “debe desobedecer abiertamente un precedente legal claramente establecido,” en este paradigma no hay *precedente*. Además, a diferencia de Jacada (Europe), la cuestión en este caso hipotético es la alegada desestimación de la ley *procesal* y no de la ley *substantiva*.

Aunque la interpretación del caso hipotético ilustra en cierta medida las muchas cuestiones latentes que aún restan por adjudicar y la erudición por crear, si no un precedente obligatorio, un cuerpo de comentarios que puedan servir para facilitar los esfuerzos de los árbitros, tribunales, profesionales y jefes de la industria al abordar esta cuestión, también provee un entendimiento claro de la índole algo veleidosa y evasiva de la norma de “manifiesta indiferencia de la ley” que es única a los procesos de ejecución en EE.UU. y no encuentra ninguna base doctrinal, ostensible por lo menos, en el artículo V de la Convención. En efecto, la jurisprudencia en esta área ordena un mayor rigor en este desarrollo doctrinal.

Ciertamente, los elementos fundamentales generales de la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley son claros y más allá de capciosos. A manera de ejemplo, es indisputable que un laudo arbitral puede ser revocado si la manifiesta indiferencia de la ley es claramente evidente

en el registro de arbitraje⁽³⁹⁾. Es menos claro, no obstante, la índole y el carácter del registro que los procesos arbitrales mantienen. Por lo tanto, la completa ausencia de una guía significativa en cuanto a la configuración de un registro, ya que las transcripciones al pie de la letra no se requieren en los procesos de arbitraje, pueden concebidamente impedir la revisión de la falta de aplicación sistemática de la ley durante el proceso real. También está establecido que un tribunal de revisión debe otorgar “gran deferencia” a la decisión de un panel arbitral. Efectivamente, “(u)na parte que solicita a un tribunal federal que revoque un laudo arbitral tiene la pesada carga de mostrar que el laudo cae dentro del conjunto de circunstancias muy estrecho delineado en los estatutos y los precedentes jurisprudenciales”⁽⁴⁰⁾. Más allá de estos preceptos muy rudimentarios, parece ser difícilmente discernible, desde un punto de vista conceptual, una prueba objetiva que categóricamente sugiera cuándo corresponde realmente la doctrina.

Los orígenes de la doctrina pueden rastrearse al *dicta* contenido en *Wilko v. Swan*⁽⁴¹⁾. Allí el Tribunal Supremo observó que “las interpretaciones de la ley por parte de los árbitros *en contraste con la manifiesta indiferencia de la ley* no están sujetas, en los tribunales federales, a una revisión judicial por error en la interpre-

tación”⁽⁴²⁾. Notablemente, la doctrina encuentra su génesis en cinco palabras que escasamente constituyen una cláusula subordinada dentro de una sola oración. El Tribunal Supremo no ofreció ninguna guía ni de otro modo elaboró lo que sería un ejemplo de una manifiesta indiferencia de la ley que mereciera la revocación de un laudo arbitral, y mucho menos una norma para los jueces y los abogados practicantes. Es de esta declaración “modesta”, sin nada más, que la jurisprudencia se ha desarrollado en efecto enmendando las muy estrechas bases para revocar un laudo incorporado en la FAA⁽⁴³⁾.

3.1. El análisis de “Duferco”: Un intento por discernir los elementos salientes que definen una doctrina

El Segundo Circuito en *Duferco* emprendió un análisis significativo de algunos casos dentro del escaso universo de autoridad donde los tribunales de apelación federales encontraron una manifiesta indiferencia de la ley. Después de observar que el (Segundo Circuito) había primero enunciado la norma del laudo arbitral “severamente limitada” y “sumamente deferente” en 1960⁽⁴⁴⁾, el Tribunal observó que a partir del 24 de junio de 2003 había revocado “algunos o todos los laudos arbitrales por manifiesta indiferencia en los siguientes cuatro de los últimos

⁽³⁹⁾ Ver, por ejemplo, *Goldman v. Architectural Iron Co.*, 306 F.3d 1214, 1216 (2d Cir. 2002).

⁽⁴⁰⁾ *Duferco Int'l Steel Trading v. T. Klaveness Shipping A/S*, 333 F.3d 383 (2d Cir. 2003).

⁽⁴¹⁾ *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953), invalidado por otras causas, *Rodríguez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc.*, 490 U.S. 477, 485 (1989).

⁽⁴²⁾ *Wilko v. Swan*, 346 U.S. en 436 y 437.

⁽⁴³⁾ *Duferco Int'l Steel Trading v. T. Klaveness Shipping A/S*, 333 F.3d en 388.

⁽⁴⁴⁾ Esa norma fue enunciada por el Segundo Circuito en *Amicizia Societa Navigazione v. Chilean Nitrate and Iodine Sales Corp.*, 274 F.2 805, 808 (2d Cir.), cert. denegada, 363 U.S. 843 (1960).

cuarenta y ocho casos donde aplicó la norma”(45). Pero para la decisión en Halligan, los tres casos restantes tuvieron que ver con la revisión de los laudos arbitrales que excedieron la autoridad del árbitro. De igual modo, el Segundo Circuito alegó que en esos casos “es indiscutible que la manifiesta indiferencia no necesitaba haber sido la base para revocar el laudo, ya que la revocación habría sido justificada bajo la FAA”(46). Además, el Segundo Circuito adecuadamente definió la norma para aplicación de la doctrina de forma negativa. A pesar de la aparente carencia de desarrollo de la doctrina, el “pos-te de guía” del tribunal es de significativa ayuda. Éste explica que su “renuencia” a través de los años para encontrar la manifiesta indiferencia es un reflejo del principio de que es una doctrina de último recurso y “su uso se limita sólo a esas instancias sumamente raras en las que alguna impropiedad atroz por parte de los árbitros sea obvia, pero en las que no aplica ninguna de las disposiciones de la FAA”(47). Por lo tanto, se pueden discernir tres elementos en esta norma. Prime-

ro, la doctrina es una de “último recurso”. Sólo puede usarse después de agotar todos los demás fundamentos para los que la revocación sea apropiada. Además, el elemento de “último recurso” sólo aplicaría a las circunstancias más extremas y extraordinarias. Tercero y último, la doctrina sólo puede aplicar cuando las disposiciones de la FAA sencillamente no aplican.

Esta prueba tripartita se aplica en el contexto del precepto de arbitraje establecido que sostiene que el objetivo del proceso arbitral es resolver una disputa muy discreta entre las partes, independiente de intervención judicial o la influencia de doctrinas incorporadas en promulgaciones legislativas o precedentes jurisprudenciales que reflejan la política pública del Estado más allá de la disputa en particular en cuestión o las consideraciones de la industria. En esta conexión, el Segundo Circuito hizo hincapié en la necesidad de abstenerse de interferir en un proceso para evitar frustrar “la intención de las partes y obstruir la utilidad del arbitraje, haciéndolo ‘el comienzo, y no el fin, del litigio’”(48).

(45) Duferco Int'l Steel, 333 F.3d en 389. El Tribunal identificó estos casos como los cuatro siguientes:

(a) Halligan v. Piper Jaffray, Inc., 148 F.3d 197, 204 (2d Cir. 1998) (sosteniendo que “(e)n vista de las sólidas pruebas de que Halligan fue despedido debido a su edad y el acuerdo de las partes de que los árbitros fueron informados correctamente sobre los principios legales aplicables, estuvimos inclinados a sostener que hicieron caso omiso de la ley o de las pruebas, o de ambas”); (b) New York Telephone Co. v. Communication Workers of America; 256 F.3d 89, 92-93 (2d Cir. 2001) (*per curiam* (“sosteniendo que las opiniones en que los árbitros confiaron no eran la ley del circuito” y “era por lo tanto una ‘manifiesta indiferencia de la ley’ el hecho de que los árbitros rechazaran *Seatrain* y aplicaran otra regla”)); (c) Fahnestock v. Co., Inc. v. Waltman, 935 F.2d 512, 519 (2d Cir. 1991) (sosteniendo que “éste es un caso apropiado bajo las disposiciones de la Sección 10 (d) de la FAA para la revocación de laudos por daños punitivos”); (d) Perma-Line Corp. of America v. Sign Pictorial and Display Union, 639 F.2d 890, 894-96 (2d Cir. 1981) (reenviando el laudo a arbitraje basado en la política pública que surge de una disposición contractual ilegal, con la posibilidad de confirmación si los árbitros podían justificar la disposición ilegal). Para autoridad, en *dicta* observando que un laudo por daños punitivos por un panel arbitral apoyaría la revocación, *Ver Sapic v. Government of Turkmenistan*, 345 F.3d 347, 365 (5th Cir. 2003) (declarando: “por lo tanto, si en efecto se adjudicaron daños punitivos en este caso, sería obligatorio para nosotros revocar dicho laudo, a pesar de la discreción que normalmente se otorga a las decisiones arbitrales”).

(46) Duferco Int'l Steel, 333 F.3d en 389.

(47) *Ibidem*.

(48) *Ibidem*. (se omiten las citas).

Bastante notable, a pesar de haber enunciado la prueba histórica, su propia exégesis de una norma práctica para aplicación de la doctrina y trazar brevemente la génesis histórica de la doctrina, el Segundo Circuito admitió que la aplicación rara e infrecuente de la doctrina ha generado una insuficiencia de jurisprudencia. En consecuencia, dice el Segundo Circuito, los “límites precisos” de la doctrina “están mal definidos, aunque sus contornos ásperos son bien conocidos”⁽⁴⁹⁾. Por lo tanto, en adición a constituir (i) una doctrina de último recurso, (ii) ser aplicada sólo en las circunstancias más extremas y extraordinarias, (iii) en la que ninguna disposición de la FAA es aplicable, y (iv) en el contexto muy limitado de las normas de la industria y las cuestiones enmarcadas por los contornos muy específicos de la disputa entre las partes, una norma de tres preguntas fue diseñada en un intento por definir con mayor claridad y precisión la norma que impulsa la doctrina.

Primero, un tribunal debe determinar si la autoridad ignorada en sí no era vaga o ambigua, es decir, clara⁽⁵⁰⁾ y también aplicable a las cuestiones ante el tribunal. Por lo tanto, la ley debe ser firme y claramente aplicable.

Segundo, presumiendo que la primera pregunta fuera respondida afirmativamente, un tribunal debe determinar “que la ley fue de hecho aplicada impropriamente, dando lugar a un resultado erróneo”⁽⁵¹⁾. El énfasis aquí está en que el resultado final tenga un vínculo causal directo con la aplicación impropia a fin de obviar una situación donde, independientemente de la propiedad de la aplicación de la ley a los hechos, el resultado aún hubiera sido el mismo. Sencillamente, en otras palabras, la doctrina es irrelevante si el resultado erróneo hubiera ocurrido de una aplicación correcta de la ley. Además, si el laudo arbitral fuera susceptible a múltiples lecturas razonables, la doctrina se considerará inaplicable aún cuando una de tales lecturas provea una justificación legalmente sostenible del resultado⁽⁵²⁾.

Tercero, luego de satisfacerse las primeras dos preguntas, se analiza el componente de la “intención”. Este análisis subjetivo se propone determinar, en cierta medida, el conocimiento de la ley por parte del árbitro debido a que es obvio que sólo se puede hacer caso omiso *intencionalmente* de lo que se conoce. Para fines de cumplir con esta pregunta, el Segundo Circuito identifica dos factores que

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*. El Tribunal también indicó que un predicado para la aplicación de la doctrina debe ser “más que un simple error en la ley o la falta de los árbitros de entenderla o aplicarla; y es más que una interpretación errónea de la ley”. *Ibidem*. En efecto, el Tribunal parece haber tallado un espacio especial más allá de un mero mal entendimiento de la aplicación de la ley para abarcar los hechos y el elemento de *Intención*. Por consiguiente, el solicitante que busca la revocación debe establecer “que los árbitros estaban completamente conscientes de la existencia de un principio legal definido que rige, pero rehusaron aplicarlo y, de hecho, hicieron caso omiso del mismo”. *Ibidem*., citando a *Merrill Lynch v. Bobker*, 808 F.2d 930, 933 (2d Cir. 1986); y *Greenberg v. Bear, Stearns & Co.*, 220 F.3d 22, 28 (2d Cir. 2000), *cert. denegada*, 531 U.S. 1075, 121 S.Ct. 770, 148 L.Ed. 2d 669 (2001).

⁽⁵⁰⁾ *Duferco Int'l Steel*, 333 F.3d en 390 [citando *Westberke Corp. v. Daihatsu Motor Co. Ltd.*, 304 F.3d 200, 209 (2d Cir. 2000)]; *Merrill Lynch*, 808 F.2d en 934.

⁽⁵¹⁾ *Duferco Int'l Steel*, 333 F.3d en 390.

⁽⁵²⁾ *Ver, por ejemplo*, *Willemijn Houdstermaatshaepij, B.V. v. Standard Microsystems Corp.*, 103 F.3d 9, 13 (2d Cir. 1997) [citando la cuestión de *Andros Compañía Marítima, S.A. de Kissavos*, 579 F.2d 691, 704 (2d Cir. 1978)].

se deben considerar. Inicialmente, sólo la ley que las partes comunicaron a los árbitros serán analizadas con el propósito de llegar a una conclusión con respecto al conocimiento de la ley por parte de los árbitros que presuntamente hicieron caso omiso intencionalmente. Segundo, la presunción de conocimiento e intención de hacer caso omiso se vinculará a los árbitros para fines de este análisis cuando se haya determinado que las partes no instruyeron a los árbitros en cuanto a los principios legales en cuestión, pero en que la índole y el carácter del error era tan obvio e incontrovertible que sería un afronte a la razón no reconocerlo como capaz de ser reconocido por una persona promedio calificada para ser miembro de un panel arbitral⁽⁵³⁾.

Desde el fallo del Segundo Circuito en *Duferco v. Int'l Steel Trading v. T. Klav-*

veness Shipping A/S, ese Tribunal, hasta la fecha⁽⁵⁴⁾, ha revisado un total de *doce casos* concernientes a peticiones para revocar laudos arbitrales (excluyendo *Duferco*) basado en la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley⁽⁵⁵⁾. Cuando se incluye *Duferco*, entonces el total de *trece casos* y exactamente *once laudos* han sido reiterados a pesar del reto que representa la manifiesta indiferencia de la ley⁽⁵⁶⁾. Un caso fue reenviado⁽⁵⁷⁾, y el laudo fue revocado basado en la manifiesta indiferencia de la ley en otra acción⁽⁵⁸⁾. *Dos casos* parecen ser de particular interés: *Wallace v. Buttar y Hardy v. Walsh*.

En *Wallace v. Buttar*, el Tribunal enmarcó la cuestión como un caso que “*plantea interrogantes con respecto al alcance de la revisión del tribunal federal de una decisión emitida por un panel arbitral*”⁽⁵⁹⁾. Bastante notable, el Segundo Circuito ob-

(53) *Ibidem*.

(54) 10 de junio de 2008 (El primer cumpleaños de mi hija).

(55) *Ver Bernhard Porzig v. Dresdner, Kleinwort, et al.*, 2007 U.S. App. LEXIS 18674 (2d Cir. 2007); *IMC Maritime Group, Inc., et al. v. Russian Farm Community Project*, 2006 U.S. App. LEXIS 4088 (2d Cir. 2006); *Alicia Nicholls v. Brookdale University Hospital & Medical Center, et al.*, 2006 U.S. App. LEXIS 26152 (2d Cir. 2006); *Bear, Sterans & Co. et al. v. 1109580 Ontario, Inc.*, 409 F.3d 87 (2d Cir. 2005); *Nutrition 21, Inc., v. Andrew Werthhim*, 2005 U.S. App. LEXIS 22223 (2d Cir. 2005); *Warren Hardy v. Walsh Manning Securities, LLC*, 341F.3d 126 (2d Cir. 2003); *IBAR Limited, et al. v. American Bureau of Shipping*, 2004 U.S. App. LEXIS 4273 (2d Cir. 2004); *Michael E. Wallace, et al. v. DALJIT Buttar, et al.*, 378 F.3d 182 (2d Cir. 2004); *Ralph Tobjy v. Citicorp*, 2004 U.S. App. LEXIS 22324 (2d Cir. 2004); *Richard Hoeft, et al., v. MVL Group, Inc., et al.*, 343 F.3d 57 (2d Cir. 2003); *Banco de Seguros del Estado v. Mutual Marine Offices, Inc., et al.*, 344 F.3d 255 (2d Cir. 2003); *and Douglas Carpenter v. John E. Potter*, 2003 U.S. App. LEXIS 20947 (2d Cir. 2003).

(56) *Ver, por ejemplo, Alicia Nicholls v. Brookdale University Hospital & Medical Center*, 2006 U.S. App. LEXIS 26152 (2d Cir. 2006); *IMC Maritime Group, Inc. v. Russian Farm Community Project*, 2006 U.S. App. LEXIS 4088 (2d Cir. 2006); *Nutrition 21, Inc. v. Andrew Wortheim*, 2005 U.S. App. LEXIS 22223 (2d Cir. 2005); *Bear, Stearns & Co. v. 1109580 Ontario, Inc.*, 409 F.3d 87 (2d Cir. 2005); *Ralph Tobjy v. Citicorp.*, 2004 U.S. App. LEXIS 22324 (2d Cir. 2004); *Michael Wallace, et al. v. Daljit Buttar, et al.*, 378 F.3d 182 (2d Cir. 2004); *IBAR Ltd., et al. v. American Bureau of Shipping*, 2004 U.S. App. LEXIS 4273 (2d Cir. 2004); *Duferco Int'l Steel Trading v. Klavness Shipping*, 333 F.2d 383 (2d Cir. 2003); *Richard Hoeft, et al. v. MVL Group, Inc., et al.*, 343 F.3d 57 (2d Cir. 2003); *Banco de Seguros del Estado v. Mutual Marine Office, Inc., et al.*, 344 F.3d 255 (2d Cir. 2003); *y Douglas Carpenter v. John Potter*, 2003 U.S. App. LEXIS 20947 (2d Cir. 2003).

(57) *Ver Warren Hardy v. Walsh Manning Securities, LLC*, 341 F.3d 126 (2d Cir. 2003).

(58) *Bernhard Porzig v. Dresdner, Kleinworth, et al.*, 2007 U.S. App. LEXIS 18674 (2d Cir. 2007).

(59) *Wallace*, 378F.3d en 378.

serva que el caso es resuelto mediante la “aplicación del principio familiar de que el alcance de tal revisión es sumamente restringido”. El Tribunal agrega, además, que “(e)sto es especialmente cierto con respecto a la evaluación de un panel arbitral de si las pruebas documentales y testimoniales que se le han presentado son suficientes para satisfacer una reclamación legal en particular”⁽⁶⁰⁾. El Tribunal luego expuso la observación extraordinaria de que “(l)os jueces de distrito federales son, desde luego, sumamente diestros en materia de pesar las pruebas. Como se ilustra por el resultado al que hemos llegado aquí, no obstante, los jueces de distrito deben poner a un lado estas destrezas un lado cuando se enfrentan a la cuestión de si una decisión emitida por un panel arbitral debe ser confirmada”⁽⁶¹⁾.

La historia procesal y los hallazgos del tribunal de distrito claman por un examen razonado. El peticionario, los Buttar, instituyeron un proceso de arbitraje con la National Association of Securities Dealers, Inc., (NASD), nombrando a Montrose y Winston como demandados. La declaración de la reclamación se basó en afirmaciones alegando declaraciones falsas concernientes a una oportunidad de inversión en particular que incluía una declaración alegadamente fraudulenta en cuanto a rendimientos garantizados dentro de un período de tiempo de dos meses como resultado de invertir en la compañía en cuestión. Una declaración en-

mendada de la declaración fue presentada a la NASD que contenía afirmaciones basadas en hechos idénticas a las que fueron afirmadas en la declaración inicial de la reclamación, pero nombrando a Michael Wallace, David Jacaruso y Joseph Scotti como demandados, además de los demandados originales Montrose y Winston⁽⁶²⁾. El panel arbitral condujo una audiencia de tres días respecto a la reclamación de Buttar aunque todas las partes del arbitraje fueron representadas por abogados, Winston Jacaruso y Scotti no comparecieron personalmente a la audiencia arbitral final⁽⁶³⁾. Los Buttar suministraron al panel un memorando posterior a la audiencia que supuestamente exponía los preceptos rudimentarios de “responsabilidad de la persona de control” bajo las leyes de Carolina del Norte y federales. Wallace y Jacaruso, por medio de sus abogados, también presentaron memorandos posteriores a la audiencia, pero la misma carecía virtualmente de ningún tipo de análisis legal, aunque el Segundo Circuito observó que era “notable por sus uso de invectiva”⁽⁶⁴⁾.

El panel consideró que las pruebas se caracterizaban como “ni existentes ni abrumadoras”, concernientes al Estado de Wallace, Jacaruso y Scotti como “personas de control”⁽⁶⁵⁾, junto con el testimonio de un corredor bursátil que testificó que al ser empleado en Montrose, Winston le urgió que invirtiera en títulos valores pertenecientes a la compañía en

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*. 185.

⁽⁶³⁾ Wallace también fue representado por abogado y testificó por teléfono.

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*. 186.

cuestión. El corredor testificó, además, con respecto a su creciente preocupación de que los corredores en Montrose “*estaban siendo forzados (por Winston) a comprar (...) títulos valores que ellos no querían comprar para sus clientes*”⁽⁶⁶⁾.

La NASD emitió a todas las partes el laudo arbitral, en parte, afirmando que el panel “no hizo ninguna determinación con respecto a las reclamaciones afirmadas contra Montrose, pero que la suspensión⁽⁶⁷⁾ “no aplica a los demandados Winston, Wallace, Scotti y Jacaruso”⁽⁶⁸⁾.

Los Buttar presentaron una acción legal en el Tribunal de Distrito de EE.UU. para el Distrito Este de Carolina del Norte solicitando confirmación del Laudo. Cuatro días más tarde, Wallace, Jacaruso y Scotti presentaron acciones para revocar el laudo en el Tribunal de Distrito de EE.UU. para el Distrito Sur de Nueva York. Los Buttar desestimaron voluntariamente su acción de confirmación en Carolina del Norte y radicaron una reconvencción para confirmación del Laudo en el proceso de Nueva York⁽⁶⁹⁾. El tribunal de distrito otorgó las peticiones de revocar el laudo y denegó la reconvencción para confirmar el laudo⁽⁷⁰⁾. El tribunal de distrito entendió que era “indisputable que Winston, un corredor empleado por Montrose, cometió una

violación principal de las leyes de valores, que Jacaruso y Scotti eran directores y accionistas de Montrose y Wallace era su presidente”⁽⁷¹⁾. En consecuencia, la única cuestión restante era si el panel habría podido determinar que Wallace, Jacaruso o Scotti eran responsables de los actos y omisiones de Winston.

Con respecto a este solo asunto, el tribunal de distrito determinó que el panel no habría podido sostener que Wallace, Jacaruso y Scotti eran responsables de las pérdidas de Buttar sin participar tanto en (i) manifiesta indiferencia de la ley como en (ii) manifiesta indeferencia de los hechos. En efecto, el tribunal de distrito sostuvo que no se presentaron nunca pruebas ante el Panel de las que se pudiera deducir que Wallace, Jacaruso o Scotti tenían la intención requerida para cometer fraude como copartícipes en el plan de Winston⁽⁷²⁾. Una revisión de la opinión del tribunal de distrito revela cómo el tribunal sucinta, pero elocuentemente, aborda esta cuestión:

“La totalidad de las pruebas (...) abrumadoramente indica que Wallace nunca trató con los Buttar; no conocía todos actos ilícitos en las cuentas de los demandados (y) no tenía el deber ni razón para educarse a sí mismo de la actividad en la cuenta de los Buttar”.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁷⁾ El 7 de diciembre de 2001, el Tribunal de Distrito de los EE.UU. para el Distrito Sur de Nueva York había emitido una suspensión de todos los procedimientos legales contra Montrose de acuerdo con la Sección 362 (a) del Código de Quiebra, Título 11 del Código de Estados Unidos, sección 362 (a).

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*. 187.

⁽⁶⁹⁾ Winston no presentó una acción para revocar el laudo ni papeles en oposición a la reconvencción interpuesta por Buttar para confirmar el laudo.

⁽⁷⁰⁾ Ver *Wallace v. Buttar*, 239 F.Supp. 2d 388 (S.D.N.Y. 2003).

⁽⁷¹⁾ *Ibidem*. 188.

⁽⁷²⁾ *Ibidem*.

No hay pruebas de ninguna acción tomada por Jacaruso y Scotti en relación con la transacción mediante la cual Winston defraudó a los Buttar.

Claramente, los árbitros no hubieran podido determinar que Wallace, Jacaruso y Scotti tenían la intención requerida para defraudar a los Buttar sin manifiestamente haber hecho caso omiso de estas pruebas, o la falta de pruebas⁽⁷³⁾.

Por último, el Tribunal de Distrito también determinó que el Panel había manifiestamente hecho caso omiso de la ley al concluir que Wallace, Jacaruso y Scotti eran responsables como “personas de control”⁽⁷⁴⁾. Después de llevar a cabo un análisis bien sostenido y razonado de la autoridad abordando la manifiesta indiferencia de la ley y la “manifiesta indiferencia de las pruebas”, el Segundo Distrito re-vertió y reenvió el talismán conceptual que aparece como un tema recurrente en el análisis del Segundo Circuito que puede reducirse a dos palabras: “pruebas apa-

rentes”. Significativamente, el Tribunal recalzó que el Tribunal de Distrito había puesto considerable peso en la autoridad del Noveno Circuito⁽⁷⁵⁾ aplicando un análisis doctrinal de “manifiesta indiferencia de los hechos”, pero en la decisión emitida posterior a Wallace v. Buttar (la acción del Tribunal de Distrito) el mismo Noveno Circuito incontrovertiblemente afirmó que la “manifiesta indiferencia de los hechos no es un fundamento independiente para la revocación en este circuito”⁽⁷⁶⁾ En adición, en Coutee, el Noveno Circuito también subrayó que “no parece que ningún otro circuito haya adoptado la norma de manifiesta indiferencia de los hechos” y que el Segundo Circuito ha aclarado recientemente que Halligan⁽⁷⁷⁾ se basa, de hecho, en la norma ortodoxa de manifiesta indiferencia de la ley⁽⁷⁸⁾. En este respecto, el Segundo Circuito amplió y explicó el *dicta* y la *ratio decidendi* en Halligan declarando que en ese caso el Tribunal Arbitral simplemente no ofreció ninguna explicación para rechazar la recla-

(73) Wallace, 239 F.Supp. 2d en 394-395.

(74) *Ibidem*. 396.

(75) American Postal Workers Union AFL-CIO v. U.S. Postal Service, 682 F.2d 1280 (9Cir. 1982); Pacific Reinsurance Management Corp. v. Ohio Reinsurance Corp., 935 F.2d 1019 (9Cir. 1991).

(76) Coutee v. Barington Capital Group, LP, 336 F.3d 1128, 1133 (9Cir. 2003).

(77) Halligan v. Piper Jaffray, Inc., 148 F.3d 197, 202, 204 (2d Cir. 1998) (parece sostener la proposición de que un laudo arbitral puede ser revocado en base a una “manifiesta indiferencia de los hechos” cuando el laudo “corre contrario a ‘fuertes pruebas’ que favorecen a la parte que presenta la petición de revocar”. Citado por el tribunal de distrito en Wallace, 239 F. Supp. 2d en 392).

(78) Coutee, 336 F.3d en 1133. En efecto, el Segundo Circuito en Wallace anunció que la autoridad que adopta la interpretación en Halligan de que la manifiesta indiferencia de los hechos constituye un fundamento separado y distinto para revocar es errónea, citando a la siguiente autoridad como habiendo malentendido la regla en Halligan:

Ver, también, Hakula v. Deutsche Bank AG, 2004 U.S. Dist. LEXIS 8297, Número 01 Civ. 3366, 2004 WL 1057788 en *6 (*192) (S.D.N.Y. 11 de mayo de 2004); Gwynn v. Clubine, 302 F.Supp. 2d 151, 167-168 (W.D.N.Y. 2004); Ono Pharmaceutical Co. Ltd. v. Cortech, Inc., 2003 U.S. Dist. LEXIS 19556, Número 03 Civ. 5840, 2003 WL 22481379 en *2 (S.D.N.Y. 3 de noviembre de 2003); Tripi v. Prudential Securities, Inc., 303 F. Supp. 2d 349, Número 02 Civ. 6225, 2003 WL 22208351 en *3 (S.D.N.Y. 23 de septiembre de 2003); Raiola v. Union Bank of Switzerland LLC, 230 F. Supp. 2d 355, 357 (S.D.N.Y. 2002); GFI Sec. LLC v. Labandería, 2002 U.S. Dist. LEXIS 4932, Número 01 Civ. 00793, 2002 WL 460059 (**26) en *4 (S.D.N.Y. 26 de marzo de 2002); McDaniel v. Bear Stearns & Co., Inc., 196 F.Supp. 2d 343, 351 (S.D.N.Y. 2002).

mación, que había sido establecida con “pruebas abrumadoras” y admisiones esenciales de una parte contraria. Por lo tanto, el Segundo Circuito en Halligan “sostuvo que el tribunal de distrito había errado al confirmar el laudo debido a que las pruebas a favor del reclamante eran tan fuertes como para engendrar *la firme creencia de que los árbitros aquí manifiestamente hicieron caso omiso de la ley o de las pruebas, o de ambas*”⁽⁷⁹⁾. Por lo tanto, el hecho de que el tribunal de distrito confiara en la adopción del lenguaje de manifiesta indiferencia de las pruebas por el Noveno Circuito socavó la base normativa del fallo.

Además, el Segundo Circuito razonó que había un “fundamento *aparente*” bajo las leyes de Carolina del Norte de acuerdo con las cuales se puede atribuir responsabilidad a la persona de control. De forma similar, el Tribunal concluyó que “el laudo en su totalidad, por lo menos *aparente*, se basaba en los hechos y la ley como se presentaron al Panel”⁽⁸⁰⁾.

Wallace v. Buttar es un caso emblemático posterior a Duferco que aclara la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley, por lo menos en la medida de hacer hincapié en la necesidad del tribunal arbitral de encontrar un acto ilícito casi universal e intuitivamente reconocible en la aplicación de la ley al hecho y, en efecto, explicar que no hay tal doctrina como el precepto de “manifiesta indiferencia de los hechos”.

Un segundo caso posterior a Duferco que merece mencionarse es Hardy v. Walsh Manning Securities, LLC. Sin entrar en un análisis de los hechos que configuran el caso, se debe destacar la rareza procesal que se atribuyó a la afirmación del Segundo Circuito en parte y volver a enviar en parte. Curiosamente, el Tribunal había determinado que el laudo arbitral que se buscaba confirmar en ese caso no era susceptible a ejecución como fue escrito. El interrogante se convirtió, desde una perspectiva judicial, ¿qué debe hacerse? “El laudo en cuestión, según el Tribunal, (i) no contenía ningún razonamiento legal, (ii) adelantó una conclusión legal explícita susceptible sólo a una lectura creíble, y (iii) no descansa en una interpretación aparente de la ley”⁽⁸¹⁾. En consecuencia, el Tribunal se encontró reacio a anunciar que el Laudo es abiertamente nulo como estaba escrito (es decir, vacilante a concluir que el panel arbitral manifiestamente hizo caso omiso de la ley)”⁽⁸²⁾.

El Tribunal respondió su pregunta buscando una aclaración del laudo, pero no del tribunal de distrito. Sin duda, el lenguaje actual usado requiere un nuevo examen. “Aunque ciertamente no es el curso normal de las cosas, tenemos autoridad para reenviar al Panel para fines más amplios que una aclaración de los términos de un remedio específico. Esto es, tenemos la autoridad de solicitar una aclaración de si la intención del panel arbitral al emitir un laudo son pruebas de una manifiesta indiferencia de la ley”⁽⁸³⁾.

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem*. 192 (citando *Hallingan*, 148 F.3d en 204).

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*. 196.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*. 133.

⁽⁸²⁾ *Ibidem*. 133-34.

⁽⁸³⁾ *Ibidem*. 134 [citando *Americas Ins. Co. v. Seagull Compañía Naviera, S.A.*, 774 F.2d 64, 67 (2d Cir. 1985)].

4. ORDEN FUERA DEL CAOS: LA NECESIDAD DE UNA NORMA UNIFORME DE “MANIFIESTA INDIFERENCIA DE LA LEY” MÁS ALLÁ DE LA MERA INTUICIÓN

Desde 1980 hasta agosto de 2007, en exactamente veinticuatro casos se revocaron laudos arbitrales basado en la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley⁽⁸⁴⁾. Un análisis de esta autoridad refleja catorce principios fundamentales que parecen ser compartidos por todos, si no la mayoría de los casos.

Primero, la autoridad parece ser de una sola voz al sostener que un tribunal de distrito que revisa un laudo arbitral en el que se solicita la revocación debe realzar un proceso de novo. Segundo, los fundamentos en los que se puede predicar una revocación son sumamente estrechos y limitados a los que se estipulan en el Título 9 del Código de Estados Unidos, sección 10 (a) de la FAA. Tercero, los árbitros por operación de la ley no necesitan enunciar razones justificando sus conclusiones ni mantener un registro del proceso ya sea de manera simultánea o secuencial. Cuarto, un hallazgo

(84) Ver:

- (a) Tribunal de Apelaciones del Primer Circuito: S.D. Warren Co. v. United Paperworkers' Int'l. Union, 815 F.2d 178 (1st Cir. 1987);
- (b) Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito: Perma-Line Corp. of America v. Sign Pictorial and Display Union, 639 F.2d 890 (2d Cir. 1981); Halligan v. Piper Jaffray, et al, 148 F.3d 197 (2d cir. 2001); Wallace v. Buttar, 378 F.3d 182 (2d Cir. 2004); Berhard Porzig v. Dresdner, Kleinwort, et al., 2007 US App. LEXIS 18674 (2d Cir. 2007);
- (c) Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito: United States Steel and Carnegie Pension Fund, et al. v. John McSkimming, 759 F.2d 269 (2d Cir. 1985); Exxon Shipping Co. v. Exxon Seaman's Union, 993 F.2d 357 (3d Cir. 1993); Roadway Package System, Inc. v. Scott Kayser, 257 F.3d 287 (3d Cir. 2001); Pennsylvania Power Co. v. Local Union Número 272 of the Int'l Brotherhood of Electrical Workers, 276 F.3d 174 (3d Cir. 2001); Citgo Asphalt Refining Co. v. The Paper, Allied-Industrial, Chemical and Energy Workers Int'l Union Local Número 2-991, 385 F.3d 809 (3d Cir. 2004); Merck & Co., Inc. v. Paper Allied-Industrial, Chemical and Energy Workers Int'l Union, Local 2-86, 2007 U.S. App. LEXIS 13986 (3d Cir. 2007);
- (d) Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito: Patten v. Signator Ins. Agency, et al. 441 F.3d 230 (4th Cir. 2006);
- (e) Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito: Hughes Training, Inc., et al. v. Gracie Cook, et al., 254 F.3d 588 (5th Cir. 2001);
- (f) Tribunal de Apelaciones del Sexto Circuito: NCR Corp. v. Sack-Co., Inc., 43 F.3d 1076 (1995); Nationwide Mutual Ins. Co. v. Home Ins. Co., 330 F.3d 843 (6th Cir. 2003);
- (g) Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito: Young Radiator Co. v. Int'l Union, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America, 734 F.3d 321 (7th Cir. 1984);
- (h) Tribunal de Apelaciones del Octavo Circuito: Missouri River Services, Inc. v. Omaha Tribe of Nebraska, 267 F.3d 848 (8th Cir. 2001); Boise Cascade Corp. v. Paper Allied-Industrial, Chemical and Energy Workers (PACE), Local 7-0159, 309 F.3d 1075 (8th Cir. 2002); Gas Aggression Services, Inc. v. Howard Avista Energy LLC., et al., 319 F.3d 1060 (8th Cir. 2003);
- (i) Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito: American Postal Workers Union AFL-CIO v. United States Postal Service, 682 F.2d 1280 (9Cir. 1982); Coast Trading Co., Inc. v. Pacific Molasses Co., 681 F.2d 1195 (9Cir. 1982); Stead Motors of Walnut Creek v. Automotive Machinist Lodge Número 1173, 843 F.2d 357 (9Cir. 1988);
- (j) Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito: Montes v. Shearson Lehman Bros., Inc., 128 F.3d 1456 (11th Cir. 1997).

del tribunal de distrito de un error legal en nombre del tribunal arbitral, sin más, no constituye una causa legalmente obligatoria para una revocación. Quinto, aunque es claro en virtualmente cada circuito que la conducta que merece una revocación debe ser de índole y carácter “atroz”, existe cierta incertidumbre inherente en el término que fluye a los análisis legales concomitantes. Sexto, la interpretación de un tribunal arbitral de una cláusula ambigua en un contrato o acuerdo no dará lugar a una revocación. De hecho, los tribunales de revisión están comisionados con la obligación de interpretar cualquier ambigüedad en la interpretación del tribunal arbitral del contrato en cuestión a favor del carácter sustentable del laudo.

Además, en la medida en que la interpretación del tribunal arbitral de una disposición contractual pueda conducirse con incluso una pizca de “racionalidad”, dicho laudo será ratificado y desafiará los retos de revocación. Séptimo, una ocurrencia común presente en algunos circuitos es lo borroso de la distinción entre las causas para revocación estipuladas en el Título 9 del Código de Estados Unidos, sección 10 (a) de la FAA y la doctrina del Derecho consuetudinario de manifiesta

indiferencia de la ley. Octavo, en el contexto de los procesos arbitrales nacionales, se ha identificado mayor imparcialidad en la resolución de disputas cuando los árbitros son nombrados de listas que pertenecen a agencias de arbitraje independientes a diferencia de organizaciones que se regulan a sí mismas o SROs. Noveno, los tribunales sostienen al unísono que las partes están libres para estructurar las cláusulas de arbitraje como consideren conveniente. Décimo, los acuerdos (cláusulas) de arbitraje pueden ampliar la revisión judicial de un laudo arbitral más allá del alcance de la FAA⁽⁸⁵⁾. Decimosegundo, un tribunal de revisión puede enviar un laudo de regreso al tribunal arbitral en casos en que se determina que el laudo arbitral es ambiguo⁽⁸⁶⁾. Decimotercero, la carga de probar que los árbitros excedieron su autoridad es significativa y una que no se satisface plenamente⁽⁸⁷⁾. Decimocuarto y por último, un tribunal arbitral carece de discreción alguna para emitir un laudo que contenga un recurso que no está dispuesto en el contrato subyacente que contiene la cláusula de arbitraje⁽⁸⁸⁾.

A pesar de estos elementos compartidos, la autoridad que define los factores a ser considerados al revocar un laudo

⁽⁸⁵⁾ Gateway Tech., Inc. v MCI, 64 F.3d 993, 997 (5th Cir. 1995) [que sostiene que “(e)n este caso, no obstante, las partes acordaron contractualmente permitir la revisión ampliada del laudo arbitral por los tribunales federales. Específicamente, su contrato detalla que ‘(l)a decisión del arbitraje será definitiva y de acatamiento obligatorio para ambas partes, excepto que los errores de la ley estarán sujetos a apelación’. Tal modificación contractual es aceptable debido a que, como ha recalcado el Tribunal Supremo, el arbitraje es una criatura de un contrato y la política pro arbitraje de la FAA no opera independientemente de los deseos de las partes contratantes(...)].

⁽⁸⁶⁾ Cleveland Paper Handlers and Sheet Straighteners Union Número 11 v. E.W. Scripps Co., 681 F.2d 457 (6th Cir. 1982).

⁽⁸⁷⁾ Federated Department Stores, Inc. v. JVB Industries, Inc., 894 F.2d 862, 866 (6th Cir. 1990) [“dada la fuerte política federal a favor de hacer cumplir los acuerdos de arbitraje, (citas omitidas) la carga de probar que los árbitros excedieron sus poderes es muy grande”].

⁽⁸⁸⁾ Coast Trading Co. v. Pac Molasses Co., 681 F.2d 1195, 1198 (9Cir. 1982 (revocar el “laudo arbitral como contrario a los recursos dispuestos en el contrato” y rechazar la proposición de que el sometimiento posterior a la disputa modificó los términos contractuales).

basado en el Derecho consuetudinario de manifiesta indiferencia de la ley está muy lejos de ser uniforme. En efecto, incluso una revisión superficial de los casos más salientes de los distintos circuitos demuestra normas sustancialmente diferentes y, en algunas instancias, la prueba se confunde con las cuatro bases para la revocación codificadas en el Título 9 del Código de Estados Unidos, sección 10 (a). Esta confusión es particularmente prevaleciente donde la revocación se establece de nuevo en un hallazgo de que un tribunal arbitral excede el alcance de su autoridad⁽⁸⁹⁾. Las normas desiguales y a menudo contradictorias aplicadas en casos de revocación basada en la manifiesta indiferencia de la ley contribuyen a la creación de una categoría conceptual mal concebida y prácticamente basada en la *intuición*, lo que trae a la mente los criterios del Juez Stewart del Tribunal Supremo para una determinación de pornografía en violación de la Primera Enmienda; “Pero lo sé cuando lo veo”⁽⁹⁰⁾. Tan perspicaz como indudablemente pueda ser esta observación, la intuición subjetiva no desempeña ningún papel en la jurisprudencia analítica y, por ende, en el desarrollo doctrinal de los elementos fundamentales del arbitraje.

4.1. Halligan v. Piper Jaffray

Seis casos son emblemáticos del problema y, en cierta medida, sugieren una resolución práctica y teóricamente consistente⁽⁹¹⁾. Halligan v. Piper Jaffray, Inc.⁽⁹²⁾, es de bastante ayuda. Aquí, Irene Halligan (Sra. Halligan), en calidad de Albacea del Caudal Hereditario de Theodore Halligan (Halligan) apeló dos órdenes registradas por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York. Las órdenes, respectivamente, rehusaron revocar y confirmaron un laudo arbitral a favor de los demandados (colectivamente Piper). Halligan había alegado que los demandados habían dado por terminado su empleo en violación de la Ley de Discriminación en el Empleo por Cuestiones de Edad (ADEA), Título 29 del Código de Estados Unidos, sección 621 y siguientes. La segunda orden registrada desestimó la acción legal de la Sra. Halligan ante el tribunal federal basado en *res judicata* debido a que surgió de los mismos hechos de los de la reclamación de la ADEA en arbitraje. La Sra. Halligan basó su apelación en la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley⁽⁹³⁾.

⁽⁸⁹⁾ Véase el Título 9 del Código de Estados Unidos, sección 10 (a) (4).

⁽⁹⁰⁾ Jacobellis v. State of Ohio, 378 U.S. 184, 197 (1964).

⁽⁹¹⁾ Al inicio, la jurisprudencia que aborda esta preocupación debe determinar si un tribunal judicial de revisión debe llevar a cabo realmente una audiencia para presentar pruebas, más allá de sólo el examen de un laudo y del “registro del proceso de arbitraje” al aplicar esta doctrina de Derecho consuetudinario. Esta cuestión es particularmente relevante debido a los requisitos muy relajados concernientes a cualquier obligación legal por parte del tribunal arbitral (i) de crear una opinión indicando la razón fundamental de sus hallazgos, y (ii) de mantener cualquier registro. Se sugiere aquí que algunas, si no la mayoría, de las normas adoptadas por los diversos tribunales de circuito no pueden aplicarse *de forma significativa* sin una audiencia para presentar pruebas disponiendo el examen real del panel arbitral mismo. Por ejemplo, ¿debe interpretarse la “conciencia” de la ley aplicable que no se aplicó igual que el “conocimiento” de la autoridad relevante contenida al redactarse la jurisprudencia o la ley estatutaria? Estas interrogantes no tienen respuesta definitiva en los veinticuatro casos posteriores al período de 1980 a agosto de 2007 revocando laudos arbitrales basado en la manifiesta indiferencia de la ley.

⁽⁹²⁾ Halligan v. Piper Jaffray, Inc., 148 F.3d 197 (2d Cir. 1998).

⁽⁹³⁾ *Idem.* 198.

Específicamente, Halligan presentó una reclamación de ADEA, junto con otras declaraciones, a arbitraje ante un panel de árbitros de NASD. El registro sugiere que “(a)ntes de que pudiera completar su propio testimonio de repreguntas, sin embargo, su salud se deterioró y en 1995 los árbitros fueron notificados que Halligan no podría continuar testificando”⁽⁹⁴⁾. De acuerdo con la estipulación, su testimonio de repreguntas fue borrado del registro pero el testimonio del interrogatorio directo había estado sujeto a constrañimiento. Después de su fallecimiento, el arbitraje continuó.

Aún cuando el registro estaba repleto de pruebas apremiantes que sugerían discriminación debido a edad, diez hechos de pruebas fueron particularmente centrales al análisis del Segundo Circuito:

- (i) El demandado concedió en forma de una admisión de la parte en todo el proceso que Halligan estaba “básicamente calificado”;
- (ii) Halligan estaba clasificado quinto de un total de 25 vendedores de la institución;
- (iii) Mantuvo la clasificación número uno desde 1987 hasta 1991;
- (iv) El registro estableció que “consistentemente estaba entre los vendedores superiores (del demandado)”;
- (v) Él testificó que los demandados publicaban declaraciones discriminatorias recurrentes;

- (vi) Halligan tenía escritos contemporáneos concernientes a conversaciones relevantes;
- (vii) Durante el arbitraje, varios testigos testificaron haber escuchado a Halligan decir que lo “estaban despidiendo”;
- (viii) Numerosos testigos testificaron en nombre de Halligan que el personal del demandado había expresado su intención de despedir a Halligan debido a su edad;
- (ix) Aunque el personal del demandado negó haber hecho declaraciones discriminatorias, “su testimonio fue ocasionalmente inconsistente y ambiguo”; y
- (x) Halligan presentó el testimonio de clientes actuales y antiguos que consistentemente testificaron que él era uno de los mejores en su ramo⁽⁹⁵⁾.

El tribunal arbitral emitió un laudo que identificaba las respectivas reclamaciones y defensas de las partes, negando a Halligan ninguna reparación. “El laudo no contenía una explicación o razón del resultado”⁽⁹⁶⁾. La Sra. Halligan petitionó al tribunal de distrito una revocación de acuerdo con la Sección 10 (a) de la FAA afirmando, *inter alia*, que tanto las pruebas apremiantes como la clara norma requerían una determinación de manifiesta indiferencia de la ley por parte de los árbitros. El tribunal de distrito predicó su denegación de la petición para revocación y la orden corolaria confirmando un fallo de que “la determinación de lo que cons-

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem*. 198-99.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*. 200.

tituye 'pruebas directas' (de discriminación) (...) es muy difícil de tomar⁽⁹⁷⁾.

Al observar que los tribunales federales han experimentado un aumento en el escrutinio y controversia ateniendo al uso de los acuerdos de arbitraje previos a la disputa para fines de adjudicar reclamaciones estatutarias de discriminación en el empleo, tales como la aquí presente, el Segundo Circuito enunció lo que opinó que era la norma para la aplicación de la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley. En esta relación, enunció lo que "claramente significa más de un error o malentendido con respecto a la ley"⁽⁹⁸⁾. El Tribunal enunció, además, una norma predicada bipartita para la aplicación de la doctrina; "Un tribunal debe encontrar que (1) el árbitro sabía que había un principio legal que regía, pero rehusó aplicarlo o hizo caso omiso completamente del mismo, y (2) que la ley que los árbitros pasaron por alto estaba bien definida, era explícita y claramente aplicable al caso"⁽⁹⁹⁾.

Las dificultades que surgen de la aplicación de esta norma se incrementan y

multiplican en el contexto de un arbitraje de acatamiento obligatorio de disputas de discriminación en el empleo como una condición del empleo. Quizás no sorpresivamente, "(l)as agencias de arbitraje independientes principales han formulado las normas de debido proceso para la adjudicación de estas disputas". Sin embargo, "(l)as organizaciones de la industria que se regulan a sí mismas (SROs, por sus siglas en inglés) como ANSD han sido singularizadas para ser criticadas debido, entre otras razones, al papel que desempeñan al determinar el grupo de árbitros y seleccionar el árbitro que escuchará una reclamación de discriminación en particular contra una firma miembro del SRO, lo cual cuestiona la imparcialidad"⁽¹⁰⁰⁾. La implicación clara de probable imparcialidad podrá, en parte, ser responsable del escaso mantenimiento de registros y poco más que conclusiones formalizadas en los laudos. Por consiguiente, un tribunal de revisión enfrentaría la intimidante tarea de tratar de clasificar las pruebas aplicables en un esfuerzo por evaluar la aplicabilidad de la doctrina⁽¹⁰¹⁾.

(97) La opinión del Segundo Circuito recalca la narración de la razón fundamental principal del tribunal de distrito:

Además, el registro (...) no indica la conciencia del Panel, antes de sus determinaciones, de las normas para las cargas de la prueba (...) el Panel se encontró frente a la tarea de evaluar testimonios conflictivos de testigos y en el que no emitió una opinión. Yo (Juez Kimba Wood) no puedo concluir que el Panel de hecho hizo caso omiso de la carga de las pruebas de las partes (...) acreditar un testigo ocular sobre otro no constituye manifiesta indiferencia de la ley (...). *Citas internas y nota al pie de página omitidas. Ibidem.* en 200.

(98) *Idem.* en 202 (citas y citas internas omitidas).

(99) *Idem.* [citando *DiRussa v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 121 F.3d 818, 821 (2d. Cir. 1997), *cert. denegada*, 118 S. Ct. 695 (1998)].

(100) *Ibidem.*

(101) Sin duda, los tribunales federales han expresado considerable preocupación con esta cuestión. *Ver, por ejemplo, Cole v. Burns Int'l SEC. Serve*, 105 F.3d 1465, 1479 (D.C. Cir. 1997) ("A pesar del reciente endoso del Tribunal Supremo del arbitraje de las reclamaciones estatutarias, no obstante, las preocupaciones aún permanecen en cuanto a la habilidad del arbitraje de cumplir con las expectativas del Tribunal, particularmente en casos que involucran el arbitraje obligatorio de las reclamaciones estatutarias que se imponen como condición del empleo. De hecho, la Comisión de Iguales Oportunidades de Empleo ha asumido la posición de que tales acuerdos no se pueden hacer cumplir en varios casos que se encuentran en litigio

Al aplicar la norma y revertir el fallo del tribunal de distrito, el Segundo Circuito, además de las diez cuestiones salientes de presentación de pruebas aquí identificadas, subrayó dos observaciones. Primero, el registro fue concluyente al establecer “que los abogados de ambas partes generalmente estuvieron de acuerdo con respecto a la ley aplicable (y aún lo están en la apelación). Segundo, la ley dispositiva fue explicada a los árbitros”⁽¹⁰²⁾. El fallo específico y cuidadosamente formulado del Segundo Circuito merece un escrutinio minucioso. El Tribunal específicamente sostuvo que “(e)n vista de las fuertes pruebas de que Halligan fue despedido debido a su edad y el acuerdo de las partes de que los árbitros fueron correctamente informados de los principios legales aplicables, estamos inclinados a sostener que hicieron caso omiso de la ley, las pruebas, o ambas”⁽¹⁰³⁾.

El lenguaje del Tribunal es lo que no es claro en el *dicta* o lo que se sostiene realmente, a pesar del subsiguiente esfuerzo del Segundo Circuito de aclarar esta cuestión, aunque inocua al inicio, es par-

ticularmente desconcertante. Tres posibilidades reales están contenidas en el pronunciamiento de una sola oración. El Tribunal determina que está inclinado a revocar el laudo basado en la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley porque los árbitros “hicieron caso omiso de la ley”⁽¹⁰⁴⁾. El análisis no se detiene aquí. El Tribunal declara, además, que es posible que los árbitros también hayan sencillamente hecho caso omiso de las pruebas⁽¹⁰⁵⁾. No obstante, se sugiere una tercera situación. Es concebible que los árbitros hayan hecho caso omiso tanto de la ley como de las pruebas. Fue un pronunciamiento tripartito, se debe recordar, lo que condujo a numerosos tribunales a adoptar —ciertamente incorrectamente— una norma de “manifiesta indiferencia de los hechos” además de la doctrina de “manifiesta indiferencia de la ley”. Como se indicó anteriormente⁽¹⁰⁶⁾, no fue hasta seis años más tarde en *Wallace v Buttar* que el Segundo Circuito clasificó este lenguaje como “*dicta*” y repudió la “manifiesta indiferencia de los hechos” como una doctrina de Derecho consuetudinario que exige la revocación.

en todo el país”); y *Prudential Ins. Co. of Am. v. Lai*, 42 F.3d 1299, 1305 (9Cir. 1994) (que sostiene que los “apelantes no estaban obligados por ningún acuerdo válido a arbitrar esas disputas laborales, debido a que no contrataron a sabiendas para renunciar a sus recursos estatutarios a favor del arbitraje”).

⁽¹⁰²⁾ *Halligan*, 148 F.3d en 204 (citando a *De Gaetano v. Smith Barney, Inc.*, 983 F.Supp. 459, 563 (S.D.N.Y. 1997) [se recalcó que “incluso con una interpretación estricta del significado de manifiesta indiferencia, es (dudoso que) sea necesario para los árbitros declarar que estaban deliberadamente haciendo caso omiso de la ley. En efecto, es un verdadero reto para la imaginación concebir una situación en la que un tribunal arbitral admitiría hacer caso omiso deliberadamente de los preceptos legales aplicables. En el ámbito de las disputas arbitrales, no obstante, poco es imposible”).

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem* “Muy curiosamente, aunque los tribunales arbitrales no estén investidos con la obligación de mantener registros o diseñar laudos explicando el fundamento para sus hallazgos (basados en los hechos o legales), el tribunal sí declaró que (p)or lo menos en las circunstancias aquí, creemos que cuando un tribunal que revisa está inclinado a sostener que un panel de arbitraje manifiestamente hizo caso omiso de la ley, se puede tomar en cuenta la falta de los árbitros de explicar el laudo”.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ver*, número 444 (explicando *Wallace*, 378 F.3d 182).

Los puntos débiles de la opinión son sutiles, pero con contornos palpables. La prueba bipartita es demasiado abreviada para encontrar una aplicación universal a los procesos de arbitraje normales de hechos intensivos. Aunque el primer elemento habla de si los árbitros “conocían un principio legal que regía y aún rehusaron aplicarlo”, da por sentado el significado de la palabra “conocer” como un elemento esencial de la prueba. ¿Es “conocer” la ley aplicable para fines de la revocación bajo esta norma presente cuando las partes de hecho han proporcionado información sobre la jurisprudencia dispositiva? ¿Se puede deducir el conocimiento sólo de la información proporcionada por las partes como cuestión de Derecho? Nuevamente, ¿es “conciencia” lo mismo que “conocimiento” en el contexto de la aplicación de este régimen?

La segunda parte del primer elemento es igualmente confuso. Este pronunciamiento referencia dos conceptos en la disyunción: *rehusar* o *ignorancia*. “Rehusar” sugiere una indiferencia *intencional* de la ley. “Caso omiso” o “hacer caso omiso” de la ley es más cercano a una *negligencia* o imprudencia no intencional. Por lo tanto, por lo menos con respecto a este primer elemento, es razonable que la primera parte de la prueba se satisfará en una determinación inicial de que el tribunal arbitral de alguna manera conocía la ley pero no la aplicó al inexplicablemente no otorgarle *ningún* peso. Esta norma es dramáticamente más relajada y menos exigente que su contraparte disyuntiva –*rehusar*– que apremiantemente sugiere una intención deliberada de no usar lo que se conoce.

El primero y el segundo elemento deben ser satisfechos en la conjunción. El segundo elemento sencillamente usa la palabra “hizo caso omiso”. Esta construcción daría apoyo a una interpretación de la norma como satisfecha cuando los árbitros meramente actuaron “negligentemente” o “descuidadamente” al no aplicar los principios legales que rigen. El segundo elemento, no obstante, continúa requiriendo que el principio legal dispositivo debe ser “bien definido, explícito y claramente aplicable al caso”. Estas exigencias virtualmente elevan la aplicabilidad de los principios legales que rigen al nivel de un estatus de ciencia. No sería irrazonable aseverar que raramente los “principios que rigen” aplicables a cualquier proceso son (i) bien definidos, (ii) explícitos y, mucho menos, (iii) “claramente aplicables al caso”. Por cierto, particularmente en el contexto de la tradición del Derecho consuetudinario, el ejercicio de distinguir casos así como adaptarlos de forma análogo al patrón de los hechos en cuestión es raramente claro o explícito. La cuestión de “autoridad que rige” también plantea más preocupaciones que las que repara. De nuevo, especialmente en la rúbrica del Derecho consuetudinario, con frecuencia la autoridad se encuentra en otras jurisdicciones que no son aquellas en que las partes son seleccionadas. Aquí, cuando sólo existe la autoridad persuasiva, ¿puede aplicarse la norma bipartita?

4.2. New York Telephone Co. v. Communications Workers of America

El Segundo Circuito mismo abordó esta cuestión en *New York Telephone Co. v. Communications Workers of America Local 1100, AFL-CIO Distrito 1*⁽¹⁰⁷⁾. Allí,

(107) *New York Telephone Co. v. Communications Workers of America Local 1100, AFL-CIO District 1*, 256 F.3d 89 (2d Cir. 2001).

el Tribunal afirmó un fallo del Tribunal de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York revocando un acuerdo de arbitraje laboral registrado contra New York Telephone Co. (NY Tel) y denegando la petición interpuesta por NY Tel contra la planteada por la contraparte para sentencia sumaria solicitando confirmación. Después de una narración virtualmente en lenguaje normal de la deferencia otorgada a los laudos arbitrales y la norma de revisión *de novo* encomendada a los tribunales de revisión, el Tribunal destacó que “(e)l árbitro expresamente hizo caso omiso de (lo que sostuvo el Segundo Circuito) en *International Longshoreman’s Ass’n v. Seatrains Lines, Inc.*”⁽¹⁰⁸⁾ (cita omitida)” En vez de ello, el Segundo Circuito observó, el árbitro eligió confiar “en dos opiniones (más recientes) de fuera de este Circuito”⁽¹⁰⁹⁾. Por lo tanto, el Segundo Circuito sostuvo que la revocación era justificada porque ““(e)stas opiniones no eran la ley del (Segundo Circuito) y era por lo tanto manifiesta indiferencia de la ley’ que el árbitro rechazara *Seatrains* y aplicara otra regla”⁽¹¹⁰⁾.

Es de notar que en ningún lugar de la opinión hay *ninguna* referencia o cita de la prueba bipartita enunciada en *Halligan*. El Tribunal limitó su afirmación de manifiesta indiferencia de la ley a la causa restrictiva de que el árbitro dependió de una autoridad de un circuito distinto

—aunque había otra autoridad más moderna que la discutiblemente apropiada del Segundo Circuito— que sólo puede ser de naturaleza persuasiva. Aquí los elementos de “conocimiento”, o aplicación “intencional” de autoridad, “caso omiso” imprudente o negligente de la autoridad que rige, simplemente no desempeñaron ningún papel en el análisis. La aplicación de autoridad persuasiva sólo donde existen principios legales obligatorios significativamente relaja la norma de aplicación de la doctrina. La aplicación de autoridad persuasiva, sin más, tiende a sugerir un error legal en vez de una acción deliberada. Sin embargo, todos los circuitos sostienen al unísono que un error legal solo no provocará la aplicación de la doctrina.

4.3. *United States Steel and Carnegie Pension Plan v. John McSkimming*

Es absolutamente imperativa una mayor claridad incluso dentro de los mismos sofisticados tribunales de apelación.

El Tercer Circuito en *United States Steel & Carnegie Pension Fund, et al. v. John McSkimming*⁽¹¹¹⁾, revirtió un fallo del tribunal de distrito afirmando un laudo arbitral concerniente a una disputa laboral estatutaria bajo la disposición de ejecución de la Ley de Seguridad de Ingresos de Jubilación de Empleados (ERISA),

⁽¹⁰⁸⁾ Ver, por ejemplo, *International Longshoreman’s Ass’n v. Seatrains Lines, Inc.*, 326 F.2d 916 (2d Cir. 1964), y *New York Telephone*, 256 F.3d en 91.

⁽¹⁰⁹⁾ *New York Telephone*, 256 F.3d en 93 (citando *Washington Post v. Washington-Baltimore News Paper Guild, Local 35*, 787 F.2d 604 (D.C. Cir. 1986); *United Steelworkers of America v. United States Gypsum Co.*, 492 F.2d 713. Estos casos se decidieron hace veintidós años y diez años, respectivamente, después de *Seatrains*).

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem.* (citando a *Halligan*, 148, F.3d en 202). Notablemente, *Halligan* no aborda en ningún lugar la cuestión de si la autoridad persuasiva de otra jurisdicción, donde los principios legales que rigen la disputa están presentes en la jurisdicción en cuestión, constituye manifiesta indiferencia de la ley.

⁽¹¹¹⁾ *United States Steel & Carnegie Pension Fund, et. al v. John McSkimming*, 759 F.2d 269 (3d Cir. 1985).

Título 29 del Código de Estados Unidos, sección 1132 (1982). Al revertir el fallo y revocar el laudo en cuestión basado en la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley, encontramos incluso una tercera norma de revisión.

En esta causa, el Tribunal identificó la norma aplicable como una que requería que se sostuviera el laudo de un árbitro:

“Si la interpretación de cualquier manera racional puede derivarse del acuerdo, visto a la luz de su lenguaje, su contexto y cualesquiera otros indicios de la intención de las partes; sólo cuando existe una manifiesta indiferencia del acuerdo, totalmente sin apoyo de los principios de interpretación de contratos y la ley del negocio, puede un tribunal de revisión alterar el laudo⁽¹¹²⁾”.

Notablemente, aunque el Tercer Circuito adopta ampliamente esta norma, lo aplica inexplicablemente junto con otra norma, que absolutamente no tiene nada que ver con la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley, y tiene todo que ver con el Título 9 del Código de Estados Unidos, sección 10 (4), pero que el Tribunal ciertamente no trata como central a su razonamiento y el principio legal. En particular, subrayó que ““(s)i una decisión arbitral se basa ‘únicamente en la opinión del árbitro de los requisitos de la legislación promulgada’, en vez de en el (contrato), el árbitro ha ‘excedido el alcance

de la sumisión’, y no se hará cumplir el laudo”⁽¹¹³⁾.

Ambas normas enunciadas por el Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito merecen atención más estrecha. En la primera norma, se adopta una prueba de “racionalidad” de manera que, cualquiera que sea la conexión entre el laudo y el contrato laboral en cuestión que se interprete como *irracional*, corresponderá la revocación. Dicho de otra manera, esta norma parece corresponder a la proposición de que un laudo arbitral será afirmado a menos que no se pueda sostener bajo ninguna hipótesis legal racional. La norma es tan exigente que ciertamente permanece en relieve cuando se compara con dos pronunciamientos del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito aquí analizados en *Halligan* y *NY Tel.*

La segunda norma que el Tercer Circuito enuncia está polos opuestos de la primera y es algo difícil de clasificar ya que no está del todo claro que caiga dentro del ámbito de la manifiesta indiferencia de la ley o el Título 9 del Código de Estados Unidos, sección 10. La emisión de revocación en la determinación de que un árbitro basó un laudo en su interpretación de la legislación promulgada, en vez de en el texto del acuerdo operativo, es difícil conciliar como prueba con cualquiera de las tres normas precedentes ya revisadas. La interrogante entonces es: ¿si el error legal en la metodología aplicada constituye manifiesta indiferencia de la ley? ¿Seguiría la revocación de la misma

⁽¹¹²⁾ *Ibidem.* 270-71 [citando Ludwig Honold Mfg. Co. v. Fletcher, 405 F.2d 1123, 1128 (3d Cir.1969); United Food & Commercial Workers, Local 590 v. Great Atlantic and Pacific Tea Company, 734 F.2d 455, 457 (3d Cir. 1984); Sun Petroleum Prods. Co. v. Oil, Chemical and Atomic Workers, Local 8-901, 681 F.2d 924, 928 (3d Cir. 1982)].

⁽¹¹³⁾ *Ibidem.* 271.

base doctrinal si un árbitro llega al resultado correcto pero basado en el análisis incorrecto?

La falta de análisis en la enunciación de normas, el uso de precedente y la preunción adelantada sin arte alguno conducen a un mero relativismo subjetivo en la aplicación de la doctrina.

4.4. Incluso otro paradigma: *Patton v. Signature Ins. Agency*

En *Patton v. Signature Ins. Agency*⁽¹¹⁴⁾, el Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito identifica incluso una quinta norma para la aplicación de la manifiesta indiferencia de la ley. Allí el Tribunal declaró que la doctrina corresponde y se emitirá la revocación cuando el laudo arbitral “n(o) obtiene su esencia del acuerdo de arbitraje que rige”⁽¹¹⁵⁾. Distinguir entre “mala aplicación de la interpretación contractual” o “interpretación errónea”, en que ninguno de los fundamentos es suficiente para revocar un laudo⁽¹¹⁶⁾, el Tribunal designó una categoría que provoca la aplicación de la doctrina cuando un árbitro “modificó o alteró el acuerdo” y por lo tanto “actuó sin autoridad”⁽¹¹⁷⁾. Al alterar el acuerdo, dice el argumento, la “esencia del acuerdo” queda frustrada y por ende

surge una cuestión de “alcance” o “autoridad”, pero con un fundamento normativo de Derecho consuetudinario y no del Título 9 del Código de Estados Unidos, sección 10⁽¹¹⁸⁾.

El fundamento de “esencia del acuerdo” por manifiesta indiferencia de la ley es una norma intensiva basada en hechos y bastante subjetiva. Primero, presume que hay tal cosa como una *sola* “esencia” de un acuerdo. No es inusual que los contratos creen múltiples obligaciones de acatamiento obligatorio y objetivos incidentales. Además, con frecuencia es inusual, si no del todo imposible, distinguir entre repudiar la “esencia de un acuerdo” y simplemente malinterpretar, como una cuestión de interpretación contractual, los objetivos primarios y secundarios del contrato. Es significativo, además, la falta del Cuarto Circuito de sugerir, al enunciar la norma aplicable de manifiesta indiferencia de la ley, alguna necesidad para que los árbitros participen en una conducta irracional o extrema al ejecutar su obligación al interpretar el acuerdo operativo. La necesidad para el desarrollo doctrinal de esta prueba es inmediatamente obvio. Su desarrollo conceptual, no obstante, puede ser fomentado completamente por los varios otros paradigmas examinados. La amplificación de las cinco pruebas⁽¹¹⁹⁾

⁽¹¹⁴⁾ *Patton v. Signature Ins. Agency*, 441 F.3d 230 (4th Cir. 2006).

⁽¹¹⁵⁾ *Ibidem*. 237.

⁽¹¹⁶⁾ *Apex Plumbing Supply, Inc. v. U.S. Supply Co.*, 142 F.3d 188, 194 (4th Cir. 1998).

⁽¹¹⁷⁾ *Patton*, 441 F.3d en 236.

⁽¹¹⁸⁾ Citando a *Apex Plumbing Supply, Inc. v. U.S. Supply Co.*, la opinión explicó que: Aunque la norma de la “esencia del acuerdo” fue enunciada por primera vez por los tribunales que revisaban laudos de arbitrajes laborales, los tribunales generalmente han reconocido que esto también aplica a otros procesos arbitrales. *Ibidem*. 235.

⁽¹¹⁹⁾ Nos hemos abstenido intencionalmente de realizar un análisis de la revocación de laudos arbitrales basada en la premisa de “política pública”. No obstante, es crítico observar que los tribunales han discrepado, ciertamente en el contexto de disputas laborales, de si un laudo arbitral reinstalando a un empleado

ya examinadas es testimonio de algo de un marco de trabajo libremente interpretado, pero rico, en el cual crear e injertar en la norma de “la esencia del acuerdo” mayor rigor, universalidad y elementos que mejoren el valor profético de su aplicación.

Desde su origen e inicio en *Wilko v. Swan*, la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley, que se propone abordar la posibilidad que se puedan ejecutar los acuerdos de arbitraje y el alcance permitido en la revisión judicial de los laudos arbitrales, ha recibido la mayor cantidad de escrutinio doctrinal y conceptual en el contexto de disputas que surgen de contratos colectivos de trabajo. Aunque muchos de estos casos no entendieron las restricciones de la FAA para la revocación con la doctrina de Derecho Consuetudinario de manifiesta indiferencia de la ley, ha habido cierto esfuerzo por ajustar la doctrina para que satisfaga los hechos subyacentes específicos que comprenden el acuerdo en cuestión. Más específicamente y a manera de ejemplo, en el caso de disputas de empleo individuales, los tribunales han considerado tanto deseable

como lógico recalcar la ejecución estricta del acuerdo de arbitraje mientras promueve una revisión *de minimus* de los laudos arbitrales. La jurisprudencia sugiere que en el contexto de contratos de trabajo no colectivos en los que los individuos solicitan Derechos estatutarios que han sido promulgados por el Congreso, el arbitraje parece ser visto meramente como un sustituto del litigio. Por lo tanto, la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley, cuando se aplica a dichos casos, parece estar sujeta a una norma que tiene mayor proclividad para la revocación y para mejorar la intervención judicial en el proceso arbitral.

4.5. *Montes v. Shearson Lehman Bros. Inc.*: Un paradigma literal

Un ejemplo de una situación en la que la intervención judicial en forma de un tribunal de revisión que escudriña un laudo arbitral concerniente a los esfuerzos de un individuo privado por enjuiciar sus Derechos que surgen de la legislación promulgada a nivel federal, es decir, fuera del contexto de un contrato colectivo

despedido viola o no la política pública. *Ver, por ejemplo*, *American Postal Workers Union v. United States Postal Serv.*, 789 F.2d 1, 8 (D.C. Cir. 1986) (que sostiene que “(e)l laudo del árbitro no era ilegal en sí, porque no existe ninguna proscripción legal en contra de la reinstalación de una persona en calidad de agraviada. Y el laudo no tuvo de otro modo ningún efecto de ordenar una conducta ilegal); *Northwest Airlines, Inc. v. Airline Pilots Ass’n Intern.*, 808 F.2d 76,84 (D.C. Cir. 1987) (que sostiene que “siempre y cuando la Junta actúe dentro de su jurisdicción y su laudo obtenga su esencia del contrato colectivo de trabajo, y no contravenga la ley establecida ni requiera un acto ilegal, (cita omitida) y el precedente bajo la RLA exige que se hagan cumplir tales laudos”); las Opiniones de C/F que sostienen que los laudos arbitrales reinstalando a los empleados son susceptibles a revocación cuando se determina que los laudos son “inconsistentes con alguna política pública significativa” *E.I. Dupont de Nemours v. Grasselli Emp. Ass’n*, 790 F.2d 611, 616 (7th Cir.) [citando a Robert A. Gorman, *Labor Law Unionization and Collective Bargaining* (Sindicatos y contratos colectivos de trabajo bajo el Derecho laboral) en 597 (1976)], *cert. denegada*, 479 U.S. 853 (1986); *Iowa Elec. Light & Power Co. v. Local Union 204 of the International Brotherhood of Electrical Workers*, 834 F.2d en 1427 n. 2 (8th Cir. 1987) (que incorpora la misma prueba); véanse también *Board of County Commissioners v. L. Robert Kimball & Associates*, 860 F.2d 683, 686 (6th Cir. 1988) (que sostiene que la norma es “si la interpretación del árbitro del contrato pone en peligro (...) la política pública”), *cert. denegada*, 494 U.S. 1030 (1990); *United States Postal Service v. American Postal Workers Union*, 736 F.2d 822, 824 (1st Cir. 1984) (que rechaza la norma que requiere que el laudo y la cuestión violan la regla estatutaria). Para un análisis completo de esta división entre los circuitos, *ver Exxon Shipping Co. v. Exxon Seaman’s Union*. 993 F.2d 357, 363 (3d Cir. 1993).

de trabajo, reduciendo al mínimo el efecto obligatorio de un laudo arbitral, a la vez que aumenta al máximo la orden judicial al aplicar la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley, se detalla elocuentemente en el pronunciamiento del Undécimo Circuito en *Montes v. Shearson Lehman Bros., Inc.*⁽¹²⁰⁾ Además, esta opinión subraya la extrema necesidad de desarrollar una norma transparente, universalmente aplicable, para la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley. Como se demostrará con detalles considerables, después de trazar los bordes de una línea de jurisprudencia aplicando la doctrina, el Undécimo Circuito de hecho regresa a los principios más fundamentales en su esfuerzo por destilar el significado y, por ende, la aplicabilidad de la doctrina.

En *Montes*, la demandante Delfina Montes (*Montes*) estaba empleada en *Shearson Lehman Bros., Inc.* (*Shearson Lehman*) donde en adición a un requisito de descripción de trabajo de cuarenta horas semanales, ella excedió el umbral de cuarenta horas con la expectativa de recibir pago por horas extras. Interessantemente, *Shearson Lehman* afirmó que “aunque *Montes* trabajó más de las cuarenta horas a la semana que ella registró en sus tarjetas de horas, ella estaba exenta de la “(Ley de Normas Equitativas del Trabajo), Título 29 del Código de Estados Unidos,

sección 201 y siguientes, los requisitos de pago de horas extras de la FLSA, debido a que ella tenía un puesto “administrativo” o “ejecutivo”⁽¹²¹⁾. Al irse de *Shearson Lehman*, *Montes* presentó una acción legal solicitando el pago de horas extras basado en la FLSA. *Shearson Lehman* cambió la acción al Tribunal de Distrito Federal para el Distrito Sur de Florida. El tribunal de distrito remitió el caso a arbitraje y la junta de arbitraje emitió un laudo denegando a *Montes* reparación alguna y a favor de *Shearson Lehman*. Después de peticionar al tribunal de distrito que revocara la decisión de la Junta sin ningún éxito, *Montes* apeló al Undécimo Circuito⁽¹²²⁾.

Aunque en la apelación, *Montes* planteó numerosas causas para la reversión del fallo del tribunal de distrito y la emisión de una orden revocando la decisión de la Junta, el gravamen de la apelación se basaba en el argumento de que “el abogado de *Shearson* impropriadamente urgió a la junta de arbitraje que específicamente desestimara la FLSA para fallar a favor de *Shearson* y que la Junta aparentemente lo hizo”⁽¹²³⁾.

Luego de la narración preliminar de la norma de revisión *de novo* que rige, junto con las presunciones concedidas a los laudos arbitrales⁽¹²⁴⁾, el Tribunal, en-

⁽¹²⁰⁾ *Montes v. Shearson Lehman Bros., Inc.*, 128 F.3d 1456 (11th Cir. 1997).

⁽¹²¹⁾ *Ibidem*. 1456.

⁽¹²²⁾ *Ibidem*.

⁽¹²³⁾ *Ibidem*. *Montes* también basó su apelación en las declaraciones que indicaban que la decisión de la Junta fue “arbitraria, caprichosa y en violación de la política pública”. Además, ella retó la remisión del caso a arbitraje hecha por el tribunal de distrito. Basado en esto, el Undécimo Circuito sí afirmó el fallo del tribunal de distrito. *Ibidem*.

⁽¹²⁴⁾ El Tribunal se refirió a su fallo hecho cuatro años antes en *Brown v. Rauscher Pierce Refsness, Inc.*, 994 F.2d 1175 (11th Cir. 1993), en un esfuerzo por delinear “las circunstancias generales en las que se pueden revocar los laudos arbitrales:

contrando apoyo analítico en *Wilko v. Swan*, enunció que los árbitros no pueden ser revertidos por errores o declaraciones inexactas de la ley⁽¹²⁵⁾. En este respecto, la opinión provista de que “todo otro circuito, excepto el Quinto (que se ha negado a adoptar cualquier fundamento no estatutario para revocar laudos arbitrales)⁽¹²⁶⁾, ha reconocido expresamente que la ‘manifiesta indiferencia de la ley’ es una razón apropiada para revisar y revocar una decisión de un panel de arbitraje”⁽¹²⁷⁾. Es con respecto a este reconocimiento explícito de la doctrina que el Undécimo Circuito batalla para destilar de la autoridad material la(s) norma(s) aplicables que rigen para fines de consistencia doctrinal.

De hecho, esta opinión es emblemática de la falta patente de que un principio orientador establezca los elementos de la doctrina de una manera consistente y uniforme. El recurso del Tribunal a dicha autoridad fundamental como lo define el diccionario legal *Black's Law Dictionary* y el diccionario de la lengua inglesa *American Heritage Dictionary of the English Language* es testimonio de este vacío conceptual. En un esfuerzo por extrapolar una norma legal que rija la doctrina, realizando un análisis filológico-

co de forma muy superficial del *nombre* de la doctrina es, de hecho, algo impresionante. Aunque el Tribunal provee una premisa a este análisis con una advertencia de que existe la necesidad de “dar significado a la distinción hecha por el Tribunal Supremo en *Wilko* entre una interpretación errónea de la ley y una manifiesta indiferencia de la misma”, aún se debe entresacar esta distinción crítica, muy notablemente, revisando el significado lexicológico de plano del término. El análisis merece revisión en su totalidad.

El Undécimo Circuito sí comienza al principio notando que “(m)anifiesto” significa evidente a los sentidos, especialmente a la vista, obvio al entendimiento, evidente a la mente, no oscuro ni oculto, y es sinónimo de abierto, claro, visible, inequívoco, indudable, indisputable, evidente y patente. *Black's Law Dictionary*, 962 (6th Ed. 1990). Ver también *el American Heritage Dictionary of the English Language*, 794 (New College Ed. 1981) (“Claramente aparente a la vista o el entendimiento; obvio”)⁽¹²⁸⁾. En esta misma vena, el Tribunal analiza la palabra “indiferencia”. Aquí también usa el *Black's Law Dictionary* y *The American Heritage Dictionary of the English Language* para guía:

Nuestra revisión de laudos arbitrales comerciales es controlada por la Ley de Arbitraje Federal (FAA). Véase el Título 9, U.S.C.A., sección 1-16. La revisión judicial de laudos arbitrales bajo la FAA es muy limitada. *Booth v. Hume Publishing, Inc.*, 902 F.2d 925, 932 (11th Cir. 1990). La FAA supone que los laudos arbitrales serán confirmados, Título 9, U.S.C.A., sección 9, y enumera sólo cuatro bases estrechas para la revocación, nosotros hemos reconocido dos fundamentos adicionales no estatutarios en los que un arbitraje y caprichoso (citas omitidas). Segundo, un laudo arbitral puede ser revocado si la ejecución de los laudos es contraria a la política pública. (citas omitidas) (énfasis agregado).

(125) *Montes*, 128 F.3d en 1460.

(126) Debido a que la opinión del Undécimo Circuito en *Montes v. Shearson Lehman* fue emitida en 1997, obviamente no pudo haber tomado nota de *Hughes Training, Inc., et al. v. Gracie Cook*, 254 F.3d 588, 592 (que indica que “(u)n acuerdo de arbitraje puede por lo tanto expandir la revisión judicial de un laudo arbitral más allá del alcance de la Ley de Arbitraje Federal”).

(127) *Montes*, 128 F.3d en 1460.

(128) *Ibidem*.

“Indiferencia”, a su vez, significa “tratar algo como indigno de respeto o de reparo; no notar; dejar fuera de consideración; hacer caso omiso; pasar por alto; no observar”, (citas omitidas). “No prestar atención ni atender; no considerar; hacer caso omiso”. Una junta de arbitraje que interpreta la ley incorrectamente no ha manifiestamente hecho caso omiso de la misma. Sencillamente ha cometido un error legal. Para manifiestamente hacer caso omiso de la ley, *uno debe estar consciente de la ley y deliberadamente hacer caso omiso de la misma*”(129).

Armado con esta “norma”, el Undécimo Circuito concluye que debido a que los árbitros en el resumen del argumento del laudo identifican la defensa de la parte, junto con una ausencia completa de pruebas en el registro o en otros lugares “para indicar que no hicieron caso de esta defensa”, concluye que la doctrina corresponde y por ende revoca el laudo al revertir el fallo del tribunal de distrito(130).

Una lectura cuidadosa de la opinión en su totalidad apremiantemente sugiere que el Undécimo Circuito llegó al resultado correcto, pero basado en fundamentos doctrinales cuestionables. Aunque las consultas de diccionarios básicos sean de ayuda, son a duras penas una metodolo-

gía sugerida para identificar la diferencia conceptual entre un *error legal* y la doctrina de Derecho consuetudinario de *manifiesta indiferencia de la ley*. De seguro, un análisis más cuidadoso, jurisprudencial y útil que crearía *stare decisis* para ayudar a los abogados practicantes, los jueces, los jefes de la industria, los posibles reclamantes y los árbitros, todos de igual modo, comprende una lectura cuidadosa del precedente, en la búsqueda más pura de la tradición de Derecho consuetudinario para destilar y extrapolar de esa autoridad las diversas pruebas legales que han impulsado la aplicación de la doctrina. A pesar de la referencia explícita a la adopción de la doctrina por prácticamente todos los circuitos, destacando así su misma universalidad jurídica, el Tribunal abandona más bien severamente esta metodología y procede a consultar diccionarios. Además, el peso concedido a la ausencia de *ninguna* prueba en el registro ni en otros lugares dirigido a las cuestiones gemelas de *conocimiento e intención* es aún más incomprensible. Las afirmaciones positivas de las premisas negativas apenas han desempeñado un papel en las tradiciones del Derecho Consuetudinario o del Derecho Civil en la formación y la transformación de preceptos legales. Por el contrario, estas inferencias han sido históricamente criticadas, si no del todo repudiadas(131).

(129) *Ibidem.* (énfasis agregado).

(130) *Ibidem.* 1461-62.

(131) Ver, por ejemplo, FONTANA, David. *Refined Comparativism in Constitutional Law (Comparativismo refinado en el Derecho constitucional)*, 49 UCLA L. Rev. 539, 2001. Para fines de entereza, la integridad académica exige destacar que el Undécimo Circuito sí estudió el registro que comprende el examen de testigos con el propósito de determinar que Montes estaba correcta en afirmar que “debido a que carecía de autoridad para supervisar, ella (...) no cae dentro de la exención “exclusiva” de la FLSA” (cita omitida). Ver Montes, 128 F.3d en 1463-1464.

El análisis en ningún lugar propone conciliar alguna de las seis normas aquí revisadas de los Tribunales de Apelaciones del Segundo, Tercero y Cuarto Circuitos con su nuevo *séptimo paradigma* basado en un análisis de significado simple de la nomenclatura de la doctrina junto con referencias a la cita de una sola oración de casos en los que se abordó la cuestión de manifiesta indiferencia de la ley.

Las políticas fundamentales que rigen el arbitraje comercial internacional y el arbitraje nacional hacen claro que los procesos arbitrales:

- (i) principalmente, si no exclusivamente, conciernen la resolución de disputas particulares entre partes privadas,
- (ii) no comprenden la aplicación de la ley al hecho a fin de efectuar la administración equitativa de la justicia en el contexto de políticas públicas subyacentes promulgadas por un Estado soberano en el ejercicio de su soberanía a través de los distintos poderes del gobierno, especialmente el poder judicial y el legislativo,
- (iii) no constituyen un precedente obligatorio ni incluso persuasivo,
- (iv) contemplan una “revisión por el tribunal de apelación” sólo basada en los fundamentos más estrechos,
- (v) no están obligados por las reglas de administración judicial, de pruebas y, sólo en medida limitada, del procedimiento civil,
- (vi) no adjudican cuestiones de gran importancia política, tales como problemas constitucionales, *per se*, pero, de

hacerlo, sólo incidentalmente y sin trascendencia social,

- (vii) contemplan el papel que desempeña un árbitro como esencialmente distinto al de un juez,
- (viii) aseguran la jurisdicción basada en fundamentos contractuales y no legislativos,
- (ix) disfrutan de igual jerarquía con los procesos judiciales, y
- (x) establecen una relación única con el poder judicial de acuerdo con el cual los tribunales presuntamente asumen un papel subordinado diseñado para facilitar la resolución de disputas especiales por tribunales arbitrales en lugar de intervenir en el proceso arbitral a fin de influir substantiva y esencialmente en la resolución de la disputa en cuestión.

La naturaleza misma de los procesos judiciales, no obstante, urgen a los tribunales a buscar una base y fundamento normativo consistente con respecto a un precedente establecido que claramente elucida las normas legales aceptadas. Con respecto a la doctrina de Derecho consuetudinario de manifiesta indiferencia de la ley, este imperativo queda aún por cumplirse. Aunque no hay duda de que la brillantez y majestad inherente en el proceso de Derecho consuetudinario es identificable una vez que se ha hecho un esfuerzo por rastrear el desarrollo conceptual de la doctrina de la cláusula subordinada más bien abreviada dando lugar a la misma en *Wilko v. Swan*, a través de los veinticuatro casos desde 1980 hasta agosto de 2007 que han revocado los laudos arbitrales basado en

la aplicación de la doctrina, es necesario un mayor desarrollo doctrinal⁽¹³²⁾.

5. CONCLUSIÓN

Ni el argumento de debido proceso incorporado en el artículo V de la Convención y en la Sección 10 (a) (3) de la FAA que surge de la declaración de que el

tribunal arbitral impide a una parte presentar su caso al no considerar en absoluto que pruebas de la parte, ni el posible argumento de rehusar reconocer el lenguaje de una cláusula de arbitraje que aborda la proscripción del uso de la Sección 1782, han sido abordados por los tribunales ni los comentaristas a la fecha de redacción y publicación de este texto.

⁽¹³²⁾ Las siete pruebas exigen su narración:

Primero, el Segundo Circuito anunció que se aplique una prueba de dos elementos en la conjunción. De acuerdo con ese paradigma, la doctrina de manifiesta indiferencia de la ley corresponde cuando (i) un tribunal determina que el árbitro sabía que regía un principio legal, pero rehusó aplicarlo o hizo caso omiso del mismo en lo absoluto, y (ii) la ley que los árbitros hicieron caso omiso estaba bien definida, era explícita y claramente aplicable al caso.

Segundo, el Segundo Circuito también ideó una norma de acuerdo con la cual la aplicación de la doctrina sería justificada si en lugar de aplicar la ley substantiva de la jurisdicción competente, se aplica la autoridad persuasiva de otras jurisdicciones, independientemente de la naturaleza reciente de esa jurisprudencia. Dicho simplemente, sólo la ley positiva o la jurisprudencia conforme a la ley substantiva contenida en la cláusula de arbitraje puede precluir la afirmación de la doctrina. Significativamente, no hay ninguna autoridad reportada a partir de agosto de 2007 que hable de la cuestión de si la "autoridad persuasiva" de una jurisdicción que no sea la identificada en la cláusula de arbitraje daría lugar a la afirmación de la doctrina en una situación en la que la ley substantiva de la jurisdicción seleccionada por las partes y formalizada sin evasivas en la cláusula arbitral no es apropiada ni de otro modo tampoco se puede disponer plenamente de una cuestión material genuina que constituye un predicado para la administración equitativa de la justicia en el proceso arbitral.

Tercero, el Tercer Circuito enunció un paradigma basado en la norma de "racionalidad" o "una relación razonable". Específicamente, el Tribunal intentó enunciar la prueba de la forma siguiente:

Si la interpretación puede de cualquier manera racional derivarse del acuerdo, visto a la luz de su lenguaje, su contexto y cualesquiera otras indicaciones de la intención de las partes; sólo cuando hay manifiesta indiferencia del acuerdo, totalmente sin apoyo alguno de los principios de interpretación del contrato, puede un tribunal de revisión alterar el laudo.

Esta prueba se puede resumir sucintamente como que indica que un laudo arbitral no podrá revocarse de acuerdo con la doctrina si el lenguaje del acuerdo operativo puede ser sostenido como racional y coherente de acuerdo con cualquier hipótesis de ley razonable, lógica o preceptos de interpretación.

Cuarto, la doctrina corresponderá cuando se muestre que un laudo se emitió basado solamente en la opinión de los árbitros de los requisitos de la legislación, en vez de en el simple significado del contrato operativo.

Quinto, la prueba de "esencia del contrato" es recurrente en la jurisprudencia. El Cuarto Circuito, no obstante, explicó que la doctrina corresponde y la revocación se emitirá cuando el laudo arbitral no reciba su esencia del acuerdo de arbitraje que rige. Aquí los tribunales han tallado un espacio jurídico entre la "*mala aplicación de la interpretación contractual*" y la "*interpretación errónea*", ninguna de las cuales era suficiente para fines de anulación, cuando la revocación se justifica en presencia de una interpretación que completamente socava los principios reales y jurídicos en los que se fundamenta la cuestión del contrato.

Sexto, en el contexto de las peticiones de confirmación de la adjudicación concernientes a contratos colectivos de trabajo, a diferencia de contratos laborales individuales en los que las partes individuales solicitan que se hagan cumplir los Derechos estatutarios, el Cuarto Circuito también ha anunciado que se hará más hincapié en el papel que desempeña un tribunal judicial que revisa lo apropiado del laudo y el menor peso acordado a la presunción de propiedad correspondiente a un laudo arbitral y *la autonomía de la parte* al redactar el contrato subyacente. Lo contrario sería cierto en el contexto de contratos colectivos de trabajo. Las diferentes proclividades para revocar se elevan a nivel de una nueva norma en la revisión de una petición que solicita la confirmación de un laudo arbitral. Séptimo, el Undécimo Circuito introdujo un análisis lexicográfico rudimentario pero novedoso basado en la misma nomenclatura de la doctrina.

De igual modo, incluso en ausencia de cualquier referencia a la Sección 1782 en la cláusula de arbitraje en cuestión, el ejercicio de la discreción del tribunal arbitral a favor de impedir cualquiera y toda consideración de presentación de pruebas asegurada por una de las partes de acuerdo con la Sección 1782 en que la sede del arbitraje está fuera de la jurisdicción de Estados Unidos y sus territorios, también constituye un caso de primeras impresiones. Aunque la interpretación de paradigmas hipotéticos pueda facilitar un poco el análisis de los desarrollos doctrinales viables que, a su vez, puedan fomentar autonomía de la parte, valor profético, transparencia de la norma y certidumbre, la necesidad de un análisis sostenido en el desarrollo de la jurisprudencia es sencillamente indispensable.

La segunda metodología para intentar circunvenir el uso de la Sección 1782 en un arbitraje comercial internacional también se aborda mejor en la etapa de formación de la cláusula de arbitraje. Al acordar tener la sede del proceso arbitral en Estados Unidos o sus territorios, el elemento de “uso en un tribunal extranjero o internacional” de la Sección 1782 por definición no puede ser satisfecho como un “tribunal extranjero o internacional” dentro del significado del estatuto se re-

fiere a una jurisdicción no ubicada en Estados Unidos. Esta técnica, como sea ha explicado, también es susceptible a retos significativos. Más notable, la parte que busca procesar una petición de acuerdo con la Sección 1782 puede creíble y significativamente afirmar que a pesar de que la sede del arbitraje es en Estados Unidos o sus territorios, el proceso aún es de naturaleza y carácter “internacional” y, por lo tanto, se encuentra dentro de la parte dispositiva claramente contemplada del estatuto. La proposición afirmaría, además, que sostener lo contrario no es sino la exaltación de la forma sobre la sustancia.

El apoyo jurídico para esta proposición se puede encontrar en la definición extraordinariamente amplia de “internacional” contenida en el Capítulo 2 de la Ley de Arbitraje Federal (*FAA*), Título 9 del Código de Estados Unidos, sección 202⁽¹³³⁾. Esa disposición indica que un acuerdo de arbitraje cae dentro de la Convención (Capítulo 2 - Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, Título 9 del Código de Estados Unidos, Secciones 201-208) donde el acuerdo en cuestión concierne (i) bienes ubicados fuera de Estados Unidos, (ii) contempla ya sea el cumplimiento o la ejecución en el exterior, o (iii) tiene una “relación razonable”


(133) Cuando el Congreso ratificó la Convención en 1970, también promulgó la legislación para implementarla: el Título 9 del Código de Estados Unidos, Secciones 201-208. Dentro de este marco, sólo la Sección 202 ofrece una definición de un laudo que no es nacional. La Sección 201 simplemente implementa la Convención. La Sección 203 dispone la Jurisdicción Federal para todos los casos dentro de la parte dispositiva de la Convención. La Sección 204 determina la jurisdicción competente en la que dichos casos pueden presentarse.

La Sección 205 dispone la remoción de todos los casos que caen dentro de la Convención. La Sección 206 dispone que un tribunal de distrito federal adjudicará un proceso que surja de la Convención para ordenar o exigir el arbitraje. La Sección 207, de hecho, sirve como una ley de prescripción de tres años durante cuyo marco de tiempo una parte puede solicitar una orden de ejecución. La Sección 208 simplemente declara que la *FAA* aplica al proceso presentado de acuerdo con la Convención con el *provisio* de que el estatuto no estará en conflicto con la Convención ni con la legislación de implementación codificadas en las Secciones 202-207.

con un Estado extranjero⁽¹³⁴⁾. En consecuencia, tener ambos lenguajes proscibiendo el recurso a la Sección 1782 en un acuerdo de arbitraje y una disposición en cuanto a la sede del arbitraje, no asegura que una aplicación de la Sección 1782 no resulte como un componente importante de las leyes procesales que rigen la conducción del arbitraje.

Con respecto a esta metodología, la total ausencia de *cualquier* jurisprudencia o incluso comentarios que aborden la cuestión sólo destaca nuestra necesidad de considerar la paciencia como una virtud necesaria a medida que esperamos el desarrollo de la autoridad jurídica y académica.

Se sugiere aquí, e incluso se urge, que si el arbitraje comercial internacional va de hecho a servir como un puente conceptual que llene el vacío que un día será ocupado por los tribunales transnacionales de procedimiento civil, la integración

de preceptos doctrinales culturales cruzados constituirán un predicado muy deseado, si no del todo necesario. A pesar de una opinión académica mayoritaria que parece evitar la presentación de pruebas como se configura en las Reglas Federales de Procedimiento Civil en el contexto del proceso arbitral internacional, el análisis sostenido y la erudición seria demuestran que la presentación de pruebas al estilo de los Estados Unidos más aptamente concuerda, y realmente adelanta, los mismos principios que sirven de fundamento el arbitraje comercial internacional no sólo como una alternativa, sino realmente como una metodología preferida de resolución de disputas, al recurso judicial dentro del marco de las disputas a través de fronteras. Esta cuestión, no obstante, es mejor tratarla en un escrito por separado merecedor de su sobrecogedora estatura e importancia. Aspiraremos a la proverbial “próxima vez”. 

(134) El Capítulo 2 de la FAA, Título 9 del Código de Estados Unidos, sección 202, declara:

“Sección 202. Acuerdo o laudo que cae bajo la Convención.

Un Acuerdo o laudo arbitral que surja de una relación legal, ya sea o no contractual, que se considera comercial, incluyendo una transacción, contrato o acuerdo descrito en la Sección 2 de este título, cae bajo la Convención. Un acuerdo o laudo que surja de tal relación que es enteramente entre ciudadanos de los Estados Unidos se considerará que no cae bajo la Convención a menos que la relación involucre bienes ubicados en el exterior, contemple el cumplimiento o la ejecución en el exterior, o tenga alguna otra relación razonable con uno o más Estados extranjeros. Para fines de esta sección, una corporación es ciudadana de los Estados Unidos si está incorporada o tiene su sede comercial principal en los Estados Unidos”.

RECENT DEVELOPMENTS CONCERNING THE “WRITING” REQUIREMENT IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: A PERSPECTIVE FROM THE UNITED STATES

Por: C. RYAN REETZ (*)

SUMMARY: *1. Formal requirements under the united nations texts. 1.1. The New York Convention. 1.2. The UNCITRAL Model Arbitration Law. 1.3. Concerns and developments. 2. Formal requirements in the United States. 2.1. The U.S. Statutory Framework. 2.2. Interpretation of the “Written Agreement” Requirement Under the New York Convention. 2.3. Favorable national and local law concerning the writing requirement. 2.4. The writing requirement and non-signatories. 3. Relevance of the source of applicable law. 4. Conclusion.*

In recent years, courts, commentators, and practitioners have been devoting increased attention to the “writing” requirements of the New York Convention⁽¹⁾ and the UNCITRAL Model Arbitration Law⁽²⁾. Both the Convention and the Model Law require that an arbitration agreement be in writing if it is to be enforced, and both documents contain provisions explaining this requirement. With the increased acceptance and popularity

of international arbitration, UNCITRAL has recently considered whether the existing writing requirement presents too great an obstacle to arbitration, and has taken steps to liberalize the requirement so as to permit arbitration in a broader range of circumstances.

In contrast, the United States courts are presently divided in their approach to the writing requirement. Several courts

(*) Profesor en la Universidad de Miami. Instructor del Florida Regional Program of the National Institute for Trial Advocacy. Miembro del American Law Institute y de la International Bar Association. Socio de Squire, Sanders & Dempsey LLP., USA.

(1) United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, 21 U.S.T. 2517, T.I.A.S. Number 6997, 330 U.N.T.S. 38.

(2) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, U.N. Doc. A/40/17, Annex I (1985).

have construed the New York Convention's writing requirement very strictly, and have required that the written agreement be signed by both parties in order to be enforced. However, other courts have interpreted the writing requirement under U.S. domestic law (such as the Federal Arbitration Act) more liberally, so that agreements may be enforceable under the more favorable local law. Moreover, the U.S. courts have frequently enforced arbitration agreements at the request of, or against, third parties that were not signatories to the arbitration agreement. Although it generally appears that the application of these more favorable rules of national law will diminish the problems that may result from an overly-strict interpretation of the New York Convention, they may nevertheless lead to unintended consequences at the enforcement stage. Accordingly, they are a less-than-perfect substitute for a more liberal interpretation of the Convention's writing requirement.

1. FORMAL REQUIREMENTS UNDER THE UNITED NATIONS TEXTS

1.1. The New York Convention

The New York Convention's writing requirement is contained in article II of the Convention, which provides, in pertinent part:

1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a

defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.

2. The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

Article II concerns only the enforceability of agreements to arbitrate – not the enforceability of arbitral awards. In contrast, article III, which provides for the enforceability of arbitral awards, does not contain an independent requirement that the underlying agreement to arbitrate must have been in writing. However, article IV, which concerns the process of seeking recognition and enforcement, requires that the enforcing party supply "(t)he original (arbitration) agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof". Accordingly, it appears that article II's writing requirement is a prerequisite both for enforcement of the parties' agreement to arbitrate and for the recognition and enforcement of any resulting award⁽³⁾.

1.2. The UNCITRAL Model Arbitration Law

The writing requirement under the 1985 UNCITRAL Model Arbitration Law appears in article 7, which provides that:

1. "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined

⁽³⁾ See *Czarina, L.L.C. v. W.F. Poe Syndicate*, 358 F.3d 1286, 1290-92 (11th Cir. 2004).

legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

2. The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.

Although the Model Arbitration Law identifies additional circumstances in which an arbitration agreement shall be deemed to be in writing –e.g., incorporation by reference and failure to object during arbitration– the requirement’s central focus, like that of the New York Convention, is on an agreement “signed by the parties” or reflected in an exchange of written documents.

1.3. Concerns and developments

In 1998, in connection with the fortieth anniversary of the New York Convention, UNCITRAL decided to examine whether there were any legal issues under the Convention with respect to which additional work would be desirable and feasible⁽⁴⁾. After considering input from various sources, UNCITRAL identified several areas for additional study, including the Convention’s writing requirement⁽⁵⁾. It was noted that the writing requirements of the Convention and Model Arbitration Law were “widely considered” to be “regarded as outdated”⁽⁶⁾, and that some restrictive court interpretations of the requirement were “no longer in accord with international trade practice”⁽⁷⁾. However, it was recognized that revising the Convention itself to address these concerns might prove difficult in practice and carry unintended consequences. As a result, several additional possible means of effectuating proposed changes to the writing requirement were considered, including an additional protocol to the Convention, revision of model legislation such as the Model Arbitration Law, or even a separate convention for circumstances in which the Convention’s writing requirement was not met⁽⁸⁾.

After extensive study and deliberation by the appropriate working group, in 2006 UNCITRAL adopted its working

⁽⁴⁾ Report of UNCITRAL on the Work of its Thirty-First Session, U.N. Doc. A/53/17, 235 (1998).

⁽⁵⁾ UNCITRAL Report on the Work of its Thirty-Second Session, U.N. Doc. A/54/17, 333-80 (1999); UNCITRAL Secretariat Note, “Possible Future Work in the Area of International Commercial Arbitration”, U.N. Doc. A/CN.9/460 (1999); UNCITRAL Report on the Work of its Thirty-First Session, U.N. Doc. A/53/17, 235 (1998).

⁽⁶⁾ UNCITRAL Report on the Work of its Thirty-Second Session, U.N. Doc. A/54/17, 344 (1999).

⁽⁷⁾ UNCITRAL Secretariat Note, “Possible Future Work in the Area of International Commercial Arbitration”, U.N. Doc. A/CN.9/460, 26 (1999).

⁽⁸⁾ UNCITRAL Report on the Work of its Thirty-Second Session, U.N. Doc. A/54/17, 347-50 (1999).

group's recommendations to address the writing requirement through two separate measures. First, UNCITRAL adopted declarations recommending particular interpretations of articles II(2) and VII(1) of the Convention. Second, the Model Arbitration Law's writing requirements were liberalized to provide for a broader range of disputes subject to arbitration.

With respect to the New York Convention, UNCITRAL recommended that article II(2) "be applied recognizing that the circumstances described therein are not exhaustive" - reflecting the Convention's use of the open-ended phrase "shall include" in elaborating upon the writing requirement. UNCITRAL further recommended that article VII(1) of the Convention "should be applied to allow any interested party to avail itself of rights it may have, under the law or treaties of the country where an arbitration agreement is sought to be relied upon, to seek recognition of the validity of such an arbitration agreement"⁽⁹⁾. Under this proposed interpretation, parties that could not meet the strict writing requirement under the article II of the Convention should nevertheless be permitted to compel arbitration if their arbitration agreement was enforceable under more favorable provisions of national law⁽¹⁰⁾.

As for the Model Arbitration Law, article 7 was revised to offer two possible options, each of which provided for a broader scope of arbitration. Option I

provides for a more liberal definition of "writing" that completely eliminates the requirement of a signature and focuses instead on whether the terms of the arbitration agreement have been sufficiently recorded:

3. *An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.*
4. *The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference; "electronic communication" means any communication that the parties make by means of data messages; "data message" means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.*
5. *Furthermore, an arbitration agreement is in writing if it is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other.*

⁽⁹⁾ Annex II to UNCITRAL Report on the Work of its Thirty-Ninth Session, U.N. Doc. A/61/17 (2006).

⁽¹⁰⁾ Read literally, the "savings clause" provisions of Article VII(1) appear to apply only to the recognition and enforcement of arbitral awards, not arbitration agreements:

The provisions of the present Convention shall not (...) deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.

6. *The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract*⁽¹¹⁾.

Even more radically, Option II eliminates the writing requirement altogether:

“Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not⁽¹²⁾.

Although UNCITRAL’s interpretive guidance for the New York Convention may not prove terribly effective in modernizing the application of the writing requirement, the revisions to article VII of the Model Arbitration Law, if widely adopted, are likely to contribute considerably to that modernization⁽¹³⁾.

2. FORMAL REQUIREMENTS IN THE UNITED STATES

2.1. The U.S. Statutory Framework

Unfortunately, the Model Arbitration Law has not yet gained widespread acceptance in the United States. Most aspects of international arbitration are a matter of (national) federal law and are governed by the Federal Arbitration Act (FAA), 9 U.S.C. § 1 *et seq.*, and by applicable treaties such as the New York Convention. The FAA substantially predates the UNCITRAL Model Law, and the texts of the two laws are not closely related. At the state level, the Model Arbitration Law has been adopted only by the U.S. States of California⁽¹⁴⁾, Connecticut⁽¹⁵⁾, Illinois⁽¹⁶⁾, Louisiana⁽¹⁷⁾, Oregon⁽¹⁸⁾, and Texas⁽¹⁹⁾ – and none of those states have yet adopted either version of revised article 7⁽²⁰⁾. As a result, UNCITRAL’s revisions of article VII of the Model Arbitration Law do appear to have had much effect upon application of the writing requirement in the United States.

⁽¹¹⁾ Annex I to UNCITRAL Report on the Work of its Thirty-Ninth Session, U.N. Doc. A/61/17, Article VII, Option I (2006).

⁽¹²⁾ *Id.*, article VII, Option II.

⁽¹³⁾ But see Boo, Lawrence. *The Writing Requirement in Contemporary Practice: Is There Really a Need for Change, Dispute Resolution International*, may 2008. at 75-83 (forthcoming) (arguing that written arbitration agreements are the best evidence of parties’ consent to arbitrate, and that abolition of the writing requirement could lead to courts trying evidentiary disputes over the making of an arbitration agreement in determining whether to recognize a resulting award under the New York Convention).

⁽¹⁴⁾ Cal. Code Civ. P. §§ 1297.11 *et seq.*

⁽¹⁵⁾ Conn. Gen. Stat. §§ 50a-100 *et seq.*

⁽¹⁶⁾ 710 Ill. Comp. Stat. 30/1-1 *et seq.*

⁽¹⁷⁾ La. Rev. Stat. Ann. § 9:4241 *et seq.*

⁽¹⁸⁾ Or. Rev. Stat. Ann. § 36.450 *et seq.*

⁽¹⁹⁾ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 172.001 *et seq.*

⁽²⁰⁾ The international arbitration statute for the U.S. Territory of Guam is also based on the UNCITRAL Model Law – but similarly does not include revised language for Article 7. See 7 Guam Code Ann. § 42101 *et seq.*

2.2. Interpretation of the “written agreement” requirement under the New York Convention

Although the U.S. courts do not yet appear to have applied the new provisions of revised article VII of the Model Arbitration Law, they have had the opportunity to interpret the writing requirement of the New York Convention. In particular, several decisions have interpreted article II(2)’s language providing that the term “‘agreement in writing’ shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams”.

The quoted language appears to be susceptible of several different interpretations. One potential interpretation is based upon the Article’s use of the open-ended language “‘agreement in writing’ *shall include (...)*”, as opposed to more closed-ended language such as “‘agreement in writing’ *is defined as (...)*” This use of open-ended language implies that the Article’s list of specific examples of written agreements is not an exclusive list, and that other types of writings may also satisfy the requirement⁽²¹⁾. However, at least one court has rejected this argument. In *Chloe Z Fishing Co. v. Odyssey Re (London) Ltd.*, 109 F. Supp.2d 1236, 1245-46 (S.D. Cal. 2000), the court explained that:

“the phrase “shall include” is not plainly indicative of (this) interpretation, since it is equally plausible that the word “shall” leaves courts

with little discretion in defining an “agreement in writing” and directs that each “agreement in writing” must include the elements that follow (...). Therefore, consistent with the applicable cases, article II section 2 does not outline the minimum but the mandatory requirement of what constitutes an “agreement in writing” under the Convention”.

In addition to the question of whether article II(2)’s list of written agreements is an exhaustive one, U.S. courts have considered whether the *signature* requirement in article II(2) applies to contracts that contain an arbitration clause, or only to independent agreements to arbitrate. The English-language version of article II(2) is ambiguous as to whether the phrase “signed by the parties” applies only to the words “an arbitration agreement”, or whether it also applies to the words “an arbitral clause in a contract”. At least one court has decided that the signature requirement applies only to an independent arbitration agreement, so that a “written agreement” under article II(2) exists if there is (1) an arbitral clause in a contract, (2) an arbitration agreement signed by the parties, or (3) an arbitration agreement contained in an exchange of letters or telegrams⁽²²⁾.

However, most U.S. courts that have considered the issue—including the U.S. Courts of Appeals for the Second and Third Federal Circuits—apply the Convention’s signature requirement to *both* independent arbitration agreements

⁽²¹⁾ This is the interpretation recently recommended by UNCITRAL: “that the circumstances described (in Article II) *are not exhaustive*”. Annex II to UNCITRAL Report on the Work of its Thirty-Ninth Session, U.N. Doc. A/61/17 (2006) (emphasis added).

⁽²²⁾ See *Sphere Drake Inc. PLC v. Marine Towing*, 16 F.3d 666, 667-69 (5th Cir. 1994).

and contracts containing arbitration clauses – so that a contract that contains an arbitration clause, but has not been signed by the respondent, is not an “agreement in writing” under article II(2). In the leading case, *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*, 186 F.3d 210 (1999), the court considered factors such as (a) the placement of the comma before the word “signed” (rendering inapplicable the rule of statutory construction known as the “doctrine of the last antecedent”), (b) the language of the other official texts of the Convention (in French, Spanish, Chinese, and Russian), and (c) the drafting history of the Convention by the relevant U.N. working group. The court placed great weight on the Spanish and French versions of the Convention, which used the plural forms *firmados* and *signés* respectively, indicating that the signature requirement applied to both types of agreements mentioned in article II(2). The Russian version of the convention, which used a singular verb form (indicating a contrary result) was given considerably less weight by the court⁽²³⁾. 186 F.3d at 215-18. Following the *Kahn Lucas Lancaster* decision, a number of other federal courts adopted the same interpretation of the signature requirement⁽²⁴⁾.

Article II’s reference to an “exchange of letters or telegrams” has been trea-

ted somewhat more kindly by the courts, who have recognized that other means of communication such as facsimiles or e-mails would meet this requirement. As the court explained in *Chloe Z Fishing Co. v. Odyssey Re (London) Ltd.*, 109 F. Supp.2d 1236, 1250 (S.D. Cal. 2000), if the Convention’s failure to specifically reference facsimiles, telexes or emails meant that such documents could not suffice for an exchange, then “only a written message sent in an envelope with a signature or a message transmitted by telegraph would satisfy the letter and telegram requirements respectively”. Rather, the court found, “article II section 2 of the Convention could not have intended to exclude all other forms of written communications regularly utilized to conduct commerce in the various signatory nations by failing to provide an exhaustive list of ‘letters’ or ‘telegrams’”⁽²⁵⁾. Accordingly, the court found that an exchange of insurance brokers’ slips and certificates of insurance was a sufficient exchange to constitute a writing under the New York Convention. *Id.* at 1250-52⁽²⁶⁾.

2.3. Favorable national and local law concerning the writing requirement

In contrast to their strict application of the writing requirement under the New

⁽²³⁾ The Chinese version of the Article was apparently, like the English version, unclear. 186 F.3d at 217.

⁽²⁴⁾ E.g., *Standard Bent Glass Corp. v. Glassrobots OY*, 333 F.3d 440, 449 (3d Cir. 2003); *AGP Industrias S.A. (Peru) v. JPS Elastomerics Corp.*, 511 F. Supp.2d 212, 214-15 (D. Mass. 2007); *Chloe Z Fishing Co. v. Odyssey Re (London) Ltd.*, 109 F. Supp.2d 1236, 1246-47 (S.D. Cal. 2000); *Bothell v. Hitachi Zosen Corp.*, 97 F. Supp.2d 1048, 1051-52 (W.D. Wash. 2000).

⁽²⁵⁾ The court further noted that “the Convention does not explain whether a ‘seal’ or the ‘X’ or ‘thumb print’ of an illiterate principal constitutes a signature” under Article II(2). “As the term ‘signature’ is construed with respect to customary practices, so is the phrase ‘exchange of letters or telegrams’ construed in light of prevalent and accepted practices, and without regard for technical objections”. 109 F. Supp. 2d at 1250 n.9.

⁽²⁶⁾ Similarly, the court in *Standard Bent Glass Corp. v. Glassrobots OY*, 333 F.3d 440 (3d Cir. 2003) found the writing requirement to be satisfied through an “exchange of letters” which appear to have been sent primarily or completely by facsimile.

York Convention, U.S. courts have applied a much more liberal interpretation to the writing requirement under the Federal Arbitration Act.⁽²⁷⁾ Although the FAA contains a writing requirement, there is no requirement that the writing be signed⁽²⁸⁾. Rather, the focus is on whether the parties actually agreed to arbitrate⁽²⁹⁾. In making this determination, the courts have considered that a party may form an arbitration agreement through his conduct. Among the types of conduct that have been found to form a contract to arbitrate are (i) accepting continued employment that was conditioned upon an agreement to arbitrate any employment disputes⁽³⁰⁾, (ii) performance of a modified contract signed only by the other party⁽³¹⁾, (iii) a merchant's failure to object within a reasonable time to written broker sales notes containing an arbitration clause⁽³²⁾, and (iv) acceptance of telephone service

or using a credit card which the service provider had conditioned upon acceptance of standard customer provisions including an arbitration clause⁽³³⁾. In addition, an arbitration clause may be incorporated by reference into the parties' agreement, including incorporation via trade custom and practice⁽³⁴⁾. In fact, so long as the written arbitration agreement existed at one time, it need not exist at the time a party seeks to compel arbitration, provided that the terms of the missing document can be established⁽³⁵⁾.

Accordingly, if an arbitration agreement falls within its scope⁽³⁶⁾, the FAA can provide an alternative source of legal authority for enforcement of that agreement in U.S. courts that is broader than the New York Convention. State law may provide a similar mechanism for enforcement⁽³⁷⁾. However, at least one court has found that

⁽²⁷⁾ This more liberal approach is consistent with the purposes of the FAA, which "was designed 'to overrule the (U.S.) judiciary's longstanding refusal to enforce agreements to arbitrate.'" *Volt Information Sciences v. Board of Trustees*, 489 U.S. 468, 109 S. Ct. 1248, 1253 (1989) [quoting *Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd*, 470 U.S. 213, 219-20, 105 S. Ct. 1238, 1241-42 (1985)]. The Act confirms an "emphatic federal policy in favor of arbitral dispute resolution" that "applies with special force in the field of international commerce". *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 631, 105 S. Ct. 3346, 3356 (1985).

⁽²⁸⁾ E.g., *Batory v. Sears, Roebuck & Co.*, 124 Fed.Appx. 530 (9th Cir. 2004); *Tinder v. Pinkerton Security*, 305 F.3d 728 (7th Cir. 2002).

⁽²⁹⁾ *BDO Seidman, LLP v. Bee*, 970 So.2d 869, 874 (Fla. 4th DCA 2007).

⁽³⁰⁾ E.g., *Seawright v. American General Financial Services*, 507 F.3d 967 (6th Cir. 2007); *Caley v. Gulfstream Aerospace Corp.*, 428 F.3d 1359 (11th Cir. 2005).

⁽³¹⁾ E.g., *B-S Steel of Kansas, Inc. v. Texas Industries, Inc.*, 439 F.3d 653 (10th Cir. 2006).

⁽³²⁾ *Irving R. Boody & Co. v. Win Holdings International, Inc.*, 213 F. Supp.2d 378 (S.D.N.Y. 2002).

⁽³³⁾ E.g., *Rivera v. AT&T Corp.*, 420 F. Supp.2d 1312 (S.D. Fla. 2006); *Schultz v. AT&T Wireless Services, Inc.*, 376 F. Supp.2d 685 (N.D. W. Va. 2005); *Taylor v. First North American National Bank*, 325 F. Supp.2d 1304 (M.D. Ala. 2004).

⁽³⁴⁾ E.g., *Keytrade USA, Inc. v. Ain Temouchent M/V*, 404 F.3d 891 (5th Cir. 2005); *Aceros Prefabricados, S.A. v. TradeArbed, Inc.*, 282 F.3d 92 (2nd Cir. 2002).

⁽³⁵⁾ *Banks v. Mitsubishi Motors Credit*, 435 F.3d 538 (5th Cir. 2005).

⁽³⁶⁾ The FAA applies to written agreements to arbitrate disputes arising out of transactions or contracts "involving commerce" – defined essentially as commerce across U.S. state lines or with foreign nations. 9 U.S.C. §§ 1-2.

⁽³⁷⁾ See, e.g., *Scaffidi v. Fiserv, Inc.*, 218 Fed. Appx. 519 (7th Cir. 2007) (finding acceptance of arbitration agreement by conduct, apparently under Wisconsin law).

the failure to meet the Convention's writing requirement meant that "there is no enforceable arbitration agreement" under the Convention *and* the FAA⁽³⁸⁾.

2.4. The writing requirement and non-signatories

The U.S. courts have also taken a liberal approach to the FAA's writing requirement in another set of circumstances: those involving parties that are not themselves signatories to the written arbitration agreement. The courts have enforced arbitration agreements against non-signatories under a broad range of theories, including (a) incorporation by reference, (b) assumption, (c) agency, (d) alter ego/corporate veil-piercing, (e) third-party beneficiary, and (f) estoppel⁽³⁹⁾. Similarly, the courts have allowed non-signatories to compel signatories to arbitrate disputes under appropriate circumstances – such as where the issues raised by the non-signatory are intertwined with issues that are the subject of the arbitration agreement⁽⁴⁰⁾.

Indeed, some courts have compelled non-signatories to arbitrate in cases governed by the New York Convention – suggesting that the Convention's writing requirement is applied more flexibly in circumstances where there is a signed arbitration agreement between *some* relevant entities (albeit not between the par-

ties to the dispute). In *International Paper Co. v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GmbH*, 206 F.3d 411 (4th Cir. 2000), the court required a buyer of machinery (and its successor in interest) that sought to enforce rights under the distributor's contract with the manufacturer to comply with the arbitration agreement that was part of the distribution contract. In response to the buyer's argument that article II(2) of the Convention prevented holding the buyer to an arbitration agreement that it had never signed, the Court noted that "(a)s we have previously recognized, the estoppel doctrine also applies to non-signatories to arbitration agreements governed by the Convention"⁽⁴¹⁾. Similarly, the court in *Invista North America, S.A.R.L. v. Rhodia Polyamide Intermediates S.A.S.*, 503 F. Supp.2d 195 (D.D.C. 2007), found that a non-signatory affiliate of a party to the underlying agreement had bound itself to arbitrate against the other party's assignee pursuant to the doctrine of assumption. The court found that the underlying agreement between the two original parties was sufficient to satisfy the Convention's writing requirement⁽⁴²⁾.

However, although U.S. courts will give effect to *domestic* determinations that non-signatories are bound to arbitrate a given dispute, they are less deferential to foreign courts' or arbitral tribunals' determinations that non-signatories have

(38) *Seaboard Corp. v. Grindrod Ltd.*, 248 S.W.3d 27 (Mo. App. 2008) (no discussion of separate FAA writing requirement nor of article VII of the Convention).

(39) *Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan*, 345 F.3d 347, 356 (5th Cir. 2003) [citing *Thomson-C.S.F., S.A. v. American Arbitration Ass'n*, 64 F.3d 773, 776 (2nd. Cir. 1995)].

(40) E.g., *Sourcing Unlimited, Inc. v. Asimco International, Inc.*, 2008 U.S. App. LEXIS 10887 at *19-23 (1st. Cir. May 22, 2008); *Thomson-C.S.F., S.A. v. American Arbitration Ass'n*, 64 F.3d 773, 779 (2nd. Cir. 1995).

(41) 206 F.3d at 418 n. 7 (collecting cases).

(42) 503 F. Supp.2d at 201-03.

consented to arbitrate. In *Sarhank Group v. Oracle Corp.*, 404 F.3d 657 (2d Cir. 2005), the U.S. appellate court refused to enforce an award under the New York Convention against a non-signatory even though an arbitral tribunal had decided under Egyptian law that the non-signatory was bound to the arbitration agreement – and even though the award had been upheld by the Egyptian courts. As the U.S. appellate court explained,

“Under American law, whether a party has consented to arbitrate is an issue to be decided by the Court in which enforcement of an award is sought. As arbitrability is not arbitrable in the absence of the parties’ agreement, the (trial) court was required to determine whether (the non-signatory) had agreed to arbitrate (...).

(...)

While this Court has recognized instances in which nonsignatories can be bound to the arbitration agreements of others, such cases are limited to instances of incorporation by reference, assumption, veil piercing/alter ego and estoppel and the like. In all such situations a court has found an agreement to arbitrate, under general principles of contract law (...).

(...)

It is American federal arbitration law that controls. An American nonsig-

natory cannot be bound to arbitrate in the absence of a full showing of facts supporting an articulable theory based on American contract law or American agency law (...).”

404 F.3d at 661-62 (citations omitted).

3. RELEVANCE OF THE SOURCE OF APPLICABLE LAW

Finally, although the strict construction applied by some courts to the New York Convention’s writing requirement can be somewhat mitigated by the courts’ more liberal treatment of the writing requirement under the Federal Arbitration Act, the source of law chosen by a court as a basis for upholding the arbitration agreement may have other consequences for the court’s handling of the parties’ dispute. For example, U.S. federal courts have full jurisdiction over cases governed by the New York Convention⁽⁴³⁾, but the same is not true of cases governed by the Federal Arbitration Act, in which an independent basis of federal jurisdiction is required⁽⁴⁴⁾. Therefore, in circumstances where no other basis of jurisdiction existed, a party seeking arbitration who was unable to meet the writing requirement under the New York Convention (but could meet the requirement under the Federal Arbitration Act) would have no right to have a federal court decide whether to compel arbitration or, potentially, whether to recognize and enforce the resulting award. Instead, those issues –even if raised under the

⁽⁴³⁾ See 9 U.S.C. § 203 (“An action or proceeding falling under the Convention shall be deemed to arise under the laws and treaties of the United States. The district courts of the United States (...) shall have original jurisdiction over such an action or proceeding, regardless of the amount in controversy”).

⁽⁴⁴⁾ See, e.g., *Republic of Ecuador v. ChevronTexaco Corp.*, 376 F. Supp.2d 334, 347 (S.D.N.Y. 2005).

Federal Arbitration Act— could only be decided by a state court⁽⁴⁵⁾.

Perhaps even more important is the question of which standards apply to the recognition or non-recognition of an arbitral award that is not based upon a “written agreement” within the courts’ interpretation of the New York Convention. If, as suggested above, an arbitral award that fails to meet the writing requirement of article II(2) is not within the Convention for purposes of enforcement under articles III through VII⁽⁴⁶⁾, then the Convention would not preclude the U.S. courts from declining to enforce the award on grounds not set forth in article V. In such a case, the U.S. courts would likely not apply article V of the Convention in determining whether to enforce an award, but rather (assuming a sufficient nexus with the U.S.)⁽⁴⁷⁾ the more flexible grounds under the Federal Arbitration Act. Section 10 of the FAA permits the courts to set aside an award:

“(1) where the award was procured by corruption, fraud, or undue means;

- (2) where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them;*
- (3) where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced; or*
- (4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made”.*

9 U.S.C. § 10(a). In addition, courts reviewing arbitral awards under the FAA are also permitted to set them aside on certain “implied” grounds *that are not even enumerated in the statute*. There is some disagreement among the courts as to the nature of the additional, “implied” grounds for vacating an award, but in general they include matters such as a manifest disregard of the law by the arbitrators⁽⁴⁸⁾, an

⁽⁴⁵⁾ However, it is the initial allegations of the party seeking to compel arbitration, rather than the underlying merits of the case, that determine whether federal jurisdiction exists under the New York Convention. Thus, if a party made sufficient allegations that arbitration should be compelled under the New York Convention, a federal court would have jurisdiction to hear the case, even if the court ultimately decided that arbitration could only be compelled under the Federal Arbitration Act – or could not be compelled at all. See *Sarhank Group v. Oracle Corp.*, 404 F.3d 657, 660 & n. 2 (2d Cir. 2005) (concerning enforcement of arbitral award) [distinguishing and limiting *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark Int'l*, 186 F.3d 210, 218-19 (2d Cir. 1999)]; *Republic of Ecuador v. ChevronTexaco Corp.*, 376 F. Supp.2d 334, 349-50 (S.D.N.Y. 2005); *Regent Seven Seas Cruises, Inc. v. Rolls Royce, PLC*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 11999 at *13 (S.D. Fla. 2007). But see *Rolls Royce PLC v. Royal Caribbean Cruises Ltd.*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 45416 at * 20-21 (S.D. Fla. 2005) [citing *Czarina, L.L.C. v. W.F. Poe Syndicate*, 358 F.3d 1286, 1291 (11th Cir. 2004)].

⁽⁴⁶⁾ See *Czarina, L.L.C. v. W.F. Poe Syndicate*, 358 F.3d 1286, 1290-92 (11th Cir. 2004).

⁽⁴⁷⁾ Indeed, if the arbitration agreement did not concern a transaction “involving commerce” (defined as foreign or interstate commerce), the FAA would similarly be inapplicable, and the courts would need to look to other sources of law such as state law. 9 U.S.C. §§ 1-2.


⁽⁴⁸⁾ E.g., *University Commons-Urbana, Ltd. v. Universal Constructors, Inc.*, 304 F.3d 1331, 1337 (11th Cir. 2002).

arbitrary and capricious award⁽⁴⁹⁾, or an award contrary to public policy⁽⁵⁰⁾.

In such circumstances, the proponent of the arbitral award would likely argue that the courts should apply the principle of the most favorable law as reflected in article VII of the New York Convention (and emphasized in the 2006 guidance from UNCITRAL). But, given the textualist approach of the U.S. courts, such an argument could well prove unavailing. The language of article VII does not require the courts to apply, on an issue-by-issue basis, the more favorable rule of law provided by the Convention or by domestic law. Instead, article VII is written as a “savings” clause; it states that the Convention “shall not (...) deprive any interested party of any right he may have” to enforce an arbitral award under domestic law or other treaties. In light of this language, the U.S. courts are likely to conclude that article VII simply means that, if an award is not enforceable under the Convention, parties still have the right to seek to enforce it under

domestic law – in most U.S. cases, the Federal Arbitration Act.

4. CONCLUSION

Thus far, the U.S. courts’ relatively strict construction of the writing requirement under the New York Convention suggests that the recent pronouncements by UNCITRAL will not liberalize U.S. enforcement of arbitration agreements under the Convention. Nevertheless, the courts’ more favorable treatment of arbitration agreements under the FAA’s writing requirement suggests that less formal arbitration agreements can be enforced in many circumstances pursuant to domestic law. However, the resort to domestic law is not a complete substitute for a more liberal interpretation of the Convention. Although agreements to arbitrate may be more effectively enforced under domestic law, other consequences may result that serve to undermine the Convention’s basic goals. 

⁽⁴⁹⁾ E.g., *Ainsworth v. Skurnick*, 960 F.2d 939, 941 (11th Cir. 1992).

⁽⁵⁰⁾ E.g., *Brown v. Rauscher Pierce Refsnes, Inc.*, 994 F.2d 775, 779 (11th Cir. 1993). The courts are currently divided on the issue of whether the FAA’s standards for vacating an award (including the so-called “implied” grounds for non-enforcement) may be applied to resist enforcement of an arbitral award that was rendered within the United States but is nevertheless within the scope of the New York Convention. Compare *Industrial Risk Insurers v. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH*, 141 F.3d 1434 (11th Cir. 1998) with *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys “R” Us, Inc.*, 126 F.3d 15 (2nd Cir. 1997).

LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Por: JOHN H. ROONEY JR. (*)

Para entender la aplicación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York o Convención) por los tribunales judiciales de los Estados Unidos, hay que examinar tres fuentes: (1) el texto de la Convención, (2) la legislación promulgada por el Congreso de los Estados Unidos (Congreso Federal) simultáneamente con la ratificación de la Convención por el Senado de los Estados Unidos (Senado), y (3) las resoluciones judiciales de los tribunales federales interpretando la Convención y la legislación que la incorporó al ordenamiento jurídico interno. En la medida que cada sistema político tiene sus aspectos *sui generis*, no será sorprendente descu-

brir que las tres fuentes tienen características particulares al sistema político y jurídico estadounidense.

El trabajo tiene como objeto dar al lector no familiarizado en la estructura y las idiosincrasias del sistema jurídico estadounidense un sentido de cómo se regula la aplicación de la Convención de Nueva York en los tribunales de justicia del país⁽¹⁾. Para ayudar al lector, se comienza con un resumen breve de unos conceptos claves y conclusiones. Primero, el sistema de gobierno de los Estados Unidos es republicano y federal, y el poder judicial está compartido entre el gobierno federal y los gobiernos estatales⁽²⁾. Segundo, el poder de celebrar tratados resi-

(*) Profesor en la Universidad de Loyola, New Orleans y en la Universidad de Miami. Miembro de la Asociación de Arbitraje de Estados Unidos. Presidente del Comité de Derecho de Arbitraje Internacional de la Inter-American Bar Association. Socio de Shutts & Bowen LLP., USA.

(1) El presente trabajo trata en forma general temas complicados y para facilitar su lectura omite las referencias técnicas. En un trabajo general como el presente es posible hasta probable encontrar excepciones a los conceptos generales aquí desarrollados. Para aquellos entre ustedes que encuentren errores y excepciones, pido de antemano sus disculpas, y me pongo a su disposición para atender sus preguntas y dudas.

(2) En el presente trabajo, el término "estatal" se refiere a los Estados que componen los Estados Unidos.

de exclusivamente en el Gobierno Federal. Tercero, las leyes y tratados del gobierno federal gozan de supremacía en caso de conflicto con una ley estatal. Cuarto, los Estados Unidos, como país de tradición dualista, generalmente requiere legislación para hacer valer en el sistema jurídico interno obligaciones asumidas por el país en un tratado, a menos que la obligación sea del tipo auto-ejecutable. Quinto, la Convención de Nueva York se aplica en los Estados Unidos por medio de legislación que rige la aplicación de la Convención dentro del país. Sexto, la legislación da una posición privilegiada a la Convención por cuanto facilita el traspaso de acciones que tengan que ver con la Convención de los tribunales estatales de justicia a los tribunales federales y permite que la acciones se originen en los tribunales federales. Séptimo, una sola resolución emitida por un tribunal federal interpretando un tratado y una ley federal es vinculante desde el momento de su emisión para los tribunales subordinados al tribunal que emitió la resolución. Octavo, la gran mayoría de las resoluciones judiciales que han aplicado la Convención son tribunales federales de apelación y los tribunales tienen jurisdicciones distintas y exclusivas a ellos. Noveno, no obstante la existencia de legislación que incorporó la Convención al orden jurídico interno, el texto de la Convención es frecuentemente aplicado por los tribunales de justicia en forma directa.

El Gobierno de los Estados Unidos deriva su poder—incluso su poder judicial—y su estructura de la Constitución de Los Estados Unidos (Constitución Federal), que entró en vigor en mil setecientos ochenta y nueve. La Constitución Federal es producto de la cesión de elementos de soberanía por los trece Estados originales al gobierno federal establecido en la Constitución, y los elementos de soberanía no cedidos al Gobierno Federal residen todavía en los Estados (que ahora son 50 y no 13). Un poder cedido al Gobierno Federal y en particular al Congreso Federal es el de regular el comercio entre los Estados y con países extranjeros⁽³⁾. Con el transcurso del tiempo, este poder de regular el comercio se ha expandido en base a resoluciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos (Corte Suprema), expansión que comenzó durante la depresión económica mundial de la tercera década del siglo pasado y ha continuado hasta el presente.

El marco jurídico que regula el arbitraje en los Estados Unidos entró en vigor el 1 de Enero de 1926 con la promulgación del *United States Arbitration Act*, y ha sido reconocido como producto del poder del Gobierno Federal de regular comercio entre los Estados y con países extranjeros⁽⁴⁾. La vinculación por la Corte Suprema del alcance de la Ley Arbitral Federal al de la regulación de comercio ha expandido el alcance de la aplicación de dicha ley a costa de la competencia estatal de regular el arbitraje. Eso no quiere

⁽³⁾ Constitución Federal, artículo I, sección 8.

⁽⁴⁾ El Código de los Estados Unidos (Código) fue promulgado en 1948 y el *United States Arbitration Act* colocado en y como el Título Noveno del Código. Lo que era el *United States Arbitration Act* es hoy en día el Capítulo Primero del Título Noveno, pero al promulgarse el Código, el Título entero se componía solamente del *United States Arbitration Act*. El Título Noveno lleva el título "Arbitration". Desde la promulgación del *United States Arbitration Act* hasta la fecha efectiva de la legislación que incorporó la Convención de Nueva York al ordenamiento interno, el *United States Arbitration Act* y después el Capítulo Primero del Título Noveno regularon los arbitrajes nacionales e internacionales.

decir que el Derecho estatal no tiene un papel dentro del esquema federal que regula el arbitraje. No obstante la primacía del Derecho Federal en el área, el Derecho estatal ha retenido un rol importante. En los Estados Unidos, con excepción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y ciertos contratos celebrados con o regulados por el gobierno federal no existe un Derecho contractual federal⁽⁵⁾. Entonces, el acuerdo arbitral ejecutado por fuerza de ley federal generalmente se rige en términos de su perfección y consecuencias por incumplimiento por Derecho estatal o extranjero.

La ratificación de la Convención de Nueva York y la promulgación de la legislación que la incorporó al ordenamiento

jurídico interno cambiaron la naturaleza y las fuentes de la regulación de los acuerdos y laudos arbitrales desde entonces regulados por ellas. Los Estados Unidos pertenece a la corriente dualista que requiere de legislación para incorporar las obligaciones asumidas en instrumentos de Derecho internacional público al ordenamiento jurídico interno del país, a menos que la redacción de la obligación en el instrumento exija en vista de la claridad de su redacción la intención de las partes de incorporarla en forma directa sin la necesidad de legislación⁽⁶⁾. En el caso de la Convención, el Congreso Federal aprobó y el Presidente promulgó en 1970 legislación que regula la aplicación de la Convención en los tribunales judiciales de los Estados Unidos. Independientemente

⁽⁵⁾ Es el gobierno federal el que tiene la competencia exclusiva de negociar, ejecutar y ratificar los tratados internacionales, y los tratados –igual que el Derecho internacional– son clasificados como instrumentos de Derecho federal.

⁽⁶⁾ La Corte Suprema en la resolución que emitió en el caso *Medellín v. Texas*, expresó lo siguiente respecto a la calidad de la Convención de Nueva York como no auto-ejecutable:

In addition, Congress is up to the task of implementing non-self-executing treaties, even those involving complex commercial disputes. (referencia omitida) The judgments of a number of international tribunals enjoy a different status because of implementing legislation enacted by Congress. See, e.g., 22 U. S. C. §1650a(a) ("An award of an arbitral tribunal rendered pursuant to chapter IV of the (Convention on the Settlement of Investment Disputes) shall create a right arising under a treaty of the United States. The pecuniary obligations imposed by such an award shall be enforced and shall be given the same full faith and credit as if the award were a final judgment of a court of general jurisdiction of one of the several States"); 9 U. S. C. §§201-208 ("The [U. N.] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958, shall be enforced in United States courts in accordance with this chapter," §201). Such language demonstrates that Congress knows how to accord domestic effect to international obligations when it desires such a result.

[Traducción del autor: "Adicionalmente, el Congreso es capaz de implementar tratados no auto-ejecutables, aun aquellos que involucren disputas comerciales complejas. (referencia omitida) Las sentencias de un número de tribunales internacionales gozan de un estatus diferente debido a la legislación de implementación aprobada por el Congreso. Ver, por ejemplo, 22 U.S.C. §1650a(a) ("El laudo de un tribunal arbitral emitido de acuerdo con el Capítulo IV de la [Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados] creará un Derecho fundamentado en un tratado de los Estados Unidos. Las obligaciones pecuniarias interpuestas por tal tipo de laudo se ejecutarán y tendrán la misma fe y crédito plenos como si el laudo fuera la sentencia final de un tribunal de jurisdicción de uno de los Estados individuales"); 9. U.S.C. §§201-208 ("la Convención [de la O.N.U.] sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958, se ejecutarán en los tribunales estadounidenses de acuerdo con este capítulo," §201). Tal lenguaje demuestra que el Congreso sabe cómo conceder efecto doméstico a obligaciones internacionales cuando desea tal resultado"].

Número 06-984, Slip. Op. cit. pp. 25 y 26 (25 de marzo de 2008).

de la legislación, el Senado Federal aprobó por medio de una resolución la firma de la Convención por el Presidente, con las reservaciones de reciprocidad y aplicación en cuanto a relaciones comerciales solamente. Entonces, para entender la aplicación de la Convención en los Estados Unidos hay que tomar en cuenta la legislación que incorporó la Convención al ordenamiento interno. Aparte de definir el alcance de la Convención, la legislación regula aspectos accesorios como la competencia de los tribunales federales en la materia, el poder del tribunal de referir las partes al arbitraje y la relación de la legislación y la Convención con la ley arbitral federal que se encuentra codificada en el Capítulo Primero del Título Noveno.

Otro aspecto importante para entender la aplicación de la Convención es el carácter vinculante reconocido por la Corte Suprema en reiteradas ocasiones de la resolución jurídica que interpreta la legislación federal⁽⁷⁾. El principio, que se llama *stare decisis*, torna vinculante una sola resolución de un tribunal federal interpretando la Constitución Federal o los estatutos federales, y establece una jerarquía entre las resoluciones emitidas y una metodología para aplicarlas. En la medida que una sola resolución o sentencia emitida por un tribunal de justicia es vinculante para los tribunales de menor grado dentro de la misma estructura judicial⁽⁸⁾, el concepto de *jurisprudencia consistente* no se reconoce como generador de

⁽⁷⁾ El principio de *stare decisis* torna vinculante una resolución de la Corte Suprema, cuando interpreta el Derecho federal. En la resolución de la Corte Suprema en *State Oil Co. v. Khan*, el Tribunal dijo lo siguiente sobre el principio:

"Time and time again, this Court has recognized that "the doctrine of *stare decisis* is of fundamental importance to the rule of law" (referencias omitidas). Adherence to precedent promotes stability, predictability, and respect for judicial authority. (referencia omitida) For all of these reasons, we will not depart from the doctrine of *stare decisis* without some compelling justification. (referencias omitidas) "*Stare decisis* reflects "a policy judgment that "in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right." (referencia omitida) It "is the preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process" (referencia omitida). This Court has expressed its reluctance to overrule decisions involving statutory interpretation, (referencia omitida), and has acknowledged that *stare decisis* concerns are at their acme in cases involving property and contract rights, (referencia omitida) (...). But "*stare decisis* is not an inexorable command". *Ibidem*.

(Traducción del autor: "En forma reiterada, esta Corte ha reconocido que "la doctrina de *stare decisis* es de importancia fundamental para el imperio del Derecho" (referencias omitidas). El respecto del precedente promueve la estabilidad, la predictabilidad, y el respecto a la autoridad judicial. (referencia omitida). Por todas estas razones, no desviaremos de la doctrina de *stare decisis* sin una justificación fuerte. (referencias omitidas). "*Stare decisis* refleja "una determinación política que 'en casi todos los casos es más importante que el Derecho aplicable sea resuelto que sea resuelta en forma correcta" (referencias omitidas). Es "el curso preferido porque promueve el desarrollo equitativo, predecible, y consistente de principios legales, fomenta la dependencia en dichas decisiones, y contribuye a la integridad real y percibida del proceso judicial" (referencia omitida). Esta Corte ha expresado su reticencia en revertir decisiones que involucren la interpretación de estatutos, ver, por ejemplo, (referencia omitida), y ha reconocido que las preocupaciones por *stare decisis* están en su apogeo en los casos que tratan de Derechos de propiedad y de contratos. (referencia omitida) (...) Sin embargo, "*stare decisis* no es un mandamiento inexorable" (referencia omitida) *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 20 (1997).

En *State Oil*, la Corte Suprema casó una resolución emitida anteriormente para llegar a una conclusión distinta en la de *State Oil*.

⁽⁸⁾ El tribunal del mismo grado que emitió la resolución puede modificar o revertir una posición tomada en una resolución anterior, pero no es usual que lo haga.

norma o principio vinculante. Como producto del tribunal de mayor grado en el sistema federal, las interpretaciones de la Corte Suprema acerca de la Constitución Federal y de los estatutos federales son vinculantes desde el momento de su emisión para todos los tribunales de justicia del país, sean estatales o federales. Los tribunales federales de apelación también aplican el mismo principio de *stare decisis*, pero solamente para los tribunales federales de primera instancia de los cuales puedan recibir apelaciones.

No son frecuentes las resoluciones de la Corte Suprema que aplican la Convención de Nueva York. En más de 35 años transcurridos desde la ratificación de la Convención y su incorporación al ordenamiento jurídico interno del país, las resoluciones de la Corte Suprema han hecho referencia a la Convención de Nueva York en solamente cuatro de sus resoluciones⁽⁹⁾.

La escasez de resoluciones de la Corte Suprema destaca la importancia de las resoluciones emitidas por los tribunales federales de apelación para entender el papel de la Convención de Nueva York y para identificar tendencias y obtener un sentido de la recepción de la Convención

en el ordenamiento jurídico interno del país. Las resoluciones de los tribunales federales de apelación son importantes solamente porque son más numerosas que las de la Corte Suprema. Por razones de supremacía del Derecho federal, dichos tribunales emiten casi todas las resoluciones que tratan de la Convención de Nueva York a nivel de apelación que no son emitidas por la Corte Suprema. Además, es menester tomar siempre en cuenta que es a través de esas resoluciones judiciales que la Convención ha sido aplicada en forma directa para resolver disputas que impliquen los conceptos consagrados en ella.

La organización del recurso de segunda instancia del poder judicial federal es un poco complicada. Hay trece tribunales federales de apelación⁽¹⁰⁾. Pueden oír reclamos basados en la Constitución Federal, los tratados (según el caso) y los estatutos federales. También tienen competencia para oír reclamos basados en Derecho estatal o extranjero siempre que la diversidad de la ciudadanía de las partes cumpla los requisitos aplicables⁽¹¹⁾. La jurisdicción de doce de ellos se define por territorios que incluyen más de un Estado (excepto por la del Distrito de Columbia, que se define por la extensión territorial

(9) Este mismo año, en la resolución emitida en el caso *Medellín v. Texas*, la Corte Suprema confirmó la condición de la Convención como no auto-ejecutable, y por lo tanto dependiente de un acto del Congreso de los Estados Unidos (Congreso Federal) para su incorporación al ordenamiento jurídico interno del país. Algunas resoluciones de los tribunales federales de apelación se refieren al acta del Congreso que incorporó la Convención en 1970 como el *Convention Act*.

(10) El poder judicial federal tiene tres niveles: La Corte Suprema de los Estados Unidos, el tribunal de última instancia; Las Cortes de Apelaciones de los Estados Unidos, divididas en 12 jurisdicciones territoriales, y una —el Circuito Federal— por competencia *rationae materiae*. Existen 94 cortes federales de primera instancia con jurisdicciones territoriales que cubren la totalidad del país, incluso Puerto Rico, Guam, las Islas Vírgenes Estadounidenses y las Islas Marianas del Norte. Las cortes distritales también tienen unidades que tratan de la ley federal de bancarrota. Hay también una Corte de Comercio Internacional y otra que trata de reclamos contra el Gobierno de los Estados Unidos.

(11) La "ciudadanía" requerida para el ejercicio de competencia federal es un concepto definido en el Derecho federal y no es lo mismo que "ciudadanía" como definido en las leyes de nacionalidad del país o en el Derecho público internacional.

del distrito nacional), una por las fuentes de los casos que decida. Los magistrados son propuestos por el Presidente y confirmados por el Senado, y su permanencia en el tribunal es vitalicia (lo mismo para los magistrados de la Corte Suprema y los jueces de los tribunales distritales de primera instancia-excepto en el caso de los jueces de bancarrota). Los tribunales de apelación funcionan en base a la asignación de casos al azar a paneles de 3 magistrados también seleccionados al azar. Después de la emisión de una resolución, una parte puede pedir que el panel considere de nuevo las conclusiones y el razonamiento expuestos en la resolución. También se puede pedir la revisión de la resolución por lo que se puede llamar la sala plena de la corte. La decisión de la sala plena de considerar un caso se basa en la discreción de la sala, y son pocas las resoluciones que se acepte para revisión por la sala plena. A menos que la sala plena revise la resolución, la resolución emitida por el panel es vinculante dentro de la jurisdicción territorial del circuito en el cual fue emitida la resolución. En caso de revisar la resolución la sala plena, será la resolución emitida por la sala plena la que será vinculante.

En la medida que los circuitos pueden llegar a conclusiones y razonamientos distintos entre ellos mientras la Corte Suprema resuelva dichas diferencias, hay que tomar en cuenta la posibilidad de resultados diferentes basados en los mismos hechos entre los circuitos. Por ejemplo, lo que es obligatorio en el primer circuito no es necesariamente obligatorio en el tercero o el sexto. Sin embargo, es común

que una resolución emitida en un circuito haga referencias o analice resoluciones emitidas en otros circuitos⁽¹²⁾.

Debido al gran número de resoluciones emitidas por las cortes de apelaciones desde la ratificación de la Convención es imposible dar un resumen del trato de todas las resoluciones en un trabajo de esta naturaleza. Para efectos de este trabajo basta solamente identificar las fuentes de las resoluciones que interpretan la Convención y los posibles efectos que ellas puedan tener para entender su función e importancia.

Entonces, para entender el impacto que la ratificación de la Convención ha tenido en el sistema judicial de los Estados Unidos, hay que estudiar y enfocarse en la legislación federal promulgada contemporáneamente con la aceptación de la Convención como obligación internacional de los Estados Unidos y en las resoluciones judiciales que la interpretan.

La legislación que incorporó la convención al ordenamiento jurídico interno:

La Ley Arbitral Federal estadounidense está codificada en el Título Noveno del Código de los Estados Unidos. El título se divide en tres capítulos. El Capítulo Primero tiene sus orígenes en el *United States Arbitration Act*, promulgado en 1925, y con efectos a partir del 1 de enero de 1926, y en gran parte retiene las características del *United States Arbitration Act*. El Capítulo Primero se compone de solamente 16 secciones, y a pesar de su brevedad es una ley arbitral integrada. Los Capítulos Segundo y Tercero incorporaron

(12) No obstante el carácter no vinculante de una resolución emitida por un panel de magistrados de un circuito a otro, los magistrados generalmente toman en cuenta las resoluciones emitidas en otros circuitos para identificar las tendencias y conflictos entre ellos y ubicar su resolución en un contexto jurisprudencial.

respectivamente la Convención de Nueva York y la de Panamá al ordenamiento jurídico interno.

Las resoluciones judiciales emitidas durante el transcurso de sus más de 80 años de vigencia han llenado vacíos e informado el significado de muchas de las secciones del Título Noveno. Utilizando como punto de partida la ejecución de un acuerdo arbitral redactado por las partes, la Corte Suprema ha reconocido en sus resoluciones el concepto de *kompetenz-kompetenz* (pero solamente si las partes hubieran concedido esa facultad en forma clara e inequívoca al árbitro en el acuerdo arbitral) y la autonomía del acuerdo arbitral cuando constara como cláusula compromisoria en un contrato. Ninguno de los dos conceptos aparecen claramente en el Capítulo Primero como aparecen claramente en la Ley Modelo.

La legislación que incorporó la Convención de Nueva York al ordenamiento jurídico interno de los Estados Unidos o sea el Capítulo Segundo, se compone de nueve secciones o artículos⁽¹³⁾. El capítulo que regula la aplicación de la Convención de Nueva York en los Estados Unidos

no es una ley de arbitraje comercial internacional integrada como es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. El capítulo define la aplicación de la Convención y también la relación entre la Convención y el Capítulo Primero⁽¹⁴⁾. La Ley Integral de Arbitraje (osea el Capítulo Primero) se aplica solamente siempre y cuando sea consistente con la Convención y lo estipulado en el Capítulo Segundo.

La Convención, igual que la Convención Interamericana, goza de una posición privilegiada en el ordenamiento interno del Derecho arbitral, porque las acciones basadas en ella se consideran como cuestiones fundamentadas en el Derecho federal. Esa clasificación de la acción como una fundamentada en el Derecho federal facilita la transferencia de acciones basadas en la Convención de los tribunales estatales a los federales, y permite el tribunal federal mantener la competencia para resolver disputas basadas en ella⁽¹⁵⁾. Sin embargo, no todos los acuerdos y laudos que llenen los requisitos geográficos para la aplicación de la Convención gozan de la protección de ella⁽¹⁶⁾. El acuerdo también tendrá que satisfacer los requisitos

⁽¹³⁾ El Título Noveno del Código de los Estados Unidos lleva el título "*Arbitration*," y se divide en tres capítulos.

⁽¹⁴⁾ El Capítulo Primero se base en el *United States Arbitration Act*, acta legislativa promulgada en 1925, que regula la institución del arbitraje en forma integrada, pero a la misma vez en forma rudimentaria. El Capítulo Primero, compuesto de solamente 16 secciones, establece las normas de aplicación del capítulo, principios de arbitrabilidad, la relación entre el arbitraje y el proceso judicial, y las bases para apelar autos relacionados con el arbitraje. Hace una referencia a la doctrina del acto de Estado, un concepto de abstención establecido en la jurisprudencia estadounidense que restringe la potestad del tribunal de impugnar actos de Estados extranjeros bajo ciertas condiciones. Aparte de la referencia al acto de Estado, el Capítulo Primero no toca lo que son las características especiales del arbitraje comercial internacional.

⁽¹⁵⁾ La Constitución de los Estados Unidos estableció en su artículo Tercero la Corte Suprema de los Estados Unidos (Corte Suprema) y autorizó al Congreso de los Estados Unidos (Congreso Federal) a establecer cortes o tribunales federales inferiores. En el ejercicio de sus poderes constitucionales, el Congreso Federal ha establecido tribunales federales de primera instancia y de apelación. Los tribunales de primera instancia se llaman *United States District Courts*, y los de apelación *United States Courts of Appeals*.

⁽¹⁶⁾ Los Estados Unidos ratificó la Convención de Nueva York con la reserva de aplicarla solamente a relaciones comerciales y a base de reciprocidad.

específicos, como ser un acuerdo arbitral que conste en un escrito firmado por las partes o en un intercambio de cartas o telegramas, y el laudo estar basado en un acuerdo que llene dichos requisitos.

El Capítulo Segundo permite el traspaso fácil al tribunal federal del estatal o la posibilidad de iniciar la acción en el tribunal federal. El juez tiene facultades para nombrar árbitros de acuerdo con el procedimiento pactado entre las partes, y de requerir que se sometan al arbitraje aun si el lugar del arbitraje queda fuera de los Estados Unidos. También reconoce que la Convención se aplica en base a la reciprocidad, considerada desde el lugar del arbitraje y no de la nacionalidad de las partes⁽¹⁷⁾.

En el Capítulo Segundo, se regula la aplicación de la Convención de Nueva York en el Derecho interno de los Estados Unidos. Para los efectos de la ley interna de los Estados Unidos, un acuerdo o laudo arbitral que resulte de una relación jurídica, sea contractual o no, considerada de naturaleza comercial, se rige por la Convención si no es de aplicación la Convención Interamericana⁽¹⁸⁾. Solamente se excluye del alcance de la Convención el acuerdo arbitral entre ciudadanos estadounidenses que no incluya propiedad ubicada en el extranjero, o cuando no se preste o ejecute una parte sustancial de la prestación o ejecución en el extranjero. Si se aplica la Convención, existe la jurisdicción federal original, la cual tiene efectos respecto a ley aplicable al proceso arbitral y la posibilidad de requerir la

transferencia de acciones y procedimientos de los tribunales estatales a los federales. Hay reglas para determinar el o los tribunales de primera instancia que serán apropiados para oír una controversia. En el caso de acciones y procedimientos regidos por la Convención, la división del tribunal distrital en el cual hubiere sido apropiado iniciarlo en ausencia del acuerdo arbitral, o la del lugar identificado en el acuerdo arbitral para llevar a cabo el arbitraje. Un tribunal competente también podrá referir a las partes al arbitraje dentro o fuera de los Estados Unidos y nombrar árbitros de acuerdo a lo provisto en el acuerdo arbitral.

Una vez emitido el laudo, comienza a correr el plazo de tres años, durante el cual la parte que desea la ejecución del laudo tiene que pedir la confirmación de ello ante un tribunal con jurisdicción de acuerdo a las normas que establece el Capítulo Segundo. El tribunal está obligado a confirmar el laudo, a menos que exista una base dentro de los fundamentos reconocidos en la Convención. Lo establecido en el Primer Capítulo se aplica sólo si no tiene discrepancias con el Capítulo Segundo.

Para mejor entendimiento, a continuación se incluya las secciones en su texto inglés original, seguidas cada una por una explicación breve de su significado.

“Chapter 2. Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

⁽¹⁷⁾ Hay un detalle importante para la aplicación de la Convención de Nueva York. Si el laudo proviene de un país que haya ratificado las dos Convenciones y si la mayoría de las partes son ciudadanos del país que la haya ratificado y si dichos países son Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, entonces la Convención de Panamá es aplicable –a menos que las partes hayan acordado lo contrario–.

⁽¹⁸⁾ Al ratificar la Convención de Nueva York, Estados Unidos hizo las reservas de aplicación recíproca y de aplicar la Convención solamente a relaciones comerciales.

Section 201. Enforcement of Convention

The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958, shall be enforced in United States courts in accordance with this chapter”.

La Sección 201 establece que la Convención de Nueva York se ejecutará en los Estados Unidos de acuerdo a lo estipulado en el Capítulo Segundo de Título Noveno. Es por operación de la sección 201 que para entender la Convención de Nueva York como parte del ordenamiento jurídico del país, hay que leerla conjuntamente con el Capítulo Segundo. Sin embargo, es importante entender que hay muchas resoluciones judiciales que aplican en forma directa los artículos de la Convención de Nueva York. O sea, la legislación que incorporó a la Convención no la suplantó, sino que regula aspectos accesorios tales como la competencia de los tribunales federales para oír acciones y procedimientos, y el alcance de la aplicación de la Convención. Por ejemplo, la legislación no modificó las bases para no reconocer o ejecutar laudos establecidas en el artículo V de la Convención. Pero sí definió las clases de acuerdos y laudos no considerados como nacionales pero que pueden tener sede en los Estados Unidos regidos por la Convención, que permite su artículo I.

“Section 202. Agreement or award falling under the Convention.

An arbitration agreement or arbitral award arising out of a legal relationship, whether contractual or not, which is considered as commercial, including a transaction, contract, or agreement described in section 2 of this title, falls under the Convention. An agreement or award arising out of such a relationship which is entirely between citizens of the United States shall be deemed not to fall under the Convention unless that relationship involves property located abroad, envisages performance or enforcement abroad, or has some other reasonable relation with one or more foreign states. For the purpose of this section a corporation is a citizen of the United States if it is incorporated or has its principal place of business in the United States”.

La Sección 202 establece normas para determinar si un acuerdo arbitral o una sentencia arbitral se rige por la Convención de Nueva York y por el Capítulo Segundo. Si el acuerdo o sentencia surge de una relación “legal” (o sea jurídica), contractual o no, que se considere como “comercial”, entonces se rige por la Convención de Nueva York. Incluido en el tipo de negocio, contrato o convenio están los descritos en la sección 2, que forma parte del Capítulo Primero⁽¹⁹⁾. Una sociedad anónima se considera un ciudadano de los Estados Unidos si fue constituida en los Estados Unidos o tiene su sede comercial principal en los Estados Unidos.

(19) La Sección 2 define las características de los acuerdos arbitrales ejecutables y regidos por los principios establecidos en el Capítulo Primero. En términos generales, el acuerdo tiene que ser por escrito y puede ser compromiso o cláusula compromisoria. Las únicas defensas a la ejecución del acuerdo son las que la ley establece para los contratos en general (o las establecidas por legislación federal que se apliquen al acuerdo arbitral). En la Sección 1, se encuentran las definiciones de los términos como “comercio,” y la exclusión de la aplicación del Capítulo aciertos contratos de trabajo, limitados por las resoluciones de los tribunales federales.

“Section 203. Jurisdiction; amount in controversy

An action or proceeding falling under the Convention shall be deemed to arise under the laws and treaties of the United States. The district courts of the United States (including the courts enumerated in section 460 of Title 28) shall have original jurisdiction over such an action or proceeding, regardless of the amount in controversy”.

La Sección 203 concede jurisdicción a los tribunales federales de primera instancia sobre cualquier acción o proceso que se rija por la Convención de Nueva York, porque considera que ellas se derivan de las leyes y tratados de los Estados Unidos no obstante la cuantía de la demanda. La importancia de esta sección se deriva del hecho de que la aplicación del Capítulo Primero en sí no da una base para establecer la competencia del tribunal federal para oír la disputa. Entonces, las acciones y procedimientos que involucran la Convención de Nueva York pueden también originarse en un tribunal federal de primera instancia.

La posibilidad de iniciar acciones y procedimientos en el tribunal federal fomenta una tendencia hacia la uniformidad, porque los tribunales federales de primera instancia se canalizan a solamente 13 tribunales federales de apelación, en comparación con las decisiones de los tribunales estatales de primera instancia que se canalizan a un tribunal superior o supremo en cada Estado.

Aunque se puede iniciar una acción o procedimiento en un tribunal estatal, la Sección 204 facilita el traspaso de la acción o procedimiento al tribunal federal con sede en el mismo Estado.

“Section 204. Venue

An action or proceeding over which the district courts have jurisdiction pursuant to section 203 of this title may be brought in any such court in which save for the arbitration agreement an action or proceeding with respect to the controversy between the parties could be brought, or in such court for the district and division which embraces the place designated in the agreement as the place of arbitration if such place is within the United States”.

Según la Sección 204, se pueden oír acciones regidas por la Convención de Nueva York en los tribunales competentes para oír el fondo de la disputa de no existir el compromiso arbitral, o el tribunal que comparta su sede con la establecida en el acuerdo arbitral. Aunque no lo dice expresamente, las acciones y procedimientos a los cuales se refiere la sección son las necesarias para ejecutar el acuerdo arbitral u homologar el laudo y asentarlos como sentencia judicial. No tendría sentido limitar los foros para la ejecución de una sentencia basada en el laudo a los lugares en los cuales se podría comenzar una acción basada en la controversia sometida al arbitraje o al lugar que comparte la sede con el arbitraje.

Es necesario entender la diferencia entre las palabras en inglés *enforcement* y *execution*. *Enforcement* efectivamente se refiere al proceso de homologar el laudo y convertirlo en sentencia judicial. Una vez convertido en sentencia judicial, se puede *execute* la sentencia. La acción a la cual se refiere la sección es la acción o procedimiento para *enforce* un acuerdo o un laudo, y no para *execute* una sentencia

basada en el laudo (que es el resultado del proceso de *enforcement*).

“Section 205. Removal of cases from State courts

Where the subject matter of an action or proceeding pending in a State court relates to an arbitration agreement or award falling under the Convention, the defendant or the defendants may, at any time before the trial thereof, remove such action or proceeding to the district court of the United States for the district and division embracing the place where the action or proceeding is pending. The procedure for removal of causes otherwise provided by law shall apply, except that the ground for removal provided in this section need not appear on the face of the complaint but may be shown in the petition for removal. For the purposes of Chapter 1 of this title any action or proceeding removed under this section shall be deemed to have been brought in the district court to which it is removed”.

La Sección 205 permite a la parte demandada en una acción o procedimiento iniciado en un tribunal estatal que se relacione con un acuerdo arbitral o laudo que caiga bajo la Convención traspasar la acción o procedimiento al tribunal federal con competencia territorial sobre la acción o el procedimiento por aplicación de los principios del Capítulo Primero. El traspaso deberá ser efectuado antes del comienzo de la audiencia final de la acción o procedimiento. La sección también establece requisitos técnicos que el documento en que consta el acta de traspaso debe de satisfacer.

La posibilidad de traspasar una acción o un procedimiento de un tribunal estatal a uno federal ha servido de herramienta importante para promover la uniformidad de la jurisprudencia que interpreta y aplica la Convención de Nueva York.

“Section 206. Order to compel arbitration; appointment of arbitrators

A court having jurisdiction under this chapter may direct that arbitration be held in accordance with the agreement at any place therein provided for, whether that place is within or without the United States. Such court may also appoint arbitrators in accordance with the provisions of the agreement”.

La sección 206 permite a un tribunal competente referir las partes al arbitraje en el lugar señalado en el acuerdo arbitral, aun cuando esté fuera de los Estados Unidos. Si el arbitraje se basa exclusivamente en el Capítulo Primero, un tribunal de justicia no puede obligar a las partes de una acción a referirse al arbitraje si la sede del arbitraje se ubica fuera de los Estados Unidos. También permite al tribunal nombrar árbitros de acuerdo con lo establecido en el acuerdo arbitral.

“Section 207. Award of arbitrators; confirmation; jurisdiction; proceeding

Within three years after an arbitral award falling under the Convention is made, any party to the arbitration may apply to any court having jurisdiction under this chapter for an order confirming the award as against any other party to the arbitration. The court shall confirm the award unless it finds one of the

grounds for refusal or deferral of recognition or enforcement of the award specified in the said Convention”.

La Sección 207 se refiere a la “confirmación” u homologación del laudo arbitral regido por la Convención de Nueva York. La sección establece un plazo de tres años una vez emitido el laudo para solicitar su confirmación, y permite cualquier tribunal competente de acuerdo con las reglas establecidas en el Capítulo Segundo. El tribunal judicial debe confirmar el laudo a menos que se compruebe la existencia de “una de las bases para rehusar o postergar el reconocimiento o ejecución del laudo especificadas en la Convención”. Existen conflictos entre circuitos acerca de si la sección también regula una acción de nulidad que impugne un laudo emitido en un arbitraje con sede en los Estados Unidos, pero regido por la Convención.

“Section 208. Chapter 1; residual application

Chapter 1 applies to actions and proceedings brought under this chapter to the extent that chapter is not in conflict with this chapter or the Convention as ratified by the United States”.


En las acciones regidas por el Capítulo Segundo, la Sección 208 hace aplicable el Capítulo Primero mientras no esté en conflicto con el Capítulo Segundo o la Convención de Nueva York ratificada por los Estados Unidos. Tal y como se menciona anteriormente, el Capítulo Primero funciona como la Ley Arbitral Federal integrada. Efectivamente,

regula el proceso arbitral desde su inicio hasta su conclusión. En la medida que la Sección 202 incluye como acuerdo arbitral regulado por la Convención lo que se ubique en la sede del arbitraje dentro de los Estados Unidos siempre que llene los requisitos de domicilio o elementos extranjeros de dicha sección, existe la posible aplicación de todas las secciones del Capítulo Primero a un arbitraje regido por la Convención. La Corte Suprema no se ha pronunciado sobre la interacción entre los capítulos, pero los tribunales de apelación sí han resuelto conflictos entre ellos y aclarado la relación entre los mismos.

No obstante el papel importante de la legislación que incorporó la Convención, no se debe de perder la noción de que es la Convención en sí la que es de importancia primordial. Abundan las resoluciones judiciales que han aplicado la Convención en forma directa para resolver una disputa regida por ella. Además, consideradas en conjunto, las resoluciones establecen la aceptación de los preceptos centrales de la Convención en la jurisprudencia estadounidense.

A diferencia de los países que incorporan los tratados directamente a su ordenamiento interno por el mero acto de ratificar o acceder al tratado, el hecho de requerir un acta legislativa como vía de incorporación puede cambiar el escenario de aplicación sustancialmente. El acta puede servir no solamente como canal sino también como filtro de aplicación. La conclusión ineludible es que para entender la aplicación de la Convención en los Estados Unidos hay que

tomar en cuenta y a veces ser guiado por el contenido de la ley de su incorporación. La interacción entre la Convención y el Capítulo Segundo del Título Nove- no es a veces sutil y lleva consecuen- cias no anticipadas. Por eso, el presente trabajo puede servir de punto de parti- da y no de destino final en la averigua-

ción del contenido y los parámetros de la aplicación de la Convención de Nueva York en los Estados Unidos. Sin em- bargo, el conocimiento del acta legisla- tiva y su contenido debe de ayudar el lector entender la ubicación y aplicación en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Unidos. 

ESPAÑA

EN EL 50 ANIVERSARIO DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958. ¿REFORMA O SUPERACIÓN?

Por: JOSÉ MARÍA ALCÁNTARA GONZÁLEZ (*)

Se cumplió el primer medio siglo de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales extranjeros, y hay que destacar que esos primeros cincuenta años fueron fructíferos y llenos de éxito en orientación y modificación de leyes nacionales. Tras la I Guerra Mundial pronto se reconoció que el Protocolo de Ginebra de 1923, relativo a las cláusulas de arbitraje, y el Convenio de Ginebra de 1927, sobre la ejecución de laudos arbitrales extranjeros de la Sociedad de Naciones, no liberaban al arbitraje internacional de sus fuertes ataduras. La Convención de Nueva York fue, gracias a una iniciativa de la CCI en 1953, la solución para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados fuera del territorio en donde se pide su reconocimiento y ejecución, dotando así de eficacia entre países distintos a los laudos arbitrales, y con un adelanto y alcance aún no conseguido a nivel internacional para los fallos judiciales.

La Convención de N.Y. es uno de los instrumentos más aplaudidos y mejor valorados en el comercio internacional hoy. Pero, quizás por las expectativas despertadas y por la inquietud permanente de los profesionales que operan en los negocios transfronterizos desde hace años, se viene preconizando y opinando en favor de la revisión de la gran Convención. Ya, al cumplirse 31 años y con 79 países, lo hice en Hamburgo (*"The New York Convention on the recognition and enforcement of arbitral awards, 1958. Should it be revised?"*, ICMA IX), lo que ya entonces escandalizó un poco a aquéllos que en franca mayoría pedían no tocarla ni incluso hablar de éllo. En 1999, al cumplirse 40 años y con 116 países, lo volví a hacer en Auckland (*"Revisiting the New York Convention of 1958"*, ICMA XIII), ya con mayor eco receptivo. El pasado junio en Madrid, a los 50 años y ya con 142 países, lo ha hecho muy certeramente Ramón Mullerat en *"Los segundos 50 años del*

(*) Consejero Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional (CMI). Abogado de Sagardoy Abogados, España. Árbitro de la Corte de Arbitraje de Madrid, España.

Convenio de Nueva York: Reflexiones sobre la falta de interpretación uniforme de algunos de sus preceptos” (Club Español del Arbitraje, III Congreso de Arbitraje). Otras aportaciones y sugestivas ideas de reforma han sido expuestas en publicaciones varias por firmas mucho más autorizadas que la mía en el período de la última década.

Nos plantearemos así, y llegados a este punto de aniversario, si la Convención precisa una puesta a punto (un “aggiornamento”), un complemento material o una reforma radical a fondo que implique superar el tenor originario por completo. Pero, antes de ello, habremos de preguntarnos si en verdad una Convención Internacional no aguanta el paso de solamente medio siglo. Ciertamente, algunos tratados internacionales resisten bien el paso de los años, por ejemplo, la Convención de Abordaje de 1910, la Convención de Bruselas de 1924 sobre transporte de mercancías por mar bajo conocimiento de embarque (a pesar de su modificación por el Protocolo de Visby en 1968) y el mismo UNCLOS II de 1982. Pero el arbitraje en los negocios internacionales sigue la dinámica de éstos y las nuevas formas de contratación internacional junto con la globalización de las economías mundiales hacen indispensable, o al menos necesaria, la revisión de la Convención de 1958. El texto de Nueva York aún sirve y sirve bien, pero se ha quedado corto y padece oxidación en algunos de sus elementos básicos.

Los aspectos a revisar están, desde luego, relacionados con el test que la Convención ha recibido en los países contratantes. El Perú ratificó la CNY el 4 Marzo de 1988 mediante resolución legislati-

va 24810. Los tribunales peruanos han dictado dos sentencias destacables sobre la aplicación de la Convención. En el expediente 968-98 la Corte rechazó la oposición al reconocimiento de un laudo dictado en Korea sustentada en la cuestión de fondo. En el caso del expediente 2262-04, mediante resolución de 31 marzo de 2005, la Corte Superior declaró fundada la solicitud y reconocido el laudo arbitral dictado en Londres con aplicación de la ley suiza al fondo, por no haberse probado la causal de infracción del orden público. En la mayoría de los Estados contratantes la Convención ha sido eficaz y las ocasiones de denegación de reconocimiento del laudo extranjero han decrecido notoriamente en las últimas dos décadas, aunque persisten de forma sorpresiva mostrando una frontera de resistencia que debe desaparecer.

Las áreas de revisión pueden revestir una importancia mayor o menor según los casos y según los países donde el laudo arbitral deba recibir reconocimiento y ejecución. A forma de propuesta se identificarán las siguientes, sin alcance exhaustivo:

- (i) Artículo II.2 “acuerdo por escrito”. En 1958 el convenio arbitral era concebido bien por medio de un acuerdo por escrito o bien mediante un intercambio de cartas o telegramas. Los Tribunales pronto extendieron esta segunda forma al intercambio por vía teleimpresora o de transmisión facsímil. La Convención Europea sobre Arbitraje Comercial, Ginebra 1961, en su artículo 1.2.a incluía la transmisión por teleimpresor. También, la Convención de Ginebra daba paso libre a la eventualidad de un “acuerdo verbal” siempre que la legislación

nacional no exigiese la forma escrita para un acuerdo sobre arbitraje. En la actualidad, la transmisión por vía electrónica se ha impuesto de forma dominante. Una cuestión a considerar hoy será la “aceptación implícita” de una cláusula arbitral inserta en un documento que es recibido por una de las partes en la transacción tras remitírselo la otra. Durante el proceso de elaboración del *Model Law UNCITRAL* se recomendó una definición más detallada de la expresión “acuerdo por escrito” con el fin de afrontar así problemas relativos a la intermediación en los contratos, la práctica de mercado de confirmación de condiciones de venta o la utilización de condicionados generales (fue apoyada por Lord Wilberforce, en nombre del Chartered Institute of Arbitrators), pero no prosperó, aunque sí fue adoptada con variantes en algunas jurisdicciones (Suiza, Inglaterra y Gales, Alemania, Singapur). No me parece dudoso que esta regla, tan importante, debe ser ampliada y adaptada a las realidades tecnológicas y comerciales de la hora presente.

- (ii) Artículo II.3: “el Tribunal de todo Estado contratante (...) deberá referir las partes al arbitraje, a menos que se establezca que dicho acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o imposible de cumplir”. La CNY no determinaba la ley aplicable conforme a la cual el Tribunal habría de examinar la validez del acuerdo arbitral, que desde luego no debería nunca ser la del país donde se pretende ejecutar el laudo. La Convención Europea 1961 estableció unas reglas a tal fin: la ley

elegida por las partes en primer lugar, la ley del país donde se dictó el laudo en su defecto, y por último la ley aplicable que resulte de la norma conflictual en vigor en el país en el que se plantea la demanda de exequátur. Los tribunales nacionales suelen resolver este asunto conforme a su propio derecho interno, desviándose así de lo previsto en el Artículo V. a de la CNY.

- (iii) Artículo V.1.e: “(...) el laudo no se ha convertido en obligatorio para las partes, o ha sido anulado o suspendido (...)”. La *suspensión* del laudo arbitral no es entendida por igual en todos los países, pero evidentemente no puede ser equiparable a su anulación ya que los efectos de aquélla son meramente temporales. El laudo podría ciertamente ser reconocido y ejecutable sólo cuando la suspensión sea levantada, por lo que sería más adecuado proveer el estado suspensivo para la eficacia del exequátur pero no la denegación del mismo.
- (iv) Artículo VI: “(...) la autoridad (...) puede (...) ordenar a la otra parte la prestación de garantía suficiente”. Este asunto importantísimo de las medidas cautelares debe recibir mayor amplitud de tratamiento en la CNY, ya que las circunstancias que demandan la prestación de caución son varias e incluyen estadios previos al juicio arbitral y posteriores a la emisión del laudo. Las reglas sobre medidas cautelares se encuentran remitidas a las leyes nacionales, en torno a las cuales existe poca uniformidad sobre viabilidad y contenido. Además, los árbitros carecen normal-

mente de competencia para dictar medidas cautelares, y cuando la tienen en virtud de su ley arbitral interna tal poder no es susceptible de reconocimiento en otro país (en donde se encuentran los bienes). La carencia de la CNY en ese plano de garantías es patente, y en el mercado de desconfianza contractual que sensibilizan las crisis económicas esta necesidad de una norma internacional resulta urgente.

- (v) Artículo V.1.b, V.1.c y V.1.d: causales de denegación del exequátur por razón de “falta de medios de defensa”, “materias no incluidas en el convenio arbitral” y “debido proceso”. Estas causales fueron ampliamente discutidas durante tres semanas en la Conferencia de Nueva York de 1958, y antes en el mismo borrador de anteproyecto de 1955. Por medio de esas causales se ofrece al deudor, y al Tribunal de su foro patrio, unos fundamentos de ataque al laudo extranjero que, aunque no sean banales en absoluto, afectan por completo al ámbito jurisdiccional del país en el que tuvo lugar el juicio arbitral y fue dictado el laudo. Es dudoso, por tanto, que el orden público procesal del país de origen deba ser revisado por los órganos jurisdiccionales del país donde el laudo ha de lograr efecto. Sin embargo, la materia se presta a importantes abusos y al sometimiento de estrategias y cuestiones cruzadas (por ejemplo, otro procedimiento abierto por el deudor en su propio país) al Tribunal del exequátur. Desde toda perspectiva interna-


cional, un laudo emitido en un país contratante bajo el control de legalidad existente en tal país debe ser estimado como definitivo y vinculante, salvo que resulte incompatible con el orden público interno del país de reconocimiento y ejecución. Como ha sido apuntado⁽¹⁾, es necesaria una armonización interpretativa sobre algunos preceptos capitales de la Convención, que ha sido adecuadamente comentado ya por Ramón Mullerat (*opus citae*). Añadiremos el del concepto de “Orden Público”, que debería pervivir como última frontera del nacionalismo, a fin de salvaguardar los principios morales y filosófico-jurídicos sobre los que descansa la sociedad civil, o para proteger el ordenamiento constitucional, como ha fijado acertadamente el Tribunal Supremo español.

El camino hacia delante no está decidido, y lo anterior expuesto es sólo base mínima del campo de armonización que la CNY necesita. Las opciones de reforma y de protocolo complementario se inclinan más a favor de lo segundo por su mayor rapidez, ya que una reforma conllevaría una discusión internacional de muy largo tiempo. Otra propuesta es la de una Ley Modelo, que complementaría a la CNY, pero que al carecer de rango de tratado internacional realmente abre la puerta a la opción de una nueva Convención que sustituya y supere a la actual de 1958. Esta vía es la recomendada hoy por Van der Berg (citado por Mullerat, en “Preliminary draft convention on the international enforcement of arbitration

(1) VAN DER BERG, Albert Jan. *Striving for uniform interpretation*. New York, junio 1998.

agreements and awards”). Esta solución, con ser la más limpia y segura, meritara un largo proceso de elaboración y no permitiría la urgente adaptación a la realidad del mercado, sobre la que hemos de insistir sin descanso, y lo que es más grave, daría lugar a una posible divergencia entre los 140 países partes de la CNY, ya que algunos ratificarían la futura y otros podrían seguir con la de 1958 por razones varias que, de diversa índole, suelen impedir la adopción de nuevos tratados internacionales.

Entretanto, los Tribunales de Justicia van adquiriendo una mayor experiencia, y con ello una realidad educativa, en materia de arbitraje comercial internacio-

nal. Armonizar esa interpretación judicial a nivel mundial no es tarea fácil, ni quizás viable en el horizonte de los más optimistas. Pero, en ausencia de la reforma de la CNY 1958, no queda otro recurso que el de trabajar intensamente con nuestros Tribunales y ayudarles a crear una *interpretatio mercatoria* sobre la materia y en torno al principio indiscutible de que la CNY 1958, y su hija la CE 1961, se suscribieron para reconocer y ejecutar en otros países (hoy 140) las sentencias arbitrales dictadas en un país extranjero y no se hicieron para obstaculizar menos que en 1927 el cumplimiento transnacional de las mismas. A ese objetivo hay que llegar pronto, quedando lo demás para literatura de estanterías universitarias. 

EFICACIA IMPEDITIVA DE LA ACTUACIÓN DE LOS TRIBUNALES COMO CONSECUENCIA DE LA CELEBRACIÓN DE CONVENIO O CLÁUSULA ARBITRAL

Por: JUAN CARLOS CALVO CORBELLA (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Fundamento de la eficacia impeditiva de la actuación de los tribunales que es inherente a los convenios arbitrales.* 3. *El efecto impeditivo de la actuación de los tribunales como consecuencia de la celebración de convenios arbitrales.* 4. *Requisitos formales del efecto impeditivo: solicitud de las partes.* 5. *Requisitos materiales para la efectividad del convenio arbitral en los procesos judiciales.* 6. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

Dada su naturaleza inequívocamente contractual, efecto primero y más inmediato de la celebración del convenio arbitral (o de la inserción de una cláusula arbitral en el articulado de un contrato de otra naturaleza) lo es el nacimiento de la obligación recíproca –o multirecíproca– de las partes intervinientes en la constitución del vínculo jurídico de cumplir lo estipulado; esto es, cumplir con el compromiso contraído de someter las controversias que surgieren como consecuencia del desenvolvimiento de los efectos de una relación jurídica determinada (ex-

tendiéndose al caso de aquéllas que hubieren surgido pretéritamente al hecho de la constitución del nexo arbitral) a la decisión de un tercero o terceros; ya fueren aquél o estos últimos designados por las propias partes concernidas, o, delegadamente, a través de la intervención de quien no ostentare la condición de parte (ordinariamente, una institución permanente de arbitraje).

En este sentido, y circunscribiéndonos al derecho español, puede efectuarse la mención de las disposiciones contenidas en los artículos 1; 5; y 11.1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre; inmediata-

(*) Abogado Grupo Dragados y Árbitro de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje – CIMA, España.

mente anterior en su vigencia a la actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre, que establece el denominado “efecto positivo” del convenio (o de la cláusula) arbitral en sus artículos 9 y 11.

En el ámbito internacional puede citarse el artículo 7.1 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil e Internacional el 21 de junio de 1985, en la que se fundamenta, expresamente, la Ley española de Arbitraje vigente en la actualidad.

Ahora bien, el mero establecimiento del efecto obligacional de los contratos arbitrales (efecto éste común y connatural a todo negocio jurídico) no resultaría bastante a fin de que el arbitraje desplegara los efectos para cuya satisfacción fuera concebido (*constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial*, en palabras de la recomendación 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, según transcribiera ya la exposición de motivos de la Ley española de Arbitraje de 1988), en la medida en que cualquiera de las partes incumpliere los pactos estipulados, acudiendo para dirimir sus controversias ante los Tribunales (a los efectos de la presente comunicación, la utilización del término “tribunal” se entenderá siempre referida a órganos judiciales integrados en el ordenamiento jurisdiccional del Estado).

La razón de que resulte indispensable y necesario que un poder trascendente a la voluntad de las partes compromitentes determine efectos inherentes a los convenios o cláusulas arbitrales que contribuyan a hacer efectivos y realizables los fines perseguidos mediante su celebración, no es otra que la inexistencia de poderes de autotutela particulares que cons-

tituyan fundamento adecuado para obstar a la “huída hacia los Tribunales” de los contendientes.

Tal hecho configura el contrato de arbitraje atribuyéndole caracteres de naturaleza normativa –pudiéramos decir, sin que por ello erráramos, cuasi-institucional–. Son tales caracteres –denominados como “efectos negativos” del Arbitraje– los que, propiamente, pretendemos abordar en nuestra comunicación.

De una parte, pues, la cláusula arbitral produce eficacia obligacional (*ex-contractu*) que, tanto respecto de las partes intervinientes directamente en el convenio, como respecto de terceros que, bien pudieren invocar la extensión de la aplicabilidad de la cláusula arbitral a los conflictos que les afectaren, o bien se tratase de aquellos terceros cuya exigencia de participación venga determinada como consecuencia jurídica del acuerdo arbitral (árbitro o árbitros; instituciones creadas para la Administración del Arbitraje); eficacia ésta que, caso de ser debidamente atendida mediante su cumplimiento, implicará, positivamente, la obligación (de hacer) de someter la eventual controversia al arbitraje; y, negativamente, la obligación (de no hacer), de no someter la referida controversia a los Tribunales de Justicia; pero que, en el supuesto de que no fuere efectivamente satisfecha, origina, como consecuencia del incumplimiento, el sometimiento de la controversia a los órganos judiciales.

De otra, y con la finalidad de remediar las situaciones creadas por el incumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas; y dada la ineficacia de la voluntad de aquélla de las partes que pretendiere el cumplimiento para comprometer y determinar las decisiones de los

poderes públicos, es necesario que sean los propios poderes del Estado quienes ordenen la sumisión de los Tribunales de Justicia a las consecuencias necesarias para la eficacia de las cláusulas arbitrales existentes y válidas, provocando, de esta manera lo que pudiéramos denominar eficacia *ex-lege* (de proyección eminentemente procesal) del Arbitraje; sean estos efectos afirmativos (o asertivos), tales como los que provocan la intervención judicial en diferentes incidencias del Arbitraje (nombramiento de árbitros; adopción de medidas cautelares; práctica de diligencias probatorias; ejecución provisional y forzosa de laudos; anulación de laudos arbitrales; revisión de sentencias recaídas sobre tales laudos); sean negativos, como la cuestión que preferentemente nos ocupa de la admisión y tramitación de demandas en asuntos sometidos a Arbitraje.

A estos últimos efectos, el texto de la introducción de la Convención de Nueva York de 1958, cuyo párrafo 2 establece, en su último inciso, que “un objetivo secundario de la convención es exigir que los Tribunales de los Estados parte del pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un Tribunal Arbitral”.

2. FUNDAMENTO DE LA EFICACIA IMPEDITIVA DE LA ACTUACIÓN DE LOS TRIBUNALES QUE ES INHERENTE A LOS CONVENIOS ARBITRALES

Tal y como hemos manifestado en la introducción, la sola voluntad de las partes nunca podría constituir un vínculo justificativo de la ineficacia del derecho de

las mismas a acceder a los tribunales. La razón de esto descansa en la naturaleza de este derecho a la tutela judicial como derecho fundamental; que, por tal carácter, es irrenunciable por indisponible; ya que el sistema de derechos y libertades definido en la constitución, no puede ser derogado singularmente por sus propios beneficiarios, en la medida en que su eficacia irrestricta constituye el fundamento mismo de orden público y de la paz social.

Así, debe ser un poder superior al que ostentan los particulares el que constituya causa y fundamento, así como condición de posibilidad, de la plenitud de efectos del Arbitraje, como instrumento extrajudicial de solución de conflictos entre particulares.

Tal poder incumbe sólo y exclusivamente al Poder Legislativo. Es la Legislación reguladora del arbitraje –y normativizadora de los correspondientes contratos– la que establece el efecto impeditivo de la intervención de los tribunales en asuntos para cuya decisión haya sido prevista la solución arbitral.

Correlativamente, la determinación por medio de tratados internacionales que prevean el remedio de controversias mediante la intervención de instituciones arbitrales, proporciona el fundamento que justifica el sometimiento –incluso de los propios Estados Miembros de la Comunidad Internacional– a arbitraje; excluyendo la intervención de los propios Tribunales nacionales, o internacionales.

Aún, con mayor motivo –respecto del poder fundamentador de la Legislación interna– en este último supuesto; en la medida en que la celebración de tratados internacionales, con eficacia obligatoria para el Estado que los concierte, consti-

tuye manifestación del ejercicio de poderes de autolimitación establecidos en los propios ordenamientos constitucionales (sin perjuicio de la incorporación del tratado ya celebrado, como norma jurídica, al ordenamiento jurídico interno del Estado que lo hubiere otorgado y ratificado, como dispone en el caso español el artículo 1.5 de su Código Civil, en relación con los artículos 93 y siguientes de la constitución de 1978).

En efecto, la fijación del efecto impeditivo de la actuación de los Tribunales mediante una simple Ley ordinaria, puede suscitar cuestión sobre su constitucionalidad; en la medida en que la definición de los órdenes jurisdiccionales, y de la extensión y alcance de las potestades de los correspondientes órganos judiciales que los integran, pueda hallarse incluida, directamente, en la constitución; y, en todo caso, cuando su determinación y desarrollo se efectúe –de conformidad con lo previsto en el correspondiente orden constitucional– a través de instrumentos normativos supraordenados a las Leyes ordinarias; circunstancia ésta concurrente en España, donde los órdenes jurisdiccionales y sus potestades se desarrollan mediante Ley orgánica. (Así, la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 6/1985, de 1 de julio, que desarrolla el artículo 117 CE).

En suma, fijar límites a los poderes de los órganos judiciales mediante una simple Ley ordinaria; cuando aquéllos se encuentran regulados en una Ley orgánica, permite dudar de la verdadera impeditividad de la intervención judicial.

Bien es cierto que la afirmación del carácter irrenunciable del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, vía la convención de un sistema arbitral de solución de conflictos, no parece haber sido

asumida plenamente por el legislador español. Así, la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje de 1988 se anticipó a la objeción que hubiere podido fundamentarse en la prohibición de semejante renuncia, declarando que “el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial”, por la simple regulación del entonces llamado “recurso de anulación del laudo”; como si la sola posibilidad de entablar –con alcance de cognición extraordinariamente limitado–, posteriormente a producirse el laudo, algún procedimiento para la discusión del laudo dictado, en sede judicial, bastare para entender salvaguardada la intangibilidad del derecho constitucional a la tutela judicial.

La vigente legislación ha rehuído afrontar la cuestión. Idéntica posición dubitativa se advierte en el Tribunal Constitucional español. Para justificar la constitucionalidad del efecto impeditivo del arbitraje, el intérprete supremo de la constitución se ha visto obligado a calificar el arbitraje (de manera “*sui generis*”) como “equivalente jurisdiccional (así sentencia 15/1989; sentencia 62/1991, de 22 de marzo, FJ5; sentencia 288/1993, de 4 de octubre; sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, entre otras).

Si ya resulta inadmisibles, desde el punto de vista del correcto uso y empleo de las categorías jurídicas, considerar el arbitraje como una manifestación de la jurisdicción (siquiera sea “por equivalencia”), ya que la jurisdicción es la expresión de un poder del Estado, condición que en absoluto comparte, y de la que no participa, el árbitro; sin que resulte posible identificar la naturaleza ontológica, ni el orbe de existencia, de una tal clase de entes jurídicos inequívocamente ficticios,

como los “equivalentes jurisdiccionales”, en ningún caso puede aceptarse que resuelva semejante “*deus ex machina*” el problema de rango superior de que semejante innovadora figura no tenga regulación en la correspondiente Ley orgánica.

En todo caso, resulta extraordinariamente contundente la utilización de la categoría jurisdiccional aplicada al arbitraje; evidenciando, por el contrario, que solo y exclusivamente en el caso de aceptar la propuesta ficción (considerando al arbitraje como una manifestación de los poderes jurisdiccionales del Estado) podría estimarse legítima y constitucional la exclusión de la intervención, para dirimir un conflicto, de los auténticos poderes jurisdiccionales del Estado.

(La más reciente legislación procesal civil española, con mayor corrección, discierne, al regular la eficacia impeditiva del arbitraje, este concepto del de jurisdicción; sin embargo deja patente, y sin resolución, el problema de la coexistencia excluyente de poderes jurisdiccionales y autoridades arbitrales o arbitradoras).

En el ámbito internacional, interesa destacar que, entre los objetivos de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras aprobado en la conferencia de las naciones unidas sobre arbitraje comercial internacional, celebrada en New York entre los días 20 de mayo y 10 de junio de 1958, se encuentra la exigencia de que “los Tribunales de los Estados parte den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un Tribunal arbitral”; (objetivo ancilar o secundario, respecto del objetivo *principal*,

sobre ejecutabilidad, sin discriminación, de los laudos arbitrales extranjeros).

La cuestión esencial es, por tanto, determinar cuál será el fundamento, y cuál el modo, por causa de y a través del cuál pueda el Estado imponer el “efecto negativo” de la cláusula arbitral.

El problema surge del hecho de que, el destinatario de la obligación de hacer efectivo el convenio arbitral, el Poder Judicial, es uno de los poderes del Estado, a quien corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

La jurisdicción, en cuanto que poder, es única y exclusiva; corresponde a los órganos judiciales; se extiende a todas las personas y materias en el territorio del Estado; e impone, además, el deber de resolver las controversias sometidas a su conocimiento.

Más específicamente, tal y como ya ha sido dicho, el Poder Judicial se justifica en cuanto que garante específico de los derechos e intereses de los ciudadanos, a quienes procura la tutela judicial; con valor de derecho fundamental, y renunciabile como éstos lo son.

Las objeciones que derivan de las circunstancias antecedentes hayan contestación de la manera siguiente:

En cuanto a la aceptación alegada de los poderes del Estado, debe decirse que la afirmación del “efecto negativo” no afecta, en absoluto, a la estructura constitucional de poderes (que requeriría, siempre, una ley orgánica; eventualmente, aquéllos tratados internacionales que produzcan tal efecto, deberían ser autorizados, asimismo, por una ley orgánica, como establece el artículo 93 CE); sino que se modifican, exclusivamente, las funciones

que son contenido del poder jurisdiccional (para lo cuál basta simple ley ordinaria; artículo 117 CE).

Consecuencia de lo antedicho es la imposibilidad de considerar el arbitraje como una manifestación de la jurisdicción; y la necesidad de conceptualizarlo a partir de categorías jurídicas de distinta naturaleza (de ahí el dudoso hallazgo categorial alumbrado por el Tribunal Constitucional español al introducir la híbrida y epicena figura del “equivalente jurisdiccional”, que contribuye al proceso de demolición de los diferentes orbes ontológicos entre los ámbitos público y privado; en la marcha a la despublicación, y a la reprivatización que afecta, en un mundo deconstruido, a las estructuras clásicas diferenciadoras entre público y privado.

En cuanto a la segunda de las objeciones, el reconocimiento de la eficacia impeditiva de la intervención de los Tribunales que, por Ministerio de la Ley, se atribuye por el Estado a la cláusula arbitral, no implica renuncia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Distinta cuestión es que tal afirmación descansa únicamente sobre el hecho de que resulte posible entablar acción de anulación (ante los tribunales) respecto de los laudos arbitrales (sin perjuicio de que el ámbito de la cognición deferida a los jueces resulte extraordinariamente limitado; quedando excluida la revisión material del caso arbitrado), tal y como expresamente enunciara la exposición de motivos de la Ley española de Arbitraje de 1988.

El Tribunal Constitucional español, en sentencia 174/1995, que declaró la nulidad del artículo 38.2 de la Ley 16/1987,

de ordenación del transporte terrestre, ha introducido como argumento sobre el particular, que no es lo mismo el eventual recurso al arbitraje, por voluntad de aquellos que, inicialmente amparados bajo la tutela judicial, optaren por dirimir sus controversias convencionalmente; que, afirmando, como vía regia de solución de conflictos el arbitraje, admitan la intervención de los tribunales, y la actualización de la tutela judicial, en el sólo caso de la existencia de acuerdo unánime de las partes sobre el particular. Solo este último supuesto implica vulneración del Derecho a la Tutela Judicial, siendo, por ello, la causa de la anulación del sistema arbitral en materia de transporte concedido en la ley estatal objeto de la sentencia antes citada.

3. EL EFECTO IMPEDITIVO DE LA ACTUACIÓN DE LOS TRIBUNALES COMO CONSECUENCIA DE LA CELEBRACIÓN DE CONVENIOS ARBITRALES

1. Consecuencia de las consideraciones precedentes, y en el particular de la eficacia impeditiva del arbitraje, es, en cuanto a los árbitros que éstos no puedan defender ni sostener *la jurisdicción* que sólo impropia (por equivalente) ejercen, mediante el recurso a los procedimientos a disposición de los órganos judiciales (conflictos de competencia y de jurisdicción).

De otra parte, dado que la administración de la *justicia* es monopolio del Poder Judicial (justicia en cuanto que manifestación actualizada del contenido de la Ley, según el principio ciceroniano *iudex est lex loquens*; con la antinomia inherente a la subsistencia de la fórmula

simbolizadora de la prerrogativa regia de que –en España– la justicia se administre “en nombre del Rey” (o de la Reina, si ésta fue la titular de la Corona), lo que contradice la correspondencia, inherente al sistema de Montesquieu de la división de poderes, entre justicia y ley), no puede afirmarse que los árbitros adopten decisiones “en justicia” –orígenes del arbitraje vinculados a la equidad, y, en todo caso, al informalismo–; única circunstancia que explica por qué no resulte posible un recurso judicial sobre el fondo del asunto (que exigiría examen del caso “en justicia”, conforme al Derecho del Estado), y justifica cierta suspicacia de los usuarios del arbitraje en la medida en que no resulte garantizada una decisión “justa”; sino, simplemente, una decisión sobre el conflicto.

(Sin perjuicio de lo anterior, dado que el árbitro, *ex lege*, participa en el ejercicio de funciones que, eminentemente, incumben a los poderes públicos, la tipificación en el Derecho Penal español, como comportamientos delictivos propios de las categorías del cohecho y las negociaciones prohibidas a funcionarios, los que –sin ser funcionarios públicos, ni, por ello, en principio sujetos activos potenciales de los correspondientes delitos– los que pudieren realizar los árbitros; artículos 422 y 440 CP 1995).

2. En cuanto a los tribunales respecto a si bien sin que el efecto impeditivo deba ser procurado por los propios órganos judiciales a través de la abstención de oficio, la Ley 60/2003, de arbitraje, establece su artículo 11, como efecto del convenio arbitral, que éste “impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje”, reproduciendo –sin per-

juicio de enmiendas terminológicas– las previsiones al respecto contenidas en el artículo 11.1 de la Ley 36/1988.

Con carácter general, el artículo séptimo de la misma Ley establece que en los asuntos que se rijan por la misma no intervendrá ningún tribunal, exceptuados los casos expresamente determinados en la misma.

El artículo 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada el 21 de junio de 1985, desde otra perspectiva, dispone que “el Tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje”.

Los términos prohibitivos, o proscriptorios, que utiliza el legislador nacional, resultan, no obstante, decisivamente matizados por la circunstancia de que, en el caso de existir acreditadamente un pacto arbitral, no le cabe, de oficio, y por su propia iniciativa, al órgano judicial, inhibirse en el conocimiento y enjuiciamiento de los hechos, como, indudablemente, hubiere podido y debido hacer en el supuesto de constarle que el litigio sometido a su conocimiento incumbía a otro orden jurisdiccional (poniéndose de manifiesto, por si ello fuera aún necesario, las esenciales diferencias existentes entre un “verdadero” orden jurisdiccional; y una jurisdicción “por equivalencia”). Es cierto, no obstante, que nada hubiera impedido al legislador –de la misma manera que nada le ha impedido establecer el efecto negativo– prescribir a los tribunales el deber de abstención. Que no lo haya hecho así es consecuencia de la debilidad, e ineffectividad relativa, del arbitraje, para exceptuar y excepcionar el conocimiento “jurisdiccional” de los conflictos; debiendo

recordarse que la administración de la justicia constituye la más esencial atribución del poder público. Aunque bien pudiere argumentarse que el arbitraje no es una manifestación, ni constituye una aplicación “justa”, o de la “justicia”; sino que constituye la simple solución, compelerente y obligatoria, de un conflicto.

La legislación nacional y la normativa internacional requieren, como condición necesaria de posibilidad de la eficacia impeditiva de la actuación de los tribunales que produce el convenio arbitral, la solicitud de alguna de las partes. (En sentido inverso, la exigencia del consentimiento expreso, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia para el acceso a la jurisdicción, en lugar de la utilización de un sistema de arbitraje institucional e imperativo, determinó la declaración de la inconstitucionalidad del párrafo primero, del artículo 38.2 de la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres, según declaración contenida en la sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, por la que el Tribunal Constitucional en pleno resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas con los números 2112/1991 y 2368/1995, planteadas respecto de la citada LOTT).

Tal es requisito formal e indispensable para actualizar el efecto impeditivo que es inherente al arbitraje. Junto a este requisito, y desde una perspectiva material, puede identificarse, asimismo, la necesaria concurrencia de otros requisitos sobre cuya apreciación habrá de reconocerse la competencia judicial: la existencia de un convenio o de una cláusula arbitral válida.

Sobre estas cuestiones pasaremos a efectuar, seguidamente, sucinta exposición.

4. REQUISITOS FORMALES DEL EFECTO IMPEDITIVO: SOLICITUD DE LAS PARTES

Las disposiciones anteriormente citadas establecen como requisito para la eficacia del arbitraje, frente al despliegue natural de los poderes que incumben constitucionalmente a los órganos judiciales, que las partes así lo invoquen, de manera expresa.

El medio previsto en el Derecho Procesal Civil y nacional es el planteamiento de la declinatoria.

Mediante la declinatoria, tal y como establece el artículo 63.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, el demandado y los que puedan ser parte en el juicio promovido podrán denunciar, no solamente la falta de jurisdicción del Tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de esta a Tribunales extranjeros, o “a órganos de otro orden jurisdiccional”; sino por corresponder “a árbitros”.

Como puede fácilmente advertirse, la “falta de jurisdicción” se produce tanto en el caso de corresponder el asunto a “otra jurisdicción” (nacional o extranjera); sino también, por corresponder a árbitros. Que el término (la jurisdicción) se halle comprendido, total e íntegramente, en uno de los dos supuestos legalmente definidos para el éxito de la declinatoria (excluimos ahora el supuesto, ajeno a nuestra cuestión, de la falta de competencia territorial, que también se denuncia mediante la proposición de la declinatoria), denota el impreciso e inexacto uso terminológico y conceptual aplicado por el legislador (que no entendemos pueda remediar el recurso –mero subterfugio– a la figura del “equivalente jurisdiccional”).

La declinatoria se propone ante el mismo Tribunal que esté conociendo del pleito, a quién se considere carente de jurisdicción (artículo 63.2 LEC).

El problema que plantea la regulación procesal de la declinatoria, en relación con la remisión que a tal categoría procesal efectúa la Ley de Arbitraje, no es otro sino la delimitación temporal del momento en el que resulta posible proponer la citada defensa procesal.

En efecto, la declinatoria habrá de ser propuesta *dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda* (o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista, supuesto éste que debe entenderse referido exclusivamente al caso de celebración de juicio verbal, cuyo procedimiento excluye la concesión de plazo y trámite para contestación a la demanda, la que se produce en el acto de la vista); así resulta de lo que dispone el artículo 64.1 LEC.

Efecto de la proposición de la declinatoria es la suspensión del plazo para contestación (o del cómputo del plazo para el día de la vista), y, por ello, del curso del procedimiento principal. Sin embargo, no obsta a que el Tribunal pueda practicar, a instancia de parte legítima, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como las medidas cautelares que, de dilatarse, pudieran ocasionar perjuicios irreparables para el actor (excluida la prestación de caución bastante en garantía de los daños y perjuicios que derivaren del ulterior fracaso de la declinatoria).

Al escrito de declinatoria habrán de acompañarse los documentos o principios de prueba en que se funde.

El tribunal decidirá la declinatoria mediante auto cuando entendiere haberse sometido el asunto a arbitraje (párrafo segundo del número dos del artículo 65 LEC).

En el caso de que el tribunal rechace la sumisión del asunto a arbitraje, adoptará la decisión, igualmente, mediante auto (párrafo segundo del número dos del artículo 66 LEC).

El auto por el que el tribunal se abstuviere de intervenir por hallarse el asunto sometido a arbitraje será susceptible de recurso de apelación. El auto por el que el Tribunal decida continuar con el conocimiento del asunto será susceptible de recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la circunstancia de hallarse sometido el asunto a arbitraje en la apelación que se interpusiere contra la sentencia definitiva.

En el ámbito internacional, la cuestión no ha dejado de someterse a requisitos semejantes.

Así, la cláusula VI del Convenio Europeo sobre el Arbitraje Comercial e Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, estableció que “toda excepción o declinatoria por incompetencia del Tribunal Estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el Tribunal Estatal ante el cuál se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la Ley del país del Tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantiva”.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial e internacional establece en su artículo octavo, apartado uno que “el Tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio (...)”.

Las reglas de la American Arbitration Association, al determinar los procedimientos para la resolución de disputas internacionales, establecen en el punto tercero de su artículo 15, en consonancia con los ejemplos anteriormente reseñados que aquélla de las partes que pretenda hacer efectivo el principio impositivo de la actuación de los Tribunales debe poner de manifiesto su objeción no más tarde del momento del que presente su escrito de defensa frente a la reclamación, o a la contra reclamación, que haya dado lugar al planteamiento de la objeción.

Como hemos ya anticipado, pudiera suscitarse cuestión sobre la pertinencia de desplazar a cargo de la parte interesada la realización de la objeción al conocimiento jurisdiccional de la controversia para cuya solución haya sido previamente convenida la intervención arbitral. En este punto se advierte la tensión existente entre el estatuto de derechos y libertades constitucionalmente definido, que resulta ser correlato de la estructura de poderes públicos, y el principio de libertad inherente al desenvolvimiento de la denominada “sociedad civil”. Ciertamente, la prescripción normativa, dirigida a los órganos judiciales, de abstenerse de intervenir en procedimientos iniciados para dirimir controversias sometidas a arbitraje, difícilmente sería realizable sin la previa aportación por las partes de la docu-

mentación acreditativa de la existencia del convenio arbitral. El hecho de aportación del citado convenio implica, siquiera sea tácitamente, la voluntad de la parte de hacer notar al juzgador la existencia de obstáculos al ejercicio de la función jurisdiccional. No resulta razonable aportar el convenio arbitral sin pretender, a través de ello, hacer valer la sumisión a arbitraje; no obstante, no resulta tal hecho inconciliable con la voluntad de alegar, intramuros del proceso judicial, utilizando el documento arbitral como medio de defensa o de justificación de las posiciones sostenidas por la parte procesal.

5. REQUISITOS MATERIALES PARA LA EFECTIVIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL EN LOS PROCESOS JUDICIALES

1. Puede apreciarse la existencia de circunstancias que, de alguna manera, pueden considerarse “debilitantes” o “atenuatorias” de la incontestabilidad de la eficacia negativa del arbitraje.

Así, el hecho de que tratados internacionales y legislación nacional admitan el examen de fondo por los tribunales en cuanto a la existencia y validez de las cláusulas arbitrales.

De otro lado, la regulación específica por el legislador de efectos limitados del arbitraje en circunstancias cuales las que suscitan los procesos concursales.

En último término, las imitaciones tradicionalmente exigidas a la eficacia del arbitraje en los Tratados sobre solución de conflictos, mediante el arbitraje, en materia de inversiones internacionales.

De todas estas cuestiones únicamente nos limitaremos a su mención, como

constancia del camino aún por recorrer en la institucionalización plena y efectiva del arbitraje como sistema de solución de conflictos.

2. El sólo hecho de la alegación de haberse producido el acuerdo de las partes de someter un conflicto a arbitraje, aún presentada dentro de los plazos, y por medio de los instrumentos legalmente previstos en cada caso, no determina automáticamente la interdicción de la actuación judicial.

Los convenios internacionales y la legislación nacional española atribuyen al órgano judicial la prerrogativa de enjuiciar, según su propia competencia, la existencia y validez del convenio o de la cláusula arbitral.

A partir de este hecho, surge cuestión sobre el alcance y la extensión de los poderes revisores de los órganos judiciales a fin de determinar, como conclusión, que, por hallarse ante un contrato de arbitraje existente y válido, procede su abstención e inhibición en el conocimiento del asunto.

La solución a la cuestión propuesta implica examinar la concurrencia de los requisitos legalmente exigibles para la determinación de la validez de la relación jurídica arbitral (admitido que, en aplicación del principio de separabilidad de la cláusula arbitral, y de la independencia del convenio arbitral, la eventual concurrencia de causas de nulidad o invalidez del negocio jurídico en el que haya podido insertarse aquélla, es indiferente “relativamente” a la hora de afirmar o negar la jurisdicción de los tribunales).

No obstante, en la medida en que el contrato, o la relación jurídica (contractual o no) que constituya el contexto o el

marco configurador de la eventual solución arbitral al conflicto, proyecta sus efectos sobre el convenio arbitral (pues, al definir la materia arbitrable, determina si el convenio de arbitraje, al tener por objeto materias eventualmente no susceptibles de arbitraje –por no resultar de libre disposición, o por encontrarse entre las que las Leyes definan expresamente como no arbitrables–, no resultaría factible admitir como válido y existente un convenio o cláusula arbitral que, a la vista de las anteriores circunstancias, resultare manifiestamente implausible), resultará forzoso tomar en consideración aquéllos a fin de elaborar juicio u opinión sobre la existencia o validez del convenio o de la cláusula arbitral.

En cuanto a la pertinencia del examen del convenio arbitral, desde el punto de vista de la regulación internacional, la propia Convención de Nueva York en su artículo V.1, letra a), establece la posibilidad de enjuiciar la validez de la cláusula arbitral, no sólo por vicio del consentimiento o falta de capacidad de los comprometidos, sino por cualesquiera otras causas aplicables según la Ley a las que las partes se hubieren sometido.

En el propio artículo V, en su punto 2, letras a) y b), admite y reconoce la exclusión del arbitraje, como medio de solución de conflictos, respecto de aquellas materias en las que así lo hubiere prescrito la legislación del país en el que se solicite la ejecución de laudo arbitral; así como el prevalecimiento del orden público vigente en el Estado de ejecución de los laudos arbitrales.

En la legislación española, el artículo 41.1 letra a) de la Ley 60/2003 recoge, como supuesto de anulación del laudo, la inexistencia o la invalidez de la cláusula

arbitral. En las letras b), e) y f) del mismo número y artículo, se recogen, como motivos de anulación, tanto los mismos aludidos por la Convención de Nueva York en el punto 2 del artículo V (inarbitrabilidad; orden público); como los que implican vulneración de derechos fundamentales, por infracción esencial de procedimiento (indefensión).

3. Por su parte, los Tribunales de Justicia, también han aportado, mediante su interpretación de la legislación de arbitraje, criterios que, eventualmente pudieran considerarse restrictivos del denominado “efecto negativo” del arbitraje. A título de ejemplo, en relación con esta cuestión puede traerse a colación lo declarado recientemente por el Tribunal Supremo español en sentencia 741/2007, de 2 de julio (A. 3916).

En esta sentencia se declara no haber lugar a recurso de casación cuyo objeto lo constituyó sentencia adoptada por Audiencia Provincial confirmatoria de la previamente dictada en la primera instancia, que no había aceptado la excepción de sumisión a arbitraje, manteniendo su jurisdicción.

El argumento de la Audiencia Provincial para confirmar la procedencia del examen jurisdiccional del asunto fue que dado que, preexistentemente, laudo recaído en base al convenio arbitral había sido anulado por incongruente resultaba ya improcedente replantear la cuestión sobre sometimiento a la vía arbitral; la cuál consideró la Audiencia había quedado extinguida.

El Tribunal Supremo declara que la disposición legal que impide a los jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje (que en el

caso resuelto era el artículo 11 de la Ley de 1988), no obsta a que deba entenderse expedita la vía judicial en aquellos casos en los cuales el convenio arbitral deba ser considerado sin efecto (cita la sala primera del Tribunal Supremo el caso en el que el laudo arbitral hubiera sido dictado fuera de plazo, conforme a lo dispuesto en el artículo 30.2 de la Ley de 1988, y según lo declarado por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1994; así como en aquellos otros en los cuales el laudo arbitral haya sido objeto de anulación por una causa que comporte la imposibilidad de dictar nuevo laudo para resolver la cuestión controvertida.

A propósito de esta segunda excepción, el Tribunal Supremo reintroduce, como principio interpretativo que justifica la admisibilidad de causas obstativas a la eficacia del arbitraje, la preservación del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 CE; que, si normalmente resulta asegurado por el hecho de que, ulteriormente al pronunciamiento del laudo arbitral, resulte posible el planteamiento judicial de su nulidad, a través del procedimiento legalmente establecido al efecto, en absoluto implica la renuncia de las partes al derecho fundamental a la tutela judicial; de manera que cuando el laudo resulte anulado por razones que lleven consigo la imposibilidad de replantear la cuestión en la vía arbitral, la efectividad del derecho constitucional exige el reconocimiento de la facultad de acudir a la jurisdicción ordinaria sin restricción alguna derivada del convenio arbitral.

En consecuencia si el laudo resulta totalmente anulado por incongruencia en uno de sus pronunciamientos, ello implicaría que la cuestión principal esté indi-

solublemente unida a la cuestión objeto del pronunciamiento anulado, por lo que el conflicto en su conjunto excedería del ámbito propio del convenio arbitral, con el efecto de que sólo podría ser planteado ante la jurisdicción ordinaria.

A partir de los presupuestos mencionados el Tribunal Supremo razona que obligar a la parte a acudir de nuevo a la vía arbitral para solicitar un laudo que por sentencia firme no puede decidir sobre una cuestión que aparece indisolublemente unida a la cuestión principal objeto del arbitraje (con la posibilidad de una declaración de incompetencia de los árbitros o, si no fuera así, de un nuevo recurso de anulación) no sólo implicaría desconocer el efecto de cosa juzgada de la sentencia, sino que, en todo caso, supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por imponer a la parte una carga de imposible cumplimiento, o al menos, notoriamente desproporcionada, para lograr la efectividad de su derecho.

(Debemos entender, no obstante el abigarramiento de la redacción de la sentencia –efecto de la integración de fuentes documentales (sentencias) diversas–, que la razón determinante de la inaceptabilidad de la eficacia del arbitraje deriva, en el caso referido de la inarbitrabilidad de la cuestión objeto del laudo anulado; y no del simple hecho de la incongruencia, en sentido estricto).

4. En punto a la limitación por disposición legislativa, en ámbitos sectoriales o materiales de la eficacia negativa del arbitraje, podemos efectuar la mención, en particular, de la regulación existente en materia concursal.

En esta materia, rige el reglamento CE 1346/2000, sobre procedimientos de

insolvencia, en el que se determina que los efectos de aquellos sobre los contratos en vigor se someterán a lo establecido por la legislación vigente en el Estado de apertura de la insolvencia.

Al respecto, la Ley Concursal española vigente, aprobada en 2003, establece en su artículo 52 que los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. Si el arbitraje se hubiere ya iniciado, hallándose en tramitación el correspondiente procedimiento arbitral al momento de la declaración del concurso, aquél continuará hasta la firmeza del laudo, sin perjuicio del sometimiento de sus efectos a las resultas del proceso concursal; y sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre suspensión o intervención en el ejercicio de las facultades de administración y disposición, y de la capacidad para actuar en juicio, del deudor, en los términos previstos en el artículo 51 de la Ley Concursal.

La justificación de la regla excluyente de la eficacia del convenio arbitral, puede hallarse en la voluntad de tratamiento igual de todos los acreedores que es principio general del proceso concursal, y que obliga a someter todas las pretensiones de los mismos (que no hubieren sido ya actuadas a través de los correspondientes procesos) a los cauces comunes del concurso.

Sin embargo, esta justificación general no parece suficiente a los efectos pretendidos; sin que los poderes atractivos del concurso, puedan extenderse a las potestades declarativas inherentes al ejercicio de la función arbitral; como no lo pueden ser tampoco a la declaración que, respecto de los procesos judiciales,

incumbe a los órganos judiciales no concursales.

El fundamento de la restricción parece hallarse en la presunción de que, a través del arbitraje, las partes contendientes pueden concertarse, con el efecto de producir un efecto favorecedor de alguno de los acreedores potenciales respecto del resto de los mismos; o para provocar el despojamiento indebido del deudor frente al tercero parte en el arbitraje.

Indicio de esto es que la misma Ley Concursal establece en el artículo 53.2 la facultad de impugnación de convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude; facultad que atribuye a la administración concursal.

Aparte que esta acción puede constituir fundamento ampliatorio de las causas de revisión de los laudos arbitrales que prevé la ley de arbitraje, introduce un presupuesto difícilmente justificable; como lo es que el árbitro pudiera ser cómplice en el favorecimiento singular de un acreedor. Si de lo que se trata es de evitar el allanamiento del deudor, la ley establece remedios adecuados para evitar esta contingencia, de igual manera que en el caso de procesos judiciales.

Presumir la venalidad del árbitro, no encuentra justificación alguna, según nuestro parecer.

5. En materia de arbitraje de inversiones, no debe dejar de efectuarse mención del artículo 26 del Convenio de Washington de 1965, el cuál admite, como es conocido que pueda exigirse como condición para el sometimiento al arbitraje del agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales nacionales.

El principio dimana del derecho internacional consuetudinario (al efecto asunto *Interhandel*, fallado por el Tribunal Internacional de Justicia en 1959); si bien es de índole dispositiva (asunto *Electrónica Sícula*).

Ahora bien, dada la función esencial sustitutoria, respecto de los remedios internos del arbitraje, la limitación debe ser expresa (caso *Amco v. Indonesia*).

No obstante, las decisiones recaídas en supuestos en los que ha sido planteado el límite cuyo fundamento lo constituye el precepto citado, han procurado hacer efectiva la vía arbitral (*Mine v. Guinea*; *Mobil oil v. Nueva Zelanda*).

6. CONCLUSIÓN

A la vista de las consideraciones efectuadas anteriormente, la pregunta que procede formular es si ha sido o no cumplido el objetivo de la Convención de New York de hacer efectivo el arbitraje impidiendo la intervención de los Tribunales como obstáculo al mismo.


La eficacia del arbitraje como instrumento para la solución de conflictos, de manera que constituya una alternativa eficaz a la intervención de los Tribunales de Justicia, requiere, inexcusablemente, y de manera plenamente coherente con la diferenciación funcional, en orden al ejercicio de actividad de resolución de conflictos, la no interferencia y la no injerencia de los Tribunales en el ámbito definido por convenios arbitrales válidos; pero, a la vez y simultáneamente, dado que ambas vías de solución de conflictos se mancomunan en la prosecución del objetivo de contribuir eficazmente al mante-

nimiento de la paz social, sin que exista oposición radical entre las mismas, se requiere la razonable cooperación jurisdiccional para que el arbitraje, en la medida en que no constituye manifestación del poder público, y no se haya investido de facultades de imperio, pueda desplegar todos los efectos que el ordenamiento jurídico, nacional e internacional, ha previsto para el mismo.

La respuesta, aparte las limitaciones constitucionales referidas (que plantean provocativamente la necesidad de reforzar las competencias del árbitro mediante la más sólida redefinición de la naturaleza y del título de su intervención, como instrumento de solución de conflictos –a fin de alejar la sombra acechante del Leviatán Hobbesiano–, en el contexto de la estructura de los poderes públicos), pasa

por la efectividad de un imperativo que, no por menos evidente, debe ser, con insistencia –casi con contumacia– repetido: que las partes que han convenido, voluntaria y libremente, someter una controversia a arbitraje deben cumplir el compromiso adquirido.

La efectividad de lo antedicho desplaza la responsabilidad, especialmente, no solo a los abogados que asisten a las partes en los conflictos que a estas se les suscitan; sino también, por supuesto, a las partes mismas, y a todos cuantos procesan la *fe* del arbitraje, integrando la universal comunidad o “*ekklesia*” arbitral.

Contradecir el expresado mandamiento nos situaría en el centro de cierta paradoja grata a Dadá: “los más adeptos al dadaísmo están en contra de Dadá”. 

LA APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA A LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES SEGUIDOS EN ESPAÑA O EN UN PAÍS EXTRANJERO

Por: FAUSTINO CORDÓN MORENO (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La exclusión de la jurisdicción de los tribunales españoles.* 3. *La adopción de medidas cautelares en el arbitraje internacional.* 3.1. *Introducción.* 3.2. *Medidas cautelares adoptadas por los órganos judiciales españoles en un arbitraje internacional.* 3.3. *Medidas cautelares adoptadas por los árbitros en el arbitraje internacional.* 4. *Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.*

1. INTRODUCCIÓN

Según dispone su artículo 1.1, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (interno, en adelante LA) se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar o sede se halle dentro del territorio español, sean de ca-

rácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje (artículo 1.1). Por tanto, el ámbito de aplicación de la ley es territorial⁽¹⁾ y abarca tanto a los arbitrajes internos como

(*) Profesor de Derecho Procesal en la Universidad Alcalá de Henares. Socio fundador del Bufete Faustino Cordón, España.

(1) Principio de territorialidad que es el adoptado por la Ley Modelo: "El criterio estrictamente territorial, que rige la mayor parte de las disposiciones de la Ley Modelo, se adoptó en aras de la certidumbre y habida cuenta de las siguientes circunstancias. La gran mayoría de las leyes nacionales considera al lugar del arbitraje como criterio exclusivo y, cuando facultan a las partes para elegir la ley procesal de un Estado que no es aquél donde se sustancia el arbitraje, se ha observado que las partes rara vez hacen uso de esa facilidad en la práctica. La Ley Modelo, por su contenido liberal, hace menos necesario aún elegir una ley "extranjera" en lugar de la Ley (Modelo) del lugar del arbitraje, sobre todo porque otorga a las partes amplia libertad para formular las normas de las actuaciones arbitrales. Por ejemplo, las partes tienen la posibilidad de incorporar al acuerdo de arbitraje disposiciones procesales de una ley "extranjera" siempre que no haya conflicto con las pocas disposiciones imperativas de la Ley Modelo. Además, el criterio territorial estricto tiene considerables ventajas prácticas en lo que respecta a los artículos II, I3, I4, I6, 27 y 34, que encomiendan a los tribunales judiciales del Estado respectivo las funciones de asistencia y supervisión del arbitraje" (nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI).

a los internacionales cuya sede se halle en España, aunque en ella se contienen unas reglas específicas que únicamente son aplicables a estos últimos⁽²⁾.

Resulta así que si el arbitraje tiene su sede en España será, según los casos, interno o internacional⁽³⁾, se regirá exclusivamente por la Ley española (artículo 1.1 LA) y el laudo que le ponga fin será en uno y otro caso un “laudo interno” –o, si se prefiere, un “laudo nacional” en cuanto contrapuesto al “laudo extranjero” que, según el artículo 46.1 LA es “el pronunciado fuera del territorio español”–, sometido al mismo régimen tanto en lo que se refiere a la acción de nulidad que contra él puede ejercitarse (artículos 40 a 42 LA) como a la ejecución forzosa (artículos 44 y 45 LA) que del mismo puede instarse sin necesidad de exequátur. Por el contrario, el arbitraje con sede fuera de España no se ve afectado por la Ley española y el laudo que en él se dicte será, para el Derecho español, un “laudo extranjero” (artículo 46.1 LA) que deberá ser reconocido por los órganos judiciales.

Lo dicho no excluye la aplicación en los arbitrajes con sede fuera de España de determinados preceptos de la LA (confrontar su artículo 1.2): por un lado, las normas reguladoras de la forma y conte-

nido del convenio (artículo 9), salvo las previsiones sobre su validez e interpretación cuando esté contenido en un contrato de adhesión, y también las que disciplinan su eficacia, positiva y negativa y su compatibilidad con la solicitud y concesión de medidas cautelares (artículo 11); y por otro, las relativas a la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares (artículo 23), a la ejecución del laudo (título VIII) y al exequátur de laudos extranjeros (título IX). No obstante, como dice la Exposición de Motivos (II) con respecto a estos preceptos, “el criterio, en todo caso, es también territorial, puesto que se trata de normas procesales que han de ser aplicadas por nuestros Tribunales”. Pues bien, al examen de algunas de estas normas van dirigidas las páginas que siguen.

2. LA EXCLUSIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

El convenio arbitral –en el caso, internacional– atribuye siempre a los árbitros competencia exclusiva para resolver la controversia, previo un procedimiento a desarrollar en España o en el extranjero, según cuál sea la sede del arbitraje. Por eso, impide a los tribunales –en el caso, a los españoles– “conocer de las con-

⁽²⁾ El artículo 2.2. prohíbe en los arbitrajes internacionales que los Estados o las empresas públicas invoquen prerrogativas; el artículo 9.6. amplía los supuestos en los que el convenio arbitral es válido; el mismo artículo 9.6. también abre el abanico de controversias arbitrables; el artículo 15.1. suprime en los arbitrajes internacionales la exigencia de que los árbitros sean abogados en ejercicio (requisito que sí se aplica a los arbitrajes internos de derecho, salvo acuerdo expreso de las partes); el artículo 15.6. recomienda a los tribunales españoles (“*tendrá[n] en cuenta*”) que, cuando hayan de nombrar al árbitro dirimente en arbitrajes con partes de distinta nacionalidad, designen a persona de nacionalidad distinta a las de las partes; el artículo 34.2. regula la normativa sustantiva aplicable al fondo de la controversia, permitiendo la sumisión a “*normas jurídicas*” y facultando a los árbitros a que, en ausencia de pacto, elijan las que estimen más apropiadas; el artículo 39.5. amplía los plazos para que las partes puedan pedir y los árbitros decidir la corrección, aclaración y complemento del laudo.

⁽³⁾ El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 3 de la LA.

troversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria” (artículo 11.1 LA, aplicable también a los arbitrajes con sede fuera de España por la remisión contenida en el artículo 1.2).

Esta eficacia negativa del convenio arbitral internacional está regulada igualmente en los convenios internacionales ratificados por España. Según el artículo II.3 del Convenio de Nueva York, “el Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. En el marco del Convenio de Ginebra dispone su artículo VI.1: *“Toda excepción o declinatoria por incompetencia de Tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el Tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado so pena de pérdida de derechos por vencimiento de plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la ley del país del Tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo”*.

Parece claro, pues, que la cláusula arbitral internacional –con independencia

de que la sede del arbitraje se encuentre en España o en el extranjero– tiene la eficacia de excluir, previa petición, el conocimiento de los tribunales estatales españoles cuando la parte no conforme con el arbitraje haya acudido a ellos. En el Convenio de Ginebra existe, como veíamos, una remisión a la ley del foro, por lo que el tribunal español aplicará el régimen de la declinatoria (confrontar artículos 11 LA y 39 LEC, en relación con los artículos 63 y siguientes. De esta última Ley); en el régimen del Convenio de Nueva York no existe tal remisión, pero la normativa española será igualmente aplicable (confrontar artículo 1.2 LA).

En uno y otro caso, el pronunciamiento del juez sobre la declinatoria, que deberá plantearse siempre con carácter previo a la contestación a la demanda (confrontar artículo 64 LEC), se realizará previo examen de la validez y eficacia del convenio arbitral a la luz de lo dispuesto en el artículo 9.6 LA. Así lo disponen también las normas de los convenios internacionales antes mencionados⁽⁴⁾, conforme a las cuales resulta que, planteada la declinatoria por el demandado, el juez del foro tiene competencia para enjuiciar la validez o eficacia (o aplicabilidad) del convenio arbitral internacional, lo cual hará tomando en consideración la ley aplicable a cada uno de sus elementos.

Si el convenio arbitral reúne todos los requisitos conforme a la ley que le es aplicable, el juez del foro deberá estimar la declinatoria, remitiendo a las partes al

(4) Conforme a la norma del Convenio de Nueva York antes transcrita, la estimación de la excepción planteada y, por consiguiente, la producción de su eficacia típica (la remisión de las partes al arbitraje) está supeditada al examen previo que el tribunal ante el que se planteó realice de la “validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral”. En el mismo sentido, el artículo VI.2 del Convenio de Ginebra regula el enjuiciamiento por parte del juez del foro de la “existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral” al examinar la cuestión planteada.

arbitraje. La parte que eludió el compromiso acudiendo a los tribunales del foro tendrá todavía una oportunidad de oponerse si el laudo se pronunció fuera del territorio español, pero en un momento posterior: en el momento en que se pretenda en España el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, oponiendo alguno de los motivos de nulidad del mismo previstos en el artículo V del Convenio de Nueva York.

3. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

3.1. Introducción

La adopción de medidas cautelares debe entenderse como una fase del procedimiento a seguir en el arbitraje –en el caso, internacional– y con ellas se trata de asegurar la efectividad en España del laudo que en él se dicte tanto si el arbitraje se ha desarrollado en nuestro país como en el extranjero.

El artículo 23 LA, siguiendo el criterio de la Ley Modelo de la CNUDMI (confrontar su artículo 17) en la que se inspira, incorpora como una de sus principales novedades el reconocimiento a los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes, de potestad para adoptar, a instancia de cualquiera de ellas, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. De esta forma, la LA da un paso adelante con respecto a la

Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC), cuyo artículo 722, resolviendo una cuestión que era polémica en la práctica, había reconocido ya a las partes involucradas en un procedimiento arbitral –tanto nacional como seguido en un país extranjero–, en los casos y con los requisitos que en él se prevén⁽⁵⁾, la facultad de dirigirse al tribunal en solicitud de la adopción de medidas cautelares, y sin excluir esta facultad, reconoce directamente a los árbitros potestad para acordarlas, siempre a instancia de parte.

En consecuencia, cuando el arbitraje internacional se siga en España las medidas cautelares pueden solicitarse tanto a los órganos judiciales como a los árbitros, aunque de la potestad que se reconoce a éstos para adoptarlas está excluida la ejecución de las mismas, para la que “será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara”. La Ley (confrontar Exposición de Motivos, V) parte, pues, de que “dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva” y considera que ningún obstáculo existe para reconocer a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Pero sin que la misma excluya la posibilidad de acudir a los órganos judiciales, ya que ambas potestades –arbitral y judicial– son “alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal”.

Cuando el arbitraje internacional se desarrolle en el extranjero queda excluida

⁽⁵⁾ Dice este artículo: “Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España (...); o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento. Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en un país extranjero (...)”.

la aplicación de la Ley española para regular el procedimiento (confrontar artículo 1.1), excepto cuando así lo dispongan de mutuo acuerdo las partes o esté previsto en la institución arbitral a la que se hayan sometido, o proceda tal aplicación con carácter supletorio por disponerlo así algún tratado. En consecuencia, como regla, no será aplicable el artículo 23 LA, aunque sí, como decíamos, el artículo 722 LEC, en los términos que en él se prevén.

3.2. Medidas cautelares adoptadas por los órganos judiciales españoles en un arbitraje internacional

Conforme a lo dispuesto en el artículo 722 LEC habrá que distinguir según que el arbitraje internacional se desarrolle en España o en el extranjero.

a) Cuando se trata de un arbitraje internacional con sede en España las medidas cautelares pueden solicitarse de la autoridad judicial en cualquiera de los tres momentos previstos con carácter general en la LEC: 1) antes de iniciarse el procedimiento arbitral “si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia y de necesidad (artículo 730.2), sin que rija el requisito temporal de presentar la demanda en el plazo de veinte días, ya que “para que la medida cautelar se mantenga será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral” (artículo 730.3); 2) junto con la demanda principal (artículo 730.1); y 3) con posterioridad a la presentación de la demanda “cuando la

petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos” (artículo 730.4).

Este régimen era congruente con el de la Ley de Arbitraje de 1988, vigente en el momento en que la LEC del año 2000 fue promulgada, conforme al cual el inicio del procedimiento arbitral exigía que el órgano arbitral estuviera previamente constituido, al disponer su artículo 22.1 que el mismo comenzaba cuando los árbitros hubieran notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje. La Ley de Arbitraje vigente, en cambio, adopta el criterio de la Ley Modelo (confrontar su artículo 21) y considera que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el procedimiento se inicia en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje (artículo 27)⁽⁶⁾. En el arbitraje *ad hoc* este requerimiento tendrá lugar antes de las actuaciones encaminadas, en su caso, al nombramiento judicial de los árbitros (confrontar artículo 15 LA), por lo que éstas –la llamada por la LEC, conforme a la Ley de Arbitraje anterior, solicitud de “formalización judicial”– se insertan dentro de un procedimiento arbitral ya pendiente; el supuesto, por tanto, queda englobada en la norma general. En el arbitraje institucional, por su parte, este requerimiento también puede ser anterior a la presentación de la solicitud o encargo a la institución de que se trate, por lo que el supuesto sería semejante al anterior. Si así ocurre, los momentos previos al inicio del procedimiento arbitral que facultaban para pedir medidas cautelares deben

(6) “Parece lógico –dice la Exposición de Motivos– que los efectos jurídicos propios del inicio del arbitraje se produzcan ya en ese momento, incluso aunque no esté perfectamente delimitado el objeto de la controversia. Las soluciones alternativas permitirían actuaciones tendentes a dificultar el procedimiento”, como ocurría bajo la Ley anterior.

entenderse ahora comprendidos dentro del procedimiento. Sin embargo, entiendo que ninguna dificultad existe para seguir admitiendo en estos casos la posibilidad de solicitar medidas cautelares previas al amparo del artículo 730.2, porque sigue vigente la norma del apartado tercero de este artículo y bastará que, acordadas las medidas, el actor realice las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral, comenzando por el requerimiento a que se refiere el artículo 27 LA.

b) Cuando se trata de un procedimiento arbitral –internacional– que se siga en un país extranjero el artículo 722 LEC precisa tres requisitos:

“1) *Habrá que estar a lo que dispongan los Tratados y Convenios que sean de aplicación, de forma que si un determinado Convenio excluye esta posibilidad de que un órgano judicial –español en el caso– adopte medidas cautelares en apoyo del arbitraje, el artículo 722, II LEC carecerá de eficacia alguna; y si, por el contrario, la prevé, habrá que estar a lo que en el mismo se disponga, incluso si contradice al precepto de la Ley procesal, porque los tratados son de superior rango en la jerarquía normativa. En su defecto, habrá que estar a lo que disponga la ley reguladora del procedimiento arbitral. Si en ella se prevé tal posibilidad, las medidas cautelares podrán solicitarse ante los tribunales españoles cuando se refieran a bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España (artículo 22, 5 LOPJ).*

2) *El artículo 722, II LEC exige que el procedimiento arbitral se encuentre*

pendiente –se entiende que conforme a la ley por la que se rige–, con lo que parece excluir, en tales casos, la posibilidad de adoptar con carácter previo medidas cautelares en apoyo de un arbitraje a desarrollar en el extranjero. Sin embargo, si tal posibilidad está prevista en el Convenio, la aplicación del mismo será preferente.

3) *Establece el límite de que “para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles”, que sólo es aplicable a las medidas cautelares solicitadas en procesos judiciales”.*

c) En uno y otro caso son aplicables con carácter general las siguientes normas de la LA:

1) El artículo 8.3, que, reproduciendo la norma del artículo 724, I LEC y, por tanto, de manera redundante, atribuye la competencia para acordar las medidas cautelares en apoyo del arbitraje –internacional, se siga en España o en un país extranjero– al Juez del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, al del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Este juez será el competente tanto para la adopción de las medidas como para su ejecución.

2) El artículo 11.3, conforme al cual “*el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales (sólo si el arbitraje se desarrolla en España, según veíamos antes), o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas caute-*

lares ni a este concederlas". Con esta disposición se sale al paso, para rechazarlas, de aquellas opiniones que entendían que la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción estatal antes del inicio de un procedimiento arbitral, o durante la pendencia del mismo, suponía una renuncia tácita al convenio arbitral pactado y, en consecuencia, un sometimiento a los tribunales para la solución de la controversia⁽⁷⁾. La solicitud y concesión de medidas cautelares por los tribunales del Estado es compatible con el convenio arbitral, y sin que sea obstáculo para ello que en la nueva Ley la adopción de dichas medidas pueda ser solicitada a los propios árbitros.

Si se atiende a los términos en que está redactada esta norma y se compara con la del artículo 23.1, que permite a las partes excluir la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares, habrá que concluir que la misma tiene carácter imperativo y que el recurso, en el seno de un arbitraje, a los órganos judiciales para que

adopten medidas cautelares no puede ser desactivado por la voluntad de las partes ni por los Reglamentos de las Instituciones o Asociaciones en el caso del arbitraje institucional⁽⁸⁾.

La LEC incluye la tutela cautelar dentro de los contenidos de la tutela judicial efectiva que se puede pretender de los jueces y tribunales (confrontar artículo 5), lo cual supone conectarla directamente con el artículo 24.1 CE. Y el Tribunal Constitucional, en la sentencia 218/1994, de 18 julio, se ha encargado de recordar la doctrina, ya establecida en sentencias anteriores, acerca de que "*la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso*", afirmando que el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria, "pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que (...) se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva" (STC 14/1982, fundamento jurídico 3).

(7) La norma ha sido copiada de la Ley Uniforme de 1985 (confrontar su artículo 9) y su alcance estaba ya previsto, para el arbitraje internacional, en el artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961: "*Si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo*".

(8) Confrontar CALVO CARAVACA, *Medidas cautelares y arbitraje privado internacional*. En: *La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, 5. pp. 1411 - 1424. Aunque de nuevo habrá que exceptuar el arbitraje en materia de inversiones regulado en la Convención de Washington de 1965. Establece su artículo 26: "*Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme este Convenio, se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con excepción de cualquier otro recurso (...)*". Se deduce que el consentimiento de un arbitraje CIADI implica como efecto negativo provocar la exclusión de cualquier otro remedio y la incompetencia de cualquier otro tribunal estatal de un Estado contratante, inclusive en materia de medidas cautelares. Si las partes desean conservar la opción para tales medidas, debe mediar un acuerdo expreso: "*Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses*" (Reglas procesales de Arbitraje del CIADI, número 39.6).

3.3. Medidas cautelares adoptadas por los árbitros en el arbitraje internacional

a) Cuando el arbitraje internacional tiene su sede en España –y sea aplicable, por tanto, la Ley española– el reconocimiento de tal competencia constituye una de las innovaciones más importantes de la LA, aunque, a diferencia de la reconocida a los órganos judiciales, la misma puede ser excluida por las partes, lo cual ocurrirá: cuando decidan que el procedimiento se rija por una ley diferente de la española y en ella esté excluida la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares; y cuando debiendo regirse el procedimiento por la Ley española (por sometimiento expreso de las partes o, en su defecto, por desarrollarse el arbitraje en España: confrontar artículo 1.1), las partes excluyan dicha facultad de los árbitros, expresamente (artículo 23.1) o tácitamente, por haberse sometido al arbitraje de una institución en cuyo reglamento esté excluida aquella facultad.

En consecuencia, en defecto de voluntad contraria de las partes, los árbitros, en un arbitraje internacional desarrollado en España, tendrán reconocida (como norma general) la competencia para adoptar medidas cautelares⁽⁹⁾:

1) Como ocurre en el proceso civil (confrontar artículo 721 LEC), la adop-

ción de las medidas cautelares por los árbitros exige la previa petición de parte (artículo 23.1 LA). Como dice aquel precepto de la LEC, “*no podrán, en ningún caso, ser acordadas de oficio por el tribunal*”. En esta materia, por tanto, rige de manera absoluta, con más razón en el procedimiento arbitral, el principio dispositivo, del que la instancia de parte es la primera de sus manifestaciones: las partes pueden excluir la competencia de los árbitros en esta materia y, en caso de reconocerla, son las que deciden si se adoptarán medidas y cuáles serán. En consecuencia, los árbitros, en el momento de adoptarlas, no podrán conceder una medida distinta ni ir más allá de lo solicitado por la parte, acordando una medida más gravosa⁽¹⁰⁾.

2) El artículo 23.1 de la Ley establece un régimen abierto de medidas cautelares que pueden adoptar los árbitros (“las medidas cautelares que estimen necesarias”), semejante al previsto en la LEC, que faculta a los tribunales a adoptar aquéllas que consideren necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dicte (artículo 727.1); lo cual no obsta a que el artículo 727 LEC ofrezca a continuación un catálogo de medidas cautelares

⁽⁹⁾ Salvo que las partes hayan pactado que la ley aplicable al procedimiento arbitral sea la de un país que la excluye.

⁽¹⁰⁾ “Cuando la Audiencia decidió la intervención de la empresa sin reducirla a las acciones, como se le había solicitado, no sólo estaba extralimitando el objeto del debate procesal, tal y como le había sido delimitado por las partes sino que, dicho en otras palabras, estaba provocando una nueva consecuencia jurídica no prevista en la norma, según exige un correcto método analógico y, en definitiva, una infracción de la legalidad ordinaria que a su vez trasciende su ámbito propio para adquirir categoría constitucional por vulnerar el derecho fundamental a obtener una resolución judicial fundada en Derecho” (STC 182/2000, de 10 de julio).

específicas. La LEC las prevé con gran amplitud, evitando cualquier interpretación restrictiva: “El tribunal podrá acordar como medida cautelar (...) *cualquier actuación, directa o indirecta*, que reúna las siguientes características (...)” (artículo 726.1), incluso las que consistan en “órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso”, aunque “sin prejuzgar el contenido de la sentencia que en definitiva se dicte” (artículo 726.2).

Los únicos límites a los que están sometidas son los que vienen impuestos por el artículo 726 LEC, que regula las características generales que deben reunir:

- Tienen que acordarse “respecto de los bienes y derechos del demandado”; es decir, su contenido es exclusivamente patrimonial, congruente con el de la ejecución, cuyo aseguramiento constituye la finalidad esencial de las mismas⁽¹¹⁾.
- Deben “ser exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente” (artículo 726.1,1 LEC)⁽¹²⁾.
- “No (deben) ser susceptibles de sustitución por otra medida igualmente eficaz (...), pero menos gravosa o perjudicial para el demandado” (artículo 726.1, 2). Con la previsión de esta característica el legislador parte de que las medidas cautelares son restrictivas de derechos (siquiera de contenido patrimonial) y aplica a las mismas el principio general de proporcionalidad; o dicho con otras palabras, debe respetarse “la proporcionalidad entre los bienes jurídicos protegibles, cuya tutela judicial se demanda, y el tipo de medida solicitada” (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 abril 2002, JUR 2003, 46620). Lo importante es aquella satisfacción, pero cuando para alcanzar la misma existan dos medidas igualmente eficaces, debe optarse por la menos perjudicial para el deudor. Si sólo existiese la posibilidad de una medida y ésta fuera desproporcionada y, por ello, especialmente gravosa para el deudor, se dará el supuesto en que la LEC permite al juez sustituirla por una caución (artículo 746.2).

(11) En consecuencia, se excluyen los apremios o apercibimientos personales, aunque no las órdenes de cesación o de abstención temporal de llevar a cabo una conducta (confrontar artículos. 726.2 y 727, 7 LEC), dirigidas a asegurar la efectividad de una sentencia –o de un laudo– de similar contenido.

(12) Esta característica entra dentro del concepto definitorio de las medidas del artículo 721.1 y recoge su concepción tradicional, estrictamente asegurativa, aunque la misma se amplía en el sentido de que no sólo tienden a asegurar la ejecución de la sentencia o del laudo, sino su efectividad, lo que permite su adopción en los procesos en que se ejerciten pretensiones de tutela meramente declarativas o constitutivas que, por definición, no son (las sentencias que las estiman) susceptibles de ejecución (confrontar artículo 521.1 LEC).

- 3) La LEC resalta la finalidad asegurativa de las medidas que se pueden acordar (artículo 726.1, 1). Sin embargo, contempla también la posibilidad de adopción de medidas que, no obstante tener como finalidad básica el aseguramiento, tienen un contenido similar al de la eventual sentencia estimatoria (confrontar artículo 726.2 y 727, 7). Unas y otras podrán ser solicitadas para su adopción por los árbitros; incluso podría ampliarse en el arbitraje el catálogo de aquellas que van más allá de la finalidad estrictamente asegurativa.
- 4) En cuanto a los presupuestos para su adopción por los árbitros habrá que tener en cuenta, además de la necesaria petición de parte que antes veíamos (artículo 23.1 LA, en relación con el artículo 721.2 LEC), los que vienen exigidos por la LEC con carácter general, que son los siguientes: a) la existencia de una apariencia de derecho (*fumus boni iuris*), ya que, conforme al artículo 728.2 LEC, “*el solicitante (...) habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión*”, aunque, en defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios; c) la justificación del peligro por la mora procesal (*periculum in mora*), es decir, el solicitante debe justificar –y probar– la existencia de un riesgo, derivado de la propia duración del proceso, de que puedan producirse, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidan o dificulten la ejecución de la sentencia o, en general, la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria (artículo 728); y d) la presentación de caución, aunque su exigencia en el arbitraje tiene carácter potestativo (artículo 23.1 LA).
- 5) Dispone el artículo 23.2 de la Ley que a las decisiones sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación de los laudos y, una vez acordadas por los árbitros, las normas sobre su ejecución, lo que supone que, como decíamos anteriormente, para la ejecución o cumplimiento de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial; y, al tratarse de un arbitraje desarrollado en España, sin necesidad de previo reconocimiento, aunque el mismo sea internacional.
- b) Cuando las medidas cautelares hayan sido acordadas por los árbitros en un procedimiento arbitral desarrollado en el extranjero, por permitirlo así un tratado internacional que resulte aplicable (por ejemplo, artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961) o la ley reguladora del procedimiento arbitral, su ejecución en España precisará del exequátur, al aplicarse a la decisión en que se contengan, cualquiera que sea su forma, las normas sobre ejecución de los laudos que vemos a continuación y precisarse aquel (el exequátur) cuando se trate de la ejecución de laudos extranjeros (artículo 46 LA).
- De este modo, el sentido del artículo 1.2 de la Ley de Arbitraje, que declara aplicable el artículo 23 aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera de España

no puede ser el de atribuir competencia a los árbitros para acordar medidas cautelares, que se regirá por la ley aplicable a ese arbitraje y en él la voluntad de las partes o la ley supletoria han podido excluir esta competencia, sino el de allanar el camino a la solicitud de ejecución de las medidas que hayan podido ser acordadas cuando se solicite su ejecución o cumplimiento ante los tribunales de nuestro país.

4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS

a) Para que los laudos arbitrales extranjeros tengan eficacia ejecutiva en España es preciso que sean reconocidos por un órgano jurisdiccional español. Esta homologación se realiza a través del procedimiento del exequátur cuya resolución, en el caso de ser estimatoria, integra un título (el laudo arbitral extranjero) que, por sí mismo, carece de fuerza ejecutiva en España⁽¹³⁾.

De acuerdo con el artículo 46.2 de la LA, el exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio de Nueva York de

10 de junio de 1958, “*sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros*”⁽¹⁴⁾. Y es laudo arbitral extranjero “el pronunciado fuera del territorio español” (artículo 46.1), por lo que el régimen del exequátur no se aplica necesariamente a los laudos dictados en un arbitraje internacional, ya que, como sabemos, éste puede tener lugar en España (confrontar artículo 1.1).

Como ha apuntado la doctrina, el Convenio de Nueva York es un marco mínimo que puede ser completado con las normas más favorables a la ejecución que puedan existir (por ejemplo, en tratados bilaterales ratificados por España). De ello se deduce que cuando al supuesto de que se trate sean aplicables diversas normas –por ejemplo, dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York y de un convenio bilateral–, el solicitante del exequátur podrá elegir la que resulte aplicable; en sus manos se deja la decisión sobre la que considere más

⁽¹³⁾ La homologación del laudo –como la de la resolución judicial– se exige también a otros efectos: el reconocimiento de su eficacia de cosa juzgada, cuando se pretenda hacer valer en un proceso o en otro procedimiento arbitral planteado en España; la ejecución impropia de los laudos que contengan un pronunciamiento constitutivo o meramente declarativo, que no son títulos ejecutivos en sentido estricto. No se exige, en cambio, en España el trámite del exequátur para que la sentencia o el laudo extranjero tenga eficacia probatoria en un proceso español (confrontar Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo y 22 de noviembre de 1977, RJ 1977/1355 y 1977/4284; Auto del Tribunal Supremo de 20 abril 1983, RJ 1983/2828).

⁽¹⁴⁾ Se exceptúa de este régimen la ejecución de los laudos dictados en arbitrajes que entran dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, sobre Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, ratificado por España el 20 de julio de 1994 (BOE 219, de 13 de septiembre de 1994). Conforme a su artículo 54.1, “*todo Estado Contratante reconocerá el laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar, dentro de sus territorios, las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un Tribunal existente en dicho Estado (...). El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda*”. Por tanto, los Estados parte de la Convención de 1965, no pueden en principio, denegar el reconocimiento o ejecución de los laudos emitidos, ya que gozan de un régimen automático de reconocimiento y de ejecución, sin necesidad de exequátur. Al margen queda la posibilidad de que pueda alegarse válidamente la doctrina de la inmunidad de ejecución.

favorable, sin que la misma pueda ser modificada por el órgano jurisdiccional⁽¹⁵⁾.

Con respecto al procedimiento el artículo 46 LA se remite a la normativa interna española reguladora del procedimiento para el reconocimiento de sentencias extranjeras. La Ley de Arbitraje no contiene ninguna norma más; en especial, con buen criterio, el legislador ha suprimido el precepto de la Ley de Arbitraje anterior, de 1988 (artículo 59), que regulaba de manera parcialmente diferente las causas de denegación del reconocimiento y ejecución que están previstas en el Convenio de Nueva York, lo cual inducía a confusión.

b) El reconocimiento u homologación se realiza mediante un procedimiento –el exequátur– que se caracteriza por *“la naturaleza meramente homologadora de los efectos propios de la decisión extranjera, singularmente los procesales –cosa juzgada, ejecutivos, preclusivos (...)–, y se encamina a lograr una resolución que, sin examinar el fondo del asunto más allá de lo que obligue el control de la competencia legislativa cuando fuese procedente, y del orden público del foro –entendido en su sentido internacional– permita la eficacia de la resolución, que desde entonces desplegará sus efectos en Es-*

paña con el alcance y extensión que poseen en origen, sin otros correctivos que los derivados de su desconocimiento en el foro o del obligado respeto al orden público” (Auto del Tribunal Supremo 6 febrero 2001, RJ 2001/1510)⁽¹⁶⁾.

Se excluye, pues, la revisión por el tribunal de la cuestión de fondo planteada y resuelta en el proceso en que se dictó el laudo de cuya homologación se trata; esta revisión “se presenta, en principio, como antitética a la función homologadora o de reconocimiento, la cual resultaría desvirtuada, de operar aquella revisión, por un proceso de interiorización o *nos-trificación* y no propiamente de reconocimiento” (STC 132/1991, de 17 de junio).

c) El régimen del exequátur instaurado por el Convenio de Nueva York es favorable al reconocimiento y ejecución del laudo, por cuanto limita las cuestiones objeto de control por el tribunal estatal; en efecto, el exequátur sólo puede denegarse por ciertas causas –apreciables de oficio o a instancia de parte– que el Convenio enumera taxativamente y que, además, deben ser probadas, en su caso, necesariamente por el ejecutado (artículo V). Por eso, la doctrina está conforme en que el Convenio establece una verdadera presunción a favor de la ejecutabilidad del

(15) Sobre el tema, confrontar SABATER, Martín, *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*. Madrid: Tecnos, 2002. pp. 43 y siguientes. Resalta este autor cómo esta norma que reconoce la facultad de elección al solicitante del exequátur contradice el principio general de nuestro Derecho que consagra la indisponibilidad de las normas que rigen el procedimiento.

(16) La resolución decisoria del exequátur –continúa el auto– presenta, por tanto, *“un neto carácter constitutivo-procesal, por cuanto su objeto es la homologación de los efectos procesales de la sentencia extranjera; y el procedimiento en el que recae es distinto del seguido en origen (en el que se dictó la sentencia cuyo reconocimiento se pretende) y del que pueda seguirse en España después de haber sido reconocida y declarada ejecutoria la decisión foránea para lograr la ejecución de los pronunciamientos de condena. Consecuentemente, la acción encaminada a realizar el derecho al reconocimiento –la acción de reconocimiento– es diferente y no puede confundirse –a efectos, por ejemplo, de la prescripción– con la acción ejercitada en el pleito de origen que motiva la sentencia por reconocer, ni con la acción de ejecución de ésta, ya en el Estado de origen, ya en el foro, una vez reconocida”*.

laudo. Como dijo el Auto del Tribunal Supremo de 10 febrero 1984 (La Ley 1984-2, p. 649), la presunción de legalidad del arbitraje y de veracidad del laudo o sentencia arbitral, que se deriva de lo dispuesto en los artículos II y V del Convenio de Nueva York de 10 junio 1958, produce, como consecuencia, no solamente una limitación o restricción de las causas de oposición consignadas, especialmente en el artículo V, sino, además, una inversión de la carga de la prueba en el sentido de que la concurrencia de las citadas objeciones a la ejecución debe acreditarlas la parte contra la que se invoca la sentencia⁽¹⁷⁾.

Las causas de oposición al reconocimiento se dividen en dos grandes bloques:

1) Por un lado, las que sólo pueden oponerse *a instancia de parte*: falta de capacidad, falta de notificación de la designación de árbitro o del procedimiento arbitral, conculcación o limitación de los medios de defensa,

incongruencia del laudo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento no se han ajustado a la normativa que les es aplicable, y la no obligatoriedad, anulación o suspensión de la sentencia arbitral por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada (artículo V.1)⁽¹⁸⁾.

2) Por otro, las causas que pueden apreciarse *de oficio* por el tribunal competente para el reconocimiento y la ejecución: que la diferencia no es susceptible de ser sometida a arbitraje y la conculcación por el laudo del orden público del país en que se pretende el reconocimiento y ejecución (confrontar artículo V.2).

d) La remisión a la legislación interna en cuanto al procedimiento tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo III de dicho Convenio: “Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y conce-

(17) Como dice el ATS de 10 febrero 1984 (La Ley 1984-2, p. 649), la presunción de legalidad del arbitraje y de veracidad del laudo o sentencia arbitral, que se deriva de lo dispuesto en los artículos II y V del Convenio de Nueva York de 10 junio 1958, produce, como consecuencia, no solamente una limitación o restricción de las causas de oposición consignadas, especialmente en el artículo V, sino, además, una inversión de la carga de la prueba en el sentido de que la concurrencia de las citadas objeciones a la ejecución debe acreditarlas la parte contra la que se invoca la sentencia.

(18) En especial, la última de las causas previstas –la no obligatoriedad, anulación o suspensión de la sentencia arbitral– puede limitar la eficacia de los laudos y ha visto restringido su ámbito de aplicación por el Convenio de Ginebra de 1961, aunque limitado a los países vinculados por el mismo. Conforme a su artículo IX.1, la anulación del laudo sólo será oponible cuando obedezca a alguna de las siguientes razones: las partes estaban afectadas, con sujeción a la ley aplicable, por alguna incapacidad; el convenio arbitral no era válido con arreglo a la ley de autonomía de las partes o, en su defecto, conforme a la ley del país donde se dictó el laudo; la parte que pide la anulación no había sido informada debidamente sobre el nombramiento del árbitro o sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, o le había sido imposible, por cualquier otra causa, hacer valer sus alegaciones o recursos; el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio o contiene decisiones que sobrepasan su contenido; la constitución o composición del tribunal de árbitros o el procedimiento no se ha ajustado al acuerdo entre las partes o, en su defecto a lo previsto en el artículo IV del Convenio. Y conforme al apartado segundo del mismo artículo, “en las relaciones entre aquellos Estados Contratantes que sean al mismo tiempo partes en el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, el párrafo 1 de este artículo viene a restringir la aplicación del artículo V, párrafo 1, e) del Convenio de Nueva York únicamente a los casos de anulación expuestos en dicho párrafo 1”.

derá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes". Hay que entender, por tanto, que la remisión se refiere a los aspectos puramente procedimentales y que no excluye las condiciones previstas en el Convenio.


Conforme a esta normativa el procedimiento del exequátur será el siguiente:

- a) Las solicitudes de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros se pedirá ante el Juez de Primera Instancia, a no ser que, conforme a lo previsto en los tratados u otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal (artículo 85.5 LOPJ). Conforme al artículo 955 LEC/1881, la competencia territorial corresponde al Juez del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o la ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos del laudo y, subsidiariamente, se determinará por el lugar de ejecución o donde aquella resolución deba producir sus efectos.
- b) La parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda, los documentos previstos en el artículo 4 del Convenio: el original debidamente autenticado de la sentencia y del convenio arbitral o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad y, en su caso, una traducción de esos documentos al idioma oficial del país donde se pretende el reconocimiento. La norma prevalece sobre lo que puedan disponer las legislaciones nacionales, por lo que solicitado el reconocimiento y la ejecución en España, no será posible exigir más requisitos que puedan venir impuestos por la ley nacional. Por lo demás, debe entenderse que la aportación documental es un requisito de carácter formal y, por tanto, subsanable por aplicación de las normas generales sobre la subsanabilidad de los defectos procesales previstas en nuestra legislación interna.
- c) Con la presentación de la demanda acompañada de los mencionados documentos se inicia en sentido estricto el procedimiento del exequátur que se acomoda a las siguientes reglas:
 - 1) El mismo se tramita "de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada"; es decir, en nuestro caso, hay una remisión en bloque a las normas internas españolas, que prevén el procedimiento para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (confrontar artículos 956 y ss. LEC/1881, transitoriamente vigentes).
 - 2) En consecuencia, después de la traducción de la sentencia, el tribunal declarará si debe o no darse cumplimiento a la misma, previa audiencia de la parte contra quien se dirija y del Ministerio Fiscal (artículo 956 LEC/1881). Para el reconocimiento no se impondrán, como antes decíamos, condiciones apreciablemente más rigurosas ni honorarios o costas más elevados que los aplicables

al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales (confrontar artículo III *in fine* del Convenio de Nueva York) y, como dije anteriormente, sólo puede denegarse por ciertas causas –apreciables de oficio o a instancia de parte– que el Convenio enumera taxativamente y que, además, deben ser probadas, en su caso, necesariamente por el ejecutado (artículo V).

- 3) Si en definitiva se deniega el reconocimiento, se devolverá la ejecutoria a quien la haya presentado (artículo 958 LEC/1881); si se otorga, se procederá a su ejecución. La LEC ha incorporado el laudo a la relación de títulos ejecutivos del artículo 517 LEC, equiparando su régimen al de la ejecución de las resoluciones judiciales, por lo que en la Ley de Arbitraje se contiene una remisión en bloque a la Ley Procesal Civil. Así habrá que tener en cuenta, entre otras normas, el régimen general de caducidad de cinco años previsto para la acción ejecutiva (artículo 519 LEC), y

el de oposición al fondo de la ejecución (artículo 556) y ss.) y la eficacia no suspensiva de la misma (artículo 556.2).

Dispone el artículo VI del Convenio de Nueva York que, en el caso de que se haya solicitado la anulación o la suspensión del laudo, la autoridad ante la cual se invoca el mismo podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución y, a instancia de la parte que la pida, podrá también ordenar a la otra parte que preste garantías apropiadas. En palabras del ATS de 16 abril 1998 (RJ 2919), este artículo “no vincula a la autoridad a la que se pide el reconocimiento por la pendencia de un recurso de anulación del laudo interpuesto ante la autoridad del Estado en que se haya dictado en orden a que suspenda la decisión sobre aquel reconocimiento, sino que establece que podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión”, con lo que se da a entender que el destinatario de la norma no es el juez del reconocimiento, sino el de la ejecución y que las medidas que éste puede adoptar exigen que el laudo haya sido ya reconocido y el acreedor haya solicitado su ejecución⁽¹⁹⁾. 

(19) Sobre el tema, ampliamente, SABATER. *Op. cit.* pp. 150 y siguientes.

LOS CONVENIOS DE NUEVA YORK Y GINEBRA: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO ANULADO EN LA SEDE

Por: BERNARDO M. CREMADES (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La aplicación de la norma más favorable.* 3. *Reconocimiento y ejecución del laudo anulado en la sede.* 4. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

Las normas reguladoras del arbitraje comercial internacional operan tanto a nivel autónomo, a través de las diferentes legislaciones nacionales, como en el ámbito convencional. Dentro del régimen convencional, la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros⁽¹⁾ (en adelante la CNY) es sin duda la de mayor aceptación y vocación universal. Asimismo, el Convenio Europeo sobre Arbitraje

Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (la Convención de Ginebra) ha supuesto una importante contribución al desarrollo del arbitraje comercial internacional.

Respetando la realidad y tradición jurídica de los Estados, la CNY tiene como objetivo el establecimiento de reglas transnacionales que favorezcan la libre circulación de sentencias arbitrales y el establecimiento de otras medidas que puedan acrecentar la eficacia del arbitraje⁽²⁾. La Convención de Ginebra ha pretendido el

(*) Profesor en la Universidad de Madrid. Miembro del Institute of World Business Law de la Cámara de Comercio Internacional (ICC). Socio fundador de B. Cremades & Asociados, España.

(1) United Nations. *Treaty Series*. Volumen 330. p. 3.

(2) Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Nueva York, 20 de mayo –10 de junio de 1958, Doc. E/CONF.26/8– Texto de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras aprobado por el Comité de Redacción el 9 de junio de 1958.

establecimiento de un régimen más ambicioso, al considerar sus redactores que el sistema de reconocimiento y ejecución del CNY continuaba presentando obstáculos a la libre circulación de sentencias arbitrales.

La creciente aceptación del arbitraje por los Estados, desde la aprobación de la CNY en 1958, ha supuesto la incorporación en las legislaciones nacionales de criterios que, en ocasiones, serán más progresistas que los establecidos en el propio texto de la CNY. Por ejemplo, en relación con el requisito de forma escrita del convenio arbitral, algunos Estados han adecuado su ley a la realidad del comercio internacional y al creciente desarrollo de las nuevas tecnologías. Dejando protagonismo y cierta discrecionalidad a la ley nacional, la incorporación de ésta obligación para los Estados supone un claro reconocimiento del arbitraje como método para la resolución de disputas en el comercio internacional.

La vocación universal de la CNY no abarca todas las cuestiones relacionadas con el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral. En relación con el procedimiento para el reconocimiento y la ejecución, la CNY no establece un modelo o normas al respecto, sino que éste se llevará a cabo de acuerdo con la ley de procedimiento vigente en el Estado donde se pretenda la ejecución. Por lo tanto, la CNY simplemente establece la obligación para los Estados de reconocer la autoridad del laudo arbitral, dejando las particularidades del procedimiento de reconocimiento y ejecución al amparo de la ley nacional. Esta remisión al régimen

autónomo explica que en algunos Estados, el reconocimiento sea automático, mientras que en otros, la ley requiera el previo reconocimiento o exequátur del laudo arbitral, como es el caso de España.

La ley nacional será también decisiva en relación con los parámetros de reconocimiento establecidos en la CNY. Las siete causas por las que puede el juez nacional denegar el reconocimiento y la ejecución, establecidas en el artículo V de la CNY, hacen una remisión directa a la legislación de la sede o del Estado requerido.

La CNY establece controles mínimos al reconocimiento y la ejecución de laudos, así como las causas tasadas, en su artículo V, por las que el reconocimiento puede ser desestimado. Entre las causas tasadas se encuentra la establecida en el artículo V (1) (e) del Convenio, que establece que sólo podrá denegarse el reconocimiento y la ejecución si la parte frente a la que se solicita “(...) prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución (...) que la sentencia no es aún obligatoria de las partes o ha sido anulada o suspendida (...)” en la sede. Se trata de un control de la exigencia de firmeza de la decisión arbitral, es decir, que el laudo reúna el carácter de cosa juzgada formal propia de dicha firmeza. Sin embargo, afortunadamente, el CNY no señala el requisito de firmeza propio de las sentencias judiciales como aplicable a los laudos arbitrales, sino que se refiere meramente a que el laudo sea “obligatorio” par las partes⁽³⁾.

Asimismo, el texto de la CNY no afecta sin embargo a la aplicación de otro régimen –autónomo o convencional– que

(3) Así lo ha entendido la jurisprudencia española. Ver Auto del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1983.

sea más favorable al reconocimiento y la ejecución, restringiendo de este modo las causas tasadas en la CNY. Es por ello que el artículo VII de la Convención permite a la parte que solicita el reconocimiento y ejecución del laudo fundamentar dicha solicitud tanto en la legislación nacional como en los acuerdos internacionales suscritos por el Estado en el que solicita el reconocimiento y la ejecución. Este es el caso del Convenio de Ginebra que en cierta medida contiene un régimen más favorable, como es el caso del artículo IX, que supone una derogación de lo dispuesto en el CNY.

Surge así la cuestión, objeto del presente artículo, de si al amparo de la Convención de Nueva York procede el exequátur de un laudo que haya sido anulado en la sede, cuando la legislación del Estado en el que se pretenda la ejecución o el régimen convencional aplicable así lo permita. Los conocidos asuntos *Hilmarton* y *Chromalloy* suscitaron este incesante debate. Sin embargo, nada impide que al amparo del artículo VII de la Convención sea posible en estos casos conceder el exequátur, si en el lugar donde se pretende el reconocimiento y ejecución existen normas que así lo permitan.

2. LA APLICACIÓN DE LA NORMA MÁS FAVORABLE

El artículo VII de la Convención de Nueva York establece:

“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.

2. El Protocolo de Ginebra de 1923, relativo a las cláusulas de arbitraje, y la Convención de Ginebra de 1927, sobre la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, dejarán de surtir efectos entre los Estados Contratantes a partir del momento y en la medida en que la presente Convención tenga fuerza obligatoria para ellos”.

El párrafo primero del Convenio permite a la parte que solicita el reconocimiento y la ejecución de un laudo, fundamentar la solicitud tanto en el régimen autónomo del Estado requerido como en cualquier otra disposición, incluyendo otro tratado internacional, que facilite dicho reconocimiento y ejecución. De esta forma el artículo VII facilita el reconocimiento y ejecución de aquellos laudos que no siendo ejecutables conforme a la Convención, puedan ser exequáturizados al amparo de la ley nacional o de otro tratado internacional. En este sentido el párrafo primero del artículo VII permite al juez nacional aplicar el Derecho que resulte más favorable al reconocimiento y ejecución del laudo. Esta interpretación del párrafo primero del artículo VII concuerda con la emitida por la CNUDMI el 7 de julio de 2006, en virtud de la cual:

2. Recomienda que el párrafo 1) artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma

que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje⁽⁴⁾.

La aplicación del Convenio no reemplaza por lo tanto a la legislación nacional sobre reconocimiento y ejecución, la cual seguirá siendo de aplicación cuando resulte más favorable.

En España, la Ley de Arbitraje establece en su artículo 46.2 que el exequátur de laudos extranjeros se regirá por la Convención de NY, “(...) *sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión* (...)” permitiendo de este modo la aplicación del régimen más favorable.

En el marco convencional, la aplicación de la norma más favorable se traduce en la posibilidad de aplicación del régimen previsto en el Convenio de Ginebra, que implica, en comparación con el sistema de reconocimiento y ejecución del Convenio de NY, una restricción de los efectos de la anulación del laudo en el país en que o conforme a cuya ley fue dictado. Este acotamiento de las causas de denegación del exequátur fue la apreciación de los desmesurados efectos del artículo V (1) (e), por lo que los Estados Contratantes decidieron limitar los efectos de la anulación del laudo. Así el artículo IX del Convenio Europeo de Ginebra no establece entre las causas por las que puede de-

negarse el reconocimiento y la ejecución, que el laudo haya sido anulado en la sede. De este modo, el artículo IX (2) prevé que las causas tasadas en el artículo IX (1) vienen “(...) *a restringir la aplicación del artículo V, párrafo 1. e) del Convenio de Nueva York* (...)”.

Entre las aportaciones fundamentales que nos ha brindado la Convención de Ginebra se encuentra la ventaja que la anulación en la sede no constituye causa de desestimación de la demanda de reconocimiento y ejecución del laudo. En lugar de imponer a los Estados parte una lista tasada de causas de anulación, los redactores de la Convención de Ginebra se inclinaron claramente por limitar los efectos internacionales que pueda producir la anulación en la sede. Se trata precisamente de un acotamiento de las causas previstas en el artículo V (2) del CNY. La Convención es muy explícita en relación con esta cuestión ya que especifica en el párrafo segundo de su artículo IX el sentido del párrafo primero en relación con la CNY.

Los redactores de la Convención de Ginebra consideraron que el artículo V (e) del CNY conferían una extremada discrecionalidad a los órganos jurisdiccionales de la sede. En concreto, los autores de la Convención previeron que mediante la anulación de un laudo en la sede, consideraciones claramente nacionales del orden público podrían tener eficacia internacional. Por estos motivos, se previó acotar las causas de anulación conforme a la redacción actual del artículo IX del Convenio de Ginebra.

(4) Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39 período de sesiones, disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf>.

En cualquier caso, el ámbito de aplicación del artículo IX se encuentra limitado en dos aspectos. En primer lugar, la Convención de Ginebra sólo ha optado por omitir como causa de denegación del reconocimiento que el laudo haya sido anulado en la sede, pero nada dice respecto a las sentencias arbitrales que no sean todavía obligatorias para las partes o haya sido suspendidas (a las que se refiere el artículo V(1)(e) del CNY). En segundo lugar, el artículo IX de la Convención sólo se refiere a los efectos en el Estado requerido de la anulación en la sede. Sin embargo, el Convenio de Ginebra ha motivado a los legisladores de diferentes –incluyendo Suiza, Túnez, Bélgica y Suecia– así como a los órganos jurisdiccionales franceses y estadounidenses, ignorar la anulación de un laudo en la sede como causa para denegar el reconocimiento y la ejecución⁽⁵⁾.

3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO ANULADO EN LA SEDE

La *lex loci arbitri* cobra una notoria importancia en relación con la no obligatoriedad, anulación o suspensión de la sentencia arbitral, como causa por la que puede denegarse el reconocimiento y ejecución del laudo. Conforme al artículo V (1) (e) del Convenio de NY, el reconocimiento o la ejecución de una sentencia arbitral podrá ser denegado si ésta no es todavía obligatoria para las partes, o si ha sido anulada por un tribunal de otro Estado que guarde relación con el arbitraje.

Partiendo de la base de que el juez competente para decidir sobre la validez

o nulidad de un laudo será normalmente el de la sede, el artículo V (1) (e) del Convenio en cierta medida suscita el problema de la eficacia internacional de un laudo que no ha adquirido todavía fuerza de cosa juzgada en la sede. Aunque el Convenio de NY no requiere de manera explícita que el laudo tenga fuerza de cosa juzgada, simultáneamente en la sede y en el Estado en donde se pretende su ejecución, podría darse la circunstancia de que el juez nacional deniegue el reconocimiento de la sentencia arbitral si, conforme a la ley de la sede, el laudo carece de fuerza de cosa juzgada.

La interpretación del término “obligatoria” en el artículo V (1) (e) de la CNY ha generado numerosa jurisprudencia, a veces contradictoria, sobre si dicho concepto tiene un significado autónomo en la CNY, o si por el contrario, su interpretación debe hacerse atendiéndose a la legislación de la sede. Estados Unidos, Italia, Alemania y Bélgica parece que se decantan por una definición autónoma, mientras que en Francia, Suiza e Italia la ley del Estado en donde se originó el laudo determinará si la sentencia arbitral es obligatoria a efectos del artículo V (1) (e) de la CNY.

En Francia, el Tribunal de Gran Instancia de París estimó el reconocimiento y ejecución del laudo dictado en Suiza, en el asunto *Hilmarton*, sustanciado entre las sociedad francesa *Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)* y la británica *Hilmarton Ltd.*, que había sido anulado por la Corte de Justicia del Cantón de Ginebra al estimarse que el contrato objeto de la disputa entre las partes violaba el orden público internacional. Los

⁽⁵⁾ FOUCHARD, GAILLARD, y GOLDMAN. *International Commercial Arbitration* (1999). pp. 1000 y 1001.

órganos jurisdiccionales franceses consideraron que la disposición aplicable no era el artículo V (e) del Convenio de NY, sino el artículo VII, que permitía la aplicación del artículo 1502 del Código de Procedimiento Civil francés, el cual no establece entre las causas por las que puede desestimarse el reconocimiento y ejecución, la anulación del laudo en la sede. De este modo, los tribunales franceses se remitieron a la norma aplicable más favorable al reconocimiento, que en este caso era la propia legislación francesa. Hilmar-ton recurrió la sentencia ante la Corte de Casación, la cual fue desestimada, considerando la Corte que “(...) *la sentencia arbitral dictada en Suiza era una decisión internacional que no formaba parte del ordenamiento jurídico de ese país, de tal manera que su existencia permanecía a pesar de su anulación(...)*”⁽⁶⁾.

Posteriormente, en el asunto Chromalloy, la Corte de Apelaciones de París resolvió la incertidumbre de si la fórmula establecida por la Corte de Casación –en virtud de la cual un laudo dictado en un arbitraje internacional no forma parte del ordenamiento jurídico de la sede– podía aplicarse a todo laudo dictado en un arbitraje internacional, o si por el contrario dicha fórmula fue establecida por la Corte de Casación para el caso concreto en Hilmar-ton. Las partes –la compañía estadounidense Chromalloy Aeroservices y el Ministerio de Defensa de la República Árabe de Egipto– habían suscrito un contrato para el suministro, mantenimiento y reparación de helicópteros. El contrato establecía que toda controversia relacionada con dicho contrato sería resuelta

mediante arbitraje con sede en el Cairo, conforme a las “leyes egipcias”. Cuando Egipto terminó de forma unilateral el contrato, Chromalloy inició el procedimiento arbitral contractualmente previsto y en agosto de 1994 el tribunal dictó laudo a favor de la compañía americana.

Cuando Chromalloy pretendió la ejecución del laudo en los Estados Unidos, Egipto solicitó la anulación del laudo en la sede, que fue anulado por la Corte de Apelaciones del Cairo al considerar que debían de haberse aplicado las normas administrativas egipcias y no las disposiciones del Código Civil. En el procedimiento de ejecución sustanciado en los Estados Unidos, Egipto mantuvo que la solicitud de reconocimiento y ejecución presentada por Chromalloy debía desestimarse ya que el laudo había sido anulado en Egipto. El Juzgado del Distrito de Columbia aceptó a trámite la demanda y ordenó la ejecución de la sentencia arbitral, sobre la base del carácter condicional de las causas de denegación establecidas en el artículo V de la CNY, y del principio de conservación de ejecutoriedad del laudo establecido en el artículo VII del mismo cuerpo legal.

En concreto, el Juzgado de Distrito considero que el CNY no impone al tribunal del Estado requerido la obligación de rechazar la solicitud de reconocimiento y ejecución cuando el laudo ha sido anulado en el país de origen, sino que le concede una facultad discrecional para admitir o rechazar la solicitud aunque se haya demostrado la anulación del laudo⁽⁷⁾. De este modo, el juez estadounidense pre-

⁽⁶⁾ Ver Cass. Civ. 1re, 23 Mar. 1994, Société Hilmar-ton v. Société OTV (1994) 121 J.D.I. 701.

⁽⁷⁾ Chromalloy Gas Turbina Corporation v. República Árabe de Egipto, 939 F. Supp 907 (D.D.C. 1996).

servó la decisión tomada por el tribunal, considerando que el artículo V (1) (e) de la CNY permite, más no exige, denegar el reconocimiento de un laudo cuando concurra ésta causa. Al utilizar la CNY la palabra “podrá” en el artículo V (1) (e), en lugar de “deberá”, se permite al juez nacional extraer al laudo arbitral de aquellas disposiciones de la ley de la sede que impliquen un obstáculo al reconocimiento. De este modo, y ante la presencia de un laudo anulado, se otorga al juez nacional la discrecionalidad de ejecutarlo o no.

Por lo tanto, con fundamento en el artículo VII del Convenio de NY, el juez estadounidense consideró que como la anulación de un laudo no estaba prevista en la Ley Federal de Arbitraje, procedía el exequátur conforme a la Ley Federal, que resultaba más favorable al reconocimiento y la ejecución.

También en relación con el asunto Chromalloy, la parte demandante pretendió la ejecución del laudo en Francia, que fue estimada por la Corte de Apelaciones de París conforme al artículo VII del Convenio de NY. La Corte se refirió al Tratado sobre Cooperación Legal firmado por Francia y Egipto el 15 de marzo de 1982, el cual establece que “(...) *los laudos arbitrales dictados en uno de los dos Estados deberán ser reconocidos y ejecutados conforme a las disposiciones del (Convenio de Nueva York)*”.

De forma contraria al argumento de la República Árabe de Egipto, la Corte de Apelaciones estimó que esa referencia general y sin reservas en el mencionado tratado, a las disposiciones del Convenio

de NY, los Estados Contratantes habían acordado implícitamente la excepción prevista en el artículo VII de dicho Convenio, en virtud del cual no puede privarse a la parte solicitante la remisión a las disposiciones autónomas o convencionales aplicables que resulten más favorables.

A pesar de haber sido anulado en Egipto, el laudo fue calificado por los jueces franceses como “internacional”, no encontrándose por definición integrado en el ordenamiento jurídico de un Estado, por lo que sigue existiendo a pesar de haber sido anulado. De este modo, los jueces franceses estimaron que su ejecución no constituía una “violación del orden público internacional”. Asimismo, la Corte de Apelaciones de París confirmó la regla en Derecho francés que todo laudo dictado en un arbitraje internacional no se encuentra integrado en ordenamiento jurídico alguno, por lo que el juez francés puede decidir si procede o no su reconocimiento y ejecución con independencia de cualquier decisión judicial previa en el lugar de la sede⁽⁸⁾.

En España, se considera que la exigencia de obligatoriedad ha sido satisfecha aunque la sentencia arbitral no sea firme⁽⁹⁾, no siendo necesario que la sentencia arbitral haya obtenido en la sede una declaración judicial sobre su ejecutoriedad, salvo que dicha declaración sea necesaria para que el laudo sea vinculante para las partes. Sin embargo, la solicitud de anulación o suspensión interpuesta ante los tribunales de la sede permitirá la suspensión del reconocimiento del laudo en España, conforme al artículo VI de la

⁽⁸⁾ Ver Cour d'Appel de Paris, 14 de enero de 1997, République Arabe d'Egypte v. Société Chromalloy Aero Services (1998) 125. Journal de Droit International 750.

⁽⁹⁾ Auto del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1989, ver Número 1062.

CNY, que establece que cuando se haya solicitado la anulación del laudo, la autoridad ante la cual se pretende la ejecución de dicho laudo podrá aplazar la decisión sobre su ejecución.

El Derecho comparado revela que el problema fundamental a la hora de conceder o no el exequátur a un laudo arbitral anulado radica en la interpretación del artículo V (e) y VII del Convenio de Nueva York. No hay lugar a dudas que conforme a la jurisprudencia francesa y estadounidense descrita, es perfectamente posible –al amparo de lo dispuesto en el artículo VII del Convenio de NY– conceder el exequátur de un laudo anulado en la sede si en el lugar donde se pretende el reconocimiento existen normas más favorables que las del propio Convenio de NY.

Esta interpretación del Convenio de NY se sustenta en el propio texto del tratado, de cuyo texto original (en inglés) se desprende el carácter discrecional –a través de la expresión “(...) *may be refused* (...) *only if* (...)”– para los Estados de denegar el reconocimiento y ejecución si concurre la causa del artículo V, párrafo (e). Más allá de su interpretación literal, la lectura del Convenio de NY revela que entre los fines del Convenio se encuentra la liberalización del arbitraje internacional del sometimiento al Derecho de la sede, por lo que al amparo del artículo VII, si un Estado considera que su legislación arbitral permite la ejecución de laudo, ésta debe estimarse.

Finalmente, señalar que el Convenio de NY sólo establece las condiciones mínimas, sin que exista disposición alguna en el tratado que impida a los Estados establecer una legislación que sea más favorable al reconocimiento y ejecución, como lo es el Convenio de Ginebra.

No obstante la jurisprudencia y la posición doctrinal comentada, no han sido pocas las críticas contrarias al otorgamiento del exequátur de laudos que hayan sido anulados en la sede, al considerar que la ejecución en estos casos podría resultar en decisiones judiciales contradictorias relacionadas con los mismos hechos, entre las mismas partes y en relación con la misma controversia, quebrantándose de este modo la uniformidad y seguridad jurídica del arbitraje internacional. Asimismo, esta posición doctrinal ha abogado en ciertos casos por el monopolio judicial de los Estados soberanos, por lo que el arbitraje debe permanecer bajo el control de los órganos jurisdiccionales del Estado, control que debe ser respetado por todos, conforme al principio de cooperación judicial internacional.

Frente a las críticas expuestas puede afirmarse que el Convenio de NY no interfiere con la facultad de los órganos jurisdiccionales de anular el laudo, sino que pretende la desnacionalización del arbitraje internacional, facilitando las transacciones, por lo que no puede la eficacia del laudo depender exclusivamente de consideraciones nacionales. Por otro lado, cabe afirmar que el control judicial que pueda efectuarse en la sede no tiene efectos internacionales *erga omnes*, sin que nada impida al juez de un tercer Estado reconocer la eficacia del mismo.

La actividad jurisdiccional de los árbitros no sólo se encuentra controlada por los órganos jurisdiccionales de la sede, sino también por el juez al que se solicita el reconocimiento y la ejecución, que seguirá parámetros internacionalizados. El reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales continúa, por supuesto, condicionado a las particularidades del caso

concreto y de la ley del Estado requerido, así como al margen de maniobra o discrecionalidad que el CNY permite a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.

Teniendo en cuenta que el juez nacional decidirá el recurso de anulación conforme a su legislación nacional, decidiendo al amparo de ésta la validez del laudo, debiendo en ocasiones considerar si el asunto que las partes sometieron a arbitraje es arbitrable conforme a dicha legislación nacional; y pudiendo incluso hacer valer la concepción nacional del orden público. En estos casos, si el laudo fuese anulado, es indudable que una vinculación territorial excesiva del laudo a la sede, tendría efectos indeseables y excesivos para las partes, apartándose de la práctica internacional en la que normalmente las partes acuerdan una sede en un país tercero o neutro.

4. CONCLUSIÓN

Las particularidades de la ley nacional y los obstáculos que ésta imponía al arbitraje internacional han perdido notoriedad con la creciente y ya casi universal ratificación de del CNY. La remisión directa a la ley nacional, que los Estados negociadores incorporaron en el texto del CNY resultó en un creciente interés por los Estados Contratantes en ratificar la Convención, dejando las cuestiones más espinosa fuera del marco unificador del tratado, sin afectar, por lo tanto, a la aplicación de cualquier régimen más favorable al arbitraje internacional.

El carácter universal de la CNY y su creciente ratificación ha permitido que los estándares y principios del arbitraje internacional cobren protagonismo en detrimento de la necesidad de su aceptación


en el plano local. Esta incorporación de los principios básicos del arbitraje al cuerpo de un Derecho transnacional ha supuesto la renuncia por muchos Estados a su tradición jurídica en materia arbitral, incorporando al ámbito local el proceso codificador emprendido a nivel internacional.

La ley nacional ha adoptado patrones uniformes en materia arbitral, globalmente aceptados, lo que a la postre ha supuesto la concesión en éste ámbito por los Estados de su soberanía estatal y la pérdida de relevancia de la ley nacional en la implementación de la Convención. Asimismo, la creciente ratificación de la Convención ha motivado la iniciación de un proceso codificador por los Estados tendente a la adopción de leyes de arbitraje de un marcado carácter liberal, inspiradas en principios que favorecen el arbitraje y la libre circulación de sentencias arbitrales. A su vez, este proceso codificador se ha visto fuertemente impulsado por la adopción, por parte de muchos Estados, de la Ley Modelo.

Los obstáculos a la libre circulación de laudos arbitrales han sido así sustituidos por un proceso de apertura hacia el arbitraje. La creciente ratificación de tratados en el campo del arbitraje internacional, como han sido los Convenios de NY y Ginebra, ha requerido la adaptación de las diferentes legislaciones arbitrales a la situación y exigencias del tráfico jurídico actual, eliminando el espíritu de recelo que anidaba en las legislaciones anteriores.

El reconocimiento y la ejecución de convenios y sentencias arbitrales continua, por supuesto, condicionado a las particularidades del caso concreto y de la ley del Estado requerido, así como al margen de maniobra o discrecionalidad que el CNY

permite a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. Sin embargo, como se ha expuesto, la ley nacional está dejando de implicar un obstáculo a la universalidad y aceptación del arbitraje que

persigue la CNY, en el convencimiento de los países de la importancia que tiene un Estado, como sede habitual de arbitrajes, para su participación en el comercio internacional. 

LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958 POR PARTE DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES (*)

Por: CARLOS ESPLUGUES MOTA (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Laudos susceptibles de reconocimiento en España: Laudos españoles v. Laudos extranjeros.* 3. *El modelo de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros previsto en la Ley de Arbitraje de 2003.* 3.1. *Solución recogida en la Ley.* 3.2. *El procedimiento previsto en la LEC para el reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros.* 3.3. *La práctica del Convenio de Nueva York de 1958 en España.* A. *Introducción.* B. *Análisis de la práctica española.* C. *Causas alegables a instancia de parte.* a) *Causas relativas al convenio arbitral.* b) *Causas relativas al desarrollo del procedimiento arbitral.* c) *Causas referentes al laudo arbitral.* d) *Otras causas no previstas en el Convenio de Nueva York de 1958.* D. *Causas estimables de oficio por el operador jurídico.* a) *Inarbitrabilidad de la diferencia de acuerdo con la ley del país donde se solicita el reconocimiento.* b) *Contrariedad con el orden público del país donde se solicite el reconocimiento y la ejecución.* 4. *Valoración final.*

1. INTRODUCCIÓN

La institución del arbitraje es una vieja conocida del ordenamiento jurídico español. Remontándose su origen al Derecho Romano, ha contado histórica-

mente con una presencia constante en nuestro ordenamiento; se hizo así presente en su día en el Breviario de Alarico y en Las Partidas de Alfonso X el Sabio y, más recientemente, se hace referencia a ella en la Constitución Española

(*) El presente artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto I + D MEC / SEJ2007 - 64594: "Hacia una cultura de las ADRs: De la mediación al arbitraje".

(**) Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Valencia y en la Universidad de Castilla La Mancha. Consultor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI / UNCITRAL), España.

de 1812 o en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁽¹⁾.

Esta constancia, esta larga presencia de la institución en nuestro modelo jurídico, empero, no se ha traducido en un recurso habitual a la institución arbitral en la práctica. El arbitraje ha sido históricamente un instituto dotado de una escasísima presencia en España, absolutamente imperceptible cuando de arbitraje internacional hablamos. Quizás como consecuencia, precisamente de ello, los últimos cincuenta años han sido testigos de la aprobación de tres leyes de arbitraje por parte del legislador patrio; en cada una de las cuales se ha incorporado una distinta concepción en torno al arbitraje, atendiendo a coordenadas histórico-políticas propias. Cabe así mencionar, primeramente, a la extremadamente restrictiva Ley de Arbitraje Privado de 22 de diciembre de 1953⁽²⁾, maliciosamente calificada por algunos como Ley “contra” el arbitraje privado, dada su rigidez. Seguida, veinticinco años después de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje⁽³⁾, fruto ya de la democracia y que a pesar de su timidez cumplió la inestimable función de abrir las puertas del arbitraje a los sectores económicos nacionales, permitiéndoles servirse del mismo como medio de solución de sus conflictos jurídicos. Por último, la reciente Ley 60/2003 de Arbitraje⁽⁴⁾, arti-

culada claramente con la Ley Modelo de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional y que, amén de fomentar al máximo el recurso al arbitraje, busca convertir a España en un centro de arbitraje internacional.

La Ley 60/2003 de arbitraje toma como premisa básica el paradigma del monismo⁽⁵⁾. La propia Exposición de Motivos de la Ley se manifiesta clara y taxativamente en tal sentido al afirmar que “en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, esta ley opta claramente por una regulación unitaria de ambos. Dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que el arbitraje internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno) y monismo (que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), la ley sigue el sistema monista. Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno”⁽⁶⁾. En plena coherencia con ello, el artículo 1 de la Ley, rubricado “Ámbito de aplicación”, dispone en su primer apartado que: “Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido

(1) BARONA VILAR, Sílvia y ESPLUGUES MOTA, Carlos: *Introducción*. En: BARONA VILAR, Sílvia y ESPLUGUES MOTA, Carlos. *Arbitraje (Legislación básica)*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. pp. 1 y siguientes.

(2) BOE número 358, de 24 de diciembre de 1953.

(3) BOE número 293, de 7 de diciembre de 1988.

(4) BOE número 309, de 26 de diciembre de 2003.

(5) Para un análisis de la misma, ver ESPLUGUES MOTA, Carlos. *Arbitraje comercial internacional*. En: ESPLUGUES MOTA, Carlos e IGLESIAS BUHIGUES. *Derecho internacional privado*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2da. edición, 2008. pp. 143 y siguientes.

(6) Exposición de Motivos, Cdo. II.

en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje”.

Se resuelve de esta forma, uno de los grandes problemas que acompañó a la antigua Ley de 1988, en la que sin clarificar la incorporación de una opción monista o dualista, se optaba por incorporar 8 títulos referentes al arbitraje y dos títulos finales en los que se hacía referencia específicamente a “*la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros*”⁽⁷⁾ y a “*las normas de derecho Internacional privado*”⁽⁸⁾.

De acuerdo con esta opción mantenida por el legislador patrio, la Ley 60/2003

de Arbitraje se limita a incluir diversas disposiciones específicamente referidas al arbitraje internacional⁽⁹⁾. Se aborda así la aplicación extraterritorial de diversos preceptos de la ley –artículo (en adelante artículo) 1.2⁽¹⁰⁾–, el papel jugado por los Estados en el arbitraje internacional –artículo 2.2⁽¹¹⁾–, el carácter internacional del arbitraje –artículo 3⁽¹²⁾–, la ley reguladora del convenio arbitral y de la arbitrabilidad en el arbitraje internacional –artículo 9.6⁽¹³⁾–, la ley aplicable al fondo del litigio en el arbitraje internacional –artículo 34.2⁽¹⁴⁾– y, por último, el régimen del reconocimiento y ejecución en España de los laudos extranjeros –artículo 46–. Un artículo, éste último, intitulado “*Carácter extranjero del*

(7) Título IX.

(8) Título X.

(9) Para un análisis de las mismas, ver ESPLUGUES MOTA, Carlos. artículo 1, artículo 2, artículo 9, artículo 34 y artículo 46. En: BARONA VILAR, Silvia (coordinadora). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Civitas, 2004.

(10) “Las normas contenidas en los apartados 3, 4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España”.

(11) “Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”.

(12) “Artículo 3. Arbitraje internacional. 1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional. 2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual”.

(13) “Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el Derecho español”.

(14) “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”.

laudo. Normas aplicables”, que constituye el único precepto del Título IX, rubricado “*Del exequátur de laudos extranjeros*” y en el que se señala:

“*Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables.*

1. Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español.

2. El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”.

En las próximas páginas nos centraremos en las soluciones incorporadas en este artículo 46 de la Ley Española de Arbitraje de 2003 en relación con el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Un precepto que comienza especificando los laudos susceptibles de reconocimiento y ejecución en España (II), pasando a concretar –seguidamente– el específico régimen legal aplicable al reconocimiento y ejecución de los laudos foráneos en nuestro país (III).

2. LAUDOS SUSCEPTIBLES DE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA: LAUDOS ESPAÑOLES V. LAUDOS EXTRANJEROS

El artículo 46.1 de la Ley 60/2003 de Arbitraje afirma que “(S)e entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español”. Tal como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, se reproduce el mandato del artículo 56.2 de la antigua Ley de Arbitraje de 1988, que atribuía la condición de extranjero a aquel laudo “*que no haya sido pronunciado en España*”.

El mantenimiento de esta aproximación, empero, contrasta con los cambios introducidos en el artículo 3 de la nueva Ley en relación con el concepto de arbitraje interno e internacional.

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje se diseñó pensando esencialmente en el arbitraje interno; aquél desarrollado en España sin presentar elemento alguno de conexión con un ordenamiento jurídico distinto del español. De tal forma, y siguiendo una postura marcadamente clásica, se limitaba a introducir diversas normas –de conflicto– en relación con los arbitrajes con elementos de extranjería desarrollados en el país⁽¹⁵⁾, sin abordar un tratamiento global y diferenciado del arbitraje comercial internacional. Disposiciones, en suma, relativas a la capacidad para concluir el convenio⁽¹⁶⁾, a la

(15) Recogidas, tal como se señaló en su momento, en el Título X: “*De las normas de Derecho internacional privado*”.

(16) Artículo 60.

validez y efectos del convenio arbitral⁽¹⁷⁾ y a la ley aplicable al fondo del litigio⁽¹⁸⁾.

La –criticada⁽¹⁹⁾– opción recogida en la Ley de Arbitraje de 1988 asumía, en última instancia, la existencia de un cierto paralelismo entre el arbitraje y el ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de los tribunales nacionales. Y, de esta suerte, resolvía que, de la misma manera que la presencia de un elemento de extranjería en un litigio pendiente ante los tribunales españoles motiva a nuestros órganos jurisdiccionales a aplicar el modelo español de Derecho internacional privado, la existencia de un elemento de extranjería en el arbitraje desarrollado en España debía solventarse a través de la aplicación de un conjunto de normas de Derecho internacional privado recogidas –con un marcado desenfoque– en la propia normativa arbitral: en concreto, como ya se ha apuntado con anterioridad, en el Título X de la Ley de 1988. Se trataba, en suma, de un “arbitraje español” con elementos de extranjería, como realidad contrapuesta al “arbitraje español” interno, o sin elementos foráneos.

El legislador español de 1988 no pareció ser consciente de que la presencia de ciertos factores de extranjería en el arbitraje a desarrollar en España permite supe-

rar con creces esta idea de “arbitraje español con elementos de extranjería” sobre la que se articulaba la ley, conectando con una realidad mucho más compleja; la del arbitraje comercial internacional, dotada de su propia problemática, y que tiende a poseer, en el plano comparado, un régimen jurídico propio y específico⁽²⁰⁾.

Y, desde luego, aún menos quiso hacerse eco –el legislador– del hecho de que junto a estas dos realidades del arbitraje interno y del internacional, en los últimos años se habla crecientemente de una tercera dimensión arbitral que goza de apoyos relevantes: el denominado “arbitraje transnacional”. Un arbitraje deslocalizado, independiente de cualquier concreto ordenamiento jurídico nacional, y directamente vinculado a la noción de Derecho transnacional⁽²¹⁾.

Esta situación varía claramente en la Ley 60/2003, de Arbitraje. El legislador español de 2003 introduce –ahora– una solución más matizada que la existente en el modelo normativo anterior. Una solución que, además, se presenta como compleja, tanto en sus contenidos como en lo relativo a su significado último:

- 1) Así, por un lado, la nueva Ley de Arbitraje asume definitivamente la

(17) Artículo 61.

(18) Artículo 62.

(19) ESPLUGUES MOTA, Carlos. *Reflexiones en torno a una frustración: El Título IX de la nueva Ley española de Arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros*. RCEA, 1988-1989. pp. 154 y siguientes.

(20) BARONA VILAR, Silvia. *Artículo 56*. En: MONTERO AROCA, Jorge (director). *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Madrid, Civitas, 1990. p. 289.

(21) Al respecto, COE, J.J. *International Commercial Arbitration*. Nueva York: Transnational Publishers, 1997. pp. 54 y 55.

distinción entre arbitraje interno y arbitraje internacional. En este sentido, y aunque –como ya se ha señalado– “*opta claramente por una regulación unitaria de ambos*”⁽²²⁾, introduce un conjunto de normas específicamente diseñadas para el arbitraje internacional, estableciendo un régimen propio y diferenciado para el arbitraje interno y para el internacional. Y ello, aún aceptando como premisa que son “*pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno*”⁽²³⁾.

La asunción de esta distinción entre “*arbitraje interno*” y “*arbitraje internacional*” supone, en última instancia, admitir que es posible desarrollar en España dos tipos de arbitraje, de naturaleza y objetivos diversos: aquellos vinculados exclusivamente con nuestro país –calificados de arbitrajes internos–, y otros que presentan conexiones de signo diverso con varios ordenamientos jurídicos –los denominados arbitrajes internacionales–. La clave para determinar cuando se trata de uno u otro tipo de arbitraje se encuentra recogida en el artículo 3 de la propia Ley 60/2003, de 23 de diciembre⁽²⁴⁾; un

precepto que atribuye una u otra condición, atendiendo a la vinculación que presente el arbitraje con el Reino de España, y que, en última instancia, “*resulta relevante para la aplicación de aquellos artículos que contienen reglas especiales para los arbitrajes internacionales que se desarrollen en nuestro territorio*”⁽²⁵⁾.

- 2) Significativamente, sin embargo, esta diferenciación entre el arbitraje interno y el arbitraje internacional que se hace patente a lo largo de la Ley 60/2003, no es llevada a sus últimos términos por el legislador español. La distinción no se mantiene con plenitud en todos los ámbitos del arbitraje.

En concreto, no encuentra proyección en el sector del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en España. En este sector, el artículo 46.1 de la Ley de Arbitraje se limita a reproducir linealmente la distinción entre laudos españoles y laudos extranjeros recogida ya en el texto de 1988, utilizando como elemento diferenciador de los mismos, el rígido criterio territorial del lugar en que son dictados⁽²⁶⁾.

El contraste entre la posición mantenida en los artículos 3 y 46 de la Ley de Arbitraje española es, pues, manifiesto.

⁽²²⁾ Exposición de Motivos, Cdo. II.

⁽²³⁾ “*Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base –corroborada por la tendencia actual en la materia– de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno y viceversa*” (Exposición de Motivos, Cdo. II).

⁽²⁴⁾ Al respecto, nótese ESPLUGUES MOTA, Carlos. *Artículo 3*. En: BARONA VILAR, Silvia. (directora) *Comentarios* (...). *Op. cit.* pp. 146 y siguientes.

⁽²⁵⁾ Exposición de Motivos, Cdo. II.

⁽²⁶⁾ “*El Título IX regula el exequátur de laudos extranjeros, compuesto por un único precepto en el que, además de mantenerse la definición de laudo extranjero como aquel que no ha sido dictado en España(...)*” (Exposición de Motivos, Cdo. X).

Todo apunta a la existencia de un cierto “vértigo” del legislador español a la hora de proyectar, plenamente, la opción realizada a favor de la distinción entre el arbitraje interno y el internacional, en el plano del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales foráneos. Un vértigo infundado, por cuanto es el propio Convenio de Nueva York de 1958 –como seguidamente veremos– quien le invita a hacerlo, al admitir desde hace 50 años la posible presencia de laudos dictados en el territorio de un Estado parte que, sin embargo, son considerados “extranjeros” por el mismo y, consecuentemente, sometidos al texto neoyorquino.

El legislador español, en suma, no hace uso de la posibilidad ofrecida por el Convenio de 1958. Desde un punto de vista práctico, no deja de ser una opción lógica que, además, soslaya previsibles situaciones de conflicto para los tribunales patrios. Desde un planteamiento puramente doctrinal, el legislador español deja pasar una oportunidad de ser coherente con sus planteamientos de partida, generando, por ende, una posición de contraste –llamativo– entre las soluciones aplicables a los arbitrajes desarrollados en España –con independencia del grado de vinculación real que tengan con nuestro país–, y al reconocimiento y ejecución de los laudos dictados fuera de nuestras fronteras. En el mismo texto legal se vinculan los flexibles, plurales y extensivos criterios utilizados a la hora de concretar el carácter internacional del arbitraje desarrollado

en nuestro país⁽²⁷⁾, con la rígida territorialidad usada con vistas a distinguir entre el laudo español y el laudo extranjero.

3. EL MODELO DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS PREVISTO EN LA LEY DE ARBITRAJE DE 2003

3.1. Solución recogida en la Ley

Uno de los puntos más criticados de la normativa arbitral de 1988 fue, precisamente, el referente al reconocimiento y ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros. Dejando de lado el contenido del Título IX de la Ley 36/1988, o las propias inexactitudes presentes en su denominación –“*De la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros*”, tan sólo se hablaba de ejecución, sin realizar referencia alguna al reconocimiento–, la doctrina entendió de forma prácticamente unánime que estábamos ante una regulación redundante e innecesaria, amén de reflejo fiel de una forma de legislar que no tenía –aunque, lamentablemente, de hecho tiene– cabida en un país que se dice desarrollado⁽²⁸⁾.

La vinculación de España al Convenio de Nueva York de 1958 se produjo en 1977, sin que en ese momento nuestro país realizara la declaración prevista en el artículo I.3 de dicho texto legal limitando su aplicación a las “*sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado*

⁽²⁷⁾ Ver ESPLUGUES MOTA, Carlos. *Artículo 3*. En: BARONA VILAR, Silvia (directora). *Comentarios (...)*. Op. cit. pp. 146 y siguientes.

⁽²⁸⁾ ESPLUGUES MOTA, Carlos. *El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional*. En: AA.VV., *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*. Madrid: CGPJ (Cuadernos de Derecho Judicial), 1997-I. p. 51; ESPLUGUES MOTA, Carlos: *Reflexiones (...)*. Op. cit. pp. 154 y siguientes.

contratante únicamente”: la llamada “reserva de reciprocidad”⁽²⁹⁾. De esta suerte, el Convenio de Nueva York devino un texto dotado de eficacia universal en España, aplicándose al reconocimiento y ejecución en nuestro país de todas las sentencias arbitrales extranjeras, con independencia de cual fuera su país de origen. En este entorno, la incorporación en la normativa arbitral de un Título dedicado a la “Ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros”, sólo podía convertirse en algo tan inútil, como susceptible de generar confusión, tal como pone de manifiesto de manera constante la práctica española en la materia⁽³⁰⁾.

En línea con este carácter universal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo – en adelante TS– procedió a obviar cualquier mención al Título IX de la Ley de Arbitraje de 1988, repitiendo de forma constante, al abordar el reconocimiento de laudos arbitrales foráneos, que en,

“la resolución del (...) exequátur se ha de estar a los términos del Convenio de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales, de 10 de junio de 1958, que resulta aplicable tanto por razón de la materia como por la fecha de la resolución, y que para España

presenta un carácter universal, toda vez que no efectuó reserva alguna a lo dispuesto en su artículo 1 al adherirse al Convenio (...)”⁽³¹⁾.

La Ley Española de Arbitraje de 2003 –en adelante LA– viene a solventar de plano esta situación, reconociendo el carácter universal que acompaña al texto de Nueva York en el ordenamiento jurídico de España. El artículo 46.2 LA precisa –recordemos– de forma taxativa que:

“El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”.

Las soluciones incorporadas en el precepto destacan, en primer lugar, por la utilización –en contraste con lo que hace el Convenio de Nueva York– de una terminología un tanto reduccionista y, en segundo, y en relación con su contenido, por

⁽²⁹⁾ Al respecto, GAILLARD, E. y SAVAGE, J. (editores). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer, 1999. pp. 129 y 130.

⁽³⁰⁾ Nótese, en este sentido, los AATS de 20 de marzo de 2002 (TOL 146016), 12 de marzo de 2002 (TOL 146146), de 26 de febrero de 2002 (RCEA, 2003, p. 368), de 13 de marzo de 2001 (TOL 149505), de 27 de noviembre de 2000 (AEDIPr, 2002, p. 322), de 11 de abril de 2000 (RCEA, 2001, p. 257), de 8 de febrero de 2000 (RCEA, 2001, p. 249), de 1 de febrero de 2000 (RCEA, 2001, p. 247), de 29 de septiembre de 1998 (RCEA, 1999, p. 290), de 5 de mayo de 1998 (RCEA, 1998, p. 227) o de 17 de enero de 1998 (RCEA, 1999, p. 275). Para un análisis en profundidad de la misma, ver, por todos, ESPLUGUES MOTA, Carlos. *Zehn Jahre Schiedsgerichtsbarkeitsgesetz in Spanien*. ZZPInt, 1999. pp. 91 y siguientes.

⁽³¹⁾ ATS de 20 de marzo de 2002 (citado en nota 31). Por todos, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *La primacía de los Tratados internacionales en el ámbito del exequátur de sentencias arbitrales extranjeras*. RCEA, 1991. pp. 9 y siguientes; GONZALO QUIROGA, M. *Nota al ATS de 5 de mayo de 1998*. RCEA, 1998. pp. 224 y siguientes.

su íntima y generalizada vinculación con las respuestas presentes en el texto neoyorquino de 1958.

Así, en primer lugar, la solución recogida presenta, quizás, a su propia denominación como elemento más llamativo. Así si bien puede decirse que la referencia al “exequátur”, en vez de al “reconocimiento y ejecución” de laudos arbitrales extranjeros –tal como, por otra parte, hace el Convenio de Nueva York de 1958–, está en línea con la solución mantenida en la tradición jurídica española. Lo cierto es que la mención al “exequátur” recogida en la Ley de Arbitraje, sin embargo, contrasta, tanto con la admisión en la doctrina y jurisprudencia española de la distinción entre el “reconocimiento” y la “ejecución” y su aceptación como dos “fases” diferenciadas y dotadas de objetivos distintos⁽³²⁾ –“la predicada naturaleza meramente homologadora de este procedimiento (de exequátur) conlleva una consecuencia añadida. Y es que dicha naturaleza permite deslindar este proceso de homologación, de naturaleza declarativa, aunque especial, del posterior proceso de ejecución que deba abrirse en el foro una vez reconocida la eficacia de la resolución extranjera”⁽³³⁾– como con la generalizada y habitual presencia de la

distinción en la mayoría de los textos convencionales e institucionales que vinculan a España en la materia.

Siendo esto así. Existiendo –como existe en el precepto– una mención lineal al Convenio de Nueva York, y considerando que la naturaleza de los pronunciamientos contenidos en los laudos arbitrales van a requerir, generalmente, de ejecución una vez hayan sido reconocidos, la insistencia del legislador en la referencia al “exequátur” del laudo arbitral –obviando la extendida y más clara mención al reconocimiento y ejecución del mismo–, sólo puede entenderse, bien como una mera decisión inercial de los redactores de la nueva Ley Española de Arbitraje, entre los que –una vez más– se echaron a faltar especialistas de Derecho internacional privado. O, bien como una opción consciente de éstos, tendente a destacar la inclusión en la Ley de normas relativas, tan sólo, al reconocimiento del laudo extranjero y a la declaración de ejecutabilidad del mismo, dado que su posible ejecución, incluido la de los laudos reconocidos vía Convenio de Nueva York –prácticamente todos, atendido el carácter universal del Convenio–, se realizará de la misma forma en que se ejecuta una resolución judicial o un laudo arbitral español⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ En relación específicamente con el arbitraje comercial internacional, nótese GONZALO QUIROGA, M. *Op. cit.* p. 226.

⁽³³⁾ ATS de 4 de marzo de 2003 (JUR 2003/87950), Fdo. de D. 6. El ATS añade en ese mismo Fdo. que: “el proceso de exequátur admite las alegaciones y excepciones relativas a su propio objeto, esto es, la concurrencia de los presupuestos a los que en cada caso, y en función del régimen de reconocimiento aplicable, se sujeta la declaración de ejecutoriedad; quedan fuera de su ámbito, por tanto, aquellas alegaciones y excepciones que afectan a la ejecución de la sentencia o resolución ya reconocida, y que constituyen un obstáculo para que sus pronunciamientos se lleven a efecto. Y sería precisamente en fase de ejecución de la resolución extranjera ya reconocida en donde se debería situar la excepción de pago, la cual presentaría virtualidad en el proceso de ejecución del laudo extranjero que se abriera después de obtener el exequátur y siempre que se alegara y acreditara oportunamente”.

⁽³⁴⁾ Al respecto, ver ESPLUGUES MOTA, Carlos. *Arbitraje comercial internacional*. En: ESPLUGUES MOTA, Carlos y J.L. IGLESIAS BUHIGUES. *Derecho (...)* *Op. cit.* pp. 143 y siguientes.

Por su parte, con relación al lineamiento del artículo 46.2 LA con las soluciones recogidas en la Convención de 1958, el precepto afirma que:

- (a) El “*exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958*”, algo que, como ya se ha afirmado, no hace sino reconocer el carácter universal que acompaña a este texto en España, al amparo de su artículo I.3.
- (b) Junto a ello, el artículo 46.2 LA añade que la aplicación de dicho Convenio, se realizará “*sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión*”. Nótese que el propio artículo VII del Convenio de Nueva York incorpora el principio del *favor executionis* que se traduce en la posible invocación de normas de otros textos convencionales –bilaterales o multilaterales– e, incluso, de normas internas que incorporen reglas menos restrictivas a efectos del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. La denominada cláusula de “solución más favorable” tiene la ventaja de resolver los posibles conflictos que surjan entre distintos Convenios susceptibles de aplica-

ción: no prima ni el más reciente, ni el más específico, sino el más favorable al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero⁽³⁵⁾.

La cuestión ha sido suscitada en un número importante de ocasiones ante los tribunales españoles. Estos, en todo momento han tendido a rechazar la vía abierta por el concreto convenio bilateral, optando por reconocer la resolución extranjera a través del Convenio de Nueva York de 1958. En los últimos años, ello se ha puesto de manifiesto en relación con:

- i. El Convenio sobre Asistencia Jurídica, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Asuntos Civiles entre España y la República Socialista de Checoslovaquia, de 4 de mayo de 1987⁽³⁶⁾, en concreto, en el Auto del TS –en adelante ATS– de 13 de noviembre de 2001⁽³⁷⁾.
- ii. Respecto del Tratado sobre Ejecución de Sentencias en Materia Civil y Comercial entre España y Suiza, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1896⁽³⁸⁾, en la Sentencia del TS de 9 de octubre de 2003⁽³⁹⁾.
- iii. Por último, en relación con el Convenio entre España y Francia

(35) Al respecto, CUARTERO RUBIO, V. *Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: La vía de los convenios bilaterales*. RCEA, 1996. pp. 34 y siguientes; GAILLARD y SAVAGE. *Op. cit.* pp. 135 y siguientes, entre otros muchos.

(36) BOE número 290, de 3 de diciembre de 1988, cde BOE número 22, de 26 de enero de 1989.

(37) RCEA, 2002. p. 257.

(38) *Gaceta de Madrid*. Número 190, de 9 de julio de 1898.

(39) RJ 2003/7231.

sobre Reconocimiento de Decisiones Judiciales y Arbitrales y Actas Auténticas en Materia Civil y Mercantil, de 28 de mayo de 1969⁽⁴⁰⁾. Específicamente, en los AATS de 20 de julio de 2004⁽⁴¹⁾, de 20 de febrero de 2001⁽⁴²⁾; de 18 de abril de 2000⁽⁴³⁾; de 11 de abril de 2000⁽⁴⁴⁾; de 20 de junio de 2000⁽⁴⁵⁾; de 29 de septiembre de 1998⁽⁴⁶⁾; de 7 de julio de 1998⁽⁴⁷⁾; de 5 de mayo de 1998⁽⁴⁸⁾; de 17 de enero de 1998⁽⁴⁹⁾; de 16 de abril de 1996⁽⁵⁰⁾ o de 1 de junio de 1990⁽⁵¹⁾. En todos ellos se opta por la aplicación del Convenio de Nueva York. A favor de la aplicación del Convenio con Francia tan sólo se encuentra el ATS de 1 de marzo de 1991⁽⁵²⁾.

El mencionado ATS de 20 de julio de 2004 aporta, en este sentido, ciertas claves comunes a todos los Autos citados en relación con estos tres convenios bilaterales:

“El conflicto normativo ha de resolverse, pues, con arreglo al

principio de especialidad, que conlleva la preferencia de la norma supranacional de carácter especial –por su contenido– sobre la general, y conforme al principio de máxima eficacia o de mayor grado de favorecimiento al reconocimiento de las decisiones foráneas, principios uno y otro que desplazan la aplicación del Convenio bilateral en favor del multilateral, cuyas normas tienen como punto de partida la presunción de validez y eficacia tanto del acuerdo de sumisión de las controversias a arbitraje, como del laudo o resolución arbitral que resuelve dichas controversias (confrontar artículo II.1 y III.1 del Convenio de Nueva York), y, como correlato, establecen un desplazamiento de la carga de la prueba hacia la parte frente a la que se quiere hacer valer la eficacia de la resolución arbitral (artículo V.1, en relación con los arts. IV.1 y V.2 del Convenio), configurando un régimen

(40) BOE número 63, de 14 de marzo de 1970.

(41) RJ 2004/5817.

(42) TOL 149507.

(43) RCEA, 2001. p. 266.

(44) Op. cit. nota 31.

(45) RCEA, 2001. p. 271.

(46) Op. cit., nota 31.

(47) RCEA, 1998. p. 246.

(48) Op. cit. nota 31.

(49) Op. cit. nota 31.

(50) RCEA, 1998. p. 201.

(51) La Ley net.

(52) La Ley net. Con anterioridad, constan los AATS de 15 de junio de 1982 (RCEA, 1985. p. 178) y de 11 de junio de 1986 (RCEA, 1987. p. 163), como ejemplos de aplicación del Convenio hispano-francés.

de reconocimiento más favorable que el regulado en la convención bilateral de referencia. Este ha sido el criterio generalmente seguido por la doctrina científica y el adoptado por esta Sala a la hora de resolver el conflicto normativo que ahora se examina en casos anteriores(...)⁽⁵³⁾.

- iv. También, en la práctica, se ha puesto de manifiesto el planteamiento de la opción entre el Convenio de Ginebra de 1961 y el Nueva York de 1958, en concreto, en los AATS de 17 de febrero de 1998⁽⁵⁴⁾ y de 16 de abril de 1996⁽⁵⁵⁾.
- (c) Por último, concluye el artículo 46.2 LA afirmando que la tramitación del exequátur, se “sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”. Esta solución reproduce lo dispuesto en el artículo III del Convenio de Nueva York de 1958 donde expresamente se afirma que: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento

vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes (...)”.

Esta afirmación del artículo 46.2 LA debe ponerse en relación con el mandato del artículo 8.6 de la propia Ley de Arbitraje, que señala que para el exequátur de laudos extranjeros “*será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros*”. En el supuesto de España ello significa, en última instancia, que deberá estarse al mandato de los arts. 951 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC– de 1881⁽⁵⁶⁾ (...) eso sí, atendiendo en cuanto a las causas de denegación del reconocimiento a lo dispuesto en el Convenio de Nueva York y no en los artículos 952, 953 y 954 LEC⁽⁵⁷⁾.

El artículo 46.2 LA exige, pues, en aras a lograr su pleno entendimiento en relación con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, analizar el procedimiento de exequátur previsto en la LEC de 1881 (2) y, posteriormente, la práctica que ha cosechado el Convenio de Nueva York de 1958 ante los tribunales españoles (3).

⁽⁵³⁾ Fdo. de D. 1.

⁽⁵⁴⁾ RCEA, 1998. p. 215.

⁽⁵⁵⁾ *Op. cit.* nota 51.

⁽⁵⁶⁾ Nótese que la LEC de 1881 fue sustituida en su día por la LEC de 2000, tal como señala la Disposición Derogatoria Única de esta última Ley. Sin embargo, la LEC de 2000 deja vigentes diversos preceptos de la antigua LEC de 1881, en concreto, en su numeral 1.3 precisa que “*Los artículos 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, (...) estarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*”.

⁽⁵⁷⁾ Que refieren, respectivamente, a la reciprocidad negativa, a la reciprocidad positiva y al llamado régimen de condiciones. Nótese que el artículo 951 LEC se limita a señalar que, “*Las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos*”.

3.2. El procedimiento previsto en la LEC para el reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros

La remisión que realiza el artículo 46.2 LA al procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil español con vistas al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros supone, en última instancia, una referencia a los ya apuntados artículos 955 y siguientes. En ellos se especifica el órgano ante el que se debe presentar la solicitud de reconocimiento (1) y, seguidamente, el procedimiento seguido al efecto (2).

En tal sentido, el artículo 955 LEC de 1881 precisa que, con independencia de lo que puedan establecer los tratados y otras normas internacionales que vinculen a España, “la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos”.

La solución recogida en el precepto supone una modificación drástica con re-

lación a lo que históricamente señalaba el artículo 955 LEC de 1881, en el que se atribuía competencia a la Sala Civil del Tribunal Supremo. La reforma de este artículo 955 LEC de 1881, operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁽⁵⁸⁾, si bien ha permitido una mayor rapidez en el reconocimiento de los laudos, al atribuir la competencia a los Juzgados de Primera Instancia⁽⁵⁹⁾, ha llevado aparejada, como elemento negativo, una muy difícil verificación de cual sea la práctica española en relación con el reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Ello se percibe plenamente en el presente estudio.

Las partes, cumpliendo con lo prevenido en el artículo IV del Convenio de Nueva York deberán aportar el original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de dicho original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, amén del original del convenio arbitral o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, correspondiendo al competente tribunal “*el examen de oficio*”⁽⁶⁰⁾ del cumplimiento por el solicitante de exequátur de tal aportación. Algo que, como pone de manifiesto la práctica española, no siempre ocurre y respecto de cuyo cumplimiento el TS, siguiendo la doctrina del Tribunal

⁽⁵⁸⁾ BOE número 313, de 31 de diciembre de 2003.

⁽⁵⁹⁾ Nótese la existencia de un desacompasamiento entre lo dispuesto en el artículo 955 LEC de 1881 y lo señalado en la Exposición de Motivos de la LA, en la que se afirma con claridad que “*Para el exequátur de laudos extranjeros se atribuye competencia a las Audiencias Provinciales, en vez de –como hasta ahora– a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con la finalidad de descargar a ésta y ganar celeridad*”. (Cdo. II), algo sobre lo que la LA guarda silencio y que, como hemos señalado, se resuelve de forma distinta en la LEC de 1881.

⁽⁶⁰⁾ ATS de 1 de abril de 2003, JUR 2003/118425, Fdo. de D. 4.

Constitucional español, mantiene una posición especialmente flexible buscando, en todo momento asegurar la satisfacción del derecho a la justicia.

El ATS de 1 de abril de 2003⁽⁶¹⁾ es muy significativo en tal sentido. En el mismo, y tras entender el Alto Tribunal que no podían considerarse cabalmente cumplidas las exigencias de autenticidad de los documentos previstos en el artículo IV. a) y b) del Convenio de Nueva York señala que:

“No obstante lo expuesto y si bien la anterior conclusión habría de matizarse a la vista de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional relativa al derecho de acceso a los recursos, pero perfectamente aplicable al procedimiento de exequátur, y según la cual, el acuerdo judicial de inadmisión de un recurso judicial no debe resultar de una interpretación rigorista y formalista de las condiciones de admisibilidad de los escritos a él dirigidos, haciendo de la inadmisión un remedio de sanción impuesta por el órgano judicial a los errores que pueda cometer la parte al dar forma o al presentar sus pretensiones; si es que los errores son tales, y no son el fruto de la pasividad, negligencia o contumacia de los recurrentes (STC 213/1990), habiéndose declarado igualmente que la plena efectividad del derecho a la

tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (artículo 24.1 CE) impide que el órgano judicial clausure el acceso a dicha tutela por defectos que pudieron ser subsanables, y que el órgano judicial, siquiera en uso de la genérica facultad que a tal fin le confiere el artículo 11.3 LOPJ (SSTC 174/1984, 21/1990, 133/1991, 126/1993; ATC 21/1995), pudo y debió subsanar, llevaría a que por esta Sala se otorgara plazo para la subsanación de los defectos observados en relación con el cumplimiento del presupuesto referido a la aportación con la demanda tanto del original o copia autenticada –legalizada o apostillada– de la resolución arbitral, acompañado de la correspondiente traducción jurada o certificada al idioma oficial del país donde se invoca la sentencia, como del original o copia autenticada –legalizada o apostillada– del acuerdo sumisorio descrito en el artículo II, acompañado de la correspondiente traducción jurada o certificada al idioma oficial del país donde se invoca la sentencia(...)”⁽⁶²⁾.

Con respecto al concreto procedimiento diseñado, el artículo 956 LEC precisa que tras la traducción del laudo extranjero hecho con arreglo a derecho –esto es, atendiendo al mandato del artículo 144 LEC de 2000–, y después de oír⁽⁶³⁾ por término de nueve días a la parte contra

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*, En el mismo sentido, nótese ATS de 26 de octubre de 2004 (JUR 2004/307519).

⁽⁶²⁾ Fdo. de D. 3.

⁽⁶³⁾ El artículo 957 precisa en relación con ello que para la citación de la parte a quien deba oírse según el artículo 956 LEC, se libraré certificación a la Audiencia Provincial en cuyo territorio se encuentre domiciliada. El término para comparecer se fija en el precepto en 30 días. Pasado dicho término, el Juzgado proseguirá en el conocimiento de los autos, con independencia de que haya comparecido o no el citado.

quien se dirige el laudo y al Ministerio Fiscal, el tribunal declarará si debe darse o no cumplimiento a dicho laudo, esto es, si otorga el exequátur o no. Los AATS de 3 de febrero de 2004⁽⁶⁴⁾, de 7 de octubre de 2003⁽⁶⁵⁾ y de 4 de marzo de 2003⁽⁶⁶⁾ son muy representativos de la filosofía y proceder del sistema diseñado:

Así, en relación con el propio régimen jurídico del exequátur previsto en la LEC de 1881, el ATS de 3 de febrero de 2004 precisa que:

“(...) el ordenamiento jurídico español contempla un procedimiento de ejecución de sentencias judiciales extranjeras en los artículos 955 a 958 de la LEC de 1881, conjunto normativo que ha de entenderse aplicable al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en atención a la remisión contenida en el artículo III del Convenio de Nueva York y a falta en éste de un propio procedimiento de reconocimiento y ejecución. El procedimiento contemplado en los preceptos citados es escrito y se inicia mediante la solicitud por el interesado del reconocimiento y ejecución de la decisión extranjera. El solicitante debe aportar junto con su solicitud los documentos a que se refiere el artículo IV.1 del Convenio de Nueva York. Una vez admitida la demanda, ha de ser citado y emplazado el demandado y, una vez personado, oído (artículo 956 LEC de 1881). El deman-

dado goza de un plazo de treinta días para comparecer (artículo 957. pf 2º), y comparecido dispondrá de un término de nueve días hábiles, a partir de la fecha de personación, para contestar a la solicitud formulada, plazo en el que tendrá, a fin de oponerse en forma si lo estima conveniente, acceso a la totalidad de la documentación presentada, de tal forma que, personado el demandado en el procedimiento, ha de solicitar el examen de los autos en la Secretaría a fin de formalizar, en el plazo de nueve días, su escrito de oposición, no pudiendo perderse de vista la posibilidad de personación sin formalizar escrito de oposición alguno, bien aquietándose a la solicitud formulada, bien coadyuvando a su prosperabilidad, bien no realizando manifestación alguna”⁽⁶⁷⁾.

Con respecto a la distribución de cargas que recoge el Convenio de Nueva York de 1958 y su incardinación en el procedimiento de exequátur recogido en la normativa procesal de 1881, añade el ATS de 7 de octubre de 2003 que:

“la distribución que el Convenio de Nueva York hace entre las partes de la carga de acreditar la concurrencia de los presupuestos del reconocimiento o de la falta de ellos, determina, en obligada integración de las normas que regulan los trámites de este procedimiento homologador ajustándolas a las dictados de las

⁽⁶⁴⁾ RJ 2004/3112.

⁽⁶⁵⁾ JUR 2003/261577.

⁽⁶⁶⁾ Op. cit., nota 34.

⁽⁶⁷⁾ Op. cit., Fdo. de D. 3.

exigencias constitucionales, la habilitación de un trámite para que la parte promovente del exequátur, que únicamente ha de probar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo IV del Convenio, así como, en su caso, de los presupuestos atinentes al fondo de la pretensión que se contemplan en el artículo V. 2 de la misma norma supranacional, pueda alegar y probar lo que estime conveniente frente a las causas de denegación del reconocimiento comprendidas en el apartado primero de dicho artículo que haya opuesto la parte frente a la que se pretende hacer valer la eficacia del laudo extranjero”⁽⁶⁸⁾.

Y, por último, en referencia con el significado de la expresión “oír” previsto en el artículo 956 y su desarrollo en el artículo 957⁽⁶⁹⁾ LEC de 1881, el ATS de 4 de marzo de 2003 afirma que:

“Previamente a analizar las causas de oposición que esgrime la mercantil frente a la que se pretende el exequátur del laudo arbitral se debe precisar que el sistema de alegación y la correspondiente distribución de la carga de la prueba que establece el Convenio de Nueva York, por un lado, y el respeto al principio de contradicción y de igualdad de armas en el proceso que forman parte de las garantías procesales constitucionalmente consagradas, por otro, determinan la necesidad de dar traslado a la parte que solicita el reconoci-

miento, sobre la que pesa únicamente, y en principio, la carga de alegar y acreditar la concurrencia de los presupuestos de homologación que se establecen en el artículo IV, en relación con el artículo II, del Convenio, de las causas de oposición al exequátur que ha opuesto la parte frente a la que se quiere hacer valer la homologación, de forma que pueda contradecirlas y acreditar aquellos extremos que sirven para desvirtuarlas; pero con ello no se abre un sucesivo, recíproco e inagotable trámite de alegaciones y de prueba entre las partes, sino que en los actos procesales que se han expuesto precluyen las oportunidades de defensa de una y otra. No le cabe, por ello, a la parte que se opone al exequátur aprovechar el cumplimiento del requerimiento que le fue dirigido por esta Sala a fin de que aportase la correspondiente traducción de aquellos documentos que habían de servir a las alegaciones de defensa expuestas al evacuar el trámite previsto en el artículo 956 de la LECiv/1881, para añadir nuevas alegaciones y presentar nuevos documentos a la vista de los términos del escrito mediante el que la solicitante contestaba a las primeramente formuladas por aquella y, a la vista de la documentación que acompañaba a dicho escrito. Tales alegaciones y documentos novedosos no deben ser tenidos en cuenta, por lo tanto, para

⁽⁶⁸⁾ Op. cit. nota 66, Fdo. de D. 3.

⁽⁶⁹⁾ Ver nota 64.

resolver sobre la presente pretensión de reconocimiento”(70).

La decisión alcanzada en relación con la concesión o no del exequátur solicitado no es susceptible de recurso.

Caso de concederse la ejecución, esta se llevará a cabo por el propio Juzgado de Primera Instancia. En el supuesto de denegación, y tal como precisa el artículo 958 LEC de 1881, “*se devolverá la ejecutoria al que la haya presentado*”.

3.3. La práctica del Convenio de Nueva York de 1958 en España

A. Introducción

El artículo 46.2 de la Ley Española de Arbitraje de 2003 viene, en definitiva, a clarificar en el ámbito legislativo, algo que ya estaba claro en el plano jurisprudencial: esto es, que el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros se realiza, en España, atendiendo a lo previsto en el Convenio de Nueva York de 1958, que goza en nuestro país de aplicación universal.

La remisión expresa realizada, ahora, por la Ley 60/2003 al Convenio de Nueva York de 1958 requiere –eso sí– aproximar la aplicación que ha tenido el texto convencional en España, con vistas a valorar el presente y el –previsible– futuro del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en nuestro país.

El Convenio de Nueva York de 1958 incorpora un modelo de homologación de

laudos arbitrales extranjeros muy conocido y profundamente favorable al reconocimiento de los mismos. En él, la parte que solicita el reconocimiento y la ejecución tan sólo debe aportar los documentos recogidos en el artículo IV –laudo arbitral y convenio arbitral–, siendo la parte que se opone al mismo la que se vea forzada a probar la existencia de alguna de las causas de rechazo del reconocimiento o la ejecución. En tal sentido afirma taxativamente que, “Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, 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 (...)”⁽⁷¹⁾.

Causas, por otra parte, recogidas en el artículo V con carácter cerrado: cinco motivos alegables exclusivamente a instancia de parte –referidos a tres ámbitos claramente diferenciados: el convenio arbitral (artículo V.1.a), el procedimiento arbitral (artículo V.1.b y d) y el laudo arbitral (artículo V.1.c y e)–, y dos causas estimables de oficio por la “autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución” –inarbitrabilidad de la disputa (artículo V.2.a), y contrariedad del laudo extranjero con el orden público internacional (artículo V.2.b)–.

Este modelo, sin embargo, es objeto de interpretación por órganos jurisdiccionales de Estados diversos, generándose una práctica que, aunque cuenta con una cierta uniformidad en las diversas naciones parte en el Convenio, muestra ciertas peculiaridades de país a país. Algunas de ellas muy definidas en el caso de España.

⁽⁷⁰⁾ Op. cit. nota 34, Fdo. de D. 3.

⁽⁷¹⁾ Artículo V.1.

B. Análisis de la práctica española

La práctica española del Convenio ha gozado de una amplia fluidez⁽⁷²⁾ desde el momento en que el TS, en su Auto de 11 de febrero de 1981⁽⁷³⁾, procedió a aplicar por primera vez el Convenio de Nueva York, vigente en nuestro país desde cuatro años antes, quebrando de esta suerte la posición contraria a la aplicabilidad del texto convencional en España con base en la Ley de Arbitraje Privado de 1953⁽⁷⁴⁾. A partir de esa fecha la aplicación del texto neoyorquino ha sido generalizada, y a través del mismo, se ha procedido a otorgar el exequátur a una gran parte de los laudos arbitrales cuyo reconocimiento y ejecución ha sido solicitado en España.

C. Causas alegables a instancia de parte

a) Causas relativas al convenio arbitral

El apartado a) del artículo V.1 del Convenio de Nueva York especifica unas causas de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero vinculados con la existencia y validez del acuerdo arbitral:

“Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo 2 estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la Ley que le 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 indi-

cado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia”.

En concreto, el precepto precisa dos posibles motivos de invalidez del mismo:

- 1) En primer lugar, puede acontecer que una o ambas partes en el convenio arbitral estén sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable y que, por lo tanto, el acuerdo concluido no lo haya sido válidamente. El Convenio de Nueva York aproxima la problemática de la incapacidad en términos conflictuales, no materiales. Sin embargo, mantiene silencio en relación con cual sea la ley reguladora de la capacidad de las partes, lo que motiva el estar a las normas de Derecho Internacional Privado del país en que se quiera reconocer y ejecutar el laudo. Lógicamente, en el caso de España, habrán de considerarse los artículos 9.1 Cc, en el supuesto de personas físicas, y 9.10, en el caso de personas jurídicas.

La práctica española refleja una muy escasa alegación lineal de este motivo como causa de denegación del exequátur de un laudo arbitral extranjero. Un ejemplo aislado de ello se encuentra en el ATS de 17 de enero de 1998⁽⁷⁵⁾.

Generalmente, y ello también en número muy reducido, la causa se re-

⁽⁷²⁾ Con carácter general, ver ARTUCH IRIBERRI, E. *Nota al ATS de 11 de abril de 2000*. RCEA, 2000-2001. pp. 261 y 262

⁽⁷³⁾ Col.Leg.Jur.Civ., 1981. Número 50.

⁽⁷⁴⁾ Por todos. ESPLUGUES MOTA, Carlos. *Reflexiones (...), artículo*. Op. cit. pp. 144 - 145.

⁽⁷⁵⁾ Op. cit. nota 31.

conduce a la falta de legitimación activa o pasiva de las partes. Una cuestión, ésta, vinculada generalmente al fondo del litigio, y que suscita el problema de su valoración en un procedimiento meramente homologador como es el de exequátur. Ejemplo de esta aparente falta de legitimación activa, es el supuesto resuelto en el ATS de 14 de enero de 2003⁽⁷⁶⁾. Por su parte, un supuesto interesante de alegación de la falta de legitimación pasiva se encuentra en el ATS de 24 de noviembre de 1998⁽⁷⁷⁾. En un sentido similar se pronuncia, igualmente, el ATS de 28 de octubre de 1994⁽⁷⁸⁾.

- 2) En segundo lugar, el precepto prevé la posibilidad de que el convenio arbitral sea inválido de acuerdo con la ley reguladora del mismo. Esto es, atendiendo a la ley a que las partes hayan decidido someterlo, o, si nada se ha indicado al respecto, en virtud

de la ley del país en el que se haya dictado la sentencia arbitral.

A diferencia de lo que ocurre con el motivo anterior, la realidad refleja que la causa relativa a la existencia y validez del convenio arbitral se presenta como una de las más alegadas en la jurisprudencia española en relación con el Convenio de Nueva York. Así, cabe mencionar los AATS de 14 de octubre de 2003⁽⁷⁹⁾, de 7 de octubre de 2003⁽⁸⁰⁾; de 14 de enero de 2003⁽⁸¹⁾; de 26 de febrero de 2002⁽⁸²⁾; de 13 de noviembre de 2001⁽⁸³⁾; de 13 de marzo de 2001⁽⁸⁴⁾; de 20 de febrero de 2001⁽⁸⁵⁾; de 28 de noviembre de 2000⁽⁸⁶⁾; de 31 de julio de 2000⁽⁸⁷⁾; de 11 de abril de 2000⁽⁸⁸⁾; de 28 de marzo de 2000⁽⁸⁹⁾; de 8 de febrero de 2000⁽⁹⁰⁾; de 18 de abril de 2000⁽⁹¹⁾; de 24 de noviembre de 1998⁽⁹²⁾; de 29 de septiembre de 1998⁽⁹³⁾; de 14 de julio de 1998⁽⁹⁴⁾;

⁽⁷⁶⁾ TOL 268796.

⁽⁷⁷⁾ RCEA, 1999. pp. 307 y siguientes.

⁽⁷⁸⁾ *La Ley net*.

⁽⁷⁹⁾ JUR 2003/261670.

⁽⁸⁰⁾ *Op. cit.* nota 66.

⁽⁸¹⁾ *Op. cit.* nota 77.

⁽⁸²⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽⁸³⁾ *Op. cit.* nota 38.

⁽⁸⁴⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽⁸⁵⁾ *Op. cit.* nota 43.

⁽⁸⁶⁾ AEDIPr, 2002. p. 322.

⁽⁸⁷⁾ RCEA, 2000-2001. p. 278.

⁽⁸⁸⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽⁸⁹⁾ RCEA, 2000-2001. p. 253.

⁽⁹⁰⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽⁹¹⁾ *Op. cit.* nota 44.

⁽⁹²⁾ *Op. cit.* nota 78.

⁽⁹³⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽⁹⁴⁾ RCEA, 1999. p. 287.

de 7 de julio de 1998⁽⁹⁵⁾; de 26 de mayo de 1998⁽⁹⁶⁾; de 5 de mayo de 1998⁽⁹⁷⁾; de 18 de febrero de 1998⁽⁹⁸⁾; de 17 de febrero de 1998⁽⁹⁹⁾; de 17 de enero de 1998⁽¹⁰⁰⁾; de 19 de noviembre de 1996⁽¹⁰¹⁾ o de 28 de octubre de 1994⁽¹⁰²⁾.

La práctica española del Convenio, coherentemente con la filosofía que subyace en el propio texto convencional, pone de manifiesto una actitud tendente a considerar como válido el convenio arbitral, salvo que la parte opuesta al exequátur demuestre lo contrario⁽¹⁰³⁾. En esta línea, la aparente inexistencia del convenio arbitral se vincula a la idea de ausencia de una clara voluntad de las partes de someter sus disputas a arbitraje. El Tribunal Supremo es especialmente claro en tal sentido:

“En la aplicación de dicho precepto, y con el fin de verificar la concurrencia del requisito impuesto al actor de aportar, junto con la demanda, el original o copia auténtica del acuerdo a que se refiere el artículo II del Convenio, interpretado, en su caso, a la luz del artículo 1.2 del Convenio de Ginebra de 21 de abril

de 1961, de arbitraje comercial internacional, esta Sala ha orientado su esfuerzo hacia la búsqueda de la efectiva voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la indicada cláusula de compromiso o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte de la relación negocial”⁽¹⁰⁴⁾.

Hasta el punto de llegar a considerar que la ausencia de un convenio arbitral puede colmarse a través de la conducta posterior de las partes, a través de un sometimiento tácito al arbitraje. El ATS de 4 de marzo de 2003⁽¹⁰⁵⁾ es paradigmático al respecto:

“Pues bien, analizando la documentación referida habría de concluirse la imposibilidad de sostener que en el ánimo de las partes se encontraba la decidida e incontestable voluntad de incluir en los términos del contrato la cláusula sumisoria contenida en las Reglas Fosfa 11 y a la que se remitía la confirmación de fecha 22 de enero de 1999, por más

⁽⁹⁵⁾ *Op. cit.* nota 48.

⁽⁹⁶⁾ RCEA, 1998. p. 233.

⁽⁹⁷⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽⁹⁸⁾ RCEA, 1999. p. 181.

⁽⁹⁹⁾ *Op. cit.* nota 55.

⁽¹⁰⁰⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁰¹⁾ RCEA, 1997. p. 237.

⁽¹⁰²⁾ *Op. cit.* nota 79.

⁽¹⁰³⁾ ARTUCH IRIBERRI, E. *Nota al ATS de 11 de abril de 2000, artículo Op. cit.* pp. 262 y 263.

⁽¹⁰⁴⁾ ATS de 29 de abril de 2003, JUR 2003/132244, Fdo. de D. 4.

⁽¹⁰⁵⁾ *Op. cit.* nota 34. En el mismo sentido se manifiestan los AATS de 7 de octubre de 2003. *Op. cit.* nota 66; de 21 de marzo de 2000 (RJ 2000/2966) o de 1 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10541).

que de la misma pudiera entenderse acreditada la existencia de relaciones comerciales previas entre las partes. Sin embargo, y a efectos de verificación del cumplimiento del requisito examinado, no resulta posible desconocer el comportamiento seguido por la sociedad oponente en el curso del procedimiento arbitral al comparecer ante el órgano arbitral, no sólo no oponiéndose a la competencia del Tribunal Arbitral, sino discutiendo el fondo de la cuestión planteada y formulando reconvencción, debiendo concluirse de dichos actos el conocimiento y aceptación de la sumisión a arbitraje. Lo expuesto ha de servir para concluir que la mercantil demandada mostró su inequívoca voluntad de someterse al juicio arbitral en la resolución de las controversias derivadas de la relación jurídica que vinculaba a las partes, debiendo precisarse, en línea con la doctrina de esta Sala que, en relación con la exigencia de aportación del acuerdo por escrito que contenga la cláusula compromisoria según impone el repetido artículo IV

del Convenio de Nueva York, la “ratio” del precepto no ha de ser otra que la de ofrecer al Tribunal del exequátur la constancia del concierto entre las partes de acudir a la vía arbitral para solventar sus disputas en el seno de un determinado contrato, constancia que excede lo puramente formal y puede venir dada por diversas vías, siendo una de ellas, sin lugar a dudas, la propia conducta en el procedimiento de origen de las partes, acto propio que ha de causar estado en este de homologación”⁽¹⁰⁶⁾.

La posición mantenida por el TS conduce a que deba realizarse, en suma, una valoración meramente fáctica de la existencia o de la inexistencia de una efectiva voluntad de resolver los litigios mediante arbitraje —“deduciendo de forma indubitada que la voluntad de los contratantes fue incluir en el contenido del negocio que celebraban el compromiso de someter los litigios que surgieran en su aplicación al juicio de determinados árbitros”⁽¹⁰⁷⁾—, sin tomar en consideración —con alguna mínima excepción⁽¹⁰⁸⁾— cuestión alguna de

⁽¹⁰⁶⁾ Fdo. de D. 1.

⁽¹⁰⁷⁾ ATS de 1 de abril de 2003 (*Op. cit.* nota 61), Fdo. de D. 3.

⁽¹⁰⁸⁾ En tal sentido, y de forma excepcional, existe una referencia a la ley aplicable al convenio arbitral en el ATS de 29 de abril de 2003 (*Op. cit.*, nota 105), en el que se se señala expresamente que: “Tampoco desde las específicas causas de oposición que contempla el señalado artículo V del Convenio puede la mercantil demandada enervar la acción que ejercita la actora. En primer lugar porque, atendiendo a lo dispuesto en el apartado primero, letra a) de dicho precepto —que, si bien no es citado de forma expresa por aquélla, de sus argumentos de defensa se infiere la invocación implícita de la causa de denegación al exequátur que encierra—, no se ha logrado acreditar que, según la ley a la que se hubiesen sometido las partes o, en su defecto, la ley del lugar donde se hubiese dictado el laudo —que en ningún caso es la española—, la cláusula arbitral deba reputarse nula o, en general, ineficaz; como tampoco se ha probado que, conforme a la ley que deba regir el convenio arbitral, y dada su autonomía respecto del negocio jurídico en que se inserta, los efectos de la representación que ostentaba la mercantil “Capelle Chartering & Trading, B.V.” por virtud del contrato de management no alcanzasen a dicha convención, ni que los propios de la relación jurídica entre aquélla y la actora resultaban inoponibles frente a terceros, según la ley que regía esta relación”. (Fdo. de D. 6). Afirmación que debe matizarse dado que, como ha quedado señalado con anterioridad, el TS procedió previamente a verificar la existencia de una auténtica voluntad de las partes de someter su disputa a arbitraje.

derecho aplicable al convenio⁽¹⁰⁹⁾. El ATS de 20 de febrero de 2001 es, entre otros, especialmente significativo en este sentido.

“4.- La mercantil oponente sostiene que el documento número 025/95, de fecha 30 de agosto de 1.995 –que no reconoce–, constituye un documento unilateral confeccionado y suscrito exclusivamente por la parte actora y por su corredor o intermediario, que, además, no recoge el contenido de los acuerdos. Ciertamente, dicho documento contiene una confirmación de venta confeccionada por el gabinete Letta/Biznoli –mediadores o intermediarios en la operación mercantil– que aparece firmada por la parte compradora, además de por los representantes de la sociedad de corretaje. En dicha confirmación de venta, entre otras condiciones específicas relativas a las características de las mercancías, calidad, entrega, precio, forma de pago y garantías, se contenía una referencia expresa a las condiciones generales del Formulario de París número 13.FOB, y una también expresa indicación al arbitraje en París. Dicha sumisión a arbitraje constituye, por demás, el objeto de la condición número XX del Formulario, que recoge una cláusula compromisoria de arbitraje en la Cámara Arbitral de París con arreglo a su Reglamento, que en la redacción del modelo del formulario las partes declaran conocer y aceptar.

Evidentemente dicho documento por sí solo no satisface el requisito exigido por el artículo IV-1, b) del Con-

venio de Nueva York en relación con su artículo II, en la interpretación que ha merecido de esta Sala: de él no se infiere la concorde voluntad de las partes de someter las disputas sobre la eficacia y el contenido del negocio jurídico concertado entre ellas a juicio de árbitros. Ahora bien, no se puede desconocer que en los hechos del laudo por reconocer se hace referencia a un posterior acuerdo escrito entre las partes, de fecha 30 de octubre de 1.995, celebrado para llevar a pleno efecto el contenido del contrato inicial, y a cuyo objeto se remitía al indicar expresamente “Objet: contrat réf. 025/95, du 30.08.95”. Este último acuerdo no ha sido aportado al procedimiento por ninguna de las partes, y sólo aparece referido como cierto en los hechos de la decisión arbitral. Sin embargo, ha de tenerse como tal en esta sede, pues la parte oponente no niega su existencia ni la remisión que hace al contrato celebrado el 30 de agosto bajo el número 025/95, ni, en fin, que hubiera sido firmado y reconocido por ambas partes. Tan solo afirma, a la vista de él, que pese a esa referencia sobre su objeto no contenía ninguna mención a arbitraje, ni siquiera al Formulario número 13 de París, FOB Maritime.

Así las cosas, desde la perspectiva del presupuesto formal del reconocimiento que impone el citado artículo IV-1, b) del Convenio, se puede afirmar cabalmente que se le ha dado debido cumplimiento. El demandado no niega que sus relaciones

(109) ARTUCH IRIBERRI, E. Nota al ATS de 11 de abril de 2000, artículo. Op. cit. p. 263.

con la actora respondieran a un contrato celebrado el 30 de agosto de 1995 con el número 025/95, como tampoco niega que ese contrato fuese completado, acaso novado, por otro acuerdo posterior dirigido a llevar a término el contenido obligacional que le era propio. Se advierte que el número del contrato –025/95– responde a la numeración que aparece en la confirmación de venta obrante en autos, la misma que contiene la referencia al arbitraje en París y la remisión en bloque al artículo del Formulario 13 de París FOB Maritime, en cuya estipulación XIX figura la cláusula compromisoria.

La conjunción del contrato de 30 de agosto con el posterior acuerdo de 30 de octubre, el contenido de ambos, y especialmente la posición que la oponente adopta respecto de este último, así como la disponibilidad de los medios de prueba, permite, pues apreciar, la existencia de la concorde voluntad de las partes de someter las incidencias del contrato que les vinculaba a la Corte arbitral; pues si es usual en el comercio internacional, y más en la compra-venta internacional de mercaderías, actuar a través de mediadores, corredores o intermediarios que, una vez convenidas las condiciones del contrato, facilitan a los intervinientes las correspondientes confirmaciones de compra y venta, también es usual que en ellas se haga una remisión genérica y de forma residual a las condiciones generales de contratación establecidas en formularios, pólizas o contratos tipo,

cuyo contenido es de conocimiento general o accesible para las partes. A lo que se añade aquí que la parte oponente no ha acreditado, pudiendo hacerlo, que las condiciones bajo las que se celebró el contrato eran diversas y diferentes a las recogidas en la citada confirmación, y que, consecuentemente, entre ellas no figuraba sumisión alguna a arbitraje; como tampoco hay constancia, frente a la pacífica y admitida referencia que en el posterior acuerdo se hace al contrato de 30 de agosto, que éste tuviese un contenido diferente al que figura en el repetido documento, o que como consecuencia de este último convenio se hubiese vaciado el contenido negocial de tal forma que en este nuevo contenido no se incluyese cláusula alguna de sumisión a arbitraje; todo ello, debe insistirse, estando de la mano de la oponente acreditar tales extremos”⁽¹¹⁰⁾.

b) Causas relativas al desarrollo del procedimiento arbitral

Las causas referentes al normal desarrollo del procedimiento arbitral vienen recogidas en las letras b) y d) del artículo V.1 del Convenio de Nueva York que respectivamente señalan:

“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;”

⁽¹¹⁰⁾ Op. cit. nota 43.

y

“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;*”

A diferencia de lo que ocurre en el artículo V.1.a), redactado en términos conflictuales, en este caso la respuesta aportada por el Convenio posee un marcado carácter sustantivo.

Tanto la letra b) como la d) del Artículo V.1 asumen como punto de partida del arbitraje la autonomía de la voluntad de las partes y el carácter subsidiario de los derechos nacionales.

i. - Artículo V.1. letra b)

El primero de los dos artículos mencionados, el artículo V.1. letra b), incorpora tres motivos vinculados a la idea de “debido proceso”. Las causas señaladas se entiende que afectan *per se* al desarrollo del procedimiento arbitral y al resultado último del mismo. No es necesario, pues, aportar una prueba efectiva del po-

sible daño sufrido, bastando con verificar su efectiva presencia. Estos tres motivos de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero recogidos en el mismo son:

- 1) En primer lugar, se señala que la parte contra la que se invoca la sentencia arbitral no fue debidamente notificada de la designación del árbitro. Un motivo, éste, muy inhabitualmente alegado. Cabe mencionar en relación con el mismo el ATS de 13 de marzo de 2001⁽¹¹¹⁾, como único ejemplo de alegación.
- 2) En segundo lugar, el artículo V.1.b) del Convenio de Nueva York apunta como motivo de denegación que la parte contra la que se invoca el arbitraje no fuera debidamente informada del procedimiento arbitral.

En contraste con el motivo anterior, ésta aparece como una de las causas más recurrentemente alegadas ante los tribunales de España: cabe así citar, los AATS de 13 de noviembre de 2002⁽¹¹²⁾; de 13 de marzo de 2001⁽¹¹³⁾; de 28 de noviembre de 2000⁽¹¹⁴⁾; de 31 de julio de 2000⁽¹¹⁵⁾; de 18 de abril de 2000⁽¹¹⁶⁾; de 11 de abril de 2000⁽¹¹⁷⁾; de 1 de febrero de 2000⁽¹¹⁸⁾; de 16 de noviembre de

⁽¹¹¹⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹¹²⁾ *RCEA*, 2002. p. 257.

⁽¹¹³⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹¹⁴⁾ *Op. cit.* nota 87.

⁽¹¹⁵⁾ *Op. cit.* nota 88.

⁽¹¹⁶⁾ *Op. cit.* nota 44.

⁽¹¹⁷⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹¹⁸⁾ *Op. cit.* nota 31.

1999⁽¹¹⁹⁾; de 29 de septiembre de 1998⁽¹²⁰⁾ o de 9 de junio de 1998⁽¹²¹⁾.

En tal sentido, un análisis más en profundidad de la jurisprudencia generada al amparo del precepto permite verificar como por las partes se afirma que:

- (a) En primer lugar, que tal falta de notificación durante el desarrollo del arbitraje se conecta con la ausencia de comunicación del procedimiento arbitral, que impide a la parte participar y defenderse en el mismo. Tales alegaciones se manifiestan en los AATS de 7 de octubre de 2003⁽¹²²⁾, de 11 de abril de 2000⁽¹²³⁾; de 1 de febrero de 2000⁽¹²⁴⁾, de 16 de noviembre de 1999⁽¹²⁵⁾ o de 9 de junio de 1998⁽¹²⁶⁾.
- (b) En segundo lugar se alega por las partes que la falta de notificación durante el desarrollo del procedimiento arbitral le conduce a no poder presentar la contestación a la demanda –ATS de 31 de julio

de 2000⁽¹²⁷⁾–, o el escrito de conclusiones –ATS de 18 de abril de 2000⁽¹²⁸⁾– o, sin más, a realizar unas determinadas pruebas –ATS de 29 de septiembre de 1998⁽¹²⁹⁾–.

- (c) Igualmente, se alega por las partes que el hecho de haberse realizado la notificación de todas las diligencias relativas al procedimiento arbitral en idioma extranjero –ATS de 28 de noviembre de 2000⁽¹³⁰⁾– impide ejercitar su derecho de defensa.

A pesar de su amplia utilización, resulta sintomático que, generalmente, –en línea con lo que ocurre en el plano comparado– la causa obtenga un alto grado de rechazo⁽¹³¹⁾, al verificarse que la imposibilidad de comunicación fue motivada en muchos casos por la propia parte condenada, al –por ejemplo– ausentarse voluntariamente de su domicilio: así, por ejemplo, en el ATS de 18 de abril de 2000⁽¹³²⁾. En otros supuestos, este rechazo viene motivado por la veri-

⁽¹¹⁹⁾ RCEA, 2000-2001. p. 243.

⁽¹²⁰⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹²¹⁾ RCEA, 1998. p. 237.

⁽¹²²⁾ *Op. cit.* nota 66.

⁽¹²³⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹²⁴⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹²⁵⁾ *Op. cit.* nota 120.

⁽¹²⁶⁾ *Op. cit.* nota 122.

⁽¹²⁷⁾ *Op. cit.* nota 88.

⁽¹²⁸⁾ *Op. cit.* nota 44.

⁽¹²⁹⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹³⁰⁾ *Op. cit.* nota 87.

⁽¹³¹⁾ En línea, por otra parte, con lo que ocurre en el plano comparado, al respecto, GAILLARD, E. y SAVAGE. *Fouchard (...)*. *Op. cit.* p. 987.

⁽¹³²⁾ *Op. cit.* nota 44.

ficación de la falsedad de las alegaciones realizadas dado que en todo momento tuvo conocimiento del desarrollo del procedimiento arbitral –a modo de ejemplo, y entre otros, en el ATS de 11 de abril de 2000⁽¹³³⁾–, o, sin más, por la imposibilidad de ir contra los propios actos –tal como ocurre en el ATS de 29 de septiembre de 1998⁽¹³⁴⁾–.

- 3) Por último, el artículo V.1.b) señala como tercer motivo para denegar el exequátur del laudo extranjero que la parte contra la que se invoca el laudo no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer su derecho de defensa a lo largo del procedimiento arbitral. Se trata de una causa que presenta un carácter residual respecto de las otras dos, en la que cabrían todos aquellos motivos relacionados con el desarrollo del procedimiento arbitral que no estén cubiertos por los otros dos, ha sido vinculada en alguna ocasión a la rebeldía; ello ocurre, por ejemplo, en el ATS de 19 de noviembre de 1996⁽¹³⁵⁾.

ii.- Artículo V.1. letra d)

Por su parte, el artículo V.1.d) del Convenio de Nueva York también refie-

re a ciertos extremos del desarrollo del procedimiento arbitral. En concreto, el precepto menciona como causas de denegación del reconocimiento solicitado:

- 1) La inadecuación del nombramiento de los árbitros a lo dispuesto en el acuerdo celebrado –directa o indirectamente– entre las partes. O, en defecto de tal acuerdo, su falta de sujeción a lo dispuesto en la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje –ya haya sido éste elegido por las partes, por la institución arbitral o por los propios árbitros–.

Es ésta una condición que ha sido planteada en diversas ocasiones tendiendo generalmente a ser rechazada: tal es el caso de los AATS de 14 de octubre de 2003⁽¹³⁶⁾, de 28 de noviembre de 2000⁽¹³⁷⁾; de 31 de julio de 2000⁽¹³⁸⁾; de 11 de abril de 2000⁽¹³⁹⁾; de 4 de marzo de 1997⁽¹⁴⁰⁾ y de 22 de septiembre de 1994⁽¹⁴¹⁾. En línea –por otra parte– con la posición mantenida en el plano comparado⁽¹⁴²⁾.

- 2) En segundo lugar, el artículo V.1.d) refiere como causa de denegación del reconocimiento a la inadecuación del procedimiento arbitral a lo dispuesto en el acuerdo celebrado –directa

⁽¹³³⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹³⁴⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹³⁵⁾ *Op. cit.* nota 102.

⁽¹³⁶⁾ *Op. cit.* nota 80.

⁽¹³⁷⁾ *Op. cit.* nota 87.

⁽¹³⁸⁾ *Op. cit.* nota 88.

⁽¹³⁹⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁴⁰⁾ RCEA, 1997. p. 272.

⁽¹⁴¹⁾ RCEA, 1994. p. 311.

⁽¹⁴²⁾ DE MIGUEL ASENSIO, P. *Nota al ATS de 22 de septiembre de 1994*. RCEA, 1994. pp. 315 y 316.

o indirectamente— entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, a lo señalado en la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje —ya haya sido éste elegido por las partes, por la institución arbitral o por los propios árbitros—. Un motivo que no ha sido especialmente alegado en la práctica jurisprudencial española en la materia: en concreto, cabe citar los AATS Auto de 25 de mayo de 2004⁽¹⁴³⁾, de 7 de octubre de 2003⁽¹⁴⁴⁾ y de 5 de mayo de 1998⁽¹⁴⁵⁾.

c) Causas referentes al laudo arbitral

El tercer grupo de motivos de denegación del reconocimiento de un laudo extranjero, a instancia de parte, recogidos en el Convenio de Nueva York tiene como objeto de referencia al laudo arbitral extranjero. Tales motivos se recogen en los apartados 1.c) y e) del artículo V del texto convencional.

i.- Artículo V.1.c)

El artículo V.1.c) —complemento lógico del artículo V.1.a)— precisa que cabrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo cuando éste,

“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”.

La lectura del precepto permite diferenciar distintas situaciones posibles en relación con la denegación del reconocimiento del laudo arbitral extranjero:

- 1) Así, en primer lugar, que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso, o no comprendida en las disposiciones del convenio arbitral. Tal como señala el ATS de 13 de noviembre de 2001⁽¹⁴⁶⁾, hace mención, en suma, a la existencia de *“una falta de relación entre el contenido del acuerdo arbitral y lo resuelto en el laudo, decidiendo éste sobre cuestiones ajenas al convenio de arbitraje, o excediéndose con pronunciamientos sobre aspectos no comprendidos en su ámbito material”*⁽¹⁴⁷⁾.
- 2) En segundo lugar, el precepto refiere al hecho de que la sentencia contenga decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria. Al igual que en el supuesto anterior, tampoco puede decirse que estemos ante una causa habitualmente utilizada en la práctica jurisprudencial española en la

⁽¹⁴³⁾ JUR 2004/183381.

⁽¹⁴⁴⁾ *Op. cit.* nota 66.

⁽¹⁴⁵⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁴⁶⁾ *Op. cit.* nota 38.

⁽¹⁴⁷⁾ Considérese, igualmente, el ATS de 17 de enero de 1998 (*Op. cit.* nota 31).

materia, algo que por otra parte coincide con la práctica existente en otros países⁽¹⁴⁸⁾. Tan sólo hay constancia de que ello haya ocurrido en una sola ocasión: en el ATS de 13 de noviembre de 2001⁽¹⁴⁹⁾.

ii.- Artículo V.1.e)

Por su parte, el artículo V.1.e) afirma que cabrá denegar el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero en aquellos casos en 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”.

Se distinguen, pues, dos supuestos: que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes (1) o que haya sido anulada o suspendida (2).

- 1) Si la sentencia no es aún obligatoria para las partes, de acuerdo con la ley reguladora del procedimiento arbitral; esto es, la ley seleccionada por las partes o, en su defecto, la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje⁽¹⁵⁰⁾. La falta de ejecutoriedad del laudo ha sido recientemente ale-

gada en tan solo tres ocasiones: en los AATS de 20 de julio de 2004⁽¹⁵¹⁾, de 10 de diciembre de 2002⁽¹⁵²⁾ y de 20 de marzo de 2002⁽¹⁵³⁾, y, en ambos casos, se procedió a desestimar el motivo alegado.

- 2) En segundo lugar, el precepto refiere como causa de denegación al hecho de que la sentencia arbitral haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia. La incidencia de la ley reguladora del arbitraje, o la ley del país en que se dictó el laudo arbitral es decisiva a efectos de atribuir efectos a la anulación o suspensión del laudo foráneo y, por lo tanto, de evitar el reconocimiento y ejecución al amparo del Convenio de Nueva York. Consecuentemente, la anulación o suspensión realizada por autoridades de otros Estados no conllevaría la denegación de la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo⁽¹⁵⁴⁾.

El artículo VI del Convenio complementa este mandato señalando que si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V.1.e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca la misma podrá si lo entiende procedente –se trata, pues,

⁽¹⁴⁸⁾ Al respecto, ver GAILLARD, E. y SAVAGE, J. *Fouchard (...)*. *Op. cit.* p. 988.

⁽¹⁴⁹⁾ *Op. cit.* nota 38.

⁽¹⁵⁰⁾ Al respecto, nótese el artículo V.1.d) del texto convencional.

⁽¹⁵¹⁾ *Op. cit.* nota 42.

⁽¹⁵²⁾ TOL 267864.

⁽¹⁵³⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁵⁴⁾ Considérese en este punto la posible incidencia que presenta, en aquellas ocasiones en que sea susceptible de aplicación, el artículo 9 del Convenio de Ginebra de 1961 relativo a la declaración como nula de la sentencia arbitral y a la incidencia –negativa– que este hecho tiene en el reconocimiento y ejecución de la misma. Al respecto el ATS de 16 de abril de 1996 (*Op. cit.* nota 56).

de una mera posibilidad –ATS de 16 de abril de 1996⁽¹⁵⁵⁾–, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a petición de la parte que solicite la ejecución podrá, a su vez, ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

d) Otras causas no previstas en el Convenio de Nueva York de 1958

El Convenio de Nueva York de 1958 incorpora un listado exhaustivo y, por lo tanto, cerrado, de causas de denegación del exequátur de un laudo arbitral extranjero. Ello supone –directamente– la imposibilidad de considerar causas diversas de las allí previstas. Sin embargo, la jurisprudencia española en relación con el texto de 1958 refleja la constante alegación por las partes –en aparente desconocimiento de la filosofía y de las soluciones del Convenio– de una pluralidad de motivos no previstos en el mismo, con vistas a lograr la denegación del exequátur solicitado. Motivos que, coherentemente con el mandato del Convenio de Nueva York, son desestimados.

Los motivos son múltiples, presentando una naturaleza diversa. Cabe así citar:

- (a) En primer lugar, se presenta todo un conjunto de causas relativas al fon-

do del litigio que dio lugar al arbitraje. De esta suerte se hace referencia al carácter involuntario del ilícito que da lugar al arbitraje –ATS de 8 de febrero de 2000⁽¹⁵⁶⁾–, al hecho de haberse pagado la deuda a la que refiere el laudo que se pretende reconocer –ATS de 20 de marzo de 2002⁽¹⁵⁷⁾–, o a la falta de justificación de la obligación de resarcimiento de las demoras impuestas a la ejecutada –ATS de 31 de julio de 2000⁽¹⁵⁸⁾–.

- (b) En otras ocasiones, se trata de motivos vinculados al desarrollo del procedimiento arbitral. Esencialmente, la existencia de un desacuerdo con las pruebas desarrolladas en el procedimiento arbitral –ATS de 11 de abril de 2001⁽¹⁵⁹⁾–, o la incompetencia del Tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia –ATS de 17 de enero de 1998⁽¹⁶⁰⁾–.
- (c) En tercer lugar, se alegan algunos motivos relativos al laudo arbitral: extemporaneidad del laudo –ATS de 17 de enero de 1998⁽¹⁶¹⁾–, irrazonabilidad del laudo dictado –ATS de 29 de septiembre de 1998⁽¹⁶²⁾–, no motivación del mismo –ATS de 4 de marzo de 1997⁽¹⁶³⁾–, incongruencia –AATS de 4 de marzo de 2003⁽¹⁶⁴⁾

⁽¹⁵⁵⁾ *Op. cit.* nota 51.

⁽¹⁵⁶⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁵⁷⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁵⁸⁾ *Op. cit.* nota 88.

⁽¹⁵⁹⁾ RCEA 2000-2001. p. 257.

⁽¹⁶⁰⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁶¹⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁶²⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁶³⁾ *Op. cit.* nota 141.

⁽¹⁶⁴⁾ *Op. cit.* nota 34.

y de 20 de julio de 2004⁽¹⁶⁵⁾— o, incluso, el hecho de que el laudo ya haya sido reconocido fuera de nuestras fronteras —ATS de 20 de marzo de 2003⁽¹⁶⁶⁾—, lo que conduciría, se dice, a una situación de litispendencia internacional.

- (d) A su vez se alega la ausencia de conveniente notificación del laudo arbitral por parte de la institución arbitral, de la cual tan sólo recibió una copia de la parte actora, motivo por el cual, al no constarle la autenticidad de la resolución recibida, no pudo ejercitar adecuadamente sus derechos de defensa, interponiendo en tiempo y forma el oportuno recurso contra ella o el medio impugnatorio previsto en las normas reguladoras del procedimiento de arbitraje: en tal sentido, caben referir los AATS de 3 de febrero de 2004⁽¹⁶⁷⁾ o de 14 de octubre de 2003⁽¹⁶⁸⁾.
- (e) En cuarto lugar, se hace referencia a ciertos motivos referentes al propio procedimiento de exequátur: en concreto, la falta de reciprocidad con la jurisdicción extranjera —en este caso, la francesa— a

efectos del reconocimiento de laudos dictados fuera de nuestras fronteras —el ATS de 17 de enero de 1998⁽¹⁶⁹⁾ es significativo al respecto—.

- (f) Igualmente, se menciona la contradicción con normas internas españolas; como puede ser el caso de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 —tal es el caso del ATS de 5 de mayo de 1998⁽¹⁷⁰⁾—.
- (g) Por último, se hace una amplia utilización de la ausencia de poder, o su invalidez, como medio para oponerse al reconocimiento y posterior ejecución del laudo arbitral extranjero: cabe así mencionar, entre otros, los AATS de 3 de febrero de 2004⁽¹⁷¹⁾; de 7 de octubre de 2003⁽¹⁷²⁾; de 17 de enero de 1998⁽¹⁷³⁾; de 17 de febrero de 1998⁽¹⁷⁴⁾; de 29 de septiembre de 1998⁽¹⁷⁵⁾; de 19 de noviembre de 1996⁽¹⁷⁶⁾ o de 22 de septiembre de 1994⁽¹⁷⁷⁾.

Todos estos motivos, distintos entre sí, coinciden en el hecho de haber sido, insistimos, rechazados por el Tribunal Supremo español.

⁽¹⁶⁵⁾ *Op. cit.* nota 42.

⁽¹⁶⁶⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁶⁷⁾ *Op. cit.* nota 65.

⁽¹⁶⁸⁾ *Op. cit.* nota 80.

⁽¹⁶⁹⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁷⁰⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁷¹⁾ *Op. cit.* nota 65.

⁽¹⁷²⁾ *Op. cit.* nota 66.

⁽¹⁷³⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁷⁴⁾ *Op. cit.* nota 55.

⁽¹⁷⁵⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁷⁶⁾ *Op. cit.* nota 102.

⁽¹⁷⁷⁾ *Op. cit.* nota 142.

D. Causas estimables de oficio por el operador jurídico

Junto a las causas de denegación del reconocimiento y ejecución alegables exclusivamente a instancia de parte, el Convenio de Nueva York prevé dos supuestos de denegación estimables de oficio por la autoridad competente del país en que se pida el reconocimiento y la ejecución.

“No habiendo comparecido la parte contra la que se dirige el exequátur en este procedimiento, y, por lo tanto, no habiendo alegado causa de oposición al reconocimiento, el control de la Sala ha de limitarse al cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo IV de la norma convencional, sin que pueda alcanzar a la verificación de oficio de las causas de oposición que recoge el artículo V, 1, que exigen previa denuncia y prueba de su concurrencia”⁽¹⁷⁸⁾.

En concreto se trata de la inarbitrabilidad de la diferencia que dio lugar al arbitraje, de acuerdo con la ley del país en que se solicita el reconocimiento, y de la contrariedad con el orden público del foro.

a) Inarbitrabilidad de la diferencia de acuerdo con la ley del país donde se solicita el reconocimiento

El artículo V.2.a) recoge la inarbitrabilidad del objeto de la diferencia, de

acuerdo con la ley del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, como motivo de denegación de éste. Se trata, sin lugar a dudas, de un criterio esencial a la hora de otorgar la homologación al laudo arbitral extranjero: no cabe atribuirle efectos cuando, de acuerdo con el derecho del foro, la diferencia resuelta por el laudo no es susceptible de arbitraje⁽¹⁷⁹⁾; algo, por otra parte, de muy difícil verificación de acuerdo con el modelo arbitral español, dada la flexibilísima solución recogida en el artículo 9.6 LA que en relación con el arbitraje internacional, permite verificar la arbitrabilidad de la disputa de acuerdo con tres normativas –estatales o anacionales– diversas⁽¹⁸⁰⁾:

“Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”.

En la práctica, su íntima vinculación con el orden público y las valoraciones, algunas críticas, que genera el precepto⁽¹⁸¹⁾, favorecen una escasa aplicación del mismo, tanto en España como fuera de nuestras fronteras.

⁽¹⁷⁸⁾ ATS de 26 de julio de 2005, JUR 2005/214575.

⁽¹⁷⁹⁾ Por todos, REQUEJO ISIDRO, M. *Arbitrabilidad de la diferencia y arbitraje comercial internacional*. RCEA, 1995. pp. 43 y siguientes.

⁽¹⁸⁰⁾ Para un análisis en profundidad del precepto, ver ESPLUGUES MOTA, Carlos. En: BARONA VILAR, Silvia (coordinadora). *Op. cit.* pp. 394 y siguientes.

⁽¹⁸¹⁾ GAILLARD, E. & SAVAGE, J. *Op. cit.* pp. 994 y siguientes; ARTUCH IRIBERRI, E. *Nota al ATS de 26 de mayo de 1998*. RCEA, 1998. p. 235; RACINE, J.B. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. Paris, LGDJ, 1999. pp. 28 y siguientes.

b) Contrariedad con el orden público del país donde se solicite el reconocimiento y la ejecución

El artículo V.2.b) recoge como segundo motivo estimable de oficio por la autoridad encargada del exequátur, a la contrariedad con el orden público –internacional– del país de dicha autoridad. La práctica española en relación con el Convenio de Nueva York pone de manifiesto una tendencia generalizada –y expansiva– por parte de aquellos que se oponen al reconocimiento del laudo foráneo a referir al orden público como causa de denegación del exequátur solicitado, en línea por otra parte con lo que ocurre, una vez más, en el plano comparado⁽¹⁸²⁾. Significativamente, sin embargo, de la doble dimensión –material y procesal– del orden público se tiende a realizar una generalizada mención a ésta última⁽¹⁸³⁾, obviando de forma generalizada a la primera.

i.- Orden Público procesal

1') Aproximación general

El orden público español, calificado indistintamente por la jurisprudencia patria de interno y de internacional, es entendido por el TS en un sentido “netamente constitucional, que se identifica fundamentalmente con los principios,

derechos y garantías consagrados constitucionalmente”⁽¹⁸⁴⁾, “muy especialmente, los derechos fundamentales y libertades públicas”⁽¹⁸⁵⁾, “que deben ser respetados por la decisión foránea cuya eficacia en el foro se impetra”⁽¹⁸⁶⁾.

En este amplio concepto, de marcado talante “procesal” se enmarcan todo un conjunto de motivos coincidentes, o no, con algunos de los recogidos en el artículo V.1 del propio Convenio de Nueva York. Esta coincidencia suscita directamente su encaje, bien en el apartado 1 del artículo V del Convenio de Nueva York que, recordemos, incluye una causa de rechazo del reconocimiento y ejecución que deben ser alegadas y probadas a instancia de parte, o en el apartado 2, que incorpora unos motivos estimables de oficio por el juez.

Algunos autores patrios han abogado por considerar que el artículo V.1.b) permitiría asegurar un “estándar mínimo uniforme”, mientras que el artículo V.2.b) serviría para salvaguardar un estándar de exigencias más elevado⁽¹⁸⁷⁾. Sin embargo, la práctica soslaya este tipo de disquisiciones y manifiesta un recurso generalizado de las partes al orden público con vistas a conseguir la denegación del exequátur solicitado.

⁽¹⁸²⁾ Al respecto, y por todos, ver BORN, G.B. *International Commercial Arbitration in the United States. Commentary and Materials*. Deventer, 1994. pp. 535 y siguientes.

⁽¹⁸³⁾ Es sintomático que en el trabajo publicado en 1979 en relación con los 20 primeros años de aplicación del Convenio de Nueva York, de las 112 resoluciones estudiadas tan sólo 3 fueran rechazadas alegando su contrariedad con el orden público. De estas 3, curiosamente, dos lo eran en base a la inarbitrabilidad del objeto de la disputa, y tan sólo una, por su contrariedad con el orden público del foro (SANDERS, P. A. *Twenty Years Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Int'l Law.*, 1979. pp. 269 y siguientes).

⁽¹⁸⁴⁾ ATS de 1 de febrero de 2000 (*Op. cit.* nota 31).

⁽¹⁸⁵⁾ ATS de 4 de marzo de 1997 (*Op. cit.* nota 141).

⁽¹⁸⁶⁾ ATS de 29 de abril de 2003 (*Op. cit.* nota 105).

⁽¹⁸⁷⁾ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. Cizur Menor, Civitas, 2da. edición, 2007. p. 594.

De esta suerte, son diversos y amplios los motivos alegados por las partes como ejemplo de manifiesta violación del orden público español. De entre ellos cabe citar:

- 1) La falta de citación –AATS de 13 de diciembre de 2001⁽¹⁸⁸⁾ o de 16 de noviembre de 1999⁽¹⁸⁹⁾–.
- 2) La ausencia de notificación a las partes –ATS de 1 de febrero de 2000⁽¹⁹⁰⁾– y,
- 3) Consecuentemente, la imposibilidad de contestar a la demanda –ATS de 18 de abril de 2000⁽¹⁹¹⁾–.
- 4) La no traducción de determinados documentos del inglés al español –ATS de 8 de febrero de 2000⁽¹⁹²⁾–.
- 5) La ausencia de litisconsorcio pasivo necesario –ATS de 9 de junio de 1998⁽¹⁹³⁾–.
- 6) La no notificación del nombramiento de los árbitros –ATS de 13 de marzo de 2001⁽¹⁹⁴⁾– o,
- 7) La parcialidad de los mismos en el desarrollo de sus funciones –AATS de 7 de octubre de 2003⁽¹⁹⁵⁾ y de 18 de abril de 2000⁽¹⁹⁶⁾–.
- 8) El no haberse acordado por los árbitros la práctica de las pruebas propuestas –ATS de 4 de marzo de 1997⁽¹⁹⁷⁾–.
- 9) La “ausencia de período probatorio” –ATS de 29 de septiembre de 1998⁽¹⁹⁸⁾– o,
- 10) La inasistencia a la vista –ATS de 27 de mayo de 1997⁽¹⁹⁹⁾–.
- 11) La incongruencia de la parte dispositiva del laudo arbitral –ATS de 20 de junio de 2000⁽²⁰⁰⁾–.
- 12) La falta de firmeza del mismo –ATS de 27 de mayo de 1997⁽²⁰¹⁾– o,
- 13) La aparente inadmisión inmotivada del recurso de apelación interpuesto contra el laudo –ATS de 9 de junio de 1998⁽²⁰²⁾–.
- 14) Incluso, se alega por la parte demandada la vulneración del orden público interno por entender “*que la resolución cuyo reconocimiento se pide no es(era) ejecutable al resul-*

⁽¹⁸⁸⁾ RCEA, 2002. p. 257.

⁽¹⁸⁹⁾ *Op. cit.* nota 120.

⁽¹⁹⁰⁾ *Op. cit.* nota 31, por ejemplo.

⁽¹⁹¹⁾ *Op. cit.* nota 44.

⁽¹⁹²⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁹³⁾ *Op. cit.* nota 122.

⁽¹⁹⁴⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁹⁵⁾ *Op. cit.* nota 66.

⁽¹⁹⁶⁾ *Op. cit.* nota 44.

⁽¹⁹⁷⁾ *Op. cit.* nota 141.

⁽¹⁹⁸⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽¹⁹⁹⁾ RCEA, 1997. p. 290.

⁽²⁰⁰⁾ *Op. cit.* nota 46.

⁽²⁰¹⁾ *Op. cit.* nota 200.

⁽²⁰²⁾ *Op. cit.* nota 122.

tar de una obligación que ha(bía) sido ya pagada”(203). Alegación que el Alto Tribunal, con buen tino, rechaza la alegación incidiendo en la naturaleza puramente homologadora que acompaña al exequátur y la imposibilidad de incardinar la alegación realizada dentro del ámbito de aplicación del artículo V.2.b) del Convenio de Nueva York de 1958.

- 15) De similar forma se apunta el presunto enriquecimiento injusto del solicitante que se produciría caso de concederse el exequátur solicitado –ATS de 27 de mayo de 1997(204)–.

Una eventual interpretación extensiva del orden público puede generar que se incorporen bajo su manto a todo un conjunto de motivos que, en algunas ocasiones, vienen cubiertos por otros apartados del artículo V.1 del Convenio de Nueva York. Ello puede conllevar la muy negativa consecuencia de conducir a una eventual inversión de la carga de la prueba, forzando a aquél que solicita el reconocimiento del laudo a probar algo que, en principio, corresponde exclusivamente hacerlo a quien se opone al mismo. Tal situación, amén de resultar gravosa para las expectativas de la parte solicitante del exequátur, implica en última instancia una desvirtuación de las políticas que subyacen en el texto de Nueva York(205).

La jurisprudencia española, empero, asumiendo la filosofía que acompaña al Convenio de Nueva York, y la naturaleza propia del orden público, ha procedido a

interpretar estas alegaciones de forma muy restrictiva, rechazándolas de forma habitual y generalizada. El Tribunal Supremo, en este sentido, ha exigido una constatación fehaciente “*in casu*” de la efectiva contrariedad con el orden público internacional español del laudo arbitral cuyo reconocimiento se solicita, algo, como decimos, que muy escasamente se ha alcanzado en la práctica.

2') *Un (lamentable) supuesto especial.*

La existencia de una tendencia favorable al reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 1958 y la flexible aproximación que éste tiene por parte de los tribunales españoles no debe hacernos olvidar, sin embargo, la periódica aparición ante los órganos jurisdiccionales de España de nuevas alegaciones de las partes, con vistas a lograr la denegación del exequátur solicitado, muchas de ellas amparadas de forma genérica bajo el amplio manto de la aparente contrariedad con el orden público internacional español. Un buen reflejo de ello es la existencia de una tendencia consolidada a referir a la existencia de una presunta litispendencia entre el laudo generado en el marco de un procedimiento arbitral desarrollado en su momento fuera de nuestras fronteras, y un proceso pendiente ante los tribunales del Reino de España en el momento de la solicitud del exequátur del laudo extranjero.

Se trata, éste, de un motivo no recogido en el artículo V.1 del Convenio que, como se acaba de apuntar, se ve directamente

(203) ATS de 4 de marzo de 2003. *Op. cit.*, nota 34, Fdo. de D. 6.

(204) *Op. cit.* nota 200.

(205) MICHINEL ALVAREZ, M.A. *Comentario al ATS de 24 de noviembre de 1998*. RCEA, 1999. p. 305; ARTUCH IRIBERRI, E. *Nota al ATS de 11 de abril de 2000*. *Op. cit.* p. 264, quien matiza un tanto estas afirmaciones.

reconducido por las partes a la eventual contrariedad con el orden público –“ese voluble espacio donde toda alegación es susceptible de ser reconocida”⁽²⁰⁶⁾– incardinándose en el artículo V.2.b) del texto de Nueva York de 1958.

Esta alegación, lamentablemente, ha sido objeto de cierta favorable acogida por parte del Tribunal Supremo español, quien no ha duda en estimarla en varias –más de las deseadas– ocasiones, con el resultado último de que laudos perfectamente aptos al amparo del Convenio de Nueva York para producir efectos en nuestro país, hayan visto denegada su eficacia en España, con base en un motivo que como tal, repetimos, resulta inexistente en el Convenio de 1958. Cabe así citar, entre otros, a los AATS de 10 de diciembre de 2002⁽²⁰⁷⁾; de 20 de marzo de 2002⁽²⁰⁸⁾; de 20 de marzo de 2001⁽²⁰⁹⁾; de 20 de junio de 2000⁽²¹⁰⁾; de 16 de noviembre de 1999⁽²¹¹⁾; de 19 de enero de 1999⁽²¹²⁾ o de 1 de diciembre de 1998⁽²¹³⁾.

La última jurisprudencia del Alto Tribunal apunta, empero, a una cierta matización de esta aceptación. Conviene hacer una referencia, en primer lugar, a la posición originaria para analizar, con posterioridad, las matizaciones introducidas a la misma.

Habitualmente, el supuesto tipo planteado en estos casos refiere a la solicitud de reconocimiento de un laudo dictado fuera de nuestras fronteras, por el que se condena a una concreta empresa –generalmente española– al pago de determinadas cantidades a otra entidad –habitualmente extranjera–. Solicitado su reconocimiento en España, la empresa condenada se opone al mismo, atendiendo, generalmente, al hecho de que existe ya un proceso iniciado en España, lo que impediría el reconocimiento del laudo foráneo.

Si bien en un primer momento, el Tribunal Supremo no dudó en rechazar –ATS de 1 de junio de 1990⁽²¹⁴⁾– la alegación realizada, afirmando sin tapujos la imposibilidad de:

“tenerse en cuenta la litispendencia que resalta la entidad opositora, ya que el hecho de que se tramite en España pleito sobre nulidad de la patente origen del litigio que resuelve el laudo, no afecta por sí al orden público, y, no concurriendo esa afectación, no figura, como excepción obstativa a la ejecución pendida, en la legislación aplicable”⁽²¹⁵⁾.

Con el tiempo el Alto Tribunal moduló tal posición, mostrándose proclive a

⁽²⁰⁶⁾ ARTUCH IRIBERRI, E. *Contenido del orden público en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (Reflexiones acerca del Auto T.S. de 1 de diciembre de 1998)*. RCEA, 2000-2001. p. 124.

⁽²⁰⁷⁾ *Op. cit.* nota 153.

⁽²⁰⁸⁾ *Op. cit.* nota 31.

⁽²⁰⁹⁾ RCEA, 2002. p. 240.

⁽²¹⁰⁾ *Op. cit.* nota 46.

⁽²¹¹⁾ *Op. cit.* nota 120.

⁽²¹²⁾ RCEA 1999. p. 317.

⁽²¹³⁾ *Op. cit.* nota 106.

⁽²¹⁴⁾ *Op. cit.* nota 52.

⁽²¹⁵⁾ Fdo. de Derecho 1.

aceptar de forma creciente el juego de la litispendencia en este ámbito. De tal suerte, el Tribunal Supremo español, al aproximar este tipo de situaciones no dudó en señalar que, con independencia de lo dispuesto en las distintas normas convencionales que vinculan al Reino de España, a efectos del reconocimiento de una resolución extranjera se “(...) *ha venido consagrando como condición que en todo caso debe concurrir para el exequátur de la decisión extranjera –y que cabe situar en el concepto de orden público, en su sentido internacional– el hecho de que la misma sea conciliable con una sentencia anterior dictada o reconocida en España, y que no exista en España un proceso pendiente que pudiera dar lugar a una sentencia incompatible con la sentencia extranjera*”⁽²¹⁶⁾.

A partir de esta clara premisa el Alto Tribunal entendió que la valoración de la situación de pendencia debía realizarse tomando en consideración la especial caracterización del concepto de litispendencia en el ámbito del reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras, “más específica si cabe que la litispendencia internacional –ésta impeditiva de la decisión del pleito en el foro”⁽²¹⁷⁾. La proyección en la práctica de este planteamiento general implicó todo un conjunto de consecuencias:

- 1) En primer lugar, y desde un punto de vista temporal, supuso que a la hora de valorar la pendencia debie-

ra atenderse al procedimiento de origen y no, únicamente, al momento de solicitud del exequátur ante los tribunales españoles. En la tarea de decidir sobre los “*efectos obstativos que produce el (procedimiento) que pende en España de cara al exequátur de la resolución extranjera*”, habría de estarse –además–, a la forma en que se desarrollaron los acontecimientos, valorando los hitos temporales que marcaron el curso de uno y otro procedimiento, en un intento por evitar “situaciones que pudieran propiciar o facilitar resultados fraudulentos, dotando de virtualidad a conductas procesales contrarias a la buena fe y elusivas de los deberes y compromisos asumidos (...) toda vez que, en caso contrario, bastaría con acudir a los órganos nacionales antes de la finalización del procedimiento extranjero para impedir la sin duda posterior solicitud de reconocimiento y ejecución de aquélla en el Estado requerido”⁽²¹⁸⁾.

A pesar de estas esperanzadoras palabras, significativamente, sin embargo, el propio TS no dudó en afirmar que el especial significado de la litispendencia en este ámbito implicaba la no exigencia de “que el proceso pendiente en España se haya iniciado necesariamente con anterioridad al promovido en el extranjero o a la solicitud de reconocimiento de la resolución que le puso término”⁽²¹⁹⁾.

⁽²¹⁶⁾ ATS de 19 de enero de 1999. *Op. cit.* nota 213, Fdo. de D. 5.

⁽²¹⁷⁾ ATS de 10 de diciembre de 2002. *Op. cit.* nota 153.

⁽²¹⁸⁾ ATS de 10 de diciembre de 2002. *Op. cit.* nota 153.

⁽²¹⁹⁾ ATS de 10 de diciembre de 2002. *Op. cit.* nota 153.

- 2) En segundo lugar, y ya desde un punto material, el Tribunal Supremo español entendió que la estimación de la pendencia debería valorarse, “siempre al amparo del orden público interno”⁽²²⁰⁾, “que veta siquiera la posibilidad de que coexistan pronunciamientos dispares sobre una misma cuestión”⁽²²¹⁾. Se trataría, en suma, de verificar la “eventual colisión del pronunciamientos, es decir, la posible concurrencia de dos resoluciones que en sí mismas o por sus efectos sean de imposible coexistencia en el foro”⁽²²²⁾.
- 3) Por último, y también desde la perspectiva material, y en relación específicamente al concepto mismo de litispendencia manejado por el Alto Tribunal, se afirma con claridad que “la triple identidad de sujetos, objetos y causa entre el procedimiento nacional y el seguido en el extranjero no es siempre y en todo caso exigible –aunque su concurrencia constituya, sin duda, un argumento de peso para denegar el exequátur–, pues no se está propiamente ante el caso de dos procedimientos pendientes respecto de los cuales haya de resolverse en cuanto a la preferencia de uno y exclusión del otro, sino ante

un procedimiento –el foráneo– ya finalizado por sentencia o resolución firme –irrecurrible– respecto del que se ha de decidir sobre la eficacia de ésta en el foro ante la existencia de un procedimiento seguido por los tribunales españoles”⁽²²³⁾.

En línea con la tendencia mantenida por el TJUE en relación con este figura⁽²²⁴⁾ –afirma el TS–, bastaría –en suma– para conceptuar –“ampliamente”– la existencia de litispendencia, con la presencia de “una vinculación sustancial entre las causas de las acciones ejercitadas, su objeto y, en su caso, los sujetos de uno y otro procedimiento que genere un riesgo de incompatibilidad o de incongruencia entre la decisión objeto de reconocimiento y la recaída en el foro”⁽²²⁵⁾.

El ATS de 1 de diciembre de 1998⁽²²⁶⁾ resulta especialmente significativo, en este sentido, al afirmar que:

“cabe apreciar una íntima conexión entre lo debatido y lo resuelto en el procedimiento arbitral y lo que se plantea en el procedimiento instado, ante los órganos jurisdiccionales españoles, pues si bien el concepto bajo el que se formula la reclamación no es coincidente en uno y otro

⁽²²⁰⁾ ATS de 10 de diciembre de 2002. *Op. cit.* nota 153.

⁽²²¹⁾ ATS de 16 de noviembre de 1999. *Op. cit.* nota 120.

⁽²²²⁾ ATS de 10 de diciembre de 2002. *Op. cit.* nota 153.

⁽²²³⁾ ATS de 10 de diciembre de 2002. *Op. cit.* nota 153, Fdo. de D. 5.

⁽²²⁴⁾ ATS de 10 de diciembre de 2002. *Op. cit.* nota 153, Fdo. de D. 5 in fine, citando las SSTJCCCE de 8 de mayo de 2003, en el asunto C-111/01, Gantner Electronic (Rec., 2003. p. I-4207); de 6 de diciembre de 1994, en el asunto C-406/92, atr / Maciej Rataj (Rec., 1994. p. I-5439); de 27 de junio de 1991, en el asunto C-351/89, Overseas Union Insurance Ltd and others / New Hampshire Insurance Company (Rec., 1991. p. I-3317) y de 8 de diciembre de 1987, en el asunto 144/86, Gubisch Maschinenfabrik (Rec. p. 4861).

⁽²²⁵⁾ ATS de 10 de diciembre de 2002. *Op. cit.* nota 153.

⁽²²⁶⁾ *Op. cit.* nota 106.

caso (...), es cierto que ambas reclamaciones tienen como fundamento y presupuesto —y, por lo tanto, su causa última— en la responsabilidad por el retraso en las operaciones de descarga, de suerte que el éxito de una y otra ha de descansar en dicha responsabilidad, atribuible o imputable a la parte condenada dentro de las relaciones del contrato de fletamento concertado entre las partes. (...) un elemental sentido de prudencia (...) aconseja denegar la homologación pretendida, (...)” (227).

En última instancia, para el TS la presencia conjunta de estos tres datos “supondr(í)a un argumento a fortiori en la denegación del exequátur”(228). En tal sentido, y como un ejemplo paradigmático de ello, el ATS de 19 de enero de 1999(229) procedió a denegar el reconocimiento solicitado de un laudo arbitral extranjero, alegando la pendencia de un proceso contencioso—administrativo en el que se dilucidaba la corrección de la decisión de la administración de archivar un concreto procedimiento de asistencia marítima:

“un elemental sentido de prudencia ante la eventual colisión de pareceres al respecto o de sus consecuencias, entre la decisión que pudieran adoptar los órganos jurisdiccionales españoles y la recogida en el laudo cuyo reconocimiento se pretende, aconseja denegar la homologación de los efectos de éste en tanto se mantenga la pendencia del pro-

cedimiento en España sin perjuicio de que, una vez resuelto, y, en función del contenido de la decisión de los tribunales españoles, quepa reproducirse posteriormente la solicitud de exequátur; todo ello, so pena de posibilitar pronunciamientos dispares fundados en una valoración jurídica diferente y que pueden dar lugar a una determinación de la responsabilidad también dispar, con el consiguiente daño tanto para la seguridad jurídica en las relaciones inter partes, como para la coherencia del propio orden interno”(230).

Si en un primer momento, el TS no dudó en aceptar —en última instancia— que la mera pendencia de un cierto procedimiento ante los tribunales españoles constituía un claro obstáculo al pretendido exequátur del laudo extranjero. En los últimos tiempos, sin embargo, esta posición se ha ido modulando un tanto, en un intento claro por, “evitar dar carta de naturaleza a conductas fraudulentas proscritas con carácter general por el artículo 11.2 de la LOPJ., que persiguen un fin contrario a la norma y que desnaturalizan la finalidad propia del proceso, delimitando de este modo la eficacia obstativa frente al reconocimiento de la pendencia de procesos en el foro. Se trata de evitar, pues, la utilización del proceso como un instrumento para impedir la eficacia de la decisión foránea, o la invocación de su pendencia como un obstáculo meramente formal para la homologación, (...)”(231).

(227) Fdo. de D. 2.

(228) ATS de 1 de diciembre de 1998. *Op. cit.* nota 106.

(229) *Op. cit.* nota 213.

(230) Fdo. de Derecho 5.

(231) ATS de 23 de mayo de 2004, JUR 2004/183381, Fdo. de D. 3.

En esta tarea, afirma el Tribunal, resulta claramente, “*revelador, desde luego, el momento en que se promueve el procedimiento en el extranjero y en España, y en ciertos casos cobrará importancia el objeto del que se inicia en el foro en relación con el seguido en el otro Estado*”⁽²³²⁾.

Quede claro que el TS sigue aceptando de base la posibilidad de estimar la existencia de litispendencia entre un procedimiento iniciado ante los tribunales españoles y un laudo dictado fuera de nuestras fronteras. Mas, de los distintos datos por él mencionados en su jurisprudencia en relación con este punto, el momento de presentación de la demanda ante los tribunales de España deviene un factor determinante de la posible estimación de la presencia –o no– de la mencionada litispendencia. Esto es:

- 1) Si bien se sigue apostando por una interpretación amplia –se habla de “*concepto impropio*”⁽²³³⁾– de la figura de la litispendencia:

“Así las cosas, ha de resultar irrelevante, en efecto, que no exista una completa identidad entre las partes, el objeto y la causa del proceso promovido en el foro y el decidido por vía arbitral, pues bastaría la conexión entre sus objetos y la eventual y posible falta de armonía entre las decisiones de uno y otro para que la existencia del procedimiento abierto en España resultase un

obstáculo al reconocimiento de la resolución extranjera”⁽²³⁴⁾.

- 2) El elemento determinante para estimar, o no, la excepción de litispendencia pasa a ser el momento en que se inició el proceso pendiente ante los tribunales españoles. Ello lleva, en consecuencia, a desestimarla en aquellas ocasiones en que la acción se ha ejercitado ante los tribunales patrios una vez se ha presentado la solicitud de exequátur del laudo extranjero ante ellos:

“(…)el procedimiento iniciado en España, en el que no hay constancia de que se haya efectuado todavía el emplazamiento de la entidad solicitante de exequátur, ha sido promovido no ya sólo después de que se hubiera iniciado el procedimiento arbitral o de que se hubiera dictado el laudo, sino incluso mucho después de haberse presentado la solicitud de exequátur que ha dado lugar al presente procedimiento, por lo que, en rigor, no es posible reconocer al seguido en el foro ninguna virtualidad obstativa respecto de este de homologación, sino que, por el contrario, habría de ser la pendencia de éste la que tendría virtualidad frente a aquél”⁽²³⁵⁾.

O, en un momento anterior, cuando la actual oponente al exequátur tuvo conocimiento del inicio del procedimiento arbitral fuera de nuestras fronteras:

⁽²³²⁾ ATS de 23 de mayo de 2004. *Op. cit.* nota 232, Fdo. de D. 3.

⁽²³³⁾ ATS de 14 de octubre de 2003. *Op. cit.* nota 80, Fdo. de D. 2.

⁽²³⁴⁾ ATS de 23 de mayo de 2004. *Op. cit.* nota 232, Fdo. de D. 3.

⁽²³⁵⁾ ATS de 23 de mayo de 2004. *Op. cit.* nota 232, Fdo. de D. 3.

“llama poderosamente la atención que la mercantil ahora oponente al exequátur hubiese esperado a conocer el inicio del procedimiento arbitral para, pocos días después, promover el juicio ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Reconocer virtualidad al procedimiento que se sigue en el foro frente a la homologación de los efectos de una resolución arbitral extranjera que decide un arbitraje promovido con anterioridad a aquél, aun cuando por objeto de declaración de nulidad del acuerdo o pacto de sumisión a arbitraje, como ocurre en el presente caso, sería tanto como cerrar el paso definitivamente a cualquier decisión foránea, pues bastaría con iniciar en España, una vez se tiene noticia del comienzo del arbitraje en el extranjero, un procedimiento judicial para oponer su pendencia en el curso del exequátur, como obstáculo para la homologación de los efectos de aquélla”⁽²³⁶⁾.

O, sin más, como ocurre en el ATS de 14 de octubre de 2003⁽²³⁷⁾, cuando el procedimiento arbitral se había iniciado 9 meses antes del ejercicio de la acción ante los tribunales españoles:

“De no rechazarse esa fuerza enervatoria se estaría permitiendo una utilización instrumental del proceso de cara al exequátur después de desplazarse hacia aquél cuestiones cuyo

planteamiento y resolución corresponde ordinaria y naturalmente a otras vías y otras sedes”⁽²³⁸⁾.

El objetivo último, en suma, es evitar conductas fraudulentas. En tal sentido, el Alto Tribunal afirma que reconocer virtualidad al procedimiento que se sigue en el foro frente a la homologación de los efectos de una resolución arbitral extranjera que resuelve un arbitraje planteado con anterioridad a la iniciación del procedimiento judicial en España, aun cuando tenga por objeto la declaración de nulidad del convenio arbitral *“sería tanto como cerrar el paso definitivamente a cualquier decisión foránea, pues... bastaría con iniciar en España, una vez se tiene noticia del comienzo del arbitraje en el extranjero, un procedimiento judicial para oponer su pendencia en el curso del exequátur, como obstáculo para la homologación de los efectos de aquélla. En consecuencia, no ha de ser el procedimiento nacional el que ha de proyectar su eficacia sobre el de exequátur: si así fuera se estaría dando carta de naturaleza al fraude y propiciando el desentendimiento respecto de los compromisos libremente asumidos”⁽²³⁹⁾.*

En todo caso, el TS no rechaza, insistimos, y he ahí el desenfoque y, por lo tanto, los problemas que genera su posición, la eventual estimación de la presencia de una situación de litispendencia internacional en un supuesto de desarrollo de un proceso judicial en

⁽²³⁶⁾ ATS de 20 de marzo de 2001 (RCEA, 2002, p. 240), Fdo. De D. 3.

⁽²³⁷⁾ Op. cit. nota 80.

⁽²³⁸⁾ Fdo. de D. 2.

⁽²³⁹⁾ ATS de 10 de diciembre de 2002. Op. cit. nota 153, Fdo. de Derecho, 7.

España y de un procedimiento arbitral fuera de nuestras fronteras:

“no cabe apreciar la pendencia en España de procedimiento alguno al tiempo en que fue promovido el arbitraje extranjero, y que pudiera resultar un obstáculo al reconocimiento del laudo (...)” ⁽²⁴⁰⁾.

Lejos de ello, la acepta de forma expresa, articulando los requisitos a considerar para su estimación o desestimación:

“Como si duda es sabido, el contenido del referido presupuesto de la eficacia extraterritorial de las decisiones ha sido objeto de delimitación por parte de esta Sala, que ha considerado que el obstáculo al reconocimiento se produce cuando, aun sin concurrir una plena identidad de sujetos, objeto y causa, es dable apreciar entre el proceso abierto en España y el arbitraje seguido en el extranjero una conexión tal entre lo debatido y resuelto en uno y otro que determine la imposible convivencia pacífica de las decisiones recaídas en cada uno de ellos. Ello, claro está, teniendo siempre a la vista el marco temporal en que se ha desarrollado uno y otro procedimiento, que, junto con las demás circunstancias del caso, pueden ser reveladoras de conductas elusivas, y por ello fraudulentas, de las partes” ⁽²⁴¹⁾.

De hecho, coherentemente con tal aceptación, el TS español no duda –el ATS de 20 de junio de 2000⁽²⁴²⁾ es un buen ejemplo– en denegar el exequátur solicitado al considerar que el hecho de promoverse el procedimiento arbitral con posterioridad a la fecha de inicio del proceso judicial, entre otros hitos temporales, *“(...) permite excluir con suficiente grado de seguridad la presencia de posibles conductas fraudulentas de los demandados encaminadas a utilizar el procedimiento seguido en España de forma abusiva, con el único fin de impedir la eficacia de la decisión arbitral extranjera”* ⁽²⁴³⁾.

La posición de fondo mantenida por el TS en relación con este punto y, por lo tanto, con la práctica del Convenio de Nueva York de 1958 en España, resulta tan desenfocada como lamentable y peligrosa. Ciertamente, la ausencia de contradicción con una decisión española presente o futura se admite, habitualmente, como una de las causas de rechazo del reconocimiento de sentencias extranjeras⁽²⁴⁴⁾. Sin embargo, en este caso concreto, no se confrontan dos sentencias –española, presente o futura, y extranjera– sino una eventual sentencia española y un laudo arbitral extranjero. La situación, por lo tanto es diversa y no admite paralelismo.

Resulta ineludible entender que estamos ante un supuesto específico, el del reconocimiento de laudos arbitrales ex-

⁽²⁴⁰⁾ ATS de 20 de marzo de 2001. *Op. cit.* nota 236, Fdo. de D. 3.

⁽²⁴¹⁾ ATS de 7 de octubre de 2003 (JUR 2004/191678).

⁽²⁴²⁾ *Op. cit.* nota 46.

⁽²⁴³⁾ Fdo. de D. 6 *in fine*.

⁽²⁴⁴⁾ IGLESIAS BUHIGUES, J.L. *Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras y documentos públicos con fuerza ejecutiva*. En: ESPLUGUES MOTA, Carlos y IGLESIAS BUHIGUES, J.L. *Derecho (...)*. *Op. cit.* pp. 128 y siguientes.

tranjeros, y que, además, respecto de su reconocimiento y ejecución en España rige el Convenio de Nueva York de 1958, que no admite la litispendencia como causa de denegación del mismo. Remitir la litispendencia al vaporoso concepto del orden público –no del todo procesal, ni tampoco material–, implica, en última instancia, utilizar esta noción para transponer al ámbito del arbitraje comercial internacional el modelo recogido en la LEC de 1881⁽²⁴⁵⁾.

La cuestión de la aparente existencia de un procedimiento pendiente ante los tribunales españoles en el momento de solicitar el exequátur del laudo arbitral extranjero, no puede quedar constreñida temporalmente al momento mismo de la solicitud del exequátur o al del inicio del arbitraje, como ocurre cuando se contraponen sentencias estatales. La cuestión de fondo es otra, diversa y compleja: la existencia de un convenio arbitral formulado válidamente entre las partes impide –de raíz– a los tribunales estatales –al amparo del efecto negativo derivado de éste, recogido de forma expresa en el artículo 11.1 de la propia Ley de Arbitraje española⁽²⁴⁶⁾– conocer del litigio sometido a arbitraje. Recuérdese en tal sentido cómo el artículo II del propio Convenio de Nueva York es taxativo al obligar a los Estados parte a reconocer el convenio arbitral celebrado por escrito y firmado⁽²⁴⁷⁾.

El artículo 11.1 LA impide que exista un supuesto de litispendencia en el pla-

no interno y por lo tanto ha de impedirlo, también, cuando se trata de un arbitraje internacional desarrollado fuera de España. Y ello, en la medida en que, técnicamente, ambas realidades –la estatal y la arbitral– se “excluyen mutuamente por definición”⁽²⁴⁸⁾. El arbitraje y el procedimiento estatal son dos vías paralelas a disposición de las partes y dependientes de la voluntad de éstas, que no se entrecruzan más que de forma esporádica y siempre –y exclusivamente– en lo expresamente establecido por la propia Ley de Arbitraje española al amparo del mandato de su artículo 7.

El TS, en resumen, obvia la mayor en su razonamiento; esto es, que en este supuesto no se confrontan dos sentencias provenientes de tribunales estatales, sino una eventual –y futura– decisión estatal, y un laudo arbitral, fruto de un procedimiento generado a partir de la voluntad cierta –y doble– de las partes de someter sus litigios a arbitraje –por un lado– y, consecuente y correlativamente, de detraer a los tribunales estatales el conocimiento de éstos, por otro.

Siendo esto así, resulta desenfocado y erróneo, de partida, hablar de la existencia de un “conflicto” entre procedimientos desarrollados ante tribunales estatales y procedimientos arbitrales en el plano internacional. Más aún, a través de la aceptación de lo que resulta inaceptable, se logra desvirtuar el funcionamiento del Convenio de Nueva York de 1958, haciéndole decir algo que no piensa y que, desde luego no afirma (...) y ello, sin entrar en la

⁽²⁴⁵⁾ ARTUCH IRIBERRI, E. *Contenido del orden público (...)* Op. cit. p. 126; *Ibidem*. Nota al ATS de 16 de noviembre de 1999, AEDIPr, 2001. p. 722.

⁽²⁴⁶⁾ 1. *El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.*

⁽²⁴⁷⁾ ARTUCH IRIBERRI, E. Op. cit. p. 131.


⁽²⁴⁸⁾ ARTUCH IRIBERRI, E. *Cumplimiento de laudos arbitrales extranjeros de conformidad al Convenio de Nueva York de 1958.* AEDIPr, 2002.

valoración de la vinculación que se realiza entre la institución de la “litispendencia” y la noción de orden público prevista en el artículo V.2.b) del texto convencional.

ii.- Orden público material

Junto al orden público procesal existe una dimensión sustantiva que no debe ser olvidada, y que refiere a la posibilidad de que el laudo extranjero sea contrario a determinados principios esenciales o normas imperativas españolas. Esta dimensión ha sido muy escasamente explorada en la práctica española en relación con el Convenio⁽²⁴⁹⁾.

4. VALORACIÓN FINAL

La práctica jurisprudencial española en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, al amparo del Convenio de Nueva York de 1958, se ha demostrado flexible y rectilínea, amén de amplia. La presencia de algunos elementos de preocupación –motivados, esencialmente, por la alegación, y en ocasiones estimación de causas no previstas en el Convenio– no empaña ni oculta este hecho. Todo apunta a que la plena involucración de España en el comercio internacional favorecerá, aunque con algún sobresalto, una profundización en esta tendencia. 

⁽²⁴⁹⁾ Aunque se encuentra recogida en el plano comunitario en relación, por ejemplo, con el artículo 81 TCEE (STJUE de 1 de junio de 1999, en el asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV. Rec.*, 1999. p. I-03055). Al respecto, y por todos, ALVAREZ GONZÁLEZ, S. *Arbitraje comercial internacional, orden público y derecho comunitario de la competencia*. En: *La Ley UE*. Número 4895, de 30 de septiembre de 1999.

NUEVAS PERSPECTIVAS DEL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958 DESDE LA JUSTICIA ESPAÑOLA

Por: ANTONIO GARCÍA PAREDES (*)

“Verba volant, scripta manent”

SUMARIO: 1. *Preámbulo.* 1.1. *Pensamiento contemporáneo.* 1.2. *Realidad contemporánea.* 1.3. *Derecho mundial contemporáneo.* 2. *Perspectivas del CNY desde la justicia española.* 3. *Perspectivas procesales. Nueva etapa.*

1. PREÁMBULO

España conoció tarde, o mejor dicho con retraso (nunca es tarde), el Convenio de Nueva York de 1958. Este había realizado ya una singladura de casi 20 años, cuando el legislador español decidió ratificarlo (1977). No voy a recordar lo que para muchos fueron los años oscuros para el arbitraje en España. Sólo destacar el hecho de que aquella ratificación se llevó a cabo en una situación política de reciente salida de la dictadura y

alumbramiento de la democracia y que ahora la “celebración” del quincuagésimo aniversario tiene lugar en un ambiente político democrático, inspirado por los principios de libertad y justicia, principalmente⁽¹⁾. Aquella ratificación, que para muchos agentes del Derecho pasó tal vez inadvertida, sería el embrión de una *nueva realidad jurídica arbitral* en España. En el decenio posterior vería la luz la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, que dio un impulso prometeico a la institución arbitral⁽²⁾. Y de esa diná-

(*) Juez de la Audiencia de Madrid. Presidente de la Sección VII de la Audiencia Provincial de Madrid. Portavoz nacional de la Asociación Profesional de la Magistratura, España.

(1) Artículo 1 de la Constitución Española:

“1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

(2) Como dice la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Arbitraje: La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, es tributaria de esta vocación, ya antes manifestada explícitamente en el Real Decreto 1094/

mica –y de la extensión de las relaciones exteriores– se llegaría a la Ley de 23 de diciembre de 2003, que supone el espaldarazo definitivo del legislador español a la normativa arbitral de la UNCITRAL/CNUDMI y la inmersión incondicionada en el mundo del arbitraje en el siglo XXI.

1.1. Pensamiento contemporáneo

Pero, curiosamente y paradójicamente, *el mundo de arbitraje internacional sigue una marcha ascendente mientras la realidad jurídico-política de los Estados soberanos va en retroceso*, o como algunos dicen, se va “deconstruyendo”. Como ha afirmado Giacomo Marramao, profesor de Filosofía Política de la Universidad de Roma y miembro del Collège International de Philosophie de París, “*el Estado como persona se presenta simplemente como artificio y abstracción jurídica. Su “existencia” es, pura y simplemente, una creación del derecho, la personificación de un sistema de normas de las cuales es precisamente el Estado el último término de imputación*”⁽³⁾. A partir de ello piensa que ese modelo de configuración política del Estado está dando señales de crisis que apuntan hacia una disolución del concepto de Estado que discurre por dos vías distintas: “*a) A través de la definitiva convencionalización de la soberanía en mero axioma formal*

de apertura/cierre del ordenamiento”, y “*b) A través de la reducción de la soberanía a cifra compendiosa de un sistema de funciones o de un complejo de instituciones*”⁽⁴⁾. Se habla ya de “soberanía dividida” (Norberto Bobio) o de “soberano fragmentado” (Stéfano Rodotà), hasta el punto de que, según él mismo constata, “*en los últimos años se ha ido consolidando la convicción de que la caída del Muro de Berlín no ha marcado solamente el desmoronamiento del imperio soviético y del sistema bipolar, sino que también ha cerrado la época del Estado-nación iniciada con la Revolución Francesa*”⁽⁵⁾.

Sin embargo, ese declive del concepto de Estado no es para él una mala noticia, sino una cierta *vuelta a las “fuentes”* de donde bebió su primigenia configuración, si bien con unos agentes distintos, porque la historia no se repite. “*En el crepúsculo del Estado moderno vuelven a entrar en escena aquellas potestas indirectae, aquellas “potestades” socio-institucionales autónomas, aquel multipolarismo conflictivo, que la soberanía del Estado había “neutralizado” poniendo fin, con la paz de Westfalia (1648), al largo y sangriento capítulo de las guerras civiles confesionales*”⁽⁶⁾. Esas potestades sobreviven en la actualidad, aunque con ropajes diferentes, pero tal vez con una sustancia esencialmente similar (*regiones,*

1981, de 22 de mayo, que abrió las puertas al arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta que “el incremento de las relaciones comerciales internacionales, en particular en el área iberoamericana, y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje comercial internacional en nuestro país determina que la utilización de la técnica arbitral por empresarios y comerciantes de la citada área se efectúe con referencia a instituciones de otro contexto cultural idiomático, con el efecto negativo que ello representa para España y la pérdida que para nuestro país significa la ruptura de las vinculaciones con los citados países en materia de tan creciente interés común”.

(3) MARRAMAIO, Giacomo. *Pensar en el siglo*. En: *Pensamiento*. Taurus, 1999. p. 97.

(4) *Op. cit.* p. 99.

(5) *Op. cit.* p. 107.

asociaciones de intereses, grupos de distintas identidades). El Poder Legislativo estatal –soberano– estaría encaminado hacia una pulverización y difuminación, a la par que se estaría iniciando una “pluralización de la soberanía” o de una “democracia colectiva” *cuyos sujetos principales sería los grupos de interés y los grupos culturalmente diferenciados*. A nadie se le escapa la importancia e incidencia que en las decisiones políticas (tanto a nivel nacional como supranacional) tienen las bolsas, los grandes bancos, las grandes empresas de comunicación, los países de la OPEP, los propietarios de materias primas, la grandes empresas de tecnología, etcétera.

1.2. Realidad contemporánea

Pero, mientras los teóricos del Derecho miran hacia el mundo a través de su catalejo invisible (que a veces coloca como cercanas realidades que todavía están en lontananza), el mundo gira día a día, en medio de pequeños o mediano conflictos, empujado por los esfuerzos de millones de seres humanos que tratan de sobrevivir (unos) o de no perder su bienestar (otros). Si bien en esos conflictos concretos subyacen realidades similares a las apuntadas por los teóricos del Derecho. Así desde el análisis económico se ha afirmado: “*Si un historiador estableciese la secuencia de los hombres más poderosos de cada momento, observaría*

la transformación que se ha ido produciendo en el mundo globalizado. En las clasificaciones que se establecen anualmente sobre las personas más poderosas o más influyentes (que no es exactamente lo mismo, pero sí muy parecido) han ido perdiendo presencia los políticos en beneficio de los financieros, empresarios o estrellas de la comunicación”⁽⁷⁾. También los economistas perciben que está variando el concepto de poder y que las decisiones que hasta ahora se pensaba que se tomaban en el ámbito político más estricto se adopta se originan en otras instancias pertenecientes al ámbito económico: “*Hay algunas organizaciones multilaterales, privadas o públicas, que se revelan como los ‘recipientes donde se toman las decisiones o donde se dan cita los responsables del poder para establecer las tendencias*”⁽⁸⁾, hasta llegar a la resignada conclusión (que para algunos es casi un dogma) de que “*el mercado es el que gobierna y el Gobierno quien administra lo que dice el mercado*”.

1.3. Derecho mundial contemporáneo

En medio de esas interminables y recurrentes tensiones filosóficas, políticas, económicas y sociales, *la Organización de las Naciones Unidas* (precedida por la Carta del Atlántico⁽⁹⁾) y por la Sociedad de Naciones) *ha intentado, por un lado, erradicar las guerras y, por otro, fomentar el progreso económico*

(6) *Op. cit.* p. 103.

(7) ESTEFANÍA, Joaquín. *La cara oculta de la prosperidad*. Taurus. p. 26.

(8) *Op. cit.* p. 27.

(9) “El 1 de enero de 1942, es decir, después de la entrada en la guerra de Estados Unidos, los veintiséis países aliados emiten la Declaración de las Naciones Unidas, en que se insiste en los objetivos de la Carta del Atlántico y se manifiesta la unidad de fines en la prosecución de la guerra”. MEDINA ORTEGA, Manuel. *La organización de las Naciones Unidas*. Tecnos, 1969.

mundial⁽¹⁰⁾. La ONU ha sido –y en cierto modo continúa siendo, hasta que no sea sustituida o reemplazada– la concreción de un *movimiento de superación de los conflictos entre países distintos, entre gentes distintas, entre culturas distintas, a base del diálogo, del Derecho y de la acción diplomática*⁽¹¹⁾. Por eso en 1947 la Asamblea General estableció la *Comisión de Derecho Internacional*, cuya función era impulsar el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación. Y de ahí se llegaría a la creación de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) que impulsaría la aparición de toda una cadena de monumentos jurídicos relacionados con el arbitraje internacional: El Reglamento de Arbitraje (Nueva York 1976), la Ley Modelo (Viena 1985).

Se podrá discutir el éxito o el fracaso de la Naciones Unidas en el terreno político durante la segunda mitad del siglo XX y durante la primera década del siglo XXI. Cosa que, además, no sería objeto de este encuentro ni de este trabajo. Pero lo que no se puede dejar de reconocer es la pujanza y el vigor de alguna de sus actuaciones, reflejadas en actuaciones concretas, como ésta del impulso del Derecho Mercantil y, como consecuencia de ello, el impulso del arbitraje en el mundo y el esfuerzo por la eficacia de los laudos arbitrales.

El *Convenio de Nueva York de 1958* es uno de esos frutos tempranos y perma-

nentes. Y el hecho de que casi 200 Estados hayan ratificado el Convenio y que otros muchos países miren hacia el Convenio y hacia la Ley Modelo como una fuente de inspiración legislativa y judicial obliga a admitir que gracias a la ONU el derecho mercantil y, en particular, el derecho arbitral han alcanzado unas altas cotas de universalidad, condición esencial para la seguridad jurídica que las propias relaciones comerciales demandan.

El Convenio de Nueva York se ha convertido por así decirlo en un “software” jurídico compatible con los diferentes “hardware” de los Estados y de los ordenamientos jurídicos. Ha creado un ropaje que susceptible de ser vestido por todos, a lo sumo con algún pequeño retoque.

Aspiración a la universalidad en lo formal y esfuerzo por lo más justo en lo material. El Convenio de Nueva York no es sólo una norma de *procedimiento* y de *atribución de competencias procesales*, que pretende ser aplicada en cualquier lugar sin merma de los ordenamientos jurídicos particulares. Es también una *norma de hondo calado ético y jurídico*, desde el momento que establece una serie de *condiciones de fondo*⁽¹²⁾ para que el laudo arbitral pueda ser reconocido. Algo así como si pretendiese una “justicia de mínimos” en el ámbito del arbitraje, que no perjudique en absoluto ni la autonomía de las partes ni la independencia del árbitro, pero que a la vez busque que la solución

(10) Los fines se contienen en el preámbulo y artículo I. Sintetizando los mismos podemos apreciar cuatro objetivos fundamentales: 1) respeto al Derecho internacional y erradicación de la guerra; 2) igualdad entre los Estados; fomento del progreso económico y social mundiales; 4) promoción y protección de los derechos de la persona.

(11) “Su labor ha sido más fructífera en aquellos objetivos que fueron secundarios para los padres fundadores que en sus directrices maestras, entonces, y hoy prioritarias” (Antonio Cassese).

(12) V.gr. la validez, la eficacia y la aplicabilidad del convenio arbitral (artículo II.3).

del conflicto se produzca mediante una resolución enmarcada en las coordenadas que delimitan lo que podría denominarse una justicia universal.

Ahora bien, *la universalidad tiene sus costes*. Quizá no tantos en el terreno comercial, en el que el intercambio de bienes (v.gr. mediante la compraventa), o la prestación de servicios, se producen de manera similar en territorios de diferente cultura jurídica. Y además la intervención cada vez más acusada de la tecnología no sólo en las comunicaciones y relaciones de las partes sino también en la propia configuración y dinámica de los contratos, favorece o invita a una cierta homogeneidad en los resultados. Es más fácil ponerse de acuerdo en la valoración económica de una determinada prestación jurídica, que obtener un acuerdo en la calificación jurídica de esa misma prestación. En el comercio, se suele decir, la realidad va por delante de la norma.

El Convenio de Nueva York, como fruto que es de una organización (la ONU) que por naturaleza y destino reconoce y respeta la soberanía particular de cada Estado miembro, tiene a una “universalidad horizontal” en la que todavía *la autoridad del Estado miembro tiene una gran importancia a la hora de homologar jurídicamente el laudo arbitral o de dar vía libre a su ejecución*⁽¹³⁾.

Sin embargo, la tendencia –incluso dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York– es la de *que se lleve a constituir un acervo de normas arbitrales que estén por encima de la justicia particular de cada país*. Una normativa que, aún sin decirlo explícitamente, sea supranacional, porque su “autoridad” interna es fácilmente asumible por cualquier Estado que funcione conforme a los parámetros jurídicos generales.

Quiérase o no, estamos asistiendo al nacimiento de una realidad socio-política integrada por *dos universos paralelos*⁽¹⁴⁾, que, sin excluirse ni anularse mutuamente, funcionan con dinámicas diferentes: la *justicia arbitral* y la *justicia estatal*. Y es que en el ámbito comercial internacional *el arbitraje se engrosa y extiende*, mientras que *el derecho territorial –sobre todo en relación con el comercio internacional– está en retirada y se deconstruye*. Cuanto más compleja es la realidad comercial y de intercambio, más fuertemente se siente la necesidad de huir de la normativa estatal a la hora de pensar en la resolución de los posibles conflictos. Es verdad que esa universalización de la normativa sobre el arbitraje internacional se ha ido abriendo paso, poniendo el pie sobre las piedras seguras del derecho interno de cada país. Pero ha tenido la virtualidad de superar esas bases y generar un sentimiento de seguridad por sí misma.

(13) Como ha señalado algún autor: “La vis atractiva del Estado moderno ha conseguido patrimonializar la justicia y, con ella, el Derecho, erigiendo la justicia misma en un Poder, junto al Ejecutivo y el Legislativo (...) Esto explica que, en los países fuertemente estatalizados, el arbitraje, hasta hace poco tiempo, haya sido un instrumento iuris residual, y que, sin embargo, haya tenido un protagonismo mayor en el Reino Unido y, en general, en el ámbito del common law”.

(14) Un ejemplo de ese “paralelismo” lo tenemos en el tema del llamado “efecto negativo” de la regla de la competencia de los árbitros para juzgar sobre su propia competencia y su relación con la competencia judicial para examinar la existencia o validez del convenio. (Confrontar Marco de Benito LLopis-LLombart, en RCA 1/2008, p. 187).

2. PERSPECTIVAS DEL CNY DESDE LA JUSTICIA ESPAÑOLA

La Ley de Arbitraje española de 2003 ha supuesto el espaldarazo definitivo al Convenio de Nueva York a poco más del cuarto de siglo de la ratificación de éste por el Reino de España. En lo que se refiere a la *ejecución de laudos extranjeros*, ha supuesto la aceptación plena de esa norma casi universal. Lo que ciertamente no quiere decir que los laudos arbitrales extranjeros pasen por España indiscriminadamente, sin el menor filtro jurídico. El arbitraje, aunque basado esencialmente en la autonomía de la voluntad, necesita desde la perspectiva española un *mínimo ropaje jurídico* que permita determinar que esa voluntad ha sido respetada en su *expresión (convenio arbitral)* y en el *procedimiento de solución (proceso arbitral y laudo)*. La *presunción mínima* de que las partes que acuden al arbitraje quieren el arbitraje (convenio), y no otra cosa, la asume el Derecho como “vigilante en lontananza” al que puede acudir aquella parte que considere que el arbitraje se ha desvirtuado en su caso concreto. Porque, si bien la justicia española ha venido dejando muy claro durante los últimos años que el contenido o fondo de las decisiones definitivas de los árbitros no le importa ni va a enjuiciarlo, lo que sí que es irrenunciable a la justicia española es la “pureza” jurídica del proceso en virtud del cual ha surgido el laudo arbitral. Si el procedimiento ha sido correcto, el laudo como solución de una controversia entre partes se presume también acertado e *inexpugnable jurídicamente*.

En esa línea el *Tribunal Supremo* (órgano competente en materia de exequatur hasta la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000) ha llevado a cabo pronunciamientos que sintonizan perfectamente con el CNY.

Por ejemplo, sólo consta un caso (ATS de 24/09/2002) en que se haya *denegado el reconocimiento* del laudo por incumplimiento del artículo IV.1.a) CNY, al no haberse aportado junto con la demanda el original o copia autenticada de la resolución arbitral, acompañada de la correspondiente traducción jurada.

El artículo IV.1,b) CNY⁽¹⁵⁾ ha dado lugar a pronunciamientos diferentes (estimatorios y denegatorios). Son más lo que estiman la *existencia de convenio arbitral* (ATS de 2/03/1999; 27/04/1999; 21/11/2000; y 8/10/2002) que los que declaran su inexistencia (ATS de 19/12/2000).

No han tenido dificultad alguna de reconocimiento los casos en que el *convenio arbitral venía debidamente firmado por las partes*. Pero en los casos en que no existía esa firma, el Tribunal Supremo ha apreciado en la mayoría de ellos la existencia de convenio arbitral deduciéndolo de la existencia de la inequívoca voluntad de la partes de somete la resolución de la controversia al juicio de un arbitro a partir de la comunicaciones habidas entre ellas (ATS de 17/02/1998; 05/05/1998; 14/07/1998 y 13/11/2001). Incluso, en esa actitud de favor hacia el arbitraje, el Tribunal Supremo ha venido a deducir la inequívoca voluntad de las partes de someterse a arbitraje a partir

⁽¹⁵⁾ Se refiere a que, junto con la demanda, se debe presentar:

“b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad”.

de las comunicaciones existentes a través de “empresas mediadoras”⁽¹⁶⁾. Se ha situado así el TS en la línea que luego marcaría la CNDUMI en la Recomendación de 7 de julio de 2006, que luego ratificaría la Asamblea General de la ONU en fecha 4 de diciembre de 2006, y que supuso una reforma importante del artículo 7 de la Ley Modelo ofreciendo una nueva concepción del requisito de “escritura” en los convenios arbitrales.

También ha sido utilizado por el Tribunal Supremo como indicativo de la aceptación de la sumisión a arbitraje el *comportamiento de la entidad demandada en el procedimiento arbitral* (confrontar ATS de 31/03/1998; 1/12/1998; 28/03/2000; 16/05/2001 y 12/03/2002).

Se observa en todos estos pronunciamientos una visión del arbitraje muy acorde con la realidad comercial y jurídica y con las aspiraciones que se plasman en la legislación internacional. El TS guarda un loable equilibrio entre el reconocimiento del arbitraje en los casos en que la realidad (no sólo jurídica sino social y comercial) así lo denota de diversas maneras y con diferentes matices y la denegación del reconocimiento porque ningún dato apuntaba hacia esa voluntad compromisoria de las partes.

Aunque el verdadero campo de batalla y la piedra de toque en la aplicación del CNY la ha marcado siempre la interpretación y aplicación del *artículo V del Convenio*. Particularmente escrupuloso se ha manifestado el Tribunal Supremo a la hora de valorar si el procedimiento arbitral se ha llevado a cabo conforme a los

criterios legales y a lo pactado por las partes. El derecho de defensa ha sido especialmente protegido. Así se ha entendido que se había violado el *orden público* en casos en que la parte no había sido debidamente *notificada de la designación del árbitro o del procedimiento* de arbitraje (ATS 17/02/1998; 27/04/1999; 1/01/2000; 21/03/2000; 11/04/2000; 23/11/2001 y 8/10/2002). También porque la parte demandada no ha podido, por cualquier causa, *hacer valer sus medios de defensa* (ATS de 31/03/1998; 29/09/1998; 8/02/2000; 31/07/2000; 28/11/2000 y 13/03/2001).

En relación con la *actuación de los árbitros* se ha denegado el exequátur bien por *irrazonabilidad del laudo* (ATS 29/09/1998) bien por *parcialidad del tribunal* (ATS 27/04/1999 y 18/04/2000).

Siguiendo el propósito inicial de síntesis, se puede decir que el Tribunal Supremo se ha movido en este terreno del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras con una voluntad progresiva de dar al arbitraje comercial internacional *su verdadera dimensión proyectada en tres dimensiones: respeto a la voluntad de las partes, respeto al derecho de defensa y respeto al contenido de los laudos*. Los pronunciamientos del TS reflejan claramente un interés por que no haya dudas de que las partes han querido someterse a arbitraje. Ese es el verdadero pórtico de entrada al reconocimiento del laudo. La verdadera raíz y justificación del arbitraje estriba en que las partes se propongan de común acuerdo someter sus diferencias a la resolución de un árbitro. Con eso se coloca la primera

(16) Autos TS de 17/02/1998; 5/05/1998; 14/07/1998 y 13/11/2001.

pata del trípode. En segundo lugar, el procedimiento arbitral debe desarrollarse conforme a unas coordenadas jurídico–procesales mínimas en las que, sobre todo, salga indemne el derecho de defensa (lo que exige noticia de todo cuanto sucede, posibilidad de utilizar los medios adecuados de defensa, y sujeción del laudo a la extensión querida por las partes). En este ámbito el Tribunal Supremo ha sido especialmente incisivo, llegando a adoptar un concepto del “orden público” prácticamente identificado con el “orden público procesal”. Lo que hace más inexpugnable el laudo, una vez que este ha emergido de un procedimiento arbitral correctamente llevado.

El Convenio de Nueva York, para la justicia española, sólo puede ser superado por algo mejor que él mismo, es decir, por un convenio de reconocimiento de laudos extranjeros que sea todavía más favorable al reconocimiento del arbitraje⁽¹⁷⁾.

3. PERSPECTIVAS PROCESALES. NUEVA ETAPA

A partir de la Ley de Arbitraje de 2003 (y de la consecuente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial) el Tribunal Supremo ha quedado prácticamente apartado del ámbito del arbitraje. Se le exime del conocimiento de los exequátur (que ha sido hasta ahora el procedimiento que fundamentalmente ha propiciado doctrina jurisprudencial) y al no ser accesible al recurso de casación la sentencia que

las Audiencias Provinciales dictan al resolver sobre la acción de anulación de los laudos. *La interpretación y la aplicación del Convenio de Nueva York quedan ahora en manos de los jueces de primera instancia.* Con la nueva Ley de Arbitraje surge una *nueva situación competencial* que, desde una primera impresión, puede ser caldo de cultivo para la dispersión de criterios y para la inseguridad jurídica.

De ese modo, un aspecto tan importante en el derecho arbitral como es la existencia y la validez del convenio arbitral queda en manos de distintos niveles jurisdiccionales. El juez de primera instancia (que conoce por ejemplo de una demanda de juicio ordinario) puede verse en la tesitura de tener que pronunciarse sobre la validez de un convenio arbitral a la hora de decidir sobre una declinatoria por sumisión a arbitraje. Si dice que no, el arbitraje puede seguir adelante, aunque pueda ser luego susceptible de encontrarse otra vez con la jurisdicción en caso de que se ejercite la acción de anulación contra el laudo y se invoque como posible motivo la inexistencia de convenio arbitral en línea o sintonía con lo dicho por el juez de primera instancia que desestimó la declinatoria. Y cabe la posibilidad de que la Audiencia Provincial desestime el motivo por entender que el convenio era válido. Doble pronunciamiento judicial con sentido diferente o incluso contradictorio. Situación no deseable que, para evitarla, requerirá de un gran esfuerzo de unificación de criterios entre los juzgados y

(17) Artículo 46 LA.

“2.El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”.

también entre las Audiencias Provinciales. Sin duda que ayudará a ello la consolidada doctrina del Tribunal Supremo anterior a la Ley de Arbitraje de 2003, que claramente ha apostado por la interpretación favorable al arbitraje.

Otro posible riesgo de inseguridad proviene de la atribución a los jueces de primera instancia del exequátur de los laudos extranjeros. La Ley de Arbitraje de 2003 dispone en el artículo 8.6 que:

“Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento jurídico procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros”.

Y ha sido la Ley Orgánica del Poder Judicial la que, al establecer las competencias de los Jueces de Primera Instancia en el artículo 85.5, les ha atribuido la siguiente:

“5. De las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal”.

Con una derivación o excepción hacia los jueces de lo mercantil de aquellas resoluciones arbitrales que tenga que ver con la materia atribuida a éstos. Así el artículo 86 LPOJ les atribuye el conocimiento:

“g) De los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el

artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado”.

Se bifurca, pues, la competencia del exequátur, con el *hándicap* añadido de que al no haber regulado la ley de arbitraje el procedimiento de exequátur sigue vigente el establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (el que aplicaba el Tribunal Supremo cuando ejercía esta competencia), a tenor de la Disposición Derogatoria Única 1.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Y este apoyo en una institución procesal residual comporta la rémora de que el *Auto* que dicte el Juez de Instancia o el Juez de lo Mercantil para resolver la petición de exequátur *no es susceptible de recurso* (artículo. 956.2 LEC). Situación que ha sido calificada por unos como “olvido” del legislador (Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor) y por otros como “pereza” (Julio González Soria). Con lo que se vuelve a correr de nuevo el riesgo de dispersión de criterios entre los juzgados.


Ello induce a proponer que hay que abrir la “vía interpretativa” para que el *Auto* de “exequátur” de los Juzgados de 1ª Instancia pueda ser recurrido en apelación ante las Audiencias Provinciales. Así parece haberlo entendido ya la Audiencia Provincial de Barcelona (Auto 324/2006, de 20 de octubre) al admitir a trámite el recurso de apelación interpuesto contra un *Auto* de un Juzgado de Primera Instancia, al que el Juzgado previamente había dado también trámite.

Aunque se respete la jurisprudencia del TS hasta ahora emanada en aplicación del CNY, puede que surjan nuevas cuestiones que es preciso que tengan una *respuesta uniforme*. Los juzgados de prime-

ra instancia suponen el riesgo de la dispersión. Los pronunciamientos de la AP reducen ese riesgo. Y si luego hubiese un recurso de “unificación de doctrina” ante el Tribunal Supremo, la seguridad jurídica sería aún mayor.

La extensión –cada vez mayor– del arbitraje comercial en un mundo globalizado, si bien “*arrincona*” al Estado al poder someterse las partes a cualquier legislación o modo de composición – desmoronando así el *principio de territorialidad*– sin embargo, *los laudos incumplidos hacen que el arbitraje “retorne a los brazos del Estado” en busca de homologación y de ejecución forzosa*. Y en esta vía de regreso es preci-

so manejar algo más que los criterios jurídicos nacionales.

De momento la jurisprudencia española que interpreta el CNY sitúa el concepto de orden público (como posible obstáculo al reconocimiento y a la ejecución) dentro de límites puramente formales, que tienen que ver no tanto con lo querido por las partes (fondo del asunto, respetado al máximo) cuanto con el modo en que se ha desarrollado la resolución de la controversia (procedimiento arbitral). Y en este punto la coincidencia de los países es tan grande que se puede decir que estamos ante el alumbramiento de un Derecho Arbitral Global, más que nacional o internacional. 

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK. RESEÑA CON CONSIDERACIÓN DEL BORRADOR DE VAN DEN BERG

Por: CALVIN A. HAMILTON (*)
LUIS CAPIEL (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Historia de la Convención.* 3. *Funcionamiento de la Convención.* 3.1. *Sentencias arbitrales extranjeras.* 3.2. *Reconocimiento y ejecución.* 3.3. *Denegación de reconocimiento y ejecución.* 3.4. *Primer motivo: Invalidez del acuerdo arbitral.* 3.5. *Segundo motivo: Procedimiento defectuoso.* 3.6. *Tercer motivo: Jurisdicción.* 3.7. *Cuarto motivo: Procedimiento no conforme a lo acordado.* 3.8. *Quinto motivo: Laudo no obligatorio, anulado o suspendido.* 3.9. *Arbitrabilidad y orden público.* a) *Arbitrabilidad.* b) *Orden público.* 3.10. *Remisión a arbitraje.* 3.11. *Acuerdo por escrito.* 4. *Problemas en el funcionamiento de la Convención.* 5. *Vías de solucionar los problemas.* 5.1. *Reforma de la Convención.* 5.1.1. *Propuesta de Van den Berg.* 5.1.2. *Oposición de Gaillard.* 5.2. *Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sobre Arbitraje Comercial Internacional.* 5.2.1. *Introducción.* 5.2.2. *Mecanismos por los cuales la Ley Modelo podría contribuir a solventar los problemas de la Convención.* 5.2.3. *Argumentos en contra.* 5.3. *Recomendación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.* 6. *Conclusión.*

(*) Vicepresidente de la Sección de Derecho Internacional y Sección de Práctica de la Asociación de Abogados de Nueva York (NYSBA). Socio fundador de Hamilton Abogados, España.

(**) Asociado de Hamilton Abogados, España.

1. INTRODUCCIÓN

Es gracias a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York)⁽¹⁾ que el arbitraje es hoy en día la herramienta más efectiva de resolución de disputas internacionales⁽²⁾. Un laudo⁽³⁾ que se conforme a los requisitos de la Convención debe ser reconocido y ejecutado prácticamente en todo el mundo.

No existe un régimen global comparable para la ejecución de sentencias judiciales, lo cual podría parecer casi absurdo⁽⁴⁾.

2. HISTORIA DE LA CONVENCIÓN

Las raíces de la Convención se remontan a los primeros años del siglo XX. En ese entonces el arbitraje era reconocido no solo como método de resolución de disputas en el ámbito del derecho internacional público sino también en el ámbito de las relaciones comerciales. Durante siglos los comerciantes organizados en asociaciones y gremios de comercio acudían al arbitraje para resolver sus disputas. El éxito de esa práctica radicaba en

una vinculación no legal sino moral o de facto, resultante de la naturaleza de aquellas asociaciones y gremios. Los comerciantes que no cumplieran con las decisiones arbitrales se exponían a medidas disciplinarias y al oprobio de la comunidad profesional a la que pertenecían⁽⁵⁾.

A medida que el comercio internacional fue creciendo y dejando atrás esas pequeñas estructuras, la presión del grupo fue perdiendo su capacidad de asegurar compeler al cumplimiento de los laudos arbitrales, sin que hubiera medios legales de apremio. La Convención de Nueva York surgió de los esfuerzos hechos en la primera mitad del siglo XX para asegurar la sanción legal para el arbitraje comercial privado internacional⁽⁶⁾.

Los predecesores de la Convención, ambos impulsados fuertemente por iniciativas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), fueron, primero el Protocolo de Ginebra relativo a las Cláusulas de Arbitraje, y luego la Convención de Ginebra sobre la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobados por la Asamblea de la Sociedad de Naciones el 24 de septiembre de 1923 y el 26 de septiembre de 1927 respectivamente, y

(1) En lo sucesivo "la Convención".

(2) BLANCH, Juliet. *Arbitration Instruments of the United Nations: (1) the New York Convention, (2) the UNCITRAL Arbitration Rules and (3) the UNCITRAL Model Law*. En: ROWLEY J William QC (editor). *Arbitration World, Jurisdictional Comparisons*. 2da. edición. London: The European Lawyer Ltd., 2006. CXLIV.

(3) La Convención se refiere a "sentencias arbitrales"; en lo sucesivo aquí se utilizará el término "laudo".

(4) BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. *Future Perspectives*. En: GAILLARD, Emmanuel y Domenico DI PIETRO (editores). *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice*. London: Cameron May Ltd., 2008; 869; D.M. Julian Lew et al. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. 692.

(5) BRITNER, Robert y HAMILTON, Virginia. *The History and General Purpose of the Convention, The Creation of an International Standard to Ensure the Effectiveness of Arbitral Agreements and Foreign Arbitral Awards*. En: GAILLARD, Emmanuel y DI PIETRO, Domenico (editores). *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice* (Cameron May Ltd., London, 2008), 3.

(6) *Ibidem*.

entrados en vigor el 28 de julio de 1924 y el 25 de julio de 1929 respectivamente, en muchos de los países líderes en comercio, preponderantemente en Europa⁽⁷⁾.

El Protocolo de Ginebra obligaba a los Estados Contratantes a reconocer la validez de acuerdos arbitrales en cuanto a disputas entre partes de diferentes Estados Contratantes (cláusula de “diversidad de nacionalidad”). También contenía disposiciones para el procedimiento arbitral y la ejecución de laudos: disponía que el procedimiento se regiría por la voluntad de las partes y la ley del país de la sede del arbitraje, y que los Estados Contratantes se obligaban a asegurar la ejecución de los laudos dictados en su propio territorio. El protocolo no contenía estipulaciones sobre la ejecución de laudos extranjeros.

Esta última omisión, que limitaba considerablemente el alcance del Protocolo, fue corregida con la Convención de Ginebra, el cual establecía en su artículo 1 que “se reconocerá la autoridad de todo (o laudo) recaído como consecuencia de un compromiso o una cláusula compromisoria señalados en el (Protocolo), y la ejecución de dicho (o laudo) se llevará a efecto de conformidad con las reglas de procedimiento seguidas en el territorio donde (el laudo) se invoque”. La Convención de Ginebra estaba basada en la reciprocidad, es decir que los Estados Contratantes solo estaban obligados a ejecutar los laudos dictados en otro Estado Contratante. La Convención de Ginebra además estipulaba en su artículo 1:

“Para obtener dicho reconocimiento o dicha ejecución será necesario además:

- a) *Que (el laudo) haya sido dictado(o) a consecuencia de un compromiso o cláusula compromisoria válidos, según la legislación que le sea aplicable.*
- b) *Que con arreglo a la ley del país donde sea invocad(o), el objeto de(l laudo) sea susceptible de solución por vía de arbitraje.*
- c) *Que (el laudo) haya sido pronunciado por el tribunal arbitral previsto en el compromiso o en la cláusula compromisoria o constituido conforme acuerdo de las partes y a las reglas de derecho aplicables al procedimiento de arbitraje.*
- d) *Que (el laudo) se haya hecho firme en el país donde hubiere sido dictado(o), no considerándose como tal si es susceptible de impugnación, apelación o recurso de casación (en los países en que existan dichos procedimientos), o si se prueba que está en curso un procedimiento para impugnar la validez de(l laudo).*
- e) *Que el reconocimiento o ejecución de(l laudo) no sean contrarios al orden público o a los principios del Derecho público en el país en que se invoque”.*

El artículo 2 establecía:

“Aun en caso de que concurran las condiciones previstas en el artículo 1, no se procederá al reconocimiento y ejecución de la sentencia si el Juez comprobare:

⁽⁷⁾ No en EEUU y la URSS.

- a) *Que (el laudo) ha sido anulad(o) en el país donde fue dictad(o).*
- b) *Que la parte contra la cual (el laudo) se invoque no ha tenido conocimiento, en tiempo oportuno, del procedimiento de arbitraje para hacer valer sus medios, o que siendo incapaz, no haya estado regularmente representada.*
- c) *Que (el laudo) no verse sobre la diferencia prevista en el compromiso, o no se encuentre incluid(o) en las previsiones de la cláusula compromisoria, o que contenga decisiones que excedan de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria”.*

El artículo 4.2 exigía para la ejecución de un laudo el suministro de “(l)os documentos y datos capaces de establecer que la sentencia se ha hecho firme (...)”. Ello hacía necesaria la solicitud de exequátur en el país donde se dictó el laudo como también en el país de ejecución (doble exequátur)⁽⁸⁾.

A la Convención de Ginebra se la criticaba por padecer de varias deficiencias y contener algunas disposiciones imprecisas, pero sobre todo por sus muchas referencias a las leyes nacionales y por su cláusula de “diversidad de nacionalidad”. Las referencias a las leyes nacionales dejaban el reconocimiento y la ejecución de laudos sujetos a las varias di-

ferencias entre las reglas y prácticas nacionales y permitían a las partes oponerse en base a idiosincrasias y formalidades de procedimiento nacionales.

La CCI consideraba que el camino a seguir era permitir que un laudo sea completamente independiente de las leyes nacionales, y a tal fin introdujo el concepto de *laudo internacional* en un borrador de convención, que contenía muy pocas referencias a las leyes nacionales⁽⁹⁾. Entre otras cosas, en el borrador de la CCI se eliminaban la referencia a las leyes nacionales en cuanto al procedimiento arbitral, y la necesidad de doble exequátur, manteniéndose solo el requisito de que el laudo a ejecutar no haya sido anulado. El borrador fue presentado al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, el cual el 6 de abril de 1954 creó una comisión para estudiar el asunto, la cual propuso un borrador de Convención (en adelante “borrador ONU”). Entre el 20 de mayo y el 10 de junio de 1958 se celebró en Nueva York una Conferencia, a la que acudieron delegados de 40 países, para considerar y enmendar el borrador ONU, lo cual resultó en el actual texto de la Convención⁽¹⁰⁾.

3. FUNCIONAMIENTO DE LA CONVENCION

La Convención está compuesta por 16 artículos de los cuales los primeros siete son los más relevantes para la práctica.

⁽⁸⁾ REDFERN, Alan. *Law and Practice of International Commercial arbitration*. 4ta. edición. Londres: Sweet & Maxwell, 2004. Capítulo 10. Sección 22.

⁽⁹⁾ Ver BRITNER y HAMILTON. *Op. cit.* 9; el borrador se encuentra reproducido en las páginas 24 y siguientes.

⁽¹⁰⁾ Ver en general sobre la evolución que desembocó en la Convención Lord Mustill “*The History of International Commercial Arbitration, A Sketch*” en NEWMAN, Lawrence W. y D. HILL, Richard (editores). *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration*. Huntington: Juris Publishing, Inc., 2004. pp. 1 - 16.

Estos contemplan dos actos básicos⁽¹¹⁾ Por una parte se regula el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros en los artículos I y III a IV, disposiciones que se analizan a continuación en los puntos A a I. Por otra parte se regula la remisión de las partes de un acuerdo arbitral al arbitraje por parte de los Tribunales, disposición que se expone en el punto J. En ambos casos el acuerdo arbitral ha de satisfacer los requisitos de los apartados 1 y 2 del artículo II, que se exponen en el punto K.

3.1. Sentencias arbitrales extranjeras

El artículo I.1 de la Convención establece el alcance de la misma y determina que el criterio principal de su aplicabilidad es el lugar donde se haya dictado el laudo. La Convención es de aplicación a laudos “dictad(o)s en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de (dichos laudos)”. Esto implica que, en principio el Estado de origen no necesariamente ha de ser un Estado Contratante. Sin embargo, el artículo 1.3 establece que “todo Estado podrá (...) declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de l(os laudos) dictad(o)s en el territorio de otro Estado Contratante únicamente”. Esta reserva de reciprocidad ha sido empleada por aproximada-

mente dos terceras partes de los Estados Contratantes⁽¹²⁾.

Aunque la Convención, según su principal criterio de aplicabilidad, solo es aplicable a laudos extranjeros, ello no impide que cada Estado adopte una legislación que equipare los laudos nacionales y extranjeros⁽¹³⁾.

El artículo I.1 también declara expresamente que la Convención es de aplicación a laudos “que no sean considerad(o)s como sentencias nacionales”. El término “nacional” se puede interpretar restrictiva o extensivamente. Por ejemplo, en los EEUU se apreció que la Convención es de aplicación a un laudo dictado en los EEUU y que tenía como partes a dos compañías estadounidenses, dado que el asunto de la disputa tenía que ver con transacciones fuera de los EEUU⁽¹⁴⁾.

El artículo I.2 aclara que las sentencias arbitrales o laudos a los que se refiere la Convención incluyen aquellos dictados ya sea por un tribunal establecido únicamente para decidir sobre una disputa en particular, como también para cuerpos arbitrales permanentes.

A diferencia del Protocolo y la Convención de Ginebra, la Convención no requiere “diversidad de nacionalidad” de las partes para la aplicación de la Convención.

⁽¹¹⁾ Esta división general es propuesta en VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Convention of 1958: An Overview* (2003): http://www.arbitrationcca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf (a 24 de noviembre de 2008). pp. 1 y siguientes.

⁽¹²⁾ *Ibidem* 2.

⁽¹³⁾ *Ibidem* 4.

⁽¹⁴⁾ BLANCH, Juliet. *Arbitration Instruments of the United Nations: (1) the New York Convention, (2) the UNCITRAL Arbitration Rules and (3) the UNCITRAL Model Law*. En: ROWLEY, J. William QC (publishers). *Arbitration World, Jurisdictional Comparisons*. 2nd. edition. London: The European Lawyer Ltd., 2006. CXLIV.

3.2. Reconocimiento y ejecución

El artículo II impone a cada Estado Contratante la obligación de reconocer y ejecutar laudos que se ajusten a los requisitos de la Convención, en tanto que el artículo IV especifica los pasos necesarios para que una parte obtenga el reconocimiento y la ejecución de un laudo, a ser ejecutado “de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada”. Además, los Estados Contratantes, no deben imponer honorarios o costas más elevados “*que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales*”. (artículo III)

La parte solicitante debe presentar junto con la solicitud, ya sea “el original debidamente autenticado” del laudo o una copia de ese original, como también el original del acuerdo arbitral o una copia. Si el laudo o el acuerdo arbitral no estuvieran en el idioma oficial del país en que se invoca el laudo, la parte solicitante deberá presentar una traducción certificada a ese idioma de dichos documentos⁽¹⁵⁾.

3.3. Denegación de reconocimiento y ejecución

El artículo V de la Convención establece los requisitos básicos formales y procedimentales para la denegación del reconocimiento o la ejecución del laudo.

El apartado 1 de este artículo enumera una serie limitada de motivos por los cuales, si son probados por la contraparte, el reconocimiento y la ejecución del laudo pueden ser denegados. Estos motivos son importantes dado que equivalen a estándares internacionales para un laudo arbitral ejecutable, de modo que debería ser irrelevante donde se obtuvo el laudo. La parte contra la cual es invocado el laudo tiene cinco motivos que puede invocar (y probar) a fin de repeler el reconocimiento y la ejecución del laudo.

El apartado 2 establece dos motivos adicionales para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo, los cuales los tribunales pueden apreciar de oficio⁽¹⁶⁾.

De más está decir que los motivos del artículo V son taxativos (“Solo se podrá denegar (...”), por lo cual, en especial, a los tribunales les está vedado escrutar el laudo en cuanto al fondo, ya que errores de hecho o de derecho por parte del tribunal arbitral no se incluyen en la lista de motivos para denegar su reconocimiento y la ejecución⁽¹⁷⁾.

El artículo V en sus dos apartados establece que se “podrá” denegar la ejecución, lo que indicaría que incluso en presencia de un motivo de denegación el tribunal ante el cual se solicita la ejecución retiene la discreción de ejecutar o denegar la ejecución. Sin embargo, en al-

(15) Ver D.M. LEW, Julian. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. pp. 703 y siguientes; ver REDFERN, Alan. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4ta. edición. Londres: Sweet & Maxwell, 2004. Capítulo 10 Sección 32.

(16) Ver D.M. LEW, Julian. *Op. cit.* p. 705.

(17) Ver Alan Redfern. *Op. cit.* Capítulo 10 Secciones 33 a 35; ver D.M. LEW, Julian. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. p. 705; ver Van den Berg, Albert Jan. *The New York Convention of 1958: An Overview* (2003). <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf> (a 24 de noviembre de 2008), 13 s.

gunos países “podrá” ha sido interpretado como “deberá”⁽¹⁸⁾. Este problema se tratará más adelante (letra H), al analizarse el motivo de denegación a raíz del cual este problema se materializa en la práctica.

3.4. Primer motivo: Invalidez del acuerdo arbitral

El artículo V.1.a) contempla el caso de (i) que las partes en el acuerdo arbitral estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable, o (ii) 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 el laudo. En cuanto a la capacidad de las partes de suscribir un acuerdo arbitral, es quizá menos común que esto realmente sea una cuestión problemática para una persona física o para una sociedad mercantil. Las personas naturales normalmente son libres de suscribir contratos; no obstante es recomendable comprobar que una persona natural tenga la capacidad de suscribir ciertos contratos tanto según su propia Ley como también según la Ley por la que se rige el contrato.

La capacidad de las sociedades mercantiles normalmente está determinada por sus estatutos y por las leyes del país de su domicilio social. Sería inusual que alguno de ellos imponga restricciones a la capacidad de suscribir un acuerdo arbitral. Sin embargo, la incapacidad suele dar más problemas en relación con Estados u organismos estatales. En algunos

países, el Estado o sus organismos tienen vedado el resolver disputas mercantiles contra un privado mediante arbitraje. Asimismo, en algunos países, los organismos estatales pueden necesitar el permiso o la aprobación de otra autoridad para obtener la capacidad de suscribir un acuerdo arbitral. Por tanto, es siempre recomendable, antes de suscribir un acuerdo arbitral con un Estado o un organismo estatal, confirmar que tiene la capacidad de suscribir el acuerdo⁽¹⁹⁾.

3.5. Segundo motivo: Procedimiento defectuoso

El segundo motivo para la denegación de reconocimiento y ejecución de un laudo es un procedimiento defectuoso, es decir 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*”. Esta norma garantiza la integridad del procedimiento arbitral. El arbitraje que deriva en el laudo debe haber sido conducido justa y correctamente, de modo que no solo se haya hecho justicia sino que también haya sido visible que se haya hecho justicia. La alegación más común según este motivo es que la parte afectada no recibió una audiencia justa (*fair hearing*). Si bien el texto del artículo es restrictivo, este motivo ha sido invocado de forma acertada para impugnar laudos en los cuales una parte consideraba no haber recibido una audiencia justa. Diferentes

⁽¹⁸⁾ Ver D.M. LEW, Julian. *Op. cit.* p. 706.

⁽¹⁹⁾ Ver REDFERN. *Op. cit.* Capítulo 10 Sección 38; ver BLANCH. *Op. cit.*; ver D.M. LEW, Julian. *Op. cit.* pp. 706 - 709.

jurisdicciones, claro está, tienen diferentes enfoques de lo que es una audiencia justa. En la fase de reconocimiento y ejecución, sin embargo, un tribunal nacional no debe intentar decidir si el laudo es el resultado correcto o aplicar al procedimiento arbitral sus propios requisitos para una audiencia judicial. Más bien debería procurar asegurar que la audiencia se llevó a cabo tal y como lo acordaron las partes y que cada una de las partes tuvo una oportunidad de hacer valer sus medios de defensa⁽²⁰⁾.

3.6. Tercer motivo: Jurisdicción

El tercer motivo de denegación de reconocimiento o ejecución se puede encuadrar bajo el título general de “jurisdicción”. El reconocimiento y la ejecución pueden ser denegados cuando el laudo “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”. La primera parte de este motivo faculta a un tribunal nacional a decidir que un tribunal arbitral excedió el ámbito del objeto del arbitraje y por tanto denegar la ejecución. El consenso entre los comentaristas es que este argumento rara vez tiene éxito en repeler el reconocimiento y la ejecución. La razón de ello es que la mayoría de los tribunales nacionales entienden su pa-

pel bajo la Convención de manera restrictiva y por tanto no aspiran a cuestionar y adivinar el proceso de decisión del tribunal arbitral⁽²¹⁾. En relación a la segunda parte de este motivo, la Convención también establece que un laudo aún puede ser ejecutado en la medida en que “*las disposiciones del (laudo) que se refieren a las cuestiones sometidas a arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje*”. En resumen, esto permite la ejecución parcial de un laudo si un tribunal nacional hubiera de decidir que un tribunal arbitral se pronunció sobre asuntos ajenos a su jurisdicción⁽²²⁾.

3.7. Cuarto motivo: Procedimiento no conforme a lo acordado

El cuarto motivo para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo es 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*”.

Esta disposición va más lejos que el Protocolo y la Convención de Ginebra, los cuales establecían como requisito que, además de respetar el acuerdo de las partes, el procedimiento arbitral debía en todo caso ajustarse a la ley de la sede del arbitraje⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ BLANCH. *Op. cit.*; D.M. Julian. *Op. cit.* pp. 709 - 712; ver Redfern. *Op. cit.* Capítulo 10. Secciones 39 y 40.

⁽²¹⁾ Blanch. *Op. cit.* CXLVI.

⁽²²⁾ D.M. LEW, Julian. *Op. cit.* Capítulo 10. Secciones. pp. 41 y siguientes.

⁽²³⁾ Ver Redfern. *Op. cit.* Capítulo 10. Secciones. pp. 43 y siguientes.

Los tribunales nacionales han tendido a interpretar este motivo de forma restrictiva, de modo que raras veces ha sido invocado con éxito por una parte que se opone al reconocimiento y la ejecución⁽²⁴⁾. Por ejemplo, incluso en un caso, donde la parte que se oponía a la ejecución había sido capaz de probar este motivo, el tribunal hizo uso de su discreción y ejecutó el laudo a pesar de ello⁽²⁵⁾.

3.8. Quinto motivo: Laudo no obligatorio, anulado o suspendido

El quinto motivo es que el laudo aún no sea obligatorio para las partes, o haya sido anulado o suspendido.

El término “obligatorio” se diferencia del Convenio de Ginebra, que requería que el laudo haya devenido firme, lo que hacía necesario un doble exequátur (ver arriba). En cuanto a la obligatoriedad, algunos tribunales nacionales examinan la ley aplicable al laudo para determinar si el laudo ya es “obligatorio”⁽²⁶⁾. Otros tribunales no consultan la ley aplicable sino que entienden que un laudo es “obligatorio” si ya no es susceptible de una apelación genuina en cuanto al fondo ante una segunda instancia arbitral o ante los tribunales⁽²⁷⁾.

Además, la denegación puede ser concedida si un laudo ha sido anulado o

suspendido. Esta parte del quinto motivo ha dado lugar a más debate y atención judicial que cualquiera de los otros motivos. La pregunta si un laudo ha sido anulado o no, parecería ser simple. Por ejemplo, parece razonable que si un tribunal inglés anula un laudo dictado en Londres, ese laudo no es ejecutable en el Reino Unido. Parece lógico deducir que otros tribunales de otros países decidirían entonces que el laudo de Londres no es ejecutable. Sin embargo, ese no es el caso. No obstante controvertido y relativamente poco frecuente, es posible que un laudo sea declarado no ejecutable en su jurisdicción de origen, pero luego sea ejecutado al amparo de la Convención en otro país. Tribunales de EE.UU., Francia, Bélgica y Austria han interpretado la Convención en ese sentido. El fundamento para ese punto de vista es que los motivos del artículo V de la Convención no son imperativos para los tribunales nacionales; al contrario, la introducción al artículo V estipula que los tribunales nacionales “podrá” denegar el reconocimiento y la ejecución. Además, el artículo VII de la Convención preserva el derecho de las partes de hacer valer un laudo en la forma y medida admitidas por la legislación del país donde dicho laudo se invoque. Acorde, la Convención reconoce que algunas jurisdicciones tienen una postura más favorable hacia el reconocimiento y la eje-

⁽²⁴⁾ VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Convention of 1958: An Overview* (2003). http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf (a 24 de noviembre de 2008), 16.

⁽²⁵⁾ BLANCH. *Op. cit.*

⁽²⁶⁾ VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Convention of 1958: An Overview* (2003). http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf (a 24 de noviembre de 2008) 17; BLANCH. *Op. cit.*

⁽²⁷⁾ VAN DEN BERG. *The New York Convention of 1958: An Overview* (2003). http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf (a 24 de noviembre de 2008), 17.

cución que otras, y mediante este quinto motivo y el artículo VII explícitamente permite a las partes solicitar la ejecución en tales jurisdicciones, de ser posible⁽²⁸⁾.

El artículo VI faculta al tribunal ante el cual se invoca un laudo a aplazar la decisión sobre la ejecución si se ha pedido a la autoridad competente la anulación o la suspensión de la sentencia. En estos casos, el tribunal ante el cual se solicita la ejecución puede ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas mientras la solicitud de anulación o suspensión esté pendiente⁽²⁹⁾.

3.9. Arbitrabilidad y Orden Público

Dos motivos adicionales para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo –arbitrabilidad y Orden Público– se establecen en el artículo V.2 de la Convención. Ambos motivos están relacionados con cuestiones de derecho más que de los hechos. Como tal, son objeto de alegaciones de derecho y no han de ser probados como hechos por la parte contra la cual se invoca el laudo para que el tribunal que ejecuta pueda ejercer su discreción de denegar la ejecución.

a) Arbitrabilidad

El reconocimiento y la ejecución de un laudo pueden ser denegados si la autoridad competente del país en que se piden

comprueba que “según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje” (arbitrabilidad)⁽³⁰⁾. Aquellos asuntos que están reservados para los tribunales y que por tanto no pueden ser objeto de arbitraje suelen, con ciertas excepciones comunes, diferir entre las distintas jurisdicciones. Sin embargo, la cuestión si una disputa es arbitrable surge en dos ocasiones en el proceso arbitral: la primera es al inicio del arbitraje; y la segunda es al final. Cuando se obtiene un laudo, la parte que se resiste a su ejecución en una jurisdicción dada, puede argumentar que el asunto objeto de la disputa que llevó al laudo no es arbitrable en esa jurisdicción. Un ejemplo de disputa que no es arbitrable en muchas jurisdicciones es aquella involucrando el subsuelo, como es común en contratos sobre exploración y explotación de petróleo o minerales. Muchas jurisdicciones requieren que disputas de esa índole solo se pueden ser resueltas por los tribunales estatales⁽³¹⁾.

b) Orden Público

Por último, el reconocimiento y la ejecución del laudo pueden ser denegados si se aprecia que ello sería contrario al orden público del país donde se pide. Por supuesto, los Estados no desean ejecutar laudos que violen sus propios estándares del orden público. En algunas jurisdicciones la invocación del orden público

⁽²⁸⁾ *Ibidem.*, 17 s; BLANCH. *Op. cit.*

⁽²⁹⁾ Ver D.M. LEW, Julian. *Op. cit.* pp. 715 - 719; ver REDFERN. *Op. cit.* Capítulo 10 Secciones 45 - 49.

⁽³⁰⁾ El término “arbitrabilidad” también es utilizado en ocasiones, especialmente por los Tribunales estadounidenses –“*arbitrability*”– para referirse al alcance del acuerdo arbitral; en este artículo el término se utiliza en el sentido de susceptibilidad de la disputa de ser objeto de arbitraje, no según el acuerdo arbitral en concreto, sino en general, conforme a la ley aplicable.

⁽³¹⁾ Ver BLANCH. *Op. cit.*; ver D.M. LEW. *Op. cit.* pp. 720 (Kluwer Law International, 2003); ver REDFERN. *Op. cit.* Capítulo 10. Sección 50.

ha tenido éxito en circunstancias que generalmente no se consideren aceptables, por ejemplo para proteger los intereses locales⁽³²⁾. Sin embargo, el punto de vista preponderante es a favor de la ejecución, y las alegaciones basadas en el orden público no suelen tener éxito. En este sentido, se ha ido imponiendo la distinción entre el orden público nacional y el orden público internacional, según la cual el número de asuntos considerados parte del orden público es más limitado en casos internacionales que en casos nacionales⁽³³⁾. Un tribunal estadounidense, por ejemplo, razonó que la ejecución de un laudo solo ha de ser denegada si la ejecución “violaría las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado del foro”⁽³⁴⁾.

3.10. Remisión a arbitraje

La efectividad del pacto arbitral se sanciona en el artículo II.3, el cual establece:

“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes han concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

Los tribunales no pueden remitir al arbitraje de oficio sino solo si una parte invoca la correspondiente excepción. Pero si se invoca dicha

excepción los tribunales no tienen discreción sino que deben remitir a las partes al arbitraje”.

En cuanto a la ley por la que se ha de regir la excepción de nulidad, ineficacia o inaplicabilidad, la mayor parte de los tribunales aplican la regla de conflicto del artículo V.1.a) por analogía, aplicando la ley a que las partes han sometido el acuerdo arbitral, o si nada se hubiera indicado a este respecto, la ley del país en que según el acuerdo arbitral ha de dictarse⁽³⁵⁾.

3.11. Acuerdo por escrito

En virtud del artículo II.1 cada uno de los países que han ratificado la Convención (Estados contratantes) debe reconocer “el acuerdo por escrito” conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje sus diferencias. Esto no implica que la cláusula arbitral deba hallarse en un contrato firmado, puesto que el párrafo 2 del artículo II también establece que una cláusula compromisoria también puede estar contenida “en un canje de cartas o telegramas”. Si bien esta disposición fue añadida atento a las prácticas del comercio internacional, los instrumentos enumerados se limitan a la práctica y los medios técnicos en el año 1958. Pero esa limitación no impidió que en base al párrafo 2 del artículo II, algunos jueces interpretaran el requisito de “por escrito” bastante extensivamente, incluyendo otros medios de comunicación, interpretación que hoy es generalmente aceptada. Acorde, en al

(32) Ver D.M. LEW, Julian. *Op. cit.* pp. 720 - 729; ver REDFERN. *Op. cit.* Capítulo 10. Secciones 51 - 54.

(33) VAN DEN BERG. *Op. cit.* 18 y siguientes; ver D.M. LEW, Julian. *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2003) 730.

(34) *Parsons & Whittemore v RATKA* 508 F. 2d 969 (2d Cir. 1974).

(35) VAN DEN BERG. *Op. cit.* 11.

año 2006 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha adoptado una Recomendación⁽³⁶⁾ para que, entre otras cosas, “*el párrafo 2) del artículo II, de la Convención (...) se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas*”.

4. PROBLEMAS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA CONVENCIÓN

En la Conferencia de Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial –ICCA–, realizada en Dublín, el 10 de Junio de 2008, con motivo del 50 Aniversario de la Convención, ALBERT JAN VAN DEN BERG identificó los siguientes problemas de la Convención⁽³⁷⁾.

- (a) Una serie de disposiciones necesita ser añadida (por ejemplo, una definición del alcance de aplicación con respecto a acuerdos que entran dentro de las disposiciones de remisión del artículo II.2; la renuncia de una parte a invocar un motivo de denegación de la ejecución; una referencia a la cláusula arbitral en la disposición de derecho –más– favorable del artículo VII.1);
- (b) Una serie de disposiciones necesita ser reformada (por ejemplo, la forma escrita requerida en el artículo II.2 para la cláusula arbitral es más estricta que casi cualquier derecho nacional; la denegación de ejecución basada en el motivo de una anulación por cualquier motivo en el país de origen podría importar la anulación “provinciana”;
- (c) Una serie de disposiciones no está clara (por ejemplo, la noción de un laudo “que no sea (...) considerad(o) como (laudo) nacional (...)” en el artículo I.1; la expresión “original debidamente autenticado de(l laudo)” en el artículo IV.1.a); la palabra “podrá” en la versión inglesa del artículo V.1; (...); la noción de un laudo “suspendido” en el artículo V.1.e); la referencia a “las partes interesadas” en el artículo VII.1;
- (d) Una serie de disposiciones es obsoleta (por ejemplo, la referencia a “órganos arbitrales permanentes” en el artículo I.2; la referencia a la ley conforme a la cual se dictó el laudo, en el artículo V.1.e);
- (e) Una serie de disposiciones necesita ser alineada a la interpretación judicial prevaleciente (por ejemplo, que el orden público al que se hace referencia en el artículo V.2 significa orden público internacional).

Carolyn Lamm, ponente en dicha Conferencia, coincidió con Van den Berg en que la Convención no es “absolutamente clara” y es “susceptible de

⁽³⁶⁾ Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf> (a 24 de noviembre de 2008).

⁽³⁷⁾ VAN DEN BERG, Albert. *Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards, Explanatory Note* (2008), http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133703697430/explanatory_note_ajb_rev06.pdf (a 24 de noviembre de 2008), 1 s; traducción nuestra.

diferentes interpretaciones”, y se refirió a algunos de los ejemplos que también dio Van den Berg⁽³⁸⁾.

Emmanuel Gaillard solo identifica dos problemas serios en cuanto a la ejecución de laudos conforme a la Convención⁽³⁹⁾. El primero surge de los recurrentes casos de falta de imparcialidad, a favor de compañías locales, especialmente aquellas en manos del Estado, por parte de tribunales en ciertas jurisdicciones en el lugar de ejecución. El segundo y muy serio problema es el de Estados que suscriben un acuerdo arbitral, pierden en el arbitraje y nunca cumplen con el laudo.

Jan Albert Van den Berg, en un artículo previo, también identificó ese problema y explicaba⁽⁴⁰⁾.

Subsiste una aguda (y algunos dirían ilógica) distinción entre inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución. Por ello, a pesar del hecho de que muchos tribunales respaldan (las teorías que llevan

a que Estados o entidades públicas no puedan evadir la jurisdicción arbitral que ellos mismos acordaron), una gran parte aun considera que la inmunidad soberana es absoluta cuando, tras haber obtenido el permiso de ejecución, una parte intenta que la ejecución del laudo se lleve a cabo contra el Estado o la entidad pública.

5. VÍAS DE SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS

5.1. Reforma de la Convención

La solución más obvia a los problemas de la Convención es una reforma de la misma. En el año 2000 un observador comentaba: “*Estamos, en mi opinión, muy lejos de cualquier consenso en cuanto a una revisión o enmienda de la Convención de Nueva York (...), tan deseable como ello sea*⁽⁴¹⁾”. La cuestión de la posibilidad de una revisión de la Convención ha sido planteada algunas veces en los últimos años⁽⁴²⁾, especialmente en ocasión de aniversarios de la Convención⁽⁴³⁾.

(38) LAMM, Carolyn. *Comments*. (Ponencia realizada en la Conferencia de Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial – ICCA – en Dublín, el 10 de Junio de 2008.

(39) GAILLARD, Emmanuel. *The Urgency of Not Revising the New York Convention*. (Ponencia realizada en la Conferencia de Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial – ICCA – en Dublín, el 10 de Junio de 2008.

(40) VAN DEN BERG. *Op. cit.* 5; traducción nuestra.

(41) BEECHY, John. *International Commercial Arbitration, A Process under Review and Change* (2000). http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200008/ai_n8912762/print?tag=artBody;col1 (a 24 de noviembre de 2008).

(42) Ver, LECUYER-THIEFFRY, Christine y Patrick THIEFFRY. *Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention* (2005). http://www.thieffry.com/articles/new_york_convention.htm (a 24 de noviembre de 2008) nota al final 2.

(43) Ver, FOUCHARD, Philippe. *Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales*, 1998. Número 4. En: *Revue de l'Arbitrage*, 652, en ocasión del XL aniversario de la Convención; ver también, VAN DEN BERG, Albert. Jan. *Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards, Explanatory Note* (2008). http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133703697430/explanatory_note_ajb_rev06.pdf (a 24 de noviembre de 2008), con ocasión del L aniversario de la Convención; ver Russel Johnston. *New York Convention: 50 Years and Counting* (2008) Lovells Newsletter “international arbitration”, June 2008. http://www.lovells.com/NR/rdonlyres/2C48FCF0-B85C-4A49-95B2-BED2D99296F3/0/5777_D3_v8.pdf, 15.

5.1.1. Propuesta de Van den Berg

La propuesta más concreta fue presentada por Albert Jan van den Berg en la Conferencia del ICCA en Dublin. Partiendo de la base que, a causa de las deficiencias identificadas por Van den Berg, y que fueron expuestas más arriba, la Convención necesita una modernización, Van den Berg presentó un completo “Borrador Hipotético de una Convención sobre la Ejecución de Acuerdos y Laudos Arbitrales”⁽⁴⁴⁾.

Este, de convertirse en una Convención a la que se plegara un número similar de Estados a los actuales Estados Contratantes de la Convención, efectivamente solucionaría algunos de los problemas expuestos. La propuesta se expone a continuación⁽⁴⁵⁾:

Borrador Hipotético de una Convención sobre la Ejecución de Acuerdos y Laudos Arbitrales:

“Artículo 1 – Ámbito de Aplicación

1. Es Convención es de aplicación a la ejecución de un acuerdo arbitral si:

- (a) las partes del acuerdo arbitral tienen, en el momento de la celebración de ese acuerdo, su sede de negocios o su residencia en diferentes Estados, o
- (b) el objeto del arbitraje guarda relación con más de un Estado.

2. Esta Convención también es de aplicación a la ejecución de un laudo ar-

bitral basado en un acuerdo arbitral al que se refiere el apartado 1.

3. Donde esta Convención hace referencia a la ejecución de un laudo arbitral, también comprende el reconocimiento de un laudo arbitral”.

“Artículo 2 – Ejecución de un Acuerdo Arbitral

1. Si una disputa que las partes han acordado someter a arbitraje es llevada ante un tribunal de un Estado Contratante, el tribunal, a solicitud de una parte, remitirá la disputa a arbitraje, sujeto a las condiciones que se establecen en este artículo.

2. El tribunal no remitirá la disputa a arbitraje si la parte contra la cual se invoca el acuerdo arbitral alega y prueba que:

- (a) la otra parte solicitó la remisión a arbitraje posteriormente a la presentación de su primer escrito o su primer declaración sobre la sustancia de la disputa en el procedimiento judicial; o
- (b) prima facie no hay un arbitraje válido según la ley del país donde el laudo será dictado; o
- (c) el arbitraje de la disputa viola el orden público internacional, como impera en el país donde se invoca el acuerdo.

3. El tribunal puede, de oficio, denegar la remisión de la disputa a arbitraje, por el motivo (c) mencionado en el apartado 2”.

⁽⁴⁴⁾ VAN DEN BERG. *Op. cit.*; traducción nuestra.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem.*

“Artículo 3 – Ejecución del Laudo – General

1. En laudo arbitral se ejecutará exclusivamente en base a las condiciones que se establecen en esta Convención.

2. La ley del país donde se solicita la ejecución regirá el procedimiento de ejecución del laudo.

3. No se impondrán requisitos onerosos para el procedimiento de ejecución ni honorarios o cargos.

4. Los tribunales actuarán despa-chadamente ante una solicitud de ejecución de un laudo arbitral”.

“Artículo 4 – Solicitud de Ejecución

1. El cumplimiento de las condiciones establecidas en esta artículo dan derecho a una parte que solicita la ejecución a que se le conceda la ejecución del laudo arbitral, a no ser que el tribunal aprecie uno de los motivos de denegación bajo las condiciones establecidas en los artículos 5 y 6.

2. La parte que solicita la ejecución deberá proporcional al tribunal el original del laudo arbitral.

3. En lugar del original del laudo arbitral, la parte que solicita ejecución puede presentar una copia certificada como fiel al original. La certificación deberá cumplir con la forma dispuesta por el tribunal.

4. Si el laudo arbitral no está en un idioma oficial del tribunal ante el cual se solicita la ejecución, la parte que solicita la ejecución deberá,

a solicitud de la contraparte o del tribunal, presentar una traducción. La certificación deberá cumplir con la forma dispuesta por el tribunal”.

“Artículo 5 – Motivos de Denegación de la Ejecución

1. La ejecución de un laudo arbitral no será denegada por ningún motivo que los expresamente establecidos en este artículo.

2. La ejecución será denegada por los motivos establecidos en este artículo solo en casos manifiestos.

3. La ejecución de un laudo arbitral será denegada si, a solicitud de la parte contra la cual se invoca el laudo, esa parte alega y prueba que:

- (a) no hay un acuerdo arbitral válido según la ley del país donde fue dictado el laudo; o*
- (b) la parte contra la cual se invoca el laudo no fue tratada con igualdad o no le fue brindada una oportunidad razonable de presentar su caso; o*
- (c) aquello a lo que se condenó en el laudo excede o es diferente de la condena solicitada en el arbitraje y tal condena no puede ser separada de la condena solicitada y concedida; o*
- (d) la composición del tribunal arbitral no fue conforme al acuerdo entre las partes, o en ausencia de tal acuerdo, no conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo; o*
- (e) el procedimiento arbitral no fue conforme al acuerdo entre las*

partes, o en ausencia de tal acuerdo, no conforme a la ley del país donde se dictó el laudo; o

- (f) *el laudo es objeto de apelación en cuanto al fondo ante un tribunal arbitral de apelación o un tribunal del país donde se dictó el laudo; o*
- (g) *el laudo fue anulado por un tribunal en el país donde el laudo fue dictado por motivos equivalentes a los motivos (a) a (e) de este apartado; o*
- (h) *la ejecución del laudo violaría el orden público internacional tal impera en el país donde se solicita la ejecución.*

4. *El tribunal puede de oficio denegar la ejecución de un laudo arbitral por el motivo (h) del apartado 3.*

5. *La parte contra la cual se invoca el laudo no puede acogerse a los motivos (a) a (e) del apartado 3 si esa parte no los ha invocado en el arbitraje sin retraso indebido después de que la existencia de ese motivo se conociese por esa parte“.*

“Artículo 6 – Acción de Anulación pendiente en el País de Origen

1. *Si la solicitud de anulación del laudo a la que se refiere el artículo 5(3)(g) está pendiente en el país donde se dictó el laudo, el tribunal ante el cual se solicita la ejecución del laudo al amparo de esta Convención tiene la discreción de aplazar la decisión sobre la ejecución.*

2. *Al decidir sobre el aplazamiento, el tribunal puede, a solicitud de una parte, exigir una garantía apropiada*

de la parte que solicita la ejecución o de la parte contra la cual se invoca el laudo“.

“Artículo 7 – Derecho más favorable

Si un acuerdo arbitral o un laudo arbitral puede ser ejecutado en virtud de otra base legal que esta Convención en el país donde se invoca el acuerdo o el laudo, a la parte que solicita la ejecución le está permitido acogerse a esa base“.

“Artículo 8 – Cláusulas Generales

Las Cláusulas Generales a ser consideradas y posiblemente incluidas en el Borrador de la Convención incluyen entre otras:

- (a) *Designación del tribunal de ejecución competente*
- (b) *Interpretación*
- (c) *Relación con la Convención de Nueva York*
- (d) *Referencias a la Convención de Nueva York en otros tratados*
- (e) *Compatibilidad con otros tratados*
- (f) *Reservas (o no)*
- (g) *Reciprocidad general*
- (h) *Aplicabilidad del Borrador de la Convención a territorios y en Estados federales*
- (i) *Firma, ratificación y adhesión, y depósito*
- (j) *Entrada en vigor*
- (k) *(in)aplicabilidad retroactiva; cláusulas transitorias*
- (l) *Denuncia*
- (m) *Notificación*
- (n) *Idioma de los textos auténticos“.*

a) Estructura y título

Van den Berg explica que la estructura del Borrador es similar a la de la Convención: Los artículos 1 a 7 del Borrador tratan asuntos análogos a aquellos en los artículos I a VII de la Convención. Pero las disposiciones modificadas modernizan el texto y extirpan redundancias, obstáculos e incertidumbres⁽⁴⁶⁾.

Ello ya comienza con el Título del Borrador, el cual, a diferencia de la Convención, refleja que también abarca la “ejecución”⁽⁴⁷⁾ del acuerdo arbitral, y que su objeto no es el “arbitraje extranjero” sino el “arbitraje internacional”⁽⁴⁸⁾.

b) Ámbito de aplicación

El Borrador incluye una definición del acuerdo arbitral, lo cual se omite en la Convención. La definición es una versión condensada de aquella establecida en el artículo 1 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante Ley Modelo)⁽⁴⁹⁾.

El Borrador elimina el requisito de la Convención de que el acuerdo arbitral ha de ser por escrito.

A diferencia de la Convención, el Borrador no vincula su aplicabilidad a que la sede del arbitraje sea en el extranjero,

sino que el artículo 1 proporciona una definición de arbitraje (internacional), que delimita el ámbito de aplicación.

c) Ejecución del acuerdo arbitral

El artículo 2 del Borrador es muy similar al artículo II.3 de la Convención, pero enumera como motivos para la denegación de la remisión a arbitraje el que la contraparte no haya invocado la excepción *in limine litis*, el que el arbitraje violaría el orden público internacional y el que *prima facie* no haya un acuerdo arbitral válido según la ley del país donde el laudo será dictado (la novedad con respecto a la Convención es la determinación *prima facie*), y el que el arbitraje de la disputa violaría el orden público internacional (este término incluye la arbitrabilidad y es más estrecho que el término “orden público” utilizado en la Convención). La carga de la prueba de todos los motivos se atribuye a la parte que se opone a la remisión, mientras que el motivo de la violación del orden público internacional también puede ser apreciado de oficio⁽⁵⁰⁾.

d) Ejecución del laudo arbitral

El artículo 3 del borrador coincide con el artículo III de la Convención, pero separa el contenido de la norma en tres apartados y de esa manera aclara la distinción

⁽⁴⁶⁾ Global Arbitration Review “A Closer Look at the proposed ‘New New York Convention’”. In *Global Arbitration Review*. Volume 3. Issue 3, 15.

⁽⁴⁷⁾ VAN DEN BERG. utiliza el término inglés “enforcement”, el cual no se limita a la ejecución en el sentido estricto sino en un sentido más amplio de “otorgamiento eficacia”, lo cual en relación a los laudos arbitrales coincide con la ejecución propiamente dicha, y en relación a los acuerdos arbitrales se refiere a la remisión de la disputa a arbitraje.

⁽⁴⁸⁾ VAN DEN BERG, *Op. cit.*; 3.

⁽⁴⁹⁾ Ver abajo.

⁽⁵⁰⁾ VAN DEN BERG, *Op. cit.*; 8 - 12.

entre las “condiciones” de ejecución establecidas por el Borrador, por las cuales exclusivamente ha de regirse la ejecución del laudo, y el procedimiento de ejecución que se regiría por las reglas de procedimiento locales.

Además se añade un cuarto apartado que –explica Van den Berg – apunta al grave problema de que en muchos Estados Contratantes el procedimiento de ejecución de laudos en virtud de la Convención es inaceptablemente lento⁽⁵¹⁾.

e) Motivos de denegación de ejecución

El artículo 4 del borrador se corresponde con el artículo IV de la Convención, pero aclara que las condiciones establecidas son las únicas condiciones que la parte que solicita la ejecución ha de cumplir, elimina el requisito de aportar un original autenticado del laudo arbitral, flexibiliza la certificación de la copia del laudo como también de su traducción, y elimina el requisito de aportar una copia del acuerdo arbitral.

f) Anulación del laudo en el país de origen

El artículo 5 del Borrador está configurado como el artículo V de la Convención, con una serie de clarificaciones y ajustes.

El apartado 1 no deja lugar a dudas que los motivos de denegación constituyen un *numerus clausus*.

El apartado 2 introduce un nuevo concepto, al disponer que la ejecución será

denegada por los motivos establecidos en el artículo 5, solo en casos manifiestos. La Convención establece que “se podrá denegar la ejecución”, con lo cual, explica VAN DEN BERG, surge la duda si los tribunales tienen una “facultad residual” de ejecutar un laudo no obstante la presencia de un motivo de denegación. Al haber una limitación de los motivos de denegación a casos manifiestos, que se explica desde el razonamiento que la ejecución solo debería ser denegada en casos graves, no habría cabida para dicha “facultad residual”, por lo cual la denegación sería compulsiva.

Por cuestiones de claridad contenido de la letra (d) del apartado 1 del artículo V de la Convención se distribuye en dos letras (artículo 5.3 (d) y (e) del Borrador). VAN DEN BERG explica que las disposiciones del artículo 5.3 (d) y (e) del Borrador solucionan el problema con la correspondiente disposición de la Convención, que ha hecho surgir la pregunta si un acuerdo entre las partes sobre la composición del tribunal arbitral o sobre el procedimiento arbitral puede divergir de las normas imperativas de la ley de arbitraje en la sede del arbitraje. VAN DEN BERG explica que las reglas del Borrador no permitirían la denegación de la ejecución por motivo de tal divergencia. No queda del todo claro de qué forma se diferencia el Borrador de la Convención a fin de alcanzar este objetivo.

La letra (f) del apartado 3 del artículo 5 del Borrador aclara que el hecho de que no haya expirado el plazo de solicitud de anulación de un laudo en el país de origen, no significa que no sea ejecutable,

⁽⁵¹⁾ Global Arbitration Review. *A Closer Look at the proposed 'New New York Convention'* Global Arbitration Review. Volume 3. Issue 3. p. 17.

con lo cual casi siempre los laudos son ejecutables inmediatamente tras ser dictados, con la rara excepción de que la apelación en cuanto al fondo esté permitida por ley o por acuerdo de las partes. La letra (f) también limita el motivo de denegación de que el laudo haya sido anulado, a los casos en que haya sido anulado por motivos equivalentes a los de las letras (a) a (e). Esto soluciona el problema de que algunos tribunales de algunos países han ejecutado laudos a pesar que estos hayan sido anulados en el país de origen, mientras que otros tribunales nunca ejecutan laudos anulados, sea cual fuere el motivo de la anulación. La solución del Borrador adopta la posición de aquellos tribunales dispuestos a ejecutar laudos anulados, limitándose a los casos en que la anulación se realizó por motivos específicamente locales. No queda del todo claro, si el tribunal ante el cual se solicita la ejecución solo tiene la facultad de determinar si el motivo dado por el tribunal que anuló el laudo “equivale” a uno de los de las letras (a) a (e), o bien puede determinar de manera independiente si ese motivo equivalente está realmente presente o no. Aunque pareciera ser que el Borrador no contempla esa libertad de volver a evaluar el caso de forma autónoma, ya que si tal fuese el caso, se podría omitir por completo la referencia a la anulación en el país de origen, como motivo de denegación de la ejecución del laudo.

El motivo de violación del orden público se restringe al orden público internacional [letra (h)].

Se elimina el motivo de que el laudo haya sido suspendido en el país de origen.

Por último, el Borrador incluye un apartado 5 en el que se regula la renuncia tácita (o preclusión) a los motivos de denegación.

g) *Aplazamiento por acción pendiente y disposición legal más favorable*

Los artículos 6 y 7 del Borrador se corresponden con los artículos VI y VII.1 de la Convención respectivamente, e introducen una serie de clarificaciones y ajustes.

5.1.2. *Oposición de Gaillard*

La propuesta de Van den Berg fue recibida favorablemente por algunos de los participantes de la misma Conferencia del ICCA. Carolyn Lamm, por ejemplo, señaló que el Borrador elimina muchas de las ambigüedades del texto, y de estas mejoras destacó la claridad alcanzada en cuanto a lo obligatoriedad de denegar la ejecución de laudos anulados en el país de origen. Concluyó que el borrador soluciona muchos de los problemas con los que los juristas de han topado al interpretar la Convención en los últimos 50 años⁽⁵²⁾.

Sin embargo, varios ponentes mostraron reticencias a apoyar la iniciativa de Van den Berg. Emmanuel Gaillard se opuso vehementemente⁽⁵³⁾. Gaillard razona que, si bien el lenguaje en ocasiones es anticuado y ciertas disposiciones podrían

(52) LAMM, Carolyn. *Comments*. Ponencia realizada en la Conferencia de Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial – ICCA – en Dublin, el 10 de Junio de 2008.

(53) Ver entrevista con VAN DEN BERG, Albert Jan. “Q & A with VAN DEN BERG, Albert Jan”. En: *Global Arbitration Review*. Volumen 3. Issue 3. p. 21.

ser modernizadas, la Convención, en total, sigue cumpliendo su objetivo de manera satisfactoria, de modo que habría más que perder que ganar, en embarcarse en un proceso de revisión.

Gaillard argumenta en primer lugar, que no hay necesidad de reformar la Convención. El mero hecho de que el lenguaje es anticuado y que ciertas disposiciones podrían ser retocadas, no justifica lanzarse a la revisión de un instrumento que hoy obliga a 142 países. Tal emprendimiento masivo solo se justificaría si se identificasen serios defectos en el procedimiento de ejecución y se estableciese que dichos defectos pueden ser saneados mediante una mera modificación del texto del instrumento⁽⁵⁴⁾.

Según Gaillard, los únicos problemas serios en cuanto a la ejecución de laudos en arbitrajes internacionales son la parcialidad de ciertos tribunales a favor de las empresas locales y la negativa de Estados o entidades públicas a acatar los laudos en su contra. En cuanto al primero, una reforma de la Convención no disuadiría a ciertos tribunales de denegar la ejecución de un laudo contra una empresa local aduciendo dudosos motivos de orden público. El segundo problema no guarda ninguna relación con la Convención sino que radica en la capacidad de los Estados de invocar inmunidad ante la ejecución.

Llama la atención, que solo tres años atrás, Van den Berg parecía compartir esa opinión. En un artículo dedicado al análisis

de decisiones judiciales a nivel mundial, por las que se había denegado la ejecución de laudos arbitrales, Van den Berg planteaba al inicio la pregunta⁽⁵⁵⁾.

¿(Las denegaciones de reconocimiento y ejecución) se deben a deficiencias en el texto o la estructura de la Convención? ¿Son causadas por un entendimiento erróneo del la Convención por parte de los tribunales? ¿O son las partes, los árbitros o las instituciones arbitrales culpables de la desgracia suprema?

Tras un largo análisis Van den Berg concluía⁽⁵⁶⁾.

Esta reseña actualizada (...) demuestra otra vez que la gran mayoría de los casos de denegación resultan de errores de una u otra índole: que las partes hayan redactado cláusulas arbitrales inadecuadas, que tribunales arbitrales o instituciones arbitrales no le hayan prestado suficiente atención a la conducción de los procedimientos, o que tribunales hayan malentendido el significado de la Convención. El texto y la estructura de la Convención no parecen estar en juego.

Gaillard también argumenta que la disposición favorable al arbitraje en una gran parte de los países en las últimas décadas, ha ido siendo socavada por la dramática evolución de los arbitrajes basados en los tratados de protección de inversión (BIT). Al estar los Estados, por definición, en la posición de demandado en tales arbitrajes, tienden a desarrollar una mentalidad de demandado. En ese contexto, re-

(54) GAILLARD, Emmanuel. *The Urgency of Not Revising the New York Convention*. Ponencia realizada en la Conferencia de Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial – ICCA – en Dublín, el 10 de junio de 2008.

(55) VAN DEN BERG, Albert Jan. *Why are some Awards Not Enforceable?* ICCA Congress series 12, 2005. p. 290.

(56) *Ibidem*. p. 325.

sulta muy dudoso, para Gaillard, que muchos países estuvieran dispuestos a aumentar la efectividad del proceso de ejecución de laudos. Gaillard cree que ni siquiera es seguro que hoy en día se alcanzaría el grado de liberalismo logrado en 1958.

Partiendo de su artículo VII, Gaillard entiende la Convención como un estándar mínimo, que no impide a los Estados Contratantes ser más liberales. Por definición, la Convención no es capaz de congelar el desarrollo del derecho de arbitraje, con lo cual no constituye peligro alguno el dejarla intacta tal cual está.

Gaillard cree que una reforma de la Convención, sin embargo, sí pondría en peligro el delicado equilibrio alcanzado en la Convención.

En cuanto a la propuesta concreta de Van den Berg, Gaillard se muestra igual de insatisfecho.

Su crítica comienza por el título del Borrador, el cual se refiere a la “ejecución internacional de laudos arbitrales”, mientras que, en opinión de Gaillard, se debería referir a la ejecución de laudos arbitrales internacionales, puesto que lo internacional no sería la ejecución sino el laudo. Gaillard dictamina que el Borrador no contiene avances en cuanto a la instauración de un laudo efectivamente internacional y la consecuente relegación de la ley de la sede del arbitraje.

En general, la crítica de Gaillard apunta a las muchas referencias en el Borrador a la ley local, ya sea de la sede del arbitraje o del país en donde se solicita la ejecución. Gaillard razona que de emprenderse el camino de la reforma de la Convención, lo indicado, en el siglo XXI, sería el desarrollo de estándares aceptables

internacionalmente en lugar de una mera distribución de asuntos entre la ley de la sede y la ley del lugar de ejecución, más allá de su contenido, grado de liberalismo o sofisticación.

Según Gaillard, las referencias a la ley local, por ejemplo, frustran una de las innovaciones del Borrador, por la que Gaillard aboga, a saber, el criterio de que a la hora de decidir sobre una remisión a arbitraje, el tribunal ha de determinar la validez del acuerdo arbitral *prima facie* (artículo 2.2. b) del Borrador). Que esta determinación haya de efectuarse de acuerdo a la ley de la sede, eliminaría casi todos los beneficios del criterio *prima facie*, dado que un tribunal de otra jurisdicción no podría evaluar sin más la validez *prima facie* conforme a una ley ajena.

Gaillard también critica que la innovación del Borrador de que los laudos anulados por motivos específicamente locales, en particular como resultado de parcialidad a favor de empresas locales, hayan de ser ejecutados si la anulación no estuviera basada en los motivos del catálogo, no soluciona el problema, sino que, por el contrario, lo agrava. Gaillard indica el tribunal que desee favorecer a una empresa local solo tiene que declarar uno de los motivos aceptados, lo cual no le resultaría difícil en el caso de la violación de garantías procesales (*due process*) o del orden público internacional. El Borrador daría un efecto internacional a ese tipo de decisiones que los tribunales, que hoy están dispuestos a ignorar en virtud de la Convención, deberían acatar.

Ha de aclararse que, contrario a lo que parece pensar Gaillard, el Borrador no incluye la violación del orden público internacional como uno de los motivos “aceptados” de anulación.

5.2. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sobre Arbitraje Comercial Internacional

5.2.1. Introducción

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sobre Arbitraje Comercial Internacional, es un modelo de ley que las Naciones Unidas recomiendan a todos los Estados incorporar a su derecho interno. Su fin es la armonización y el perfeccionamiento de las leyes nacionales en cuanto al derecho que regula el arbitraje comercial internacional. La Ley Modelo "(r)egula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional"⁽⁵⁷⁾.

La política implementada a la hora de redactar la Ley Modelo fue la de mantenerse lo más cercano posible a la Convención⁽⁵⁸⁾, con lo cual los Estados Contratantes de la Convención cumplen con todos sus compromisos resultantes de la Convención mediante la incorporación de la Ley Modelo al derecho nacional. Sin embargo, en muchos aspectos la Ley Modelo va más lejos, es más precisa y corrige algunas deficiencias de la Convención. Por ejemplo, el artículo 7.2 de la Ley

Modelo, en su versión original de 1985, que se refiere a la forma del acuerdo arbitral, reza:

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.

Tras un largo proceso de deliberaciones, en el año 2006, la Ley Modelo ha sido objeto de su primera revisión⁽⁵⁹⁾.

Hasta la actualidad se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo en más de 40 países⁽⁶⁰⁾, con lo cual no se le puede negar a la Ley Modelo un cierto efecto armonizador.

5.2.2. Mecanismos por los cuales la Ley Modelo podría contribuir a solventar los problemas de la Convención

Contrarrestar las deficiencias de la Convención por medio de una enmienda

(57) Texto de la Ley Modelo (versión original de 1985), Nota Explicativa, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook-s.pdf, 25.

(58) VAN DEN BERG, *Op. cit.*; 2.

(59) Texto de la Ley Modelo (versión con las enmiendas aprobadas en 2006). http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook-s.pdf.

(60) Ver la situación actual en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985_Model_arbitration_status.html.

de la Ley Modelo, por lo tanto, se presenta como una opción a considerar. Si un número elevado de jurisdicciones, o incluso todos los Estados Contratantes de la Convención, incorporaran la Ley Modelo enmendada, los defectos de la convención no surtirían efecto negativo alguno al verse neutralizados por las legislación nacional.

Para Gaillard, la modernización de los motivos del artículo 34 de la Ley Modelo para la denegación de la ejecución –que se corresponden con los motivos de la Convención– podría ser alcanzada⁽⁶¹⁾.

Pero, independientemente de su adopción por los Estados contratantes, la Ley Modelo también podría tener un efecto sobre la interpretación de la Convención. El Tribunal Federal de Suiza llegó a la conclusión de que la Convención ha de ser interpretada a la luz de los actuales estándares tal se encuentran expresados en la Ley Modelo⁽⁶²⁾. Si este razonamiento fuese adoptado por los tribunales de otros países, la reforma de la Ley Modelo podría contribuir a sanear las deficiencias de la Convención incluso en aquellos Estados contratantes que no hayan implementado la Ley Modelo.

La principal ventaja que tendría una reforma de la Ley Modelo con respecto a una reforma de la Convención, es que

aquella no requeriría la aprobación de de los diferentes países. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sería relativamente independiente a la hora de redactar la nueva Ley Modelo, teniendo en mente solo los intereses del comercio internacional, sin la necesidad de alcanzar consensos o compromisos con los países interesados.

5.2.3. Argumentos en contra

Sin embargo, el éxito de la Ley Modelo como herramienta de armonización, es decir su adopción masiva por parte de los diferentes países, depende en muy gran medida de que su configuración concreta resulte aceptable y deseable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo⁽⁶³⁾. De hecho, tanto la Ley Modelo original de 1985 como la versión enmendada de 2006, fueron objeto de “deliberaciones apropiadas y de extensas consultas con los gobiernos y los círculos interesados”⁽⁶⁴⁾. En la práctica el proceso de revisión, por ende, es arduo y plagado de dificultades. En el año 2005, antes de que finalmente se llevara a cabo la primera y hasta ahora única reforma de la Ley Modelo, un observador expresaba su frustración de la siguiente manera⁽⁶⁵⁾.

En síntesis, tras más de 10 años de iniciativas, y más de 5 años de trabajo, la

⁽⁶¹⁾ GAILLARD. *Op. cit.*

⁽⁶²⁾ Ver UZELAC, Alan. *Written Form of the Arbitration Agreement, Towards a Revision of the UNCITRAL Model Law*. Croat. Arbit. Yearb. Volumen 12, 2005. p. 120.

⁽⁶³⁾ Ver Resolución de la Asamblea General 40/72 (1985). <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0485/59/IMG/NR048559.pdf?OpenElement>.

⁽⁶⁴⁾ Resolución de la Asamblea General 61/33 (2006). <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/a61-33-s.pdf>.

⁽⁶⁵⁾ UZELAC, Alan. *Written Form of the Arbitration Agreement, Towards a Revision of the UNCITRAL Model Law*. Croat. Arbit. Yearb. Volumen 12 (2005) 116; traducción nuestra.

CNUDMI aún no ha elaborado un texto del artículo 7.2 de la Ley Modelo reformado. Es más, todavía no ha decidido de que forma la revisión de esta disposición –de un solo apartado de la Ley Modelo– será promulgada. Mientras tanto, toda una nueva Ley Modelo (sobre conciliación) ha sido redactada, debatida y finalizada, con solo tres sesiones del Grupo de Trabajo. ¿Significa esto que con la gran historia de éxito de la Ley Modelo, todavía podría haber un pequeño capítulo que puede ser descrito como algo menos que éxito?

En la práctica, por tanto, existirían dos alternativas extremas: por un lado, una nueva Ley Modelo redactada considerando solo los intereses del comercio internacional, y sin reparo para con los deseos e intereses particulares; esta correría el riesgo de no ganar suficiente aceptación en el mundo, quedando archivada como ley modelo teórica.; y por otro, una nueva Ley Modelo, resultado del consenso y de compromisos, que tenga en cuenta los deseos particulares de los Estados interesados, lo que sería una versión diluida que difícilmente lograría corregir los defectos de la Convención.

Pero incluso si fuese posible lograr un término medio, es decir reformar la Ley Modelo de manera consensuada, de tal manera que una buena parte de defectos de la Convención quedasen saneados, sería de esperar que la adopción de la Ley Modelo en muchos países no sería completamente fiel al original, sino que estos adaptarían la legislación a sus intereses particulares, que era justamente lo que se quería evitar. Pero incluso en cuanto a aquellos países que adoptaran fielmente

la nueva Ley Modelo, nada impediría a estos en el futuro dar marcha atrás a la legislación.

Si realmente fuera posible llegar a un consenso mundial en cuanto a una Ley Modelo que mejorara la situación por encima del nivel de la Convención, no tendría sentido detenerse allí, sino que ese consenso podría ser volcado en la reforma de la misma Convención, la cual surtiría el efecto obligatorio de un Tratado Internacional.

En cuanto a los posibles efectos benéficos de la Ley Modelo con respecto a la interpretación de la Convención (Postura del Tribunal Federal de Suiza), señala un observador⁽⁶⁶⁾.

Sin embargo, la fe optimista en la habilidad de enderezar el texto de la norma por medio de interpretación creativa no es el único enfoque posible. Aquellos quienes creen en un efecto indirecto positivo y en el poder de la interpretación (“interpretacionistas”) se enfrentan a aquellos quienes creen que las normas han de ser observadas tal y como se leen (“normativistas”). Ni hablar de las diferentes culturas legales: incluso dentro de una misma tradición legal las posturas pueden divergir.

Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que establecen pautas para la interpretación de los tratados internacionales, no parecen avalar la postura del Tribunal Federal de Suiza, que en ningún momento menciona la opción de acudir a un texto que a) no proviene de las partes firmantes y b) es posterior al texto objeto de la interpretación.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem.* pp. 120 y siguientes.

5.3. Recomendación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Otro modo de perfeccionar el funcionamiento de la Convención consiste en documentos anejos a la Convención.

Un ejemplo existente de este instrumento es la “Recomendación relativa a la interpretación del artículo II (2) y del artículo VII (1) de la Convención sobre el Reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)”, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de junio de 2006. La Recomendación alienta a los Estados a aplicar el párrafo 2) del artículo II de la Convención “reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas”; y a aplicar el párrafo 1) artículo VII de la Convención “de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje”.

Van den Berg argumenta en contra de un instrumento de esa índole⁽⁶⁷⁾:

“Las deficiencias de la Convención de Nueva York no se pueden remediar adecuada y íntegramente por medio de una “Recomendación relativa a la interpretación” emitida por cuerpos internacionales como CNUDMI en 2006 en cuanto a los artículos II(2) y VII(1). El mecanismo de notas orientadoras para in-

terpretar una convención internacional es útil para textos que pueden ser objeto de varias interpretaciones, pero su valor es limitado si un texto falta o si la recomendación contradice un texto existente”.

A la efectividad de una “Recomendación” en cuanto a la interpretación de la Convención por los tribunales, se enfrenta la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, de la misma manera que ha sido expuesta en relación con la Ley Modelo: los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena no reconocen un documento de las características de una “Recomendación” (no proviene de las partes firmantes, y es posterior al texto objeto de la interpretación) como herramienta para la interpretación de tratados internacionales.

6. CONCLUSIÓN

La Convención es el instrumento clave y fundamental del arbitraje internacional. El desarrollo que hasta el día de hoy ha experimentado el arbitraje internacional, como método de resolución de disputas internacionales, sería impensable sin la Convención.

La Convención ha cumplido sobremano con su objetivo de promover el reconocimiento y la ejecución de laudos internacionales en el mundo. Aproximadamente el 90 por ciento de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en los Estados Contratantes de la Convención son estimados⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁷⁾ VAN DEN BERG, *Op. cit.*; 2.

⁽⁶⁸⁾ FOUCHARD. *Op. cit.*, 652; VAN DEN BERG. *Why are some Awards Not Enforceable?* *Op. cit.* p. 290.

De aquella pequeña parte de laudos cuyo reconocimiento y ejecución son denegados, a su vez una gran mayoría se debe a motivos ajenos a la Convención.

Uno de ellos es legislación nacional que no se ajusta a la Convención: En ciertos países los tratados internacionales no vinculan internamente hasta no ser implementados en la legislación nacional. El mismo Van den Berg analizó estos casos y llegó a la conclusión de que “obviamente, estas denegaciones de ejecución no tienen nada que ver con defectos inherentes a la Convención en sí”⁽⁶⁹⁾.

Otro de los motivos son interpretaciones erróneas de los tribunales nacionales: Si bien un lenguaje más claro podría contribuir a evitar este tipo de errores, no se trata de un problema de la Convención, sino de un problema de su aplicación deficiente, o incluso de legislación nacional implementada la Convención, pero de manera discordante con la misma. Estos problemas no se pueden solucionar a través de una reforma de la Convención.

También hay muchos casos en que simplemente la denegación fue correcta: Si las partes han cometido errores a la hora de redactar el acuerdo arbitral o si los tribunales o las instituciones arbitrales han cometido errores de procedimiento, las denegaciones no constituyen un problema sino la consecuencia apropiada de la aplicación de la Convención. Comentaba

un observador al respecto de esfuerzos por lograr que un porcentaje más alto de laudos extranjeros sean ejecutados: “El realismo, algunos laudos no merecen tales esfuerzos, y no son dignos de ser ejecutados por la fuerza en ningún país, porque no respetan (...) los estándares internacionalmente reconocidos”⁽⁷⁰⁾.

En cuanto a América Latina, la situación es muy similar. Un reciente análisis⁽⁷¹⁾ de las más relevantes decisiones judiciales con respecto a la ejecución de laudos extranjeros muestra resultados análogos, y llega a la siguiente conclusión⁽⁷²⁾:

“El creciente número de casos aplicado la Convención de Nueva York revela claras trazas de uniformidad no solo entre países latinoamericanos sino también, y lo que es más importante, con el resto de jurisdicciones alrededor del mundo que han implementado la Convención de Nueva York”.

Si bien es indudable que la Convención no es perfecta, su margen de mejora a día de hoy no es muy grande. Una reforma de la Convención quizá contribuiría a una mayor uniformidad de interpretación de ciertas disposiciones de la Convención, pero no lograría solucionar los problemas del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros de mayor envergadura, dado que estos no se deben a deficiencias de la Convención, sino a circunstancias, como

⁽⁶⁹⁾ VAN DEN BERG. *Ibidem*. p. 316.

⁽⁷⁰⁾ FOUCHARD. *Op. cit.* p. 655.

⁽⁷¹⁾ CONEJERO ROOS, Christian. *The New York Convention in Latin America: Lessons From Recent Court Decisions*. In: *The Arbitration Review of the Americas, A Global Arbitration Review Special Report*, 2008. pp. 21 - 28.

⁽⁷²⁾ *Ibidem* 27.


la parcialidad de ciertos tribunales a favor de las partes locales y la negativa de Estados y entidades estatales a acatar laudos dictados en su contra, circunstancias que, de manera general, no son susceptibles de ser solventadas mediante un instrumento de las características de la Convención.

Como se ha visto, otros instrumentos, como la Ley Modelo o las Recomendaciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, tampoco son recetas instantáneas para resolver todos los problemas. Sin embargo, tanto una reforma de la Ley Modelo como también oportunas recomendaciones de interpretación de la Convención, pueden aportar a perfeccionar el sistema del arbitraje internacional y contribuir a afianzar principios generales de derecho público internacional.

La Convención no impide, y lo aclara expresamente, que se adopten medidas

y normas más favorables al reconocimiento y la ejecución, con lo cual los Estados son libres de promulgar leyes nacionales o incluso a suscribir nuevos tratados internacionales que vayan más lejos que la Convención.

Si la Convención ha funcionado con éxito durante 50 años, no presenta un obstáculo para avances adicionales, y los problemas mayores que existen con respecto al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros no pueden ser solucionados mediante una reforma, el beneficio que podría aportar dicha reforma sería solo de carácter gradual.

Si además las perspectivas de una reforma no son muy prometedoras, e iniciativas de reforma albergan el riesgo de dañar el delicado equilibrio alcanzado en la Convención, cabe atenerse al lema: “*If it ain't broke, don't fix it*” (si no está roto, no lo arregles). 

LA PROPUESTA DEL REINO DE ESPAÑA SOBRE EL EXEQUÁTUR DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

Por: ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El cambio: la eficacia universal del CNY para el Reino de España. 3. Caracteres de la eficacia universal del CNY para el Reino de España. En especial su "vis" atractiva aplicativa sobre el régimen de los convenios bilaterales. 4. La incorporación definitiva en el Derecho español del CNY: la tesis de "la adecuación más común" contenida en el CNY. 5. Las cuestiones que afectan al exequátur de laudos arbitrales son de legalidad ordinaria y de función jurisdiccional estricta.

1. INTRODUCCIÓN

Comenzaré rememorando que la legislación arbitral Española desconoció, hasta la LA (Ley española de Arbitraje) de 1988, la posibilidad legal y expresa de llevar a cabo el *reconocimiento* (y *ejecución*) de un laudo arbitral extranjero; o, lo que es lo mismo, su régimen legal de exequátur. El referido desconocimiento no debiera dar –pienso yo– a ningún sobresalto. Y, veamos por qué. El carácter tradicionalmente autárquico de la LAP (Ley española de Arbitrajes de Derecho Privado) de 1953, unido a su extremado rigor formalista, convirtió a la normativa arbi-

tral española en una legislación decididamente *contraria* y *ajena* a todo fenómeno arbitral que se producía fuera del ámbito de las fronteras nacionales.

La anterior precisión, singularmente iluminativa, me provocan un par de consideraciones. La primera atañe a que ejemplo paradigmático de esa situación de autarquía, a que se halló sometido el laudo arbitral extranjero, lo constituyó la legislación de arbitraje en el marco de la LAP de 1953, en la que el arbitraje internacional *se hallaba en prescripciones de Derecho público* (artículo 1 de la LAP de 1953) y, como tal, *alejado* del concepto

(*) Profesor de Derecho Procesal y Derecho de Arbitraje en la Universidad del País Vasco. Presidente de la Corte Vasca de Arbitraje, España.

de arbitraje que establecía el artículo 2 de la LAP de 1953 y de las actuaciones arbitrales que la propia LAP de 1953 regulaba. La segunda consideración concierne a que el arbitraje internacional en España era conceptualizado de consuno *como contrario al orden público español que representaba la LAP de 1953*. Y con esa finalidad, era común utilizar, como cláusula de estilo, la oposición al laudo arbitral extranjero justificándola en un pretendido incumplimiento de la LAP de 1953 en materia, sobre todo, de designación de árbitros y de reglas de procedimiento arbitral.

Y, precisamente, para dar curso a lo que pretendo esclarecer (la radical incorrección de la LAP de 1953 de considerar que el arbitraje internacional en España era conceptualizado de consuno como contrario al orden público español que representaba la propia LAP de 1953) me viene pintiparado tomar, como punto de partida, las expresivas palabras del ponente DE CASTRO GARCÍA que invita a la *revisión* de conceptos que se habían pergeñado con la mentada LAP de 1953 al decir que “tampoco será permitido argüir indefensión con base en el incumplimiento de las formalidades, dispuestas en las leyes procesales del foro para los actos de comunicación o haber prescindido de los trámites señalados en la ley reguladora de los arbitrajes de Derecho privado, ya que, según entiende con todo acierto la doctrina científica, de conceptual inserta en el orden público la Ley de 22 de diciembre de 1953 (...), quedarían dichos Convenios convertidos en letra muerta, por cuanto bastaría al industrial o comerciante español *no cooperar en la designación de los*

árbitros para hacer inefectiva con ello la futura sentencia (énfasis agregado) (...), todo lo cual impone desechar las objeciones de Cointer que sin negar la recepción de las comunicaciones para que procediera a la designación de árbitro y la posterior presentación de alegaciones, trámite éste para cuya realización solicitó prórroga del árbitro actuante, aduce que las notificaciones “no se practicaron en forma legal”, *esto es, con sujeción a la ley española, como también es irrelevante su alegación de que la cláusula 23 del contrato de fletamento carece de validez por contravenir la Ley patria de Arbitraje*” (énfasis agregado)⁽¹⁾.

Si se acogiera esa impostación relativa al *orden público español que representaba la propia LAP de 1953*, no debería sonar como estruendosa la afirmación de que, en ella, nada hay de jurídicamente indiferente. Lo cual, como he indicado líneas atrás, invita a la revisión de conceptos tan escurridizos como el mentado de *orden público español*; ya que si se ha de optar por la mejor de las soluciones posibles siempre hubo alguna que servía mejor al *ámbito totalitario* en el que se aplicaba el tan mentado *orden público español*, en el sentido de que la LAP no solo *desconocía* el arbitraje que se realizaba fuera de su ámbito, sino que además, y era lo más grave, se conceptualizaba –al arbitraje que se realizaba *fuera* del ámbito de aplicación de la LAP, se entiende– *habitualmente como inserto en el orden público español y, por tanto, utilizado como argumento que, en principio, era considerado válido para no hacer prosperar el reconocimiento del laudo arbitral extranjero*.

(1) DE CASTRO GARCÍA. ATC (Auto del Tribunal Constitucional) de 14 de enero de 1983. En: *ReCiVAr (Revista del Círculo Vasco de Arbitraje)* 1, 1986. pp. 118 y 119.

2. EL CAMBIO: LA EFICACIA UNIVERSAL DEL CONVENIO DE NUEVA YORK PARA EL REINO DE ESPAÑA

Y, a lo que voy. Después de todo lo que se anduvo en el momento actual la situación ha cambiado. No podía ser de otro modo. El artículo 46. 2. de la LA de 2003 indica ya que el exequátur de laudos extranjeros *se regirá* por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, *sin perjuicio* de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y *se sustanciará* según el procedimiento establecido en la LEC (Ley Procesal Civil Española, conocida como Ley de Enjuiciamiento Civil) de 1881 para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Y, con lo que ha dado por ganado (con razón, espero), se alza pimpante la posición del Reino de España que –ahora anuncio– pretende cerrar el paso al control en la aplicación del CNY (Convenio de Nueva York). Veamos por qué. En concreto, el Reino de España *no ha realizado ninguna reserva al texto del CNY* por lo que en España pueden ejecutarse los laudos pronunciados en *cualquier Estado, incluso de los que no sean parte del CNY, debido a la no utilización por España de las “reservas de reciprocidad”*.

Si –como acabo de sostener– el Reino de España ha de pechar con el exequátur de laudos arbitrales pronunciados en *cualquier Estado* la conclusión no se hace esperar: el CNY posee para el Reino de

España *carácter universal* toda vez que *no efectuó reserva alguna* a lo dispuesto en el artículo I CNY en el momento de su adhesión lo que se hizo por Instrumento de 12 de mayo de 1997 (BOE – Boletín Oficial del Estado Español– de 12 de junio del mismo año). Y lo diré. El *carácter universal* que, para el Reino de España, posee el CNY se reconoce expresamente por el ponente Gullón Ballesteros al decir que “(...) en la resolución del presente exequátur se ha de estar a los términos del Convenio de Nueva York de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, de 10 Jun. 1958, que resulta aplicable tanto por razón de la materia como por la fecha de la resolución, y *que para España presenta un carácter universal, toda vez que no efectuó reserva alguna a lo dispuesto en su artículo 1 al adherirse al Convenio, lo que hizo por Instrumento de 12 May. 1997 –énfasis agregado–* (BOE 12 de julio del mismo año)”⁽²⁾. Prosigamos. Insiste en el *carácter universal* del CNY para el Reino de España el ponente Almagro Nosete que se expresa en términos similares cuando señala que “la resolución del presente exequátur se ha de estar a los términos del Convenio de Nueva York de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, de 10 de junio de 1958, que resulta aplicable tanto por razón de la materia como por la fecha de la resolución, y *que para España presenta un carácter universal, toda vez que no efectuó reserva alguna a lo dispuesto en su artículo 1 al adherirse al Convenio, lo que hizo por Instrumento de 12 de mayo de 1977 –énfasis agregado–* (BOE 12 de julio del mismo año), entrando en vigor

⁽²⁾ GULLÓN BALLESTEROS. *ATS de 17 de febrero de 1998*. En: *RVDPA (Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje)* 3, 1999. p. 565.

para España el 10 de agosto del mismo año”⁽³⁾. Y, con el deseo de no cansar al paciente lector, aludiré a tres citas jurisprudenciales más. Pero, no más. ¡No tema el lector! Son las de los ponentes Martínez-Calcerrada y Gómez⁽⁴⁾, García Varela⁽⁵⁾.y González Poveda⁽⁶⁾.

3. CARACTERES DE LA EFICACIA UNIVERSAL DEL CNY PARA EL REINO DE ESPAÑA. EN ESPECIAL SU VIS ATRACTIVA APLICATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS CONVENIOS BILATERALES

Y de esa parcela discursiva –la relativa al *carácter universal*” que, para el Reino de España, posee el CNY– a la fuerza tendré el cuajo de reconocer que semejante discurso justificatorio se halla constelado de no escasos argumento técnicos. Veamos cuáles. Por lo pronto, la eficacia *universal* del CNY para el Reino de España se desprende de la circunstancia –según el ponente Gullón Ballesteros– de que “España *no hizo uso* –énfasis agregado– de la facultad prevista en el apartado tercero de su artículo primero de someter al régimen de reciprocidad el reconocimiento de las resolucio-

nes arbitrales extranjeras efectuado conforme a sus normas”⁽⁸⁾.

Con todo, no nos dejémonos ofuscar por el resplandor de la mentada afirmación. Por ello –pienso para mí–, que habrá que examinar con algún detenimiento –aunque sin necesidad de aparato– esa importante afirmación. Por lo pronto, el “carácter universal” del CNY para el Reino de España es predicable *tanto por la materia que regula como por la fecha de lo que resuelve a su amparo*. Lo dice bien claro el ponente O’Callaghan Muñoz: “(...) en la resolución del presente “exequátur” se ha de estar a los términos del Convenio de Nueva York de reconocimiento y ejecución de Sentencias arbitrales, de 10 de junio de 1958, *que resulta aplicable tanto por razón de la materia como por la fecha de la resolución* –énfasis agregado–, y que para España presenta un carácter universal, toda vez que no efectuó reserva alguna a lo dispuesto en su artículo 1 al adherirse al Convenio, lo que hizo por Instrumento de 12 de mayo de 1977 (BOE 12 de julio del mismo año) entrando en vigor para España el 10 de agosto del mismo año”⁽⁸⁾.

Así que tomaré como primer polo de referencia (adrede, por el partido que en

(3) ALMAGRO NOSETE. *ATS de 1 de febrero de 2000*. En: *RVDPA*, 2, 2001, 28. p. 403. Se puede consultar en: www.leyprocesal.es, en la sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

(4) MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ. *ATS (Auto del Tribunal Supremo) de 8 de febrero de 2000*. En: *RVDPA*, 2, 2001, § 29. p. 404. Se puede consultar en: www.leyprocesal.es, en la sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

(5) GARCÍA VARELA. *ATS de 18 de abril de 2000*. En: *RVDPA*, 2, 2001, § 32. p. 413. Se puede consultar en: www.leyprocesal.es, en la sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

(6) GONZÁLEZ POVEDA. *ATS de 28 de noviembre de 2000*. En: *RVDPA*, 3, 2001, § 35. p. 699. Se puede consultar en: www.leyprocesal.es, en la sección: *Base de datos de jurisprudencia y legislación procesal*.

(7) GULLÓN BALLESTERO. *ATS de 31 de mayo de 2005*. En: *RVDPA*, 1, 2006, § 41. Se puede consultar en: www.leyprocesal.es, en la sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

(8) O’CALLAGHAN MUÑOZ. *ATS de 11 de abril de 2000*. En: *RVDPA*, 2, 2001, §31. pp. 404 y 405). Se puede consultar en: www.leyprocesal.es, en la sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

lo venidero pienso sacar) el carácter *especializado* de la *materia* que procede a regular el CNY y el *principio de eficacia máxima* de lo en él regulado que le atribuye *vis atractiva aplicativa* sobre el régimen de los convenios bilaterales (artículo 46.2. de la LA de 2003). Y, no es que lo diga yo. Lo ha dicho ya el ponente Gullón Ballesteros al decir que “resulta *preferible* –énfasis agregado– este Convenio (el CNY) al celebrado entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, de 28 de May. 1969, que sería aplicable también a la vista de sus artículos. I, II y XVII, pues aunque éste es de fecha posterior a la de aquél, su artículo XIX dispone que no afectará a otros Convenios sobre materias especiales suscritos o que puedan suscribir las partes regulando el reconocimiento y la ejecución de decisiones, *previsión normativa que ha de completarse con el principio de eficacia máxima inherente a este tipo de normas convencionales y que, en casos como el presente, conduce a la preferencia del Convenio de Nueva York* –énfasis, de nuevo, mío–, tal y como esta Sala se ha pronunciado en ocasiones anteriores”⁽⁹⁾.

Con el argumento del ponente Gullón Ballesteros a la vista no es de extrañar que, el nexos causal asumido, justifique la lábil creencia de que *se declare preferible el régimen normativo del CNY sobre el que sería aplicable con arreglo al Convenio Bilateral entre España y Francia sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones Arbitrales*. Y, esa, –lo

diré sin rubor– es la posición indubitada que postula el ponente O’Callaghan Muñoz para el que “resulta *preferible este Convenio* –es el CNY, se entiende– *al celebrado entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, de 28 de mayo de 1969, que sería aplicable también a la vista de sus artículos I, II y XVII, pues aunque éste es de fecha posterior a la de aquél, su artículo XIX dispone que no afectará a otros Convenios sobre materias especiales suscritos o que puedan suscribir las partes regulando el reconocimiento y la ejecución de decisiones, previsión normativa que ha de completarse con el principio de eficacia máxima inherente a este tipo de normas convencionales y que, en casos como el presente, conduce a la preferencia del Convenio de Nueva York, tal y como esta Sala se ha pronunciado en ocasiones anteriores* (ver AATS 16/4/1996 en exequátur 3868/1992, 17/2/1998 en exequátur 3587/1996, 7/7/1998 en exequátur 1678/1997, 6/10/1998, en exequátur número 2378/1997, 2/3/1999 en exequátur 3528/1995 y 21/12/1999 en exequátur, 4344/1998)”⁽¹⁰⁾. En idénticos términos se expresa el ponente García Varela⁽¹¹⁾.

Que, el control jurisprudencial abarca aspectos *prima facie* legales que juegan un papel estelar, es algo menos polémico de lo que cabría imaginar. De ahí que, *de iure* (o sea, verbalizaciones aparte) la *preferencia* del régimen normativo del CNY sobre el que sería aplicable con arreglo al convenio bilateral, surge, según

(9) GULLÓN BALLESTEROS. *ATS de 17 de febrero de 1998*. En: *RVDPA* 3, 1999, § 4. p. 565.

(10) O’CALLAGHAN MUÑOZ. *Op cit.* p. 410.

(11) GARCÍA VARELA. *Op. cit.* p. 413.

el ponente O'callaghan Muñoz, justificada en los principios de eficacia máxima, de favorecimiento del exequátur y del de especialidad del objeto contemplado en el CNY. Y lo diré. En base a tales principios, entre el régimen de exequátur previsto en el Convenio bilateral entre el Reino de España y la República Socialista de Checoslovaquia (la nueva República Checa quedó vinculada por el Convenio bilateral suscrito con la extinta República Socialista de Checoslovaquia mediante intercambio de cartas de 21 de marzo de 1994 y 2 de febrero de 1995 reseñado en el BOE de 15 de junio de 1995), el ponente O'Callaghan Muñoz *opta decididamente por el CNY*. Y eso es lo que resplandece del modo en que se expresa el citado ponente O'Callaghan Muñoz cuando dice que "(...) en la resolución del presente exequátur se ha de estar a los términos del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 10 de junio de 1958, que resulta aplicable tanto por razón de la materia como por la fecha de la resolución, y que para España presenta un carácter universal, toda vez que no efectuó reserva alguna a lo dispuesto en su artículo 1 al adherirse al Convenio, lo que hizo por Instrumento de 12 de mayo de 1977 (BOE 12 de julio del mismo año). Existe asimismo un Convenio celebrado entre España y la República Socialista de Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles de fecha 4 de mayo de 1987, ratificado el 22 de septiembre de 1988 y publicado en el BOE el 3 de di-

ciembre de 1988, que sería aplicable también al supuesto examinado a la vista de sus artículos 2, 16-c), 18, 19-e) y 21. Los dos Convenios, desaparecida la República Socialista de Checoslovaquia, vinculan a la República Checa a la luz de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los tratados, y fundamentalmente, la Convención de Viena de 23 de agosto de 1978, sobre sucesión de Estados en materia de Tratados, lo que encuentra refrendo, en relación con el Convenio de Nueva York, en la comunicación remitida por la República Checa, publicada en el BOE de 14 de octubre de 1994, en la que dicho Estado declara su voluntad de suceder a la República Federativa Checa y Eslovaca con efecto desde el 1 de enero de 1993; y en relación con el Convenio bilateral, por su parte, en el intercambio de cartas de 21 de marzo de 1994 y 2 de febrero de 1995 reseñada en el BOE de 15 de junio de 1995. *De los referidos Convenios resulta preferible el Convenio de Nueva York, pues aunque el Convenio bilateral es de fecha posterior a la de éste, el principio de eficacia máxima y de favorecimiento al exequátur, así como la especialidad de su objeto conducen, en casos como el presente, a dar preferencia al multilateral, tal y como esta Sala ha tenido oportunidad de puntualizar en ocasiones anteriores, en los que la concurrencia normativa se resolvió atendiendo a los indicados criterios –énfasis agregado– (ver AATS 16/4/96 en exequátur 3868/92, 17/02/98 en exequátur 3587/96 y 7/7/98 en exequátur 1678/97)"⁽¹²⁾.*

(12) O'CALLAGHAN MUÑOZ. *ATS de 13 de noviembre de 2001*. En: *RVDPA* 3, 2003, §39. Se puede consultar en: www.leyprocesal.es, en la sección: *Base de datos de jurisprudencia arbitral*.

4. LA INCORPORACIÓN DEFINITIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL CNY: LA TESIS DE “LA ADECUACIÓN MÁS COMÚN” CONTENIDA EN EL CNY

Solicito del paciente lector su complicidad no extenuada ante citas tan lejanas de lo exiguo. Pero, me impele a ello su mejor ilustración. Prosigamos. Llamo la atención, con todo, que el carácter *universal*, que para el Reino de España posee el CNY, se encuentra avalado por el artículo 46.2. de la LA de 2003 según el cual los laudos arbitrales obtendrán el exequátur *con arreglo* a lo dispuesto en el CNY. De esta irreprochable indicación desearía destacar que para Gómez Jene⁽¹³⁾ la LA de 2003 ha adoptado la técnica de la “*incorporación por referencia*” al decir que “desde una perspectiva teórica, y del mismo modo que en su momento hicieron tanto el legislador alemán como el suizo, se constata que nuestro legislador ha seguido una técnica de *incorporación por referencia*. Esto es, remite sin mayores miramientos al citado Convenio de Nueva Cork (CNY) para regular el exequátur del laudo extranjero”.

En suma, la vindicada *juridicidad* del CNY se dejaría reconducir finalmente a la siguiente cuestión: en el momento en que el Reino de España, mediante instrumento de adhesión de 29 de abril de 1977, incorporó a su Derecho interno la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958, el denominado exequá-

tur entró en una nueva etapa en el Reino de España.

Y ante un panorama así diseñado, lo único que juiciosamente dejaría traslucir aquel purismo juricista es su razonable hospitalidad a que la LA de 2003, a través del Título IX, rubricado “*Del exequátur de laudos extranjeros*” incorporara, *definitivamente*, en el Derecho español del arbitraje el marco legal sobre el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero contenido en el CNY.

Y, a lo que voy. La definitiva incorporación del CNY al ordenamiento jurídico español se evidencia en que, con anterioridad a la vigente LA, los laudos arbitrales extranjeros eran reconocidos y ejecutados en España de conformidad con el Convenio de Nueva York. A lo que se une que la vigente LA, a diferencia de LA de 1988, *no realiza propuestas propias acerca del exequátur de laudos arbitrales extranjeros* lo que, con la LA de 1988, provocaba dudas y desconcierto sobre el régimen jurídico aplicable al reconocimiento y ejecución del laudos extranjeros en España.

No hay caminos medios que recorrer. La vigente LA ha considerado que lo más adecuado era incorporar *definitivamente* el CNY a su normativa. O sea, que los celos han desaparecido. Por lo que, mejor aún, la propuesta de la LA de 2003 es afortunada y, en su favor, es posible argumentar que coincide con la práctica real de los tribunales españoles los cuales aplicaban habitualmente el CNY. También es posible argumentar que se ha adoptado

(13) GÓMEZ JENE. *Primeras reflexiones en torno al proyecto de ley de arbitraje*. En: *La Ley*. Número 5874, 2003.

una opción cada vez más *común* en el Derecho comparado y, en fin, se establece *claramente* cual es el régimen jurídico de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros en España, evitándose así los peligros de orillamiento entre legislaciones de diverso contenido sobre un mismo ámbito temático.

De ahí que mi tolerancia doctrinal no llegue a comprender bien el afán de cierto sector doctrinal de oscurecer la realidad legislativa que surge de la impronta del CNY, como es el caso de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo⁽¹⁴⁾ que, al aludir a una denominada regla de “eficacia máxima” del CNY postulan la *disgresión* normativa a través del tratado bilateral *pretiriendo* la tesis de “la adecuación más común” contenida en el CNY.

Veamos. Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo dicen que: “la variedad de tratados internacionales que forman parte del ordenamiento interno en el ámbito del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros obliga a realizar unas consideraciones en torno a la identificación del concreto régimen convencional aplicable a una solución concreta. Para ello deben distinguirse distintas situaciones en presencia tomando como punto de partida el instrumento de base: el Convenio de Nueva York de 1958. Dicho texto, desde el momento de su entrada en vigor, sustituyó el régimen establecido en Ginebra por el Protocolo de 1923 y el Convenio de 1927 (artículo VII.2.). De otra parte la interacción entre el Convenio de

Nueva York y los Convenios bilaterales se regula en el artículo VII.1. al entender éste que las disposiciones del Convenio no afectarán la validez de los acuerdos “(...) bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiere tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación a los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”. Lo dispuesto en este precepto se enmarca dentro de la regla de la “eficacia máxima”, en virtud de la cual en caso de discrepancia entre lo dispuesto en distintos Convenios, *la preferencia corresponde a aquel* (énfasis agregado) que posea unos presupuestos de reconocimiento y de ejecución más liberales o a aquel que incluya un procedimiento más simplificado”.

Lo diré para que se me entienda. No es una cuestión de “preferencia”. Si no de aplicación, sin conmiseración alguna del CNY ¡Así de claro! De ahí que no me extrañen los términos en los que se expresa Cuartero Rubio⁽¹⁵⁾ cuando señala que “si el legislador *insiste* (énfasis agregado) en incluir los laudos en los Convenios bilaterales, la remisión al Convenio de Nueva York *parece la mejor solución* (énfasis agregado)”.

Y algo de razón tendré cuando en la jurisprudencia arbitral comercial internacional española del TS se adopta la tesis de la *adecuación más común de las disposiciones contenidas en el CNY* (¡ojo!

(14) FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y LORENZO SÁNCHEZ, S. *Curso de Derecho Internacional Privado*. 3ra. edición. Madrid 1996. p. 587.

(15) CUARTERO RUBIO. *Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: la vía de los convenios bilaterales*. En: RCEA, 1996. p. 51.

no de cualquier otro Convenio o Tratado) *por cuanto, si bien el artículo VII. 1 CNY salva la validez de los acuerdos bilaterales o multilaterales, no es menos cierto que esa norma ha de ser interpretada como regla de eficacia máxima; es decir como aplicabilidad del régimen más favorable al reconocimiento de exequátur del laudo arbitral extranjero. Es la tesis del ponente Fernández-Cid de Temes al decir que “(...) acerca de la pretendida aplicabilidad –énfasis agregado– del Convenio hispano-francés, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, de 28 mayo 1969, sostenida por el Ministerio Fiscal, ha de considerarse que el artículo VII.1 del Convenio de Nueva York salva la validez de acuerdos bilaterales o multilaterales y que tal norma se interpreta por la más autorizada doctrina como regla de eficacia máxima, es decir, como aplicabilidad del régimen más favorable al reconocimiento; y en atención a esta regla, parecería proceder efectivamente la aplicación del Convenio bilateral ya que su artículo 12 al remitirse a los artículos 3 y 4 para determinar los presupuestos del reconocimiento del laudo arbitral y las causas de denegación del mismo, parece ser más benigno que el artículo V del Convenio de Nueva York por lo que a la posible denegación concierne”* (énfasis agregado), pero sin entrar ahora en un examen detenido, “*cabe afirmar que las causas del convenio multilateral se equiparan a las del bilateral –quizá con alguna salvedad, como la de la incongruencia– si estamos a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el orden público y las garantías en el proceso de origen y, por el contrario, el Conve-*

nio de Nueva York favorece más el reconocimiento desde el punto de vista procedimental, aunque sólo sea por la carga de la prueba de la irregularidad del laudo que incumbe a quien se opone al reconocimiento” (énfasis agregado)⁽¹⁶⁾.

O sea, que el CNY se considera canon de referencia ineludible o preferible o al menos más defendible. Por ello, la tesis de la adecuación más común de las disposiciones contenidas en el CNY prevalece sobre los convenios bilaterales por su especialidad y mayor eficacia. Es la tesis del ponente O’Callaghan Muñoz al expresarse del siguiente modo: “(...) *la solicitud de reconocimiento y declaración de ejecutoriedad de los laudos arbitrales dictados por la Cámara de Comercio Internacional de París los días 25 de octubre de 1994 y 31 de julio de 1995 se debe examinar a la luz de las disposiciones del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958, al que España se adhirió el 12 de mayo de 1977 (sin declaración ni reserva alguna), y que entró en vigor para nuestro país el 10 de agosto del mismo año. Dicho Convenio, que resulta materialmente aplicable al caso conforme a lo dispuesto en su artículo 1, goza de preferencia respecto del Convenio celebrado entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, de 28 de mayo de 1969 –ratificado el 15 de enero de 1970 y publicado el instrumento de ratificación el 14 de marzo de 1970–, que invoca la parte oponente, no ya sólo porque el artículo 16 de este último contiene una cláusula de salva-*

(16) FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. *ATS de 16 de abril de 1996*. En: *RVDPA* 1, 2000, § 6. p. 139.

guardia en favor de los convenios sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materias especiales, sino por el principio mismo de especialidad y de favorecimiento al “exequátur”, como instrumento para lograr la circulación internacional de las resoluciones a cuyo fin tienden las normas convencionales sobre la materia, principio éste que lleva a examinar comparativamente los requisitos exigidos por los textos convencionales en liza con arreglo a criterios de máxima eficacia, y que aquí obliga a decantarse necesariamente a favor del Convenio multilateral, vistos los presupuestos a los que condiciona el reconocimiento, y atendidas las específicas causas de oposición esgrimidas por la parte contra las que se dirige la acción de “exequátur”. Es éste, por demás, el criterio que esta Sala ha seguido en casos precedentes en los que también se daba una concurrencia normativa, haciendo prevalecer la especialidad y la mayor eficacia de cara a la homologación que resulta de la aplicación del Convenio de Nueva York sobre otros convenios bilaterales de carácter general (en particular, respecto del Convenio Hispano-francés, ATS 2-3-1999)”(17).

5. LAS CUESTIONES QUE AFECTAN AL EXEQUÁTUR DE LAUDOS ARBITRALES SON DE LEGALIDAD ORDINARIA Y DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL ESTRICTA

Leídos con atención, estos párrafos dejan al descubierto un propósito loable: la entrada en la “normalidad” del

exequátur, que impuso la adhesión del Reino de España al CNY y, ahora, el Título IX de la LA de 2003, ha facilitado que se comience por lo más simple, pero no menos importante, como es la afirmación relativa a que las cuestiones que afectan al exequátur de laudos arbitrales son de legalidad ordinaria y de función jurisdiccional estricta.

Y, a lo que voy. Hay que decirlo. Se ubica el exequátur en un ámbito de funcionalidad jurisdiccional *ordinaria* que *rehuye* la *especialidad* funcional jurisdiccional. En definitiva, se reivindica la conceptualización funcional *ordinaria* del laudo arbitral extranjero *totalmente opuesta* a una conceptualización *vicariante* propia de los postulados metodológicos del internacionalismo público. Esta doctrina es posible extraerla de lo indicado por el ponente Barcala y Trillo Figueroa al señalar, en tal sentido que “(...) tal y como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en diferentes ocasiones, *las cuestiones relativas al exequátur de sentencias o laudos extranjeros son cuestiones de legalidad ordinaria y de función jurisdiccional en sentido estricto* (énfasis agregado) (STS 795/88), de suerte que compete a los jueces y tribunales –y en particular a esta sala para resolver los asuntos del tipo del presente– *decidir acerca de la concurrencia o no de los presupuestos para el otorgamiento del reconocimiento pretendido* (énfasis agregado)”(18).

Y si ha imperado el consenso sobre este particular (al menos eso debería deducirse tras las ya indicadas posturas jurisprudenciales), entonces me siento sin-

(17) O'CALLAGHAN MUÑOZ. *Op cit.* p. 150.

(18) BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA. *ATS de 4 de marzo de 1997*. En: *RVDPA* 3, 1992, § 2, p. 559.

gularmente pertrechado para opinar, con Peña Neira, que respecto del exequátur del laudo arbitral extranjero *podrían plantearse tres tipos de posturas* ubicándose el modelo español en la *intermedia* entre la que no establece cortapisa alguna al reconocimiento del laudo extranjero y la opuesta que no lo acepta. Dice Peña Neira⁽¹⁹⁾ que la primera de las posiciones que pueden adoptarse respecto del laudo arbitral extranjero “se caracteriza por permitir la aplicación de las mismas (laudos arbitrales y sentencias extranjeras) de manera irrestricta, sin cortapisa alguna, homologándola a la sentencia de un tribunal que conozca del mismo asunto en el propio país. Una segunda fórmula, llamada *intermedia*, admite la posibilidad de aplicación de la sentencia extranjera sujeta a un estudio por parte del órgano judicial que la ley designe, a fin de darle fuerza obligatoria en el país en que corresponda aplicarlo. Con ello se sujeta a la sentencia extranjera tanto a un examen formal, si cumple determinados requisitos en cuanto a validez, y sustancial, si se encuentra lo fallado de acuerdo a la normativa del país revisor. Por último, podemos apuntar (un tercer sistema) (de) restrictividad absoluta en esta materia impidiendo la aplicación de la sentencia extranjera” ¿Qué se quiere significar con tales posiciones? ¿Qué es lo que contamina el razonamiento jurídico? Lo diré. En el Reino de España se adopta el sistema que puede ser denominado “intermedio” pero muy cualificado; lo que finalmente le acerca al primero y lo aleja, sin ningún tipo de compadecimiento, del tercero.

Así que la convicción justificada en que las cuestiones relativas al exequátur de laudos arbitrales extranjeros *son de legalidad ordinaria y de función jurisdiccional en sentido estricto* permite atribuir a los órganos jurisdiccionales el ámbito de decisión acerca de la concurrencia o no de los presupuestos para el otorgamiento del exequátur que comprende, en sentido amplio, dos actividades que es importante deslindar. Por una parte, el reconocimiento del laudo (exequátur) y, por otra, su ejecución forzosa cuando no sea cumplido voluntariamente el exequátur o reconocimiento del laudo arbitral extranjero. Esta doble actividad es reconocida por el ponente O’Callaghan Muñoz cuando dice que “(...) *no cabe confundir este cauce procedimental (el de exequátur) al que pone término una resolución meramente declarativa del reconocimiento de los efectos de la sentencia y de su ejecutoriedad en España, con los propios actos de ejecución, que corresponden, una vez obtenida aquella, al Juez de Primera Instancia del partido en que esté domiciliado el condenado en la sentencia o del en que deba ejecutarse (artículo 958 LEC, es la LEC de 1881), y ante el cual, deberá la parte que ahora insta la paralización del exequátur hacer valer, en su caso, la situación de suspensión de pagos o concursal que se hubiese declarado —énfasis agregado—*”⁽²⁰⁾.


Nos hallamos en un entorno temático en el que bulle la preocupación terminológica. Y es lo que se desea despejar a continuación. Así, el reconocimiento del laudo arbitral extranjero, es llamado, al igual que

(19) PEÑA NEIRA. *La solución de controversias en el Mercosur: la sentencia extranjera y la noción de orden público en el Derecho chileno*. En: RVDPA 2, 1999. p. 318.

(20) O’CALLAGHAN MUÑOZ. *ATS de 5 de mayo de 1998*. En: RVDPA 1, 2000, §9. p. 144. Se puede consultar en: www.leyprocesal.es, en la sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

respecto de las sentencias extranjeras, trámite o procedimiento de “exequátur”, término latino que hace referencia a una equiparación de la resolución extranjera con una nacional, o lo que es lo mismo una “homologación”, término alusivo a un trato igualatorio. La homologación, exequátur o reconocimiento, consiste en que el Estado declara que la resolución emanada en un ordenamiento jurídico extranjero, tiene la misma o análoga validez en España que una resolución análoga pronunciada en España. Y lo diré. En el Derecho español de arbitraje, la actividad dirigida a obtener el exequátur es un procedimiento meramente homologador y de carácter declarativo.

Interesa enfatizar esto sin más paja, no sea que vayamos a dejarnos aturdir por el golpe de efecto (aderezado con algunos trámites de distracción) que no pocas veces suele provocar el disuasorio pero bastante umbroso adjetivo “exequátur”.

Y, ya vale ¡por ahora! Puede que haya más en el futuro sobre todo si el paciente lector desea obtener la titulación de postgrado de la Universidad Antonio de Nebrija de Madrid (España) que se imparte mediante *campus virtual* –por tanto, se puede recibir el curso en cualquier país del mundo– en la especialidad de Exequátur de Laudos Arbitrales Extranjeros y del que soy Director. 

DEFINICIÓN DE LAUDO ARBITRAL. ÁMBITO DE APLICACIÓN. TIPOS DE LAUDO. MEDIDAS CAUTELARES. CARÁCTER DEL LAUDO

Por: JOSÉ LUIS MESEGUER VELASCO (*)

SUMARIO: 1. *Concepto de laudo extranjero.* 2. *Medidas cautelares en el seno del procedimiento arbitral.*

1. CONCEPTO DE LAUDO EXTRANJERO

La actual Ley de Arbitraje española atiende a un criterio geográfico o territorial para calificar lo que se entiende por laudo arbitral extranjero: “*el pronunciado fuera del territorio español*”. A *sensu contrario*, si el tribunal arbitral español dicta su laudo en España, el laudo será considerado como nacional español, aunque el arbitraje haya sido un arbitraje internacional.

La determinación del lugar o “sede” del arbitraje es la que decide el carácter nacional o extranjero del laudo y para ello se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 60/2.003 de 23 de diciembre, de arbitraje, los cuales han seguido las pautas establecidas por

los artículos 20.1 y 31.3 de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional de 21 de junio de 1985.

Siempre que el laudo no sea nacional, en el supuesto de que se pretenda el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero en nuestro país, será requisito necesario proceder a su autorización u homologación conforme al procedimiento de exequátur y para ello debemos tener presente lo preceptuado en el segundo apartado del artículo 46.

Con respecto al ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York:

El artículo 46.2 de la Ley de Arbitraje española, ha integrado en nuestro Derecho Común el régimen previsto por

(*) Director Corporativo de los Servicios Jurídicos del Grupo Isolux Corsán S.A. Miembro del Club Español del Arbitraje.

el Convenio de Nueva York, por su carácter universal para nuestro País, ya que España no utilizó la posibilidad de formular reserva alguna, como permite el Convenio, que admite limitar su ámbito de aplicación a los Laudos arbitrales dictados o pronunciados en el territorio de otros Estados contratantes. Sin embargo, hay que añadir inmediatamente que ese principio de universalidad no estaba aceptado con carácter general en el momento de la firma de la Convención, y ni siquiera está en este momento. Por ello, la Convención hace concesiones y ofrece a los Estados contratantes, en su artículo 1.3, la posibilidad de hacer una reserva limitando la aplicabilidad de la Convención a las sentencias dictadas solo en el territorio de otro Estado contratante. Con esta facilidad de reserva, evidentemente se aminora el avance que la Convención de Nueva York suponía sobre la Convención de Ginebra de 1927, que requería que la sentencia fuera dictada en uno de los Estados contratantes entre personas que estuvieran sujetas a su jurisdicción.

Sin embargo, hay que señalar que, en la práctica, el impacto de esta reserva, llamada primera reserva o reserva de reciprocidad, aunque utilizada por aproximadamente los dos tercios de los Estados contratantes, va perdiendo, lógicamente, importancia práctica a medida que aumenta el número de los Estados miembros, y hoy día, con más de ciento cincuenta países que han ratificado el Convenio, puede decirse que sus efectos son mínimos.

En lo que se refiere a España, hay que subrayar que no hizo uso de la misma y, por consiguiente, se encuentra entre el grupo de países contratantes que han adoptado una postura más progresista dentro de la aplicación del Derecho Interna-

cional y las Convenciones, al no limitar la aplicación del Convenio de Nueva York a los Estados contratantes y abandonar la exigencia de la reciprocidad.

El Convenio de Nueva York, se aplica al reconocimiento de los laudos o sentencias arbitrales extranjeras, entendiendo por tales, las dictadas o pronunciadas en un “Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución”, es decir, distinto de España, o las Sentencias arbitrales que no se consideren nacionales en el Estado en el que se solicite su reconocimiento o ejecución.

En España, pueden beneficiarse del Convenio todas las decisiones que sean fruto de un arbitraje, tengan o no carácter comercial.

Finalmente, el Convenio se aplica al reconocimiento y ejecución de los Laudos Arbitrales pronunciados en controversias entre personas físicas o jurídicas, incluyendo a los Estados y otros entes públicos, así como a las empresas públicas, cuando actúen como particulares en el comercio internacional.

Otro elemento a señalar es que el campo de aplicación de la Convención no depende de la nacionalidad de las partes, como ocurría en la Convención de Ginebra de 1927, que exigía como condición que las partes estuvieran sujetas a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes. Esta modificación supuso una importante mejora sobre la situación anterior, pues la expresión sujeta a jurisdicción había causado ciertas dudas, ya que algunos tribunales la habían interpretado, en algunos casos, como equivalente a nacionalidad, mientras que otros la consideraban como domicilio. Esto significa que la Convención es aplicable también a

aquellos casos en que la sentencia se dicta en el extranjero entre partes de la misma nacionalidad.

El solicitante solo debe apelar el laudo y el acuerdo arbitral, en forma auténtica, mediante el original debidamente legalizado o copia que reúna las condiciones suficientes de autenticidad. Además, deberá presentarse una traducción oficial en el idioma correspondiente.

Debe recomendarse, sin embargo, que en España se aporten todos los documentos que sean necesarios para que se conceda la ejecución del laudo, especialmente teniendo en cuenta que es un principio de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que se presenten los documentos con la solicitud, dado que en general, el peticionario no tiene una intervención ulterior en el procedimiento en que pueda hacerla.

Por ello es muy importante, que se analice, antes de presentar la solicitud, las causas de denegación apreciables a instancia de parte o de oficio, para acompañar a la solicitud todos los documentos que acrediten que no concurre ninguna de las mencionadas causas.

Son reconocibles tanto el *laudo final* que decide la controversia, como los *laudos parciales* que resuelven aspectos separables de la misma. No son reconocibles, en cambio, las resoluciones intra procesales mediante las cuales el Tribunal Arbitral ordena y conduce el procedimiento arbitral, con independencia de su denominación (órdenes, autos, etcétera).

Tanto el laudo final como el parcial han de ser laudos obligatorios, concepto sobre el que la doctrina ha discutido mucho y en el que en ningún caso puede

equipararse a laudo ejecutivo ni a laudo no impugnado a través de un recurso de anulación; por laudo obligatorio, habría que entender como laudo definitivo que pone fin al procedimiento arbitral y esta es la interpretación que sostuvo el Tribunal Grande de Instancia de París, de 15 de mayo de 1970 en el que señaló que “un laudo debe considerarse obligatorio, en el sentido del Convenio de Nueva York, desde el momento que haya sido regularmente dictado y que se hayan cumplido las formalidades necesarias para conferirle el valor de laudo arbitral” y por ello cabe denegar el reconocimiento por falta de obligatoriedad cuando estemos ante un laudo interlocutorio (no definitivo) o un laudo sólo aparente (por ejemplo, no firmado por los árbitros, una propuesta de amigables compondores, etcétera).

Las transacciones arbitrales quedan, como tales, fuera del CNY de 1958; no así cuando lo convenido se incorpora al laudo y adquiere la fuerza de éste. En el Derecho comparado las transacciones arbitrales siguen dos modelos fundamentales:

- a) El tribunal arbitral recoge el acuerdo de las partes y lo reproduce en forma de laudo arbitral; si tal laudo tiene, conforme al Derecho del Estado de origen, el mismo efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo, procede su reconocimiento y ejecución por la vía del CNY 1958. Esta es la fórmula seguida por el legislador español en el artículo 36 LA (laudo por acuerdo de las partes).
- b) El tribunal arbitral simplemente homologa o constata el acuerdo transaccional. En este caso la transacción arbitral vale como cualquier

otra forma de transacción contractual. El CNY 1958 no es aplicable. La transacción, como cualquier Contrato, simplemente permite entablar una acción declarativa ante los Tribunales competentes, reclamando su cumplimiento.

2. MEDIDAS CAUTELARES EN EL SENO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Las medidas cautelares ordenadas por los árbitros también deben reconocerse. Aunque es discutible que el CNY 1958 obligue a su reconocimiento, no hay duda de que sus normas lo permiten. Si la decisión ordenando medidas cautelares puede calificarse como un laudo con fuerza obligatoria, es reconocible y ejecutable por la vía del CNY 1958.

El Convenio no exige la firmeza del laudo o sentencia arbitral, sino que la decisión sea “obligatoria” para las partes. Ello abre las puertas al reconocimiento de las medidas cautelares eventualmente ordenadas por el tribunal arbitral extranjero. Desde un punto de vista lógico, si se admite la competencia del tribunal arbitral para adoptar medidas cautelares (y ello depende de la ley que rija el procedimiento arbitral), parece congruente admitir su reconocimiento y ejecución por los tribunales estatales; sirve al propósito de asegurar una tutela arbitral efectiva y nadie mejor que el juzgador del fondo para apreciar su necesidad y la intensidad que deben revestir.

Los árbitros pueden adoptar medidas cautelares en forma de recomendaciones, órdenes motivadas o laudos (parciales), según establezcan la ley y el reglamento arbitral aplicables. A la luz de la Ley de

Arbitraje española, la forma que revista la decisión del Tribunal Arbitral no debe ser obstáculo para su reconocimiento en España, siempre que contenga un mandato a las partes que sea ejecutable fuera del procedimiento arbitral (no ocurre así en el caso de las recomendaciones) y que, según la ley aplicable, dicha decisión sea “obligatoria” para las partes. El procedimiento de exequátur no debe representar un obstáculo en sí mismo (mas allá de la tardanza en su tramitación), puesto que la competencia para su otorgamiento ha sido atribuida en España a los Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de lo Mercantil.

Los diversos ordenamientos jurídicos y tribunales estatales han evolucionado favorablemente en apoyo de la adopción de medidas cautelares en un procedimiento arbitral, desarrollado dentro o fuera de las fronteras de un Estado.

Esta evaluación, se puso de manifiesto, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-391195, *Van Uden Maritime v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line and others*.

El asunto suscitó como punto central, la cuestión de la cooperación de un Juez Estatal con un tribunal arbitral, cuya actuación tuvo lugar en el territorio de la Unión Europea, con vistas a la adopción de medidas cautelares por parte del Juez Estatal.

El Tribunal de Luxemburgo, permitió a los árbitros, que hicieran uso de la vía abierta por el artículo 24 del Convenio de Bruselas (actual artículo 31 del Reglamento 44/2001), siempre que se tratara de una materia cubierta por el Convenio/Reglamento, esto es, una materia civil o mercantil, que la medida cautelar

estuviera prevista en el Ordenamiento del Juez requerido, y que el supuesto se incardinara en el ámbito de aplicación geográfico del Convenio/Reglamento.

Se afirmó que el Convenio de Bruselas y, por consiguiente, el Reglamento 44/2001, son aplicables a la solicitud de tutela provisional o cautelar ante un tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea, con tal de que el objeto de la medida fuera materia civil o mercantil, aún cuando la intervención judicial fuera instrumental respecto de un procedimiento de arbitraje. Esta afirmación, contaba además, con una vocación de generalidad, ya que era aplicable respecto de cualquier medida cautelar susceptible de pronunciarse al amparo del artículo 24 del Convenio de Bruselas, actual artículo 31 del Reglamento 44/2001 y, aún cuando el resultado del procedimiento arbitral, el Laudo, no resultara susceptible de reconocimiento al amparo de dicho Convenio o Reglamento, sino al amparo de otro texto internacional, el Convenio de Nueva York de 1958.

Siguiendo a Gómez Jene, podemos afirmar que las medidas que puede adoptar un juez español, ya sea en apoyo de una arbitraje que se está celebrando en España, ya sea en apoyo de un arbitraje que se está celebrando en el extranjero, son, con carácter general, las previstas en el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, a través de la actuación directa o indirecta frente a los bienes y derechos del demandado, e instrumental respecto del proceso principal, y con carácter específico, las previstas en el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ahora bien, no puede instarse como medida cautelar “la suspensión de un pro-

cedimiento arbitral”, habiéndose dictado ya laudo en el seno del mismo, sino que, en su caso, podrá reproducirse la medida solicitada ante el órgano competente para la ejecución del Laudo, como afirma el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de febrero de 2007 (JUR 2007/127319).

En virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje, para la adopción judicial de medidas cautelares es competente el Juzgado de Primer Instancia del lugar en el que el laudo deba ejecutarse y, en su defecto, el del lugar donde las medidas cautelares deban producir su eficacia. El mismo criterio debe aplicarse cuando el arbitraje se este sustanciando en el extranjero como afirma el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *in fine*, cuando el arbitraje esté por determinar, o cuando se solicite la tutela cautelar antes de su inicio. Todo ello, sin olvidar la competencia objetiva prevista en el artículo 86 ter. 2. g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a favor de los Juzgados de lo Mercantil.

Está legitimado para solicitar medidas cautelares, quien acredite ser parte en un proceso arbitral pendiente en España o en el extranjero, o quien haya pedido la formalización judicial del arbitraje, y en este sentido, respecto del arbitraje institucional, ya sea interna o internacional, quien prueba haber presentado la debida solicitud de arbitraje ante la institución arbitral correspondiente.

También es posible la ampliación de medidas cautelares, incluso sin audiencia del demandado, para lo que basta que la petición de ampliación pretenda lograr el mismo objetivo y la cautela inicial, sigan concurriendo los presupuestos *del fumus*

boni iuris del *periculum in mora* y de la caución, y que la ampliación de las medidas contribuyan a lograr el fin pretendido por la cautela inicial, como tiene afirmado el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 42, de Madrid de 21 de junio de 2006.

Finalmente, también pueden solicitarse medidas cautelares después del que el laudo se haya dictado, habiendo aceptado el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de junio de 2005 (JUR 2005/181876) adoptar como medida cautelar, una anotación preventiva de demanda de ejecución del laudo arbitral, ya dictado en el marco de un proceso de ejecución.

Además de las medidas cautelares que adopten los órganos jurisdiccionales, los árbitros, también podrán adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto de litigio, siempre que concurren los requisitos de apariencia de buen derecho o *fomus boni iuris*, el peligro por la mora procesal o *periculum in mora* y la caución.

El presupuesto de la caución tiene su propia configuración en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje, en cuya virtud, los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante.

En la mejor interpretación, este precepto exige a la parte interesada en la cautela que ofrezca caución, si bien, corresponde a los árbitros, eximirla en circunstancias excepcionales.

Los árbitros, para conceder una medida cautelar, deben respetar los principios de igualdad, audiencia y contradicción que informan la Ley de Arbitraje, salvo el supuesto de la adopción de una medida cautelar inaudita parte.

En la inmensa mayoría de los supuestos, la medida cautelar adoptada por los árbitros, debe revestir la forma de laudo parcial. Frente al mismo y aunque el artículo 40 de la Ley de Arbitraje suscita alguna duda al respecto entendemos que, puede ejercerse la acción de anulación (artículos 41 y 42 de la Ley de Arbitraje).

Al laudo parcial, le es de aplicación las normas de ejecución forzosa de laudos (artículos 44 y 45 de la Ley de Arbitraje), con la consiguiente remisión, en última instancia, a los artículos 548 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con respecto al carácter no obligatorio del laudo para las partes, artículo VI e) del CNY:

El apartado e) incluye por último como quinta causa de denegación del exequátur a instancia de parte, la prueba de “*que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia*”.

Concretamente se hace referencia a la eficacia del laudo: *laudo no obligatorio. laudo anulado o laudo en suspenso*.

Un laudo es obligatorio cuando según la ley nacional aplicable, éste, tiene eficacia vinculante para las partes. La noción de “obligatoriedad” se trata de una cuestión polémica que ha suscitado diversos problemas interpretativos en la práctica.

De acuerdo con la interpretación dominante, el Convenio de Nueva York ha suprimido de forma deliberada el término de “firme” por el de “obligatoria”,

entendiéndose por tal como aquél laudo que no es susceptible de recurso ordinario, o respecto del cual puede intentarse la ejecución en el Estado de origen. Con la exigencia de que la sentencia arbitral sea “obligatoria” se prescinde del denominado “doble exequátur”.

Y este mecanismo es el previsto en el artículo VI del CNY que establece que *“Si se ha o la suspensión de la sentencia. la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá. si lo considera procedente. aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que de garantías apropiadas”*, Es decir, el CNY prevé como única consecuencia frente a la pendencia de un recurso de anulación la facultad de aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia.

La competencia exclusiva de decidir la anulación del laudo corresponde a los tribunales del país en que ha sido dictado el laudo o, alternativamente, y solo si ha existido un acuerdo de las partes para que al laudo se le aplique una Ley de Arbitraje, distinta de la ley del país en que se ha dictado, del país conforme a cuya ley se ha dictado el laudo.

A modo de ejemplo: Caso ICC 13.158

El arbitraje de Wapda v. Isolux, número 13.158, celebrado ante la ICC por expresa remisión contractual, celebrándose en Ginebra por decisión de la Cámara, ante la imposibilidad de acuerdo entre las partes, dado que el lugar de celebración no estaba previsto en el contrato.

Después de la demanda y su reconvencción se celebró la vista arbitral dando como resultado un laudo arbitral.

Una vez dictado el laudo y notificado a las partes, Wapda ha intentado obtener la anulación del mismo interponiendo una demanda de anulación del laudo en Pakistán sobre la base de los dos motivos principales siguientes:

1. Porque el árbitro designado por Isolux no participó en la redacción del laudo ni emitió opinión particular alguna sobre el mismo, limitándose a suscribir la decisión íntegra del presidente que, a la postre, se convirtió en el fallo definitivo merced a los dos votos.
2. Porque el laudo no decidió sobre todos los puntos propuestos por las partes o que surgieron en el curso del procedimiento arbitral.

Con independencia de que el primero de los motivos no es admisible para solicitar la anulación del laudo, y no se ajustó en modo alguno a la realidad, y el segundo es incierto, puede solicitarse la anulación de los laudos arbitrales internacionales por defectos de forma o lesión de los derechos fundamentales de una de las partes que haya provocado indefensión, pero el foro para interponer la demanda de anulación ha de ser necesariamente el del lugar donde se celebró el arbitraje y se dictó el laudo; así las cosas, el laudo en cuestión era de nacionalidad suiza, motivo por el cual la demanda de anulación debería haberse interpuesto ante los tribunales suizos. Por esa razón, los tribunales de Pakistán no son competentes para decidir sobre esta cuestión, entendiéndose que esta demanda de anulación está abocada al fracaso.

El artículo V afirma categóricamente que, en esta materia, sólo cabe la denegación del reconocimiento, si el laudo se


suspende o anula por una autoridad competente del país en que se dictó el laudo o conforme a cuya Ley se dictó el laudo.

Por consiguiente no procederá la denegación del reconocimiento si se anula por las autoridades de otro país.

Isolux ha iniciado dos vías de ejecución del laudo; una en España a través de un procedimiento de exequátur iniciado al efecto y otra en Pakistán.

La razón de solicitar el exequátur en Madrid es que tienen su sede en esta Ciudad las dos entidades implicadas en el conflicto, Banesto y American Express, que son los avalistas de la operación y que deben abstenerse de hacer frente a las órdenes de pago impartidas por Wapda y proceder a la cancelación de los avales. En el procedimiento de exequátur del laudo, Wapda debe ser emplazada mediante la correspondiente Comisión

Rogatoria, a los efectos de que, si lo desea, comparezca y alegue lo que a su derecho convenga.

Por otro lado, la razón de interponer la demanda de ejecución del laudo en Pakistán reside en que la ejecución de pago por parte de Wapda a Isolux, es decir lo que es la condena dineraria propiamente dicha recogida en el laudo, después de efectuada en la parte dispositiva del laudo la compensación entre los importes acreedores y deudores recíprocos existentes entre las partes, no puede solicitarse en un País donde el ejecutado no tenga activos ni derechos. Como quiera que Wapda es una entidad pública Pakistán que sólo tiene bienes en Pakistán, es en ese país donde debe ejecutarse la parte dispositiva del laudo que condena a Wapda a pagar a Isolux un Importe dinerario. Suponemos que Wapda se opondrá a la citada solicitud de ejecución. 

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE LAUDOS ARBITRALES DICTADOS CONTRA ESTADOS SOBERANOS Y CESIÓN DE LOS MISMOS PARA SU RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN POR TERCEROS

Por: FÉLIX J. MONTERO MURIEL (*)
CRISTINA CORTES (**)

SUMARIO: 1. *Introducción. Reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales.* 1.1. *El Convenio de Nueva York, base del sistema español de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.* 1.2. *Procedimiento de reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros: el exequátur.* 1.3. *Medidas cautelares en procedimientos de exequátur en España: a) Solicitud de medidas cautelares, requisitos y clases de medidas. b) Medidas cautelares contra Estados en un procedimiento de exequátur.* 2. *Reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales dictados contra Estados soberanos.* 2.1. *Normativa y jurisprudencia española.* 2.2. *La ejecución de laudos arbitrales dictados contra Estados soberanos sobre bienes de entidades estatales: los bancos centrales.* 3. *La cesión de laudos arbitrales dictados contra Estados soberanos para su reconocimiento y ejecución en España por terceros.* 3.1. *La cesión de la posición contractual en el procedimiento civil.* 3.2. *La legislación sustantiva española sobre la cesión de créditos.* 3.3. *La doctrina del "Champerty" y la cesión de laudos.* 4. *Comentarios finales.*

En el presente artículo se abordará en primer lugar y como introducción general al objeto principal de estas reflexio-

nes el régimen general del reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales. Posteriormente nos centraremos en

(*) Profesor de Derecho Procesal en la Universidad Carlos III de Madrid y Arbitraje Internacional en el Master en Derecho de los Negocios de la Fundación Carolina. Socio de Pérez-Llorca, España.

(**) Abogada Asociada de Pérez-Llorca, España.

el reconocimiento y ejecución de laudos dictados contra Estados soberanos y las posibilidades de ejecución contra los bienes de dichos Estado que se encuentran en territorio español. Abordaremos el caso concreto de las entidades estatales y los fondos de los bancos centrales. Por último, se hará referencia a la alternativa a la que recurren potenciales ejecutantes de laudos, como es la cesión de los mismos a terceros para su reconocimiento y ejecución.

1. INTRODUCCIÓN. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE LAUDOS ARBITRALES

1.1. El Convenio de Nueva York, base del sistema español de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros

Hace ya casi cinco años entró en vigor en España la nueva Ley de Arbitraje de 2003⁽¹⁾ (LA), que vino a reemplazar a la anterior ley que databa de 1988⁽²⁾. El legislador español, en su esfuerzo por acomodar la legislación sobre arbitraje a los estándares internacionales, aprovechó la aprobación de la LA para, en lugar de elaborar un régimen propio sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, hacer una remisión al Convenio de Nueva York (CNY) en dicha materia⁽³⁾. De esta manera, el CNY pasa a ser la base del sistema español de reconocimiento y ejecución de lau-

dos arbitrajes extranjeros, tanto si éstos proceden de Estados parte del CNY, como de Estados no parte.

A este respecto debe indicarse que España no ha realizado ninguna de las reservas previstas en el artículo I.3 CNY. De este modo, por lo que respecta a los juzgados y tribunales españoles, el CNY se aplica de forma universal o *erga omnes* sea o no parte del mismo el Estado del que proceda el laudo, puesto que no se condiciona la aplicación del CNY a la reciprocidad. Asimismo, el CNY se aplica por los juzgados y tribunales españoles sin restricciones por razón de la materia, siempre que ésta sea susceptible de someterse a arbitraje y aunque no sea considerada de carácter comercial según la legislación española, puesto que tampoco suscribió España la llamada “reserva comercial”. El CNY no contiene ninguna limitación *ratione personae* y del mismo modo tampoco la tiene la LA. Muy al contrario, el sistema español de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de la LA, que complementa el CNY, establece que no existe ninguna limitación por razón del sujeto (personas jurídicas de derecho público o privado u organismos estatales) respecto del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la disputa y por tanto respecto de los efectos del laudo arbitral.

A pesar de que, como decimos, el CNY es la base del sistema español de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, también deben tenerse en cuenta otros tratados multilaterales o

(1) La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, entró en vigor el 26 de marzo de 2004.

(2) Nos referimos a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

(3) Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. España se adhirió al CNY el 12 de mayo de 1977, entrando éste en vigor el 10 agosto 1977.

bilaterales sobre la materia de los que sea parte España cuya validez, como es sabido, no se ve afectada por el CNY⁽⁴⁾. Los tratados multilaterales más importantes en este sentido son: (i) el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961⁽⁵⁾; y (ii) el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados⁽⁶⁾. Por lo que se refiere a tratados bilaterales que contemplan el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, España tiene suscritos tratados con: México, Uruguay, Brasil, Suiza, Francia, Italia, República Checa, Eslovaquia, Marruecos, China y Bulgaria⁽⁷⁾.

No obstante lo anterior, en la práctica, el Tribunal Supremo español ha venido aplicando de forma preferente el CNY frente a los convenios bilaterales suscritos por España sobre la base del principio de “eficacia máxima” o “mayor favorabilidad”⁸.

1.2. Procedimiento de reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros: el exequátur

El CNY se limita a establecer las condiciones que el laudo debe reunir para poder ser reconocido y ejecutado en otro Estado, dejando en manos del Derecho nacional el concreto procedimiento a seguir. De esta forma, el legislador nacional tiene tres opciones: (i) establecer un procedimiento específico para la ejecución de laudos amparados por el Convenio; (ii) aplicar el mismo procedimiento que a los laudos nacionales; o (iii) remitirse al procedimiento general de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, como ha hecho España⁽⁹⁾.

El régimen general de reconocimiento y ejecución está regulado en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil⁽¹⁰⁾. En este sentido, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece que la antigua regulación sobre reconocimiento y ejecu-

(4) Ver artículo VII.1 CNY.

(5) El Convenio Europeo se negoció expresamente como complementario del CNY y entró en vigor para España el 10 de agosto de 1975.

(6) El Convenio de Washington entró en vigor para España el 17 de septiembre de 1994.

(7) Los convenios suscritos con China y Bulgaria se remiten expresamente al CNY.

(8) Por ejemplo, el Tribunal Supremo, en su auto de fecha 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 9002) señaló lo siguiente: “Resulta preferible este Convenio al celebrado entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, de 28 mayo 1969, que sería aplicable también a la vista de sus artículos I, II y XVII, pues aunque éste es de fecha posterior a la de aquél, su artículo XIX dispone que no afectará a otros Convenios sobre materias especiales suscritos o que puedan suscribir las partes regulando el reconocimiento y la ejecución de decisiones, previsión normativa que ha de completarse con el principio de eficacia máxima inherente a este tipo de normas convencionales y que, en casos como el presente, conduce a la preferencia del Convenio de Nueva York, tal y como esta Sala se ha pronunciado en ocasiones anteriores”.

(9) En este sentido, el artículo 46.2 LA establece que “El exequátur de laudos extranjeros (...) se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias de tribunales extranjeros”.

(10) La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1/2000, de 7 de enero) vino a sustituir a la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, que databa de 1881, salvo en determinadas materias. El reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras es una de ellas.

ción de resoluciones extranjeras seguirá siendo aplicable hasta la vigencia de la Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, que aún no ha sido promulgada.

En España, previamente a la ejecución, es necesaria la obtención del reconocimiento de la sentencia o laudo extranjero (homologación)⁽¹¹⁾. A través del reconocimiento o declaración de ejecutividad, la sentencia o laudo se homologa para desplegar en el foro sus efectos. Una vez reconocida la resolución, podrá pasarse a la ejecución de la misma. Se trata, por tanto, de un único procedimiento, conocido como exequátur, que se tramita ante un mismo juzgado y que consta de dos pasos o etapas (reconocimiento y ejecución). Así, en un mismo escrito el ejecutante solicita al juez: (i) que reconozca la resolución extranjera, esto es, que otorgue el exequátur; y (ii) una vez reconocida, que proceda a ejecutarla.

En cuanto a los laudos extranjeros, el juzgado español competente otorgará el reconocimiento de los mismos, siempre que no incurran en alguna de las causas establecidas en el artículo V, CNY⁽¹²⁾

y procederá acto seguido a su ejecución, que se sustanciará conforme al procedimiento de ejecución aplicable tanto a las sentencias como a los laudos españoles. De esta manera, la legislación española garantiza la igualdad esencial de trato que exige el artículo III, CNY⁽¹³⁾ al someter la ejecución de los laudos extranjeros, tras obtener la homologación, al mismo régimen de ejecución que los laudos españoles.

Como aspecto característico del procedimiento de exequátur debe señalarse que se trata de un procedimiento meramente homologador⁽¹⁴⁾ en el que el Juzgado únicamente comprueba que se dan las condiciones establecidas al efecto en el CNY, esto es: (i) que el solicitante de exequátur aporta la documentación indicada en el artículo IV del CNY; y (ii) que no se dan las condiciones para la denegación del reconocimiento enumeradas en el artículo V CNY.

En España, el órgano judicial funcionalmente competente para otorgar el exequátur de un laudo extranjero es el Juzgado de Primera Instancia. Tradicionalmente dicha competencia correspondía al Tribunal Supremo; sin embargo la atribución

(11) Nótese que en el ámbito de la Unión Europea existe la figura del "reconocimiento automático" de sentencias, en virtud de la cual las resoluciones extranjeras emitidas por órganos judiciales de Estados miembros de la Unión no necesitan de un procedimiento de "homologación" previa para ser ejecutadas.

(12) Recuérdese que el CNY establece el principio favor *executionis*, en virtud del cual únicamente se rechazará el exequátur si la parte frente a la que se pretende hacer valer el laudo extranjero demuestra la concurrencia de alguna de las causas establecidas en el artículo V.1 CNY, ello sin perjuicio de los motivos de motivos de denegación de exequátur que pueden y deben, en su caso, ser apreciados de oficio por parte del Juzgado que conozca del asunto.

(13) Así, el artículo III CNY indica que: "(...) Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales".

(14) En cuanto al carácter homologador del exequátur, Ver, entre otros, los Autos del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4296) y de 1 de enero de 2000 (RJ 2000, 760). En concreto, el primero de los autos citados indica que por la propia "naturaleza de este procedimiento, meramente homologador de los efectos de las decisiones extranjeras, (...) está vetada la revisión del fondo del asunto, ya sea del derecho que se aplica como de la determinación del *factum* que sirve de base a la resolución".

competencial al más alto tribunal español de procedimientos como el de exequátur, que no dejan de ser procedimientos de ejecución, resultaba poco eficaz. Así, desde el 2004⁽¹⁵⁾ dicha competencia pasó a ser de los juzgados de primera instancia que, al fin y al cabo, son los encargados de la ejecución de sus propias sentencias y más ágiles de lo que pudiera serlo el Tribunal Supremo en este tipo de procedimientos.

En cuanto al criterio de atribución de la competencia territorial, esto es, a qué concreto Juzgado de Primera Instancia hay que dirigirse para solicitar el exequátur del laudo, la legislación española atribuye la competencia al Juzgado: (i) del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el exequátur; o (ii) del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos del laudo; o (iii) del lugar de ejecución o donde el laudo deba producir sus efectos.

1.3. Medidas cautelares en procedimientos de exequátur en España

A pesar de que ninguna disposición legal lo prevé expresamente, es posible solicitar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento de exequátur. Esta posibilidad ha sido expresamente admitida por el Tribunal Supremo en procedimien-

tos de exequátur tanto de laudos arbitrales⁽¹⁶⁾ como de sentencias judiciales extranjeras⁽¹⁷⁾.

De acuerdo con la citada jurisprudencia, los tribunales competentes para la adopción de medidas cautelares en el seno de un procedimiento de exequátur son aquéllos del lugar donde el laudo deba ejecutarse o donde las medidas solicitadas deban producir su eficacia. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 8.3 LA en cuanto a la competencia para la adopción de medidas cautelares en el seno de un procedimiento arbitral. Vemos, por tanto, que el mismo Juzgado de Primera Instancia que conozca del procedimiento de exequátur debería conocer también de las medidas cautelares que se soliciten durante el mismo⁽¹⁸⁾.

a) *Solicitud de medidas cautelares, requisitos y clases de medidas*

Las medidas cautelares pueden solicitarse en cualquier momento durante el procedimiento del exequátur, e incluso antes de la presentación de la solicitud de reconocimiento y ejecución (las llamadas medidas cautelares *ante demandam*). Para el caso de medidas cautelares *ante demandam* deben tenerse en cuenta dos cuestiones: (i) que el solicitante debe probar que concurren motivos de urgencia o necesi-

⁽¹⁵⁾ Dicho cambio en la atribución de competencia se llevó a efecto mediante la ley 62/2003, de 30 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 2004. Es por este motivo que mucha de la jurisprudencia que se cita en el presente artículo es del Tribunal Supremo.

⁽¹⁶⁾ Ver, entre otros, los Autos del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 240), de 9 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9419) y de 17 de junio de 2003 (JUR 2003, 164181).

⁽¹⁷⁾ Ver, entre otros, los Autos del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2002 (JUR 2002, 48100), 16 de abril de 2002 (JUR 2002, 120052) y 28 de mayo de 2002 (RJ 2002, 5023).

⁽¹⁸⁾ En el artículo 8.3 LA, que regula los Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje, se dispone: "Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

dad; y (ii) que la solicitud de exequátur deberá presentarse durante los veinte días siguientes a la adopción de las medidas solicitadas, o éstas quedarán sin efecto.

La regla general en Derecho español es que las medidas cautelares se adoptan después de una audiencia en la que ambas partes pueden defender sus respectivas posturas ante el Juez y presentar la prueba necesaria. No obstante y de manera extraordinaria pueden adoptarse sin la celebración de dicha audiencia e, incluso, sin haber sido notificadas a la parte afectada por las mismas (*inaudita parte*), siempre que el solicitante acredite que: (i) concurren razones de urgencia adicionales; o (ii) que la audiencia puede comprometer el buen fin de la medida cautelar solicitada.

Las medidas cautelares únicamente podrán ser concedidas tras la verificación por parte del Juzgado competente de la concurrencia de determinadas circunstancias, a saber: (i) que la solicitud de dichas medidas tenga apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), esto es, que el solicitante presente unas alegaciones que conduzcan a fundar, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional favorable al fundamento de su pretensión; (ii) que exista *periculum in mora* o peligro por la mora procesal, esto es, que podrían producirse durante la pendencia del proceso situaciones que impidieren

o dificultaren la efectividad de una eventual sentencia estimatoria; y (iii) que el solicitante haya prestado una caución o depósito para responder de los daños y perjuicios que la medida pudiera causar al ejecutado.

La legislación española contempla una gran variedad de tipos de medidas cautelares, tales como: (i) el embargo preventivo de bienes; (ii) la intervención o administración judiciales de bienes; (iii) el depósito de bienes muebles; (iv) la formación de inventarios de bienes; (v) la anotación preventiva de demanda u otras anotaciones registrales; (vi) la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; (vii) la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad ilícita; (viii) la suspensión de acuerdos sociales; y (ix) en general, cualquier otra medida necesaria para asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria.

b) Medidas cautelares contra Estados en un procedimiento de exequátur

Con esta posibilidad nos referimos, al caso de los laudos dictados en los procedimientos relativos a arbitrajes de inversión surgidos de los acuerdos bilaterales para la protección y promoción recíproca de inversiones (APPRIS o BITS, en sus siglas en inglés)⁽¹⁹⁾. En Derecho español no

⁽¹⁹⁾ Como es sabido, se trata de acuerdos destinados a proteger las inversiones realizadas por inversores de un Estado en el territorio del otro Estado, mediante la dotación al inversor extranjero de medidas adicionales a las existentes en el ordenamiento jurídico del Estado extranjero, proporcionando así mayor seguridad a la inversión y reduciendo los factores de inestabilidad política y jurídica que puedan existir. En particular, a la hora de establecer la resolución de las controversias que puedan surgir entre el inversor extranjero y el Estado en cuyo territorio se ha efectuado la inversión, los APPRIS establecen generalmente el sometimiento de la disputa a un arbitraje internacional *ad hoc* o institucional, en un foro neutral totalmente ajeno al Estado en cuyo territorio se ha efectuado la inversión. Entre los arbitrajes institucionales predomina la sumisión al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI" o ICSID, en sus siglas en inglés), institución perteneciente al Banco Mundial.

existe ninguna norma que impida la adopción de dichas medidas contra Estados, si bien como veremos más adelante las mismas pueden presentar dificultades.

En primer lugar, debe hacerse referencia al artículo 2.2 de la LA que establece que “*cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral*”. Por tanto, en principio no cabe oponer los privilegios de la inmunidad para abstraerse por razón del sujeto a la posibilidad de acordar y ejecutar una medida cautelar contra un Estado. En efecto, el legislador español ha entendido que la sumisión a arbitraje por parte de un Estado supone una renuncia a los tradicionales privilegios de inmunidad. Como veremos más adelante, esta disposición de la LA no es una novedad en Derecho español en la medida en que normas de Derecho interno ya establecían esta posibilidad en relación con las propias actuaciones del Estado español.

Así, si con referencia al convenio arbitral el Estado no puede oponer sus prerrogativas, esto es, sus privilegios soberanos (inmunidad de jurisdicción), puede fácilmente inferirse que, en el exequátur de laudos y en un procedimiento conexo al mismo como es el de las medidas cautelares, el Estado tampoco podrá oponer dichas prerrogativas (inmunidad de ejecución, en este caso). De hecho, puede decirse que la inmunidad de ejecución es

una consecuencia natural de la inmunidad de jurisdicción, de la misma manera que el procedimiento arbitral, el laudo y su exequátur son consecuencia natural de la cláusula arbitral. Por tanto, ni el exequátur ni las medidas cautelares en el seno del mismo deberían verse afectados por los privilegios soberanos del Estado.

No obstante, la validez de las anteriores premisas puede encontrar determinados “obstáculos” como, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, cuyos artículos 18 y 19 establecen ciertas restricciones a la adopción de medidas cautelares contra Estados tanto anteriores como posteriores a una sentencia dictada en su contra⁽²⁰⁾.

Otro problema que plantea la adopción de medidas cautelares frente a Estados en sede de exequátur deriva de la propia naturaleza y requisitos de las medidas cautelares: la necesidad de acreditar al Juez competente que existe un riesgo cierto y actual de que durante el desarrollo del procedimiento se pueda perjudicar el patrimonio del ejecutado contra el que hacer efectiva la sentencia (*periculum in mora*). Por definición, los Estados, sus entes y órganos son solventes, por lo que puede haber dificultades en acreditar dicho riesgo. No obstante, la solvencia que ha de preocupar al juez del exequátur es la que se refiere al patrimonio del ejecutado que se encuentra localizado en el Estado donde se lleva a cabo el procedimiento de exequátur y la solicitud de medidas cautelares. Dicho riesgo puede intentar acreditarse en relación

(20) Esta Convención fue aprobada el 2 de diciembre de 2004 y aún no ha entrado en vigor. No obstante, se considera que, debido al gran consenso alcanzado durante su negociación, es una referencia importante del derecho consuetudinario internacional. España no es signataria de la Convención.

con los concretos bienes que no gozan del privilegio de inmunidad de ejecución, lo cual reduce en gran medida las posibilidades de ejecución y por tanto en teoría permite un mayor margen para acreditar el citado requisito del riesgo. No obstante lo anterior, la acreditación de este requisito no deja de ser problemática.

2. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE LAUDOS ARBITRALES DICTADOS CONTRA ESTADOS SOBERANOS

En Derecho español, el problema respecto del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales que condenan a Estados se plantea en mayor medida en el ámbito de la inmunidad de ejecución más que en el ámbito de la inmunidad de jurisdicción.

En España no existe una legislación específica sobre la inmunidad de los Estados, si bien existe alguna mención al respecto⁽²¹⁾. No obstante, existe en la actualidad una tendencia en el Derecho internacional Público favorable a una concepción restrictiva de la inmunidad, tanto de jurisdicción como de ejecución. Por lo que respecta a la inmunidad de ejecución, dicha tendencia consistiría en limitar ésta a los bienes *iure imperii*⁽²²⁾ y a permitir la ejecución en cuanto a los bienes *iure ges-*

tionis⁽²³⁾. No obstante, si bien esta distinción es indiscutible en la teoría, no existen en la práctica criterios uniformes que permitan distinguir unos y otros bienes.

La determinación del tipo de bienes ante el que nos encontramos puede venir establecida en ocasiones por la específica actividad que desarrolla ese organismo, al cual están afectos ciertos bienes. Es comúnmente admitido que la finalidad de los actos de un organismo gubernamental en sí es menos relevante que su verdadera naturaleza. Así, un acto es *iure gestionis* si en él está implicado el derecho privado, y lo es *iure imperii* si tiene que ver con el derecho público. En este mismo sentido, se ha entendido que un acto es de naturaleza pública cuando el Estado actúa en la esfera del derecho público y ejercitando (o con posibilidad de ejercitar) sus prerrogativas de poder público⁽²⁴⁾. Así, un criterio de distinción sería el hecho de que los actos puedan ser objeto de la iniciativa privada o si, por el contrario, únicamente pueden llevarse a cabo por el Estado.

2.1. Normativa y jurisprudencia española

A pesar de que el legislador español no ha elaborado un cuerpo de normas homogéneo que regule la inmunidad

(21) Ver, por ejemplo, el artículo 36.2, regla 1 LEC que dispone que: "Los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: (...) Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas del Derecho Internacional Público".

(22) Bienes activos y recursos económicos mediante los cuales se desarrollan actividades de interés público en ejercicio de la función pública por parte de órganos de la administración de un Estado.

(23) Bienes activos y recursos económicos adscritos al ejercicio de actividades comerciales donde el Estado y sus entes operan como un actor más del intercambio económico o de la actividad empresarial.

(24) REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional*. Madrid, 1997. pp. 799 - 808, 803.

de ejecución, sí existen normas dispersas que permiten extraer ciertas conclusiones al respecto:

- (i) La Ley 47/2003, de 26 noviembre, General Presupuestaria (LGP) dispone que ningún tribunal podrá embargar o ejecutar bienes y derechos patrimoniales cuando estén afectos a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectos a fines diversos, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general⁽²⁵⁾.
- (ii) Además, la propia LGP establece que la Hacienda Pública del Estado, máxima autoridad española en cuestiones tributarias y de impuestos, podrá someter a arbitraje las disputas que puedan afectar a sus derechos, una vez cumplidos ciertos requisitos⁽²⁶⁾. Esta referencia genérica a “derechos” de la Hacienda Pública se concreta aún más respecto de las emisiones de deuda del Estado en mercados financieros y respecto de las emisiones de avales de la Administración General del Estado, incluidos los avales de operaciones de crédito exterior. En ambos casos es posible la sumisión a arbitraje o a tribunales y derecho extranjero⁽²⁷⁾.
- (iii) La Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) dispone que los entes y organismos públicos que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán someter a arbitraje la solución de las diferencias que puedan surgir respecto de los contratos que celebren⁽²⁸⁾.
- (iv) La LCAP establece además que los entes y organismos públicos españoles, cuando celebren contratos con empresas extranjeras, procurarán la incorporación de cláusulas de arbitraje o en su caso la sumisión a los Tribunales españoles⁽²⁹⁾.

Por tanto, un juzgado español al que se le haya solicitado el exequátur de una sentencia o laudo arbitral extranjero, habrá de enfrentarse a la falta de regulación y normativa expresa en la legislación española en relación con la inmunidad de ejecución. No obstante, si acude al Derecho interno español, comprobará las limitaciones a la inmunidad de ejecución que el Estado español se impone a sí mismo en sus relaciones con terceros y que son básicamente las siguientes: (i) únicamente quedan fuera del ámbito de la ejecución o embargo los bienes y derechos del Estado que sirvan un servicio o función pública; y (ii) los organismos públicos españoles, tales como la Hacienda Pública u otros entes que celebren contratos con terceros, especialmente empresas

⁽²⁵⁾ Ver artículo 23.1 LGP.

⁽²⁶⁾ Aprobación por el Consejo de Ministros y emisión de informe por parte del máximo órgano consultivo del gobierno en materia jurídica, el Consejo de Estado.

⁽²⁷⁾ Ver artículos 7.3, 98.3 y 116 letra b) LGP.

⁽²⁸⁾ Ver artículo 39 LCAP.

⁽²⁹⁾ Ver Disposición Adicional primera, apartado 3 LCAP.

extranjerías, pueden someter a arbitraje las disputas que afecten a sus derechos. Por consiguiente, de conformidad con la LA, dicha sumisión supone la renuncia a las prerrogativas de inmunidad, que de otro lado ha sido considerado como un principio general de derecho transnacional⁽³⁰⁾, si bien la citada Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades pueden venir a subvertir aquél.

Así, si el juez español encargado de otorgar un exequátur toma como referencia el grado de inmunidad que el propio Estado español se concede a sí mismo, verá que: (i) el Estado español ha renunciado en gran medida a la inmunidad de jurisdicción, promoviendo entre sus organismos públicos el recurso al arbitraje como método de resolución de controversias; y (ii) como consecuencia, ha renunciado asimismo a gran parte de su inmunidad de ejecución, tanto por aplicación del artículo 2.2 LA antes citado⁽³¹⁾, como por la identificación que la LGP hace de los únicos bienes que gozan de inmunidad. Una vez hecho este análisis, el Juez español llegará a la conclusión de que existe, al menos con respecto al Estado español, una clara tendencia a limitar la aplicación de la doctrina de la inmunidad que impida la ejecución de sentencias o laudos extranjeros contra el Estado. Por tanto, ante una solicitud de ejecución en España contra los bienes de un Estado extranjero, el criterio anterior puede servir de medida a aplicar por el

Juez ante la falta de una regulación específica y homogénea, todo ello independientemente, claro está, de las prerrogativas que el Estado extranjero en cuestión tenga reguladas en su derecho interno.

De esta forma, ante la ausencia de una normativa más específica al respecto, la jurisprudencia española ha ido desarrollando con el tiempo una amplia casuística para establecer los límites de la inmunidad de ejecución. Así, la jurisprudencia española sigue implícitamente la tendencia ya indicada: los bienes pertenecientes al Estado y empleados por éste para el ejercicio de actividades que puedan considerarse como de *iure gestionis* no gozan del privilegio de la inmunidad de ejecución⁽³²⁾. El Tribunal Constitucional español ha establecido que la inmunidad no debe interpretarse como un principio absoluto en relación con la ejecución contra Estados soberanos, esto es, no debe otorgar a los Estados una protección ilimitada. Más bien al contrario, debe considerarse la inmunidad como una medida tendente a preservar su independencia e igualdad de derechos en relación con el Estado en el que se está llevando a cabo la ejecución. Así, en términos generales, cuando en una determinada actividad y en los bienes relacionados con la misma el Estado no ejerce su soberanía, no es posible dejar una sentencia (o un laudo, en nuestro caso) sin ejecutar, ya que se estaría infringiendo el derecho constitucional a la tutela ju-

(30) Ver GOMEZ JENE. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2005. pp. 37 y 38.

(31) Recordemos que el artículo 2.2 de la LA establece que "cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral".

(32) Ver Sentencias del Tribunal Constitucional de 1 Julio 1992 (RTC 1992, 107); 27 octubre 1994 (RTC 1994, 292); 10 febrero 1997 (RTC 1997, 18) y 17 septiembre 2001 (RTC 2001, 176).

dicial efectiva. Vemos, por tanto, que la jurisprudencia hace primar los derechos constitucionales de los terceros que se relacionan con los Estados frente a los privilegios soberanos de éstos.

Por tanto, el problema fundamental al que nos enfrentamos es la determinación de los bienes que no sirven a actividades en las que el Estado despliega su soberanía, esto es, a actividades *iure gestionis*, pues sólo frente a estos podrá solicitarse la ejecución de la sentencia o laudo extranjero en cuestión. En este sentido, no hay un criterio claro en relación a la manera de determinar si un concreto bien está sujeto a actividades *iure gestionis*. No obstante, el Tribunal Constitucional español ha determinado que no es necesario que los bienes estén directamente relacionados con la concreta actividad *iure gestionis* que dio lugar a la controversia resuelta en la sentencia o laudo a ejecutar.

La jurisprudencia constitucional considera que el tribunal competente para otorgar el exequátur es el que debe determinar si los bienes que han de ser ejecutados sirven a actividades *iure gestionis*, llevando a cabo todas las investigaciones requeridas y adoptando todas las medidas necesarias para la ejecución de las sentencias (y laudos) dictados contra Estados extranjeros⁽³³⁾.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional también ha determinado que en el caso de una ejecución contra un Estado, es el propio Estado el que debe proporcionar al tribunal información que pruebe que un determinado bien está asignado a actividades *iure imperii* y que, por tanto, la carga de la prueba no debe recaer en la parte ejecutante⁽³⁴⁾.

2.2. La ejecución de laudos arbitrales dictados contra Estados soberanos sobre bienes de entidades estatales: los bancos centrales

Dentro del conjunto de bienes y derechos de un Estado que pueden encontrarse en el territorio de otro Estado, es evidente que frente a bienes que es necesario realizar o liquidar, como pueden ser los inmuebles, el ejecutante preferirá la ejecución contra cuentas bancarias de las que obtener directamente las cantidades. No obstante, el problema que plantean las cuentas bancarias es que no es fácil separar en las mismas los fondos destinados a actividades *iure imperii* y a *iure gestionis*. En estos casos, la jurisprudencia española ha determinado que, dada la complicación que comporta la determinación del concreto uso de dichos fondos, debido a la interrelación entre dichas actividades, los mis-

⁽³³⁾ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 febrero 1997 (RTC 1997, 18), que señala que "el contenido del derecho a la ejecución de la sentencia, en nuestro caso, impone al órgano judicial un conjunto de obligaciones de actuar en cuanto medios instrumentales necesarios para poder dar satisfacción al titular de dicho derecho fundamental: Tras dictar auto despachando la ejecución, debe requerir al ejecutado, a los organismos públicos de cualquier ámbito territorial en el que se presuma que el ejecutado pueda tener bienes y a cualquier organismo o persona privada en los términos indicados" (énfasis agregado).

⁽³⁴⁾ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 2002 (RTC 2002, 112). La jurisprudencia citada en este apartado se refiere a la ejecución de sentencias españolas contra Estados en España, y no a exequátur de sentencias o laudos arbitrales extranjeros. No obstante, entendemos que los criterios deben ser los mismos, y que además el principio favor executionis ha de ser más acusado aún respecto de laudos arbitrales en virtud del tenor del artículo 2.2 LA.

mos serían inmunes a la ejecución en su totalidad⁽³⁵⁾.

De otro lado, gran parte de los bienes que un Estado tiene en el extranjero están en forma de divisas depositadas por sus bancos centrales o estatales en otros Estados. Ésta sería, por tanto, una importante fuente de liquidez que podría resultar sumamente interesante para un tercero que fuera a ejecutar un laudo o sentencia contra un Estado en el territorio de otro Estado.

Contrariamente a otras jurisdicciones, que han experimentado importantes desarrollos sobre la materia, bien normativos bien jurisprudenciales, no encontramos en el ordenamiento jurídico español una respuesta clara sobre si los bienes de una entidad estatal como es el banco central podrían ser objeto de ejecución. La jurisprudencia española que trata la inmunidad de los bancos centrales es más bien escasa, si bien existen algunas resoluciones de la Audiencia Pro-

vincial de Madrid que se pronuncian sobre la ejecución contra los bienes del Banco Nacional de Cuba:

- (i) En el año 2000⁽³⁶⁾, la Audiencia Provincial de Madrid se pronunció en un asunto en el que una sociedad alemana solicitó la ejecución de un reconocimiento de deuda otorgado por el Banco Nacional de Cuba ante un notario holandés. La Audiencia determinó que dicho Banco no podía alegar inmunidad de ejecución en su condición de Banco estatal puesto que, al otorgar el reconocimiento de deuda, estaba actuando como una entidad privada y no investido de las prerrogativas estatales.
- (ii) En otras ocasiones, lo que pretende el solicitante de exequátur es ejecutar una sentencia dictada contra el banco estatal frente a los bienes del propio Estado. Por ejemplo, en el año 2005⁽³⁷⁾ la Audiencia Provincial de

⁽³⁵⁾ Ver Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 8 noviembre 2004 (JUR 2005, 78178), en el que se discute la posibilidad de embargar fondos de una cuenta bancaria de una base militar estadounidense situada en España. En este sentido, la Audiencia Provincial señala lo siguiente: *"no es posible deslindar exactamente que fondos de los utilizados por los militares son propiamente utilizados con estos fines y cuales no (...) llevaría en la práctica al absurdo el tratar de distinguir dentro de la misma cuenta para declarar embargable una parte si y otra no (...) una vez utilizados por el personal militar establecidos en las Base Naval de Rota para el desenvolvimiento de sus actividades en ella, debe concluirse que es una cuenta destinada a un uso oficial, un bien destinado a ser utilizado en el desempeño de funciones militares, pues en definitiva todas están interrelacionadas y por tanto no sujeto a medidas de ejecución de carácter coercitivo"* (énfasis agregado).

⁽³⁶⁾ Ver Autos de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 abril 2000 (AC 2000/2362) y 19 junio 2000 (AC 2000/2544), en los que la Audiencia Provincial resolvió recursos de apelación presentados por el Banco Nacional de Cuba contra ordenes de embargo emitidas por Tribunales de Primera Instancia que estaban conociendo del exequátur. La Audiencia Provincial declaró en estos casos que: *"al firmar el reconocimiento de deuda el Banco Nacional de Cuba actúa en el ámbito privado absolutamente desprovisto de cualquier condición o privilegio que la normativa administrativa pueda otorgarle, sometiéndose implícitamente a las disposiciones que rigen comúnmente esta clase de relaciones entre particulares, por lo que en este ámbito en modo alguno puede prevalerse de la inmunidad que pudieran derivar de los beneficios de inejecutabilidad o inembargabilidad que impetra"* (énfasis agregado).

⁽³⁷⁾ Ver Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 mayo 2005 (JUR 2005/156261), que indica que "en modo alguno el tribunal español (...) puede ampliar la ejecución a sujetos o personas distintas de las que aparecen en el título correspondiente, toda vez que (...) la ejecución debe hacerse en los propios términos y contra las personas que han sido condenadas en la resolución ejecutada, pero no en términos distintos,

Madrid se pronunció en un recurso interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que denegó una solicitud de que la ejecución se extendiera al Estado cubano además de al Banco Nacional de Cuba. Dicho recurso fue desestimado ya que, en Derecho español no es posible ejecutar una sentencia (o laudo) contra una parte distinta de aquella que resultó condenada.

Así pues y según se desprende de lo anterior, parece que no sería posible en España ejecutar una sentencia o laudo contra los bienes de un banco central cuando el condenado ha sido el Estado. No obstante, el Tribunal Supremo ha analizado al menos en dos ocasiones⁽³⁸⁾ la posibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo corporativo en procedimientos de exequátur, aunque de manera muy restrictiva y en supuestos en los que la parte ejecutada no era un Estado. En ambos casos, el Tribunal Supremo ha subrayado la naturaleza meramente homologadora del procedimiento de exequátur pero, sin embargo, ha aceptado la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo. En este sentido, el Tribunal Supremo declaró que “tanto la equidad como la buena fe aconsejan penetrar

en el “substratum” de las sociedades con el fin de evitar que (...) al socaire de su forma legal y propia personalidad jurídica, se puedan perjudicar intereses públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo 6.4 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás”. (artículo 10 CE).

La doctrina del levantamiento del velo corporativo ha sido aplicada en la jurisprudencia española a sociedades, pero no existe precedente respecto de entidades estatales. Por otra parte, la aplicación de dicha doctrina es muy restrictiva y únicamente es aceptada por la jurisprudencia en supuestos de fraude o uso ilegítimo de la identidad social con el propósito de evitar el cobro por parte de los acreedores.

Puesto que no existe en Derecho español una doctrina clara sobre la ejecución contra bancos centrales⁽³⁹⁾, los tribunales españoles pueden valerse de distintos textos normativos, tanto nacionales como internacionales, en su búsqueda de criterios jurídicos. Los textos que se enumeran a continuación contienen argumentos tanto a favor como en contra de la posibilidad de ejecutar sentencias contra Estados contra los bienes de sus bancos centrales⁽⁴⁰⁾:

ni contra personas distintas cualquiera que sea su vinculación con la persona que haya resultado condenada por el tribunal que dictó la resolución, toda vez que no cabe plantear tampoco en la ejecución la ampliación sin más de la misma frente a un tercero que no ha sido parte en el proceso en el que se dictó dicha resolución (...)” (énfasis agregado).

(38) Ver Autos del Tribunal Supremo de 24 noviembre 1998 (RJ 1998/9228) y 11 mayo 2004 (JUR 2004/175639), en los que se resuelven solicitudes de exequátur de un laudo dictado en Londres y una sentencia de Quebec, respectivamente. En estos casos, el ejecutado no era un Estado, por lo que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo sería probablemente más restrictiva en los casos en los que se trate de ejecutar contra un Estado.

(39) CREMADES, Bernardo. *Los Estados y las empresas públicas en su condición de socios en el comercio internacional*. En: *La Ley*, 1985. Volumen 2. p. 1076.

(40) REINISCH A. *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*. En: *The European Journal of International Law*, 2006. Volumen 17. Número 4. pp. 803 - 836.

- (i) El artículo 2.2 LA establece que “cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”.

Puesto que la LA reconoce expresamente la posibilidad de que los Estados sean parte en procedimientos arbitrales, renunciando así a sus privilegios, del mismo modo, puede entenderse que el eventual laudo que se dicte contra el Estado puede ser ejecutado o, de lo contrario, de nada serviría la sumisión de éste a un procedimiento arbitral.

- (ii) La regulación de la inmunidad soberana en otras jurisdicciones. Por ejemplo, en el Reino Unido, la ley de inmunidades de los Estados de 1978⁽⁴¹⁾ establece que los bienes del banco central del Estado o de otra autoridad monetaria no se consideran de uso comercial. Esto es, según esta regulación, en ningún caso puede entenderse que los fondos de los bancos centrales están destinados a actividades *iure gestionis*.
- (iii) La jurisprudencia en otras jurisdicciones. Aunque la premisa generalmente aceptada es que sólo los bienes dedicados al servicio público

están exentos de ejecución, existe jurisprudencia en sentido contrario:

- (a) En 1977 un tribunal de apelación del Reino Unido consideró que el Banco Central de Nigeria no formaba parte integrante del Estado y que, por tanto, no podía alegar inmunidad. Se declaró que sus fondos no son inmunes al embargo y ejecución⁽⁴²⁾.
- (b) En el año 2000, un tribunal francés denegó un embargo contra el Banco Central de Rusia por considerar que dicho banco era una entidad con personalidad independiente de la del Estado y que, por tanto, sus fondos no podían ser usados para satisfacer una deuda de un tercero, esto es, Rusia⁽⁴³⁾. Esta sentencia es similar a la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en el año 2005 en relación con el Banco Nacional de Cuba, que hemos visto con anterioridad.
- (c) En 1985, el Tribunal Federal suizo determinó que, salvo que quedara específicamente probado que los fondos del Banco Central que se encuentran en el Banco Nacional Suizo servían fines públicos, éstos no gozarían de inmunidad⁽⁴⁴⁾.
- (d) Con anterioridad, el mismo Tribunal denegó asimismo la inmu-

⁽⁴¹⁾ *State Immunity Act*.

⁽⁴²⁾ *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, 13 enero 1977.

⁽⁴³⁾ *Ambassade de la fédération de Russie en France contra Société NOGA*, Cour d'Appel, Paris, 10 agosto 2000.

⁽⁴⁴⁾ *République socialiste du peuple arabe de Lybie-Jamahiriya v. Actimon SA*, Tribunal fédéral suisse 24 abril 1985.

nidad de ejecución de los fondos del Banco Central Turco depositados en varios bancos suizos⁽⁴⁵⁾.

- (e) También se ha aplicado esta interpretación restrictiva de la inmunidad en la jurisprudencia alemana⁽⁴⁶⁾ con respecto al Banco Central de Nigeria. En este caso, el tribunal determinó que los fondos que el ejecutante pretendía embargar no servían fines públicos del Estado y que un eventual uso de los mismos en el futuro para dichos fines no justifica su inmunidad en el presente.
- (iv) La Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, cuyo artículo 21(1)(c) expresamente excluye a los fondos de los bancos centrales o de otras autoridades monetarias del Estado de los bienes que pueden ser objeto de ejecución. Además, parte de la doctrina entiende que dichos bienes deben estar relacionados con la entidad contra la que la sentencia a ejecutar fue dictada⁽⁴⁷⁾.
- (v) Otros textos internacionales:
 - (a) El artículo VII(C)3 del *Montreal Draft Articles for a Convention*

on State Immunity, de la *International Law Association*, prohíbe el embargo o la ejecución si los bienes pertenecen al banco central de un Estado y están destinados a los fines propios de dicho banco.

- (b) El artículo 4(2)(c) de una Resolución de 1991 del *Institute de Droit International*⁽⁴⁸⁾ otorga la inmunidad de ejecución a los bienes de bancos centrales o autoridades monetarias del Estado que estén siendo usados o se prevea su uso por parte de dicho banco central o autoridad monetaria.
- (vi) Asunto CIADI Maffezini contra España⁽⁴⁹⁾. Resultaría muy ilustrativo para un juzgado español saber que el Estado español está también sujeto a la eventual ejecución de laudos, como por otra parte hemos visto arriba⁽⁵⁰⁾. En este asunto, España fue condenada debido a una relación contractual entre el demandante y una entidad estatal. El Tribunal Arbitral determinó que, aunque dicha entidad estatal no tiene una clara posición dentro de la estructura de la Administración Pública española, los actos llevados a cabo por la misma pueden ser atribuidos al Estado español.

⁽⁴⁵⁾ Banque Centrale de la République de Turquie contra Weston Compagnie de Finance et d'Investissement SA, Tribunal fédéral suisse, 15 noviembre 1978.

⁽⁴⁶⁾ *Landgericht, Frankfurt*, 2 diciembre 1975.

⁽⁴⁷⁾ Ver, FOAKES and WILMSHURST. *UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, Business Law International*. Volumen 7. Número 2, mayo 2006.

⁽⁴⁸⁾ Resolution on Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement. Basel Session, 1991.

⁽⁴⁹⁾ Ver asunto CIADI, número Arb/97/7, Emilio Agustín Maffezini contra el Reino de España. Hasta la fecha, éste es el único laudo CIADI dictado contra el Estado español.

⁽⁵⁰⁾ Ver punto II.

Del anterior análisis cabe concluir que, si bien en la teoría está plenamente admitida la ejecución contra bienes de los Estados que no sirvan a actividades *iure imperii*, cuando se trata de identificar en la práctica dichos bienes en el territorio de otros Estados, ni el ejecutante ni el juez tienen una tarea fácil. Por otra parte, uno de los bienes de más fácil ejecución y de donde podrían cobrarse los ejecutantes, como son las cuentas bancarias que los bancos centrales puedan tener en España, ya sea en el Banco de España o en otra entidad, no están totalmente fuera del ámbito de la inmunidad. Al no contar España con una legislación específica sobre la materia, el Juez competente podría llegar a considerar, basándose en otros criterios legales, que dichos bienes: (i) pertenecen a una entidad con personalidad separada de la del Estado y, por tanto, no es posible la ejecución contra los mismos; o (ii) perteneciendo al Estado, a través del banco central de que se trate, sirven sin distinción a la política monetaria del Estado, actividad típicamente soberana y, por tanto, investida del privilegio de la inmunidad.

3. LA CESIÓN DE LAUDOS ARBITRALES DICTADOS CONTRA ESTADOS SOBERANOS PARA SU RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ESPAÑA POR TERCEROS

Podrá adivinarse, de lo que hasta ahora se ha analizado, que la ejecución de un laudo arbitral contra un Estado no es tarea fácil y que requiere un gran esfuerzo de medios para la identificación de bienes del Estado de que se trate en las distintas jurisdicciones. No es suficiente haber obtenido un laudo favorable contra

el Estado, sino que hay además que ejecutarlo en una jurisdicción donde sea posible encontrar bienes del Estado susceptibles de ejecución y que, además sea favorable a este tipo de procedimientos contra Estados. Por otra parte, existe una gran incertidumbre en cuanto al éxito de la ejecución del laudo y no todos los potenciales ejecutantes están dispuestos a asumir el riesgo de un procedimiento de reconocimiento y ejecución que puede resultar infructuoso.

Es lógico, por tanto, que ciertas entidades no estén en condiciones de desplegar los medios necesarios para acometer un procedimiento de reconocimiento y ejecución en una (o varias) jurisdicciones extranjeras. No obstante, dicha entidad tiene algo en su favor, y es un derecho de crédito reconocido en un laudo arbitral frente a un Estado, la mayor parte de las veces, de cuantía significativa. En estos casos, lo que en ocasiones se plantea en la práctica es una cesión del laudo a un tercero que sí cuenta con los medios y recursos necesarios para llevar a cabo tal ejecución. De esta forma, a cambio de un precio, dicho tercero adquiriría un laudo dictado contra un Estado que le daría derecho a obtener las cantidades a las que el Estado resulta condenado, previa ejecución del laudo.

Así pues, operaría una cesión de créditos, a la vez que una sustitución en la posición procesal del ejecutante, que pasaría a ser ocupada por el tercero o cesionario. Para analizar en qué forma operaría la ejecución en España de un laudo cedido, debe examinarse la legislación española en cuanto a dos materias distintas: (i) la cesión de la posición contractual en el procedimiento civil; y (ii) la legislación sustantiva española sobre la cesión de créditos.

3.1. La cesión de la posición contractual en el procedimiento civil

La legislación española no prevé el supuesto de la “compra” o cesión de una sentencia o laudo. No obstante, el análisis de algunas disposiciones sugiere la existencia de figuras similares que sí se contemplan en el Derecho español, esto es, instituciones que, en la práctica, tienen el mismo efecto para las partes implicadas.

El artículo 16 de la LEC contempla la posibilidad de que, durante el procedimiento, el demandante o el demandado sean sucedidos⁽⁵¹⁾ por un tercero, ya sea por: (i) sucesión universal, por ejemplo, por causa de muerte de la persona física o extinción de la persona jurídica en caso de fusión; o (ii) sucesión individual, por ejemplo, por cesión de derechos de crédito. Un precepto similar puede encontrarse asimismo en el marco de los procedimientos de ejecución de sentencias y laudos, el artículo 540 LEC, al que luego nos referiremos.

El artículo 17 LEC permite a la persona o entidad que haya adquirido derechos y/o bienes litigiosos ocupar la posición contractual del vendedor en el procedimiento en el que se discute sobre dichos bienes o derechos (ya sea como demandante o como demandado), siempre y cuando la adquisición o transmisión sea acreditada ante el Juez y sea válida. No obstante, la parte contraria en el procedimiento tendrá la oportunidad de oponerse a dicha sucesión procesal.

Por otra parte, el artículo 540 LEC se refiere a la sucesión procesal en el supuesto específico de los procedimientos de ejecución. La parte ejecutante debe presentar prueba documental que acredite dicha sucesión para que el juez ordene la ejecución a favor del sucesor de la parte ejecutante. Dicha prueba documental debe estar otorgada ante notario, al objeto de que se certifique por éste la capacidad de los comparecientes y la fecha de la cesión. Si el juez considera suficiente la prueba documental aportada, ordenará la ejecución sin oír a la otra parte. No obstante, si el juez tiene alguna duda en cuanto a dichos documentos, requerirá a la parte ejecutada para presentar sus alegaciones al respecto.

Debe indicarse que el citado artículo 540 LEC contempla la sucesión en el título que da lugar a la ejecución, no se refiere a los específicos derechos de crédito incluidos en la sentencia o laudo a ejecutar ni contempla expresamente la posibilidad de cesión parcial de dicha sentencia o laudo.

Por tanto, podemos concluir que la LEC permite que la ejecución se ordene a favor de aquel que acredite que es sucesor o cesionario de la parte ejecutante, siempre y cuando dicha cesión sea válida y está debidamente documentada (mediante escritura notarial). Estas reglas serían de aplicación tanto a la ejecución de sentencias como de laudos. Veamos a continuación el contenido del derecho sustantivo español para determinar en qué casos una cesión de créditos está válidamente efectuada.

⁽⁵¹⁾ En este contexto, la “sucesión” se entiende como una “subrogación procesal”; esto es, el proceso por el cual una persona o entidad pasa a ocupar la posición procesal de otra persona o entidad que es parte en un procedimiento.

3.2. La legislación sustantiva española sobre la cesión de créditos.

A los efectos de la LEC, la cesión lo ha de ser de la entera posición del acreedor (la llamada sucesión universal de todos los derechos y obligaciones). Este hecho implicaría la sucesión de la parte en su posición como demandante o parte ejecutante. La sucesión universal puede ser, como hemos visto, *mortis causa* (por muerte de la persona física o liquidación) o *intervivos* (por fusión o adquisición). Por tanto, parece también posible una transmisión *intervivos* de los derechos y obligaciones que para una parte surgen de un título ejecutivo, ya sea sentencia o laudo.

En aplicación de las reglas generales sobre cesión ordinaria de créditos y otros bienes inmateriales⁽⁵²⁾, la autorización de la parte ejecutada no sería necesaria si el objeto de la transmisión es un crédito contra dicha parte. Por el contrario, la transmisión de obligaciones o deudas sí requiere el consentimiento del acreedor⁽⁵³⁾. Por tanto, es posible que surja algún inconveniente en la práctica si un mismo título ejecutivo contiene tanto derechos como obligaciones para ambas partes.

3.3. La doctrina del “Champerty” y la cesión de laudos

Si bien parece que una cesión de laudo no plantearía, en principio, problemas para su ejecución en España, lo cierto es que esta práctica sí podría resultar problemática, e incluso no ser posible, en ju-

risdicciones de *Common Law*, debido a que podría considerarse una práctica semejante al “Champerty”.

La doctrina del “Champerty”, propia del *Common Law*, consiste en lo siguiente:

- (i) Un acuerdo entre un tercero ajeno a un procedimiento y una de las partes de dicho procedimiento, mediante el cual el tercero mantiene la defensa de dicha parte obteniendo a cambio parte de las cantidades que se obtengan como resultado del procedimiento⁽⁵⁴⁾. Históricamente, los llamados *champertous contracts* han sido ilícitos, ya que se consideraba que eran contrarios al principio por el cual la litigiosidad debe ser evitada en la medida de lo posible y no debe ser una forma de negocio.
- (ii) Los principios anteriores pueden ser relevantes en cuanto a los actuales pactos de *quota litis* entre un abogado y su cliente, así como en cuanto a la cesión por un demandante de sus derechos en un procedimiento a un tercero sin conexión alguna con dicho procedimiento. Dependiendo de la jurisdicción, aún en la actualidad los *champertous contracts* se consideran contrarios al orden público y por tanto, ilícitos.

En Derecho español hay determinadas estipulaciones que regulan situaciones similares a las descritas arriba:

- (i) En el supuesto en que un derecho litigioso sea vendido, el deudor tiene

⁽⁵²⁾ Especialmente el artículo 1.527 del Código Civil.

⁽⁵³⁾ En virtud del artículo 1.205 del Código Civil.

⁽⁵⁴⁾ *Black's Law Dictionary*. 7ma. edición.

derecho a extinguirlo reembolsando al cesionario el precio que pagó más intereses y costas. Dicho derecho del deudor puede ser ejercitado en el plazo de nueve días desde que el cesionario le reclame el pago⁽⁵⁵⁾. Se considera que un derecho de crédito es litigioso desde el momento en que se presenta la contestación a la demanda y en tanto no haya sentencia firme.


- (ii) Los procuradores y abogados tienen la prohibición legal en España de adquirir bienes o derechos litigiosos que sean objeto de los litigios en los que intervienen⁽⁵⁶⁾. De igual forma, de acuerdo con el Estatuto General de la Abogacía Española, los abogados no pueden cobrar sus honorarios basándose exclusivamente en el resultado del procedimiento.

Puede concluirse que en España, puesto que un derecho de crédito contra un Estado reconocido en una sentencia o laudo firme no es litigioso, no habría limitación alguna para su cesión de créditos.

4. COMENTARIOS FINALES

En España no existe una legislación específica sobre la inmunidad de los Estados, siendo el criterio general de la doc-

trina y la jurisprudencia el de limitar el privilegio de inmunidad de ejecución a bienes del Estados adscritos a funciones públicas o funciones en las que se vea envuelta la soberanía del Estado. No obstante y si bien la distinción entre bienes *iure imperii* y *iure gestionis* resulta clara en la teoría, no lo es tanto en la práctica, por cuanto que la concreta identificación de dichos bienes, así como de su uso, puede no resultar totalmente transparente al ejecutante. Éste es el caso, por ejemplo, de los fondos de los bancos centrales o nacionales depositados en el territorio de otros Estados, sin perjuicio de la doctrina de los tribunales españoles que establece que la prueba de que un determinado bien está adscrito a actividades *iure imperii* corresponde al ejecutado.

Debe tenerse presente una práctica que parece extenderse entre los eventuales ejecutantes de laudos contra Estados, consistente en la cesión de los mismos a terceros que, a cambio de un precio, se harán cargo de todos los costes y gastos asociados al procedimiento de ejecución, resultando asimismo cesionarios de los derechos de crédito que reconoce un laudo dictado frente a un Estado. Por su propia naturaleza este es un campo aún no desarrollado en el que el Derecho español carece de algunos de los inconvenientes de otros derechos nacionales. 

⁽⁵⁵⁾ Artículo 1.535 del Código Civil.

⁽⁵⁶⁾ Artículo 1.459.5º del Código Civil.

ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA “INARBITRABILIDAD DE LA DIFERENCIA” EN EL EXEQUÁTUR DE LAUDOS EXTRANJEROS

Por: VICENTE L. MONTÉS (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Una primera lectura de los textos normativos.* 3. *Criterios para la determinación de las controversias o “diferencias” que no son susceptibles de solución por la vía del arbitraje.* 4. *La incidencia en este esquema de la regla del artículo 9.6 LA.* 5. *Algunas indicaciones sobre la jurisprudencia.*

1. INTRODUCCIÓN

En el marco del Congreso, y en concreto en el seno de la Primera Mesa Redonda sobre aplicación del Convenio de Nueva York en España y Portugal, voy a referirme, de modo forzosamente sucinto, de acuerdo con las instrucciones recibidas y el tiempo de exposición señalado, a una cuestión concreta: qué significa y cómo funciona la posibilidad de denegar el exequátur de un laudo extranjero por razón de que se haya dictado respecto de una “diferencia” que no puede ser resuelta por medio de arbitraje. Aunque mis compañeros de Mesa habrán expuesto el sentido de la regulación y el juego de otras excepciones, parece conveniente un mí-

nimo repaso al problema en el régimen del exequátur, a fin de situar la cuestión en el ámbito que le es propio.

Se dan por supuestos tratamientos básicos y se intenta suscitar el coloquio, aún a riesgo de apuntar soluciones opinables, como pronto se advertirá.

2. UNA PRIMERA LECTURA DE LOS TEXTOS NORMATIVOS

Es cosa sabida que el sistema de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Derecho español tiene sus puntos de apoyo en los preceptos contenidos en los artículos 46, 2.1, 8.6 y 9.6 de la vigente Ley 60/2003, de 23 de

(*) Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Valencia. Magistrado de la Sala en lo Civil del Tribunal Supremo de España.

diciembre, de Arbitraje. Estas normas remiten a otras que, a su vez, complementan o explican sus respectivas disposiciones.

El artículo 46 define en primer lugar como *laudo extranjero* el que se ha pronunciado fuera del territorio español. En su apartado 2 establece que el exequátur se regirá por el Convenio de Nueva York (CNY) sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

El Convenio de Nueva York (artículo V.2) dispone que “(...) 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(...)”⁽¹⁾.

Esta disposición del CNY ha sido frecuentemente interpretada en el sentido de que el objeto de la diferencia ha de ser arbitrable con arreglo, en primer lugar, a la ley rectora del convenio arbitral y, en segundo lugar a la ley del país donde se solicita el reconocimiento y la ejecución del laudo, de modo que la autoridad del exequátur debe apreciar, a instancia de la parte contra la que se invoca la decisión, la arbitrabilidad del objeto del acuerdo arbitral, la validez *ratione materiae* de las cláusulas contractuales (artículo V.1.a) CNY) y, de oficio, debe examinar la “arbitrabilidad del objeto de la diferencia” (artículo V.2.a)⁽²⁾. Por otra parte, desde distintos puntos de vista se subraya la íntima conexión de la cuestión sobre la *arbitrabilidad de la diferencia* con la noción de *orden público* hasta el punto de apuntar que para ciertas opiniones es superflua la causa del artículo V.2.a) CNY por entender que “forma parte general del orden público”⁽³⁾.

Obsérvese, de entrada, que la cuestión sobre la *arbitrabilidad* tiene conexión con la relativa a la validez del convenio arbitral⁽⁴⁾. Pero es que, además, los dos

(1) El texto del artículo V.2 CNY se reproduce en el artículo 36.1.b) de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional, aprobada en 21 de junio de 1985.

(2) GONZALEZ SORIA, J. *Sub artículo 46 LA*. En: GONZALEZ SORIA (coordinador). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, 2004. p. 533.

(3) BARONA VILAR, Silvia y ESPLUGUES MOTA, Carlos. *Sub artículo 46 LA*. En: BARONA VILAR, Silvia (coordinador) *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, 2004. pp. 1610 y siguientes; GONZALEZ SORIA. *Ibidem*. Dicen BARONA y ESPLUGUES que, en la práctica, las vinculaciones de este motivo con el orden público y las valoraciones, algunas críticas, que genera el precepto, favorecen una escasa aplicación del mismo.

(4) En el Convenio de Ginebra, o “Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 21 de abril de 1961”, que complementa el de Nueva York, se presenta como una cuestión de validez. En el artículo 6, último párrafo, se prevé que al examinar y pronunciar resolución sobre la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los Tribunales nacionales de los Estados contratantes ante los que se hubiere promovido dicha cuestión podrán denegar el reconocimiento del acuerdo o compromiso arbitral si, conforme a la *lex fori*, la controversia no es por su objeto o materia susceptible de arreglo mediante arbitraje. El artículo II.1 del CNY obliga al reconocimiento del convenio arbitral concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. Sobre la interacción entre el Convenio de NY y los Convenios bilaterales, FERNANDEZ ROZAS. *La primacía de los Tratados internacionales en el exequátur de sentencias arbitrales extranjeras*. En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1991. pp. 9 y siguientes, especial-

tópicos que acabamos de mencionar, estos, la arbitrabilidad de la cuestión en el país en el que se trate de ejecutar el laudo y la conexión de este presupuesto con el *orden público*, presentan, al examen de un observador más atento, algunas aristas que no son de fácil reducción. Y se presentan respecto de toda suerte de arbitrajes, puesto que España no se acogió a ninguna de las reservas previstas en el artículo 3 CNY respecto de que el arbitraje procede de un país signatario (reciprocidad) o de que se aplique el sistema solo a los arbitrajes calificables como comerciales según el Derecho interno.

En cuanto al presupuesto denominado *arbitrabilidad de la diferencia*, la ejecución en España de un arbitraje extranjero se halla enormemente facilitada, en primer lugar, por la amplitud y generalidad de la regla del artículo 2.1 LA que considera susceptibles de arbitraje *las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho*. En segundo lugar, por el artículo 9.6 LA, a cuyo tenor "cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbi-

traje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el Derecho español". ¿Significa esto que la misma regla ha de determinar, en principio, la validez del convenio y el presupuesto de arbitrabilidad?⁽⁵⁾

Esto es, si las partes han elegido unas normas para regir el convenio, y otras para decidir la cuestión de fondo, y además el laudo se ha de aplicar en España, pueden darse situaciones de convenios claudicantes en su Estado de origen y en cambio ejecutables en España con normalidad, o viceversa⁽⁶⁾.

Para el exequátur de laudos extranjeros, dice el artículo 8.6 LA, será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Durante mucho tiempo ese órgano fue el Tribunal Supremo, salvo que los tratados defirieran la competencia a otros tribunales (artículo 955 LEC 1881). Ahora, después de suce-

mente 24 y 25; ahora, del mismo autor, *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje*. En: FERNANDEZ ROZAS (director). *La nueva ley de arbitraje*. Número 102, 2006. pp. 65 y siguientes. Sobre la arbitrabilidad como *idoneidad del objeto del convenio arbitral*. GONZALEZ POVEDA, P. *Exequátur de sentencias arbitrales no españolas*. En: *la Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1994. pp. 111 y siguientes, 117.

(5) Es claro que la invalidez del convenio puede derivar de causas diversas de la "inarbitrabilidad", en tanto que esta condición generaría la invalidez, siempre que una y otra cuestión estén sometidas a las mismas reglas.

(6) FERNANDEZ BALLESTEROS, M.A. *Los laudos arbitrales*. p. 175. La aplicación de la regla da lugar a ciertas perplejidades: si el convenio ha de regirse por ley que no acepte la susceptibilidad de resolución del conflicto mediante laudo, el convenio nacerá inválido, e incluso nulo, de acuerdo con dicha ley. El laudo, surgido de un convenio nulo, produce, sin embargo, una regla (en definitiva, el laudo se traduce en una regla de conducta) eficaz. O bien el convenio es válido, pero se aplica al fondo la norma procedente de un sistema que no aceptaría la resolución por vía arbitral. Y, en todo caso, inválido el convenio según la norma que rige el mismo convenio, por referirse a cuestión no arbitrable, e incluso resuelto el conflicto sobre la base de aplicación de una norma inserta en un sistema que no admite la solución por medio de arbitraje, se obtiene una regla válida y eficaz en el Derecho español, siempre que se refiera a cuestión que, según nuestro sistema pueda considerarse materia de libre disposición de las partes.

sivas reformas, y de superar la discordancia entre la Exposición de Motivos y el texto articulado⁽⁷⁾, lo son los Juzgados de Primera Instancia y los de lo Mercantil. Esta solución, por lo que respecta a la competencia de los Juzgados de Primera Instancia, está en línea con lo establecido en el Convenio de Lugano de 1988 y en el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, pero tiene, desde el punto de vista del estudioso, algunos inconvenientes: viene a dificultar el conocimiento de las decisiones, multiplica las divergencias en perjuicio de la claridad de los parámetros de aplicación y, en definitiva, obstaculiza la producción de una verdadera *jurisprudencia* sobre la materia⁽⁸⁾. En cuanto a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, introduce,

como se ha dicho, una injustificada complejidad en un tema que ya no es fácil. El interesado en que se reconozca un laudo extranjero se verá ahora obligado a verificar en cada caso si efectivamente tal laudo refiere a las materias mencionadas en el artículo 86 *ter.2* LOPJ. Coincido con quienes señalan que carece de sentido la recuperación en esta materia de la diferencia entre lo civil y lo mercantil, prácticamente difuminada en la práctica arbitral, precisamente cuando España no hizo la reserva que autorizaba el artículo I.3 del Convenio de Nueva York⁽⁹⁾, acaso porque se pensó, con acierto, que se ha de avanzar hacia un Derecho privado general, prescindiendo de la tradicional distinción o bien que en la práctica carece de virtualidad.

(7) La Exposición de Motivos, conforme al Proyecto de Ley, señalaba la competencia a favor de las Audiencias provinciales. La pequeña historia de la falta de coordinación puede seguirse puntualmente en BARONA y ESPLUGUES. *Op. cit.* pp. 302 y siguientes; por último FONTAN SILVA, E.J. *El exequátur de laudos extranjeros. Algunos aspectos teóricos y prácticos*. En: FERNANDEZ ROZAS (director). *La nueva ley de arbitraje. Estudios de Derecho Judicial*. Número 102, 2006. pp. 245 y siguientes.

(8) El artículo 85.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, redactado por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, atribuye a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los Tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal. Esta LO 19/2003 modificó el artículo 958 LEC 1881, pero no hizo referencia al artículo 955 de la propia LEC 1881, que tuvo que ser modificado por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Ley de acompañamiento de los Presupuestos) El artículo 86, apartado g), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, redactado por la Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio, Concursal, y modificado, en el concreto punto que aquí interesa, por la LO 20/2003, de 23 de diciembre, que defiere a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia "en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje, cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado". En el caso, hay que entender que el artículo 8.6 LA (que directamente no atribuye nada) indirectamente remite a la competencia de los Juzgados de Primera Instancia, puesto que el órgano jurisdiccional al que se refiere es, ahora, el Juzgado de Primera Instancia, por indicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reformada, como antes hemos visto, por la LO 19/2003 y los artículos 955 y 958 LEC 1881, reformados como antes se ha dicho. Los diversos Convenios bilaterales en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras que incluyen el arbitraje en su ámbito de aplicación, ponen de relieve BARONA y ESPLUGUES. *Op. cit.* p. 306, no aportan una respuesta distinta a la recogida en este precepto del artículo 8.6 LA. Unos porque hacen mención expresa a los Juzgados de Primera Instancia como órganos dotados de competencia objetiva para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de las resoluciones y laudos arbitrales extranjeros (Convenios con Brasil, Bulgaria, República Popular China, México o Suiza) y otros (Checoslovaquia, Francia, Italia, Marruecos) porque se remiten a lo que señalen las normativas internas de los diversos países.

(9) BARONA y ESPLUGUES. *Op. cit.* p. 309.

3. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS CONTROVERSIAS O "DIFERENCIAS" QUE NO SON SUSCEPTIBLES DE SOLUCIÓN POR LA VÍA DEL ARBITRAJE

Desde el punto de vista del Derecho español, no resulta fácil la determinación de las pautas que han de conducir al intérprete u operador jurídico a la conclusión de que un determinado conflicto no puede ser resuelto por vía del arbitraje. Los esfuerzos de la doctrina⁽¹⁰⁾ en la precisión de los campos de lo que es posible materia de un convenio arbitral frente a las divergencias que han de ser llevadas a un procedimiento judicial se ven obstaculizados por algunos prejuicios de origen histórico, pero sobre todo por la vaguedad de la cláusula que se contiene en el artículo 2.1 LA, dictada precisamente para establecer una regla de mayor flexibilidad, superando el sistema de elenco, incluso meramente ejemplificativo.

El criterio general consiste en la *libre disposición*, que el texto del precepto

predica de las *materias* que vayan a ser tratadas mediante el arbitraje. La frase no es feliz, pues, como justamente se ha dicho⁽¹¹⁾, las materias no son disponibles ni indisponibles, sino que en todo caso lo serán los derechos subjetivos implicados y aún, en puridad, se habrá de hacer notar que los derechos subjetivos en sentido propio son siempre disponibles, pero no lo son otras situaciones de poder en que pueda hallarse una persona⁽¹²⁾. En realidad, siguiendo una opinión autorizada podemos señalar que el objeto del arbitraje siempre es una pretensión, con independencia de que tenga su base en un conflicto o controversia entre dos o más partes⁽¹³⁾. La "disponibilidad" deberá referirse a la posibilidad de que el bien o la consecuencia jurídica que se pide a través de la pretensión que se ejerce en el arbitraje pueda ser obtenido por los particulares sin necesidad de acudir a un órgano judicial, y en consecuencia al proceso, o bien haya de ser decretada por un juez, después de un proceso, y por medio de una sentencia. De modo que se ha de proceder, a continuación, a la fijación de los supuestos en los que cabe conseguir la conse-

⁽¹⁰⁾ Sin pretensión de exhaustividad, a las obras ya citadas han de añadirse los estudios de GONZALEZ CARRASCO. En: GARBERI LLOBREGAT (director). *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, 2004 (sub artículo 2). pp. 27 y siguientes; OLIVENCIA. *Op. cit.* pp. 45 y siguientes; HERNANDEZ BURRIEL, J. En: HINOJOSA SEGOVIA (coordinador). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, 2004. pp. 35 y siguientes; YAÑEZ VELASCO, R. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, 2004. pp. 155 y siguientes. Además de los que serán citados más adelante.

⁽¹¹⁾ MONTERO AROCA. *Sub artículo 2.1 LA*. En: BARONA-ESPLUGUES. *Op. cit.* p. 116.

⁽¹²⁾ Como pueden ser los llamados *bienes o derechos de la personalidad* o las *potestades*, que son posibilidades de actuación concedidas o reconocidas por el ordenamiento en interés de otra persona (hijos, incapacitados, etcétera).

⁽¹³⁾ Una pretensión, es decir, "una petición fundada que se dirige a un tercero, frente a otra persona, sobre un bien", como dice MONTERO AROCA. *Ibidem.* p. 115. Esa declaración de voluntad petitoria, sigue diciendo este autor, tiene dos elementos: una petición o *petitum* relativa a un bien jurídico, que es de varias clases. En las pretensiones de condena, una prestación; en las meramente declarativas, la declaración de existencia, inexistencia o conformación de una situación o de un negocio, o de alguno de sus elementos; en las constitutivas, la creación, modificación o extinción de una relación jurídica o de un acto o negocio jurídico, o de alguno de sus elementos.

cuencia jurídica sin necesidad de acudir al proceso judicial. Lo mismo ocurre cuando se trata de obtener del texto del artículo 19 LEC una pauta para decidir sobre la posibilidad de sumisión al arbitraje, pues este precepto permite a los litigantes disponer del objeto del juicio, renunciar, desistir, allanarse, someterse a arbitraje y transigir, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. Mientras quepa el desistimiento, la renuncia o la transacción dentro del proceso, cuyo límite viene marcado por preceptos como los artículos 1814 y 6.2 del Código civil, cabe estimar la existencia de libre disposición⁽¹⁴⁾.

Hay, de este modo, un campo de consecuencias jurídicas derivadas de las normas que no pueden ser obtenidas por medio de un arbitraje, como tampoco podrían haberlo sido por vía de una composición o acuerdo entre las partes⁽¹⁵⁾, en tanto que existe una zona en la que se produce, sin discusión, la libre disposición por parte

del titular, como ocurre en los derechos patrimoniales, en general⁽¹⁶⁾, y otros ámbitos en que la libre disposición y la posibilidad de arbitraje ha sido o es más dudosa⁽¹⁷⁾, entre cuyos supuestos ocupa un lugar destacado la arbitrabilidad de las acciones de impugnación de acuerdos sociales o “arbitraje societario”, aceptado por la jurisprudencia desde la *STS de 18 de abril de 1998, RA 2984*, que volvió a la tesis que había sostenido el Alto Tribunal a principios de siglo, rectificado a partir de la *STS de 15 de octubre de 1956*, siguiendo doctrina que ya había formulado la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998. La *STS* antes citada aceptó la posibilidad de incluir con eficacia una cláusula de convenio arbitral en los Estatutos de una sociedad mercantil. Esta doctrina fue reiterada en la *STS de 30 de noviembre de 2001, RA 9855* y ha sido seguida por la Resolución de 1 de octubre de 2001 y ha sido bien acogida por la mayor parte de la doctrina, sin perjuicio de observaciones críticas dignas de atención⁽¹⁸⁾ que

⁽¹⁴⁾ Auto de la AP Barcelona, Sec. 15, 16 de marzo de 2005, JUR 2005/125545.

⁽¹⁵⁾ Son los conflictos sobre las materias a que se refiere el artículo 1814 CC, así como los supuestos en que ha de ser parte el Ministerio Fiscal (artículo 3.6 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), como ocurre en los procesos a que se refiere el artículo 749 LEC. Y del mismo modo, las llamadas “tutelas sumarias”, como los interdictos, o el desahucio. Sobre ello, ver MONTEIRO AROCA. *Op. cit.* pp. 129 y siguientes.

⁽¹⁶⁾ Ver el artículo 1112 del Código Civil. La transmisión es un supuesto de disposición. El precepto debe ser conectado, entre otros, con el artículo 6.2 CC y con los artículos 1864 y 1873 CC, 104 LH, etcétera. En muchos preceptos se establece el carácter renunciable (y, por ende, disponible) de determinados derechos (artículos 24.2, 395, 440, 513.4º, 546.5º, 647, 833, 970, 988 y siguientes, 1477, 1705 y 1706, etcétera. del Código Civil). En otros casos, se establece la irrenunciabilidad, como en los artículos 151 CC (alimentos), 646, 816 (legítima futura), 1102 (responsabilidad procedente de dolo), 1935 (prescripción), etcétera.

⁽¹⁷⁾ Es el caso de la acción civil para exigir la responsabilidad mal llamada *delictual*, que se admite ahora sin mayor problema, o el caso de los arrendamientos, ahora resuelto por el artículo 39.5 LAU 29/1994, de 24 de noviembre, o la propiedad horizontal.

⁽¹⁸⁾ El Profesor OLIVENCIA, por ejemplo (*Sub artículo 2 LA*. En: GONZALEZ SORIA (coordinadora). *Op. cit.* pp. 47 y siguientes) pone de relieve que los acuerdos sociales nulos, por contrarios a la ley, pueden ser

trasladan la cuestión al supuesto concreto de que se trate.

La posibilidad de acudir al arbitraje para la resolución de determinados conflictos está limitada por específicas disposiciones, dictadas para la protección de bienes o intereses que difícilmente cabe reducir a un criterio general. Así, el artículo 28 de la Ley 17/2001, de Marcas, que no ha sido modificado en este punto por la Ley 20/2003, o los artículos 87 y 88 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

De todo se infiere que el exequátur de un laudo extranjero que haya de ser reconocido y ejecutado en España ha de ser examinado respecto de la posibilidad de que la cuestión decidida sea susceptible de solución por vía de arbitraje, de modo que el exequátur puede ser denegado si de acuerdo con el Derecho español la pretensión deducida no puede dar lugar a una consecuencia jurídica obtenida por las partes sin acudir a un proceso judicial en el que se obtenga la pertinente sentencia, que es, en definitiva, lo que viene a significarse bajo la expresión "materias de libre disposición" que utiliza el artículo 2.1 LA.

4. LA INCIDENCIA EN ESTE ESQUEMA DE LA REGLA DEL ARTÍCULO 9.6 LA

No bastará, con todo, la constatación de que el laudo que se trata de ejecutar versa sobre materia que, según el Derecho español, no sea susceptible de solución por medio de arbitraje. La regla del artículo 9.6 LA dispone que, si el arbitraje es internacional, *el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje* si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el Derecho español.

La Exposición de Motivos explica la regla en términos de validez del convenio arbitral, de modo que se establece que el convenio arbitral sea válido si lo es con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados: las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el Derecho español. Lo quiere decir que lo será (válido) aunque sea nulo con arreglo a dos de los regímenes indicados. Se invoca un principio de conservación o criterio más favorable a la validez. Y se destaca la flexibilidad, no exenta de problemas⁽¹⁹⁾,

impugnados no sólo por los accionistas y los administradores, sino también por cualquier tercero que acredite interés legítimo (artículo 117.1 LSA, de aplicación a las SRL, por remisión del artículo 56 LSRL, por lo que el pacto arbitral estatutario no vincula a terceros legitimados para impugnar, y de este modo pueden acudir a la vía judicial y obtener una sentencia. Por cuya razón piensa este autor que no se da la *libre disposición* en materia de nulidad de acuerdos sociales por contrarios a ley. Un elenco de las posiciones doctrinales sobre este punto en MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES. *La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje*. En: *la RDM*, 2000, pp. 1411 y siguientes. A juicio de estos autores la arbitrabilidad de la controversia no depende del carácter negocial de los acuerdos abstractamente considerados, sino de la causa concreta que hace impugnabile un determinado acuerdo. En definitiva, la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales, no obstante la inclusión de una cláusula compromisoria en los Estatutos, ha de ser aceptada *iuxta modo*.

(19) ESPLUGUES. *Op. cit.* p. 410. La efectividad de la norma, dice este autor, dependerá de la interpretación que realicen los órganos judiciales españoles competentes para conocer de las solicitudes de exequátur, por cuanto el legislador español consagra dos posiciones distintas según se trate de un arbitraje interno o internacional.

en tanto que desde otro punto de vista se subrayan ciertas ventajas posicionales⁽²⁰⁾. Tales serían que la norma incentiva la sumisión a arbitraje en el ámbito internacional y la elección de España como sede del arbitraje⁽²¹⁾, además de que con la previsión de una normativa supletoria de primer grado, consistente en las normas elegidas por las partes para decidir sobre el fondo de la controversia, se cumple un doble objetivo: crear una conexión de cierre necesaria y respetar la autonomía de la voluntad de las partes⁽²²⁾.

Pero, sea de ello lo que fuere, es claro que el precepto impone la validez y la ejecutividad de un laudo en España, levantando la objeción de *inarbitrabilidad* que habría de apreciar de oficio el órgano jurisdiccional al que se solicite el exequátur (artículo V.2. a) CNY, al que remite el artículo 46.2 LA) cuando, tratándose de un arbitraje internacional, la controversia hubiera podido ser sometida a arbitraje según la ley a la que las partes han sometido el convenio arbitral o según la ley aplicable al fondo de la controversia, aún cuando no pudiera serlo en España. Así formulada esta regla, la única barrera *prima facie* que impide el fraude de ley que consistiría en la búsqueda de una ley pro-

picia, respecto del régimen del convenio o del fondo de la cuestión, para evitar la *inarbitrabilidad* de la cuestión en España, se encuentra en el carácter *internacional* del arbitraje, pues es claro que una controversia entre españoles, aún cuando el laudo se dicte en otro país y sea, por ello, un laudo *extranjero*, no puede beneficiarse de regla tan generosa con la autonomía privada.

Con todo, si bien se observa, la posibilidad de salvar un arbitraje que sería nulo por razón de la *inarbitrabilidad* de la controversia según la ley aplicable al convenio arbitral elegida por las partes, en base a que cabe la solución por vía arbitral según la ley aplicable al fondo o la *lex fori* aplicable al exequátur, no es tan clara. Aquí se presenta un problema de validez, que se habría de resolver por aplicación del artículo V.1.a) CNY, según cuyo precepto la parte contra la que se intenta el exequátur puede oponerse probando que el convenio arbitral “no es válido en virtud de la ley a que las partes se 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 (arbitral)”⁽²³⁾. Regla que, como se ha visto, es coherente con la previsión del

⁽²⁰⁾ GONZALEZ. *Op. cit.* p. 195.

⁽²¹⁾ Puesto que permite a las partes eliminar las anteriores inseguridades eligiendo libremente las normas aplicables al convenio arbitral.

⁽²²⁾ Pues ha de presumirse —sigue diciendo este autor— que la elección de una normativa para ser aplicada al fondo de la controversia es la opción más cercana a la voluntad de las partes. Por otra parte, la normativa supletoria prevista en segundo grado en el Derecho español es todavía menos restrictiva en cuanto a los requisitos del convenio arbitral y enormemente escueta en cuanto a la determinación del ámbito de arbitrabilidad.

⁽²³⁾ En ese sentido FONTAN SILVA. *Op. cit.* p. 284. Por otra parte, nos habríamos de preguntar si la validez excepcional del laudo, a pesar de la *inarbitrabilidad* de la controversia según el Derecho español, puede ser también establecida cuando el arbitraje se ha desarrollado sobre una diferencia que era arbitrable según la ley que rige el convenio arbitral, cuando ésta ley no ha sido elegida por las partes, sino que era aplicable por razón de ser la ley del país en que se ha dictado el laudo.

Convenio de Ginebra (artículo 6.2) y con el artículo II.1, inciso final, del CNY⁽²⁴⁾.

Por otra parte, la elección de ley que permita el arbitraje en el caso y, en consecuencia, consienta la emisión de un laudo ejecutivo en España no obstante la inarbitrabilidad de la diferencia en el Derecho español podrá ser objetada muchas veces por razón de oposición al orden público, por aplicación del artículo 6.2 del Código Civil⁽²⁵⁾, en cuanto implique la exclusión voluntaria de la ley aplicable, con referencia en este caso al orden público interno. Y más en cuanto que las normas a que se someten las partes pueden tener un carácter no estatal.

Y, en efecto, como se ha dicho, toda la disciplina de esta materia se encuentra bien conectada al orden público, pero la regla del artículo 9.6 LA tiene sentido si el laudo arbitral se hace ejecutivo en España incluso en materias que se consideren *in arbitrables*, lo que, en nuestro caso, ha de significar que son indisponibles, o bien que una determinada disposición, por

razón de otros intereses o de otras conveniencias del interés público, ha determinado bien su inarbitrabilidad, bien su sumisión a arbitraje especial⁽²⁶⁾ por lo que requerirían, en caso de conflicto, una decisión judicial adoptada en el seno del procedimiento correspondiente. En definitiva, que el precepto señalado está reduciendo el alcance de la excepción de orden público en este concreto punto.

5. ALGUNAS INDICACIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA

La excepción de inarbitrabilidad ha sido planteada pocas veces⁽²⁷⁾. Pero mientras la competencia para el exequátur estuvo radicada en la Sala 1 del TS, se examinó con detenimiento la existencia de los obstáculos del artículo V.2 CNY, que se han considerado apreciables de oficio. Citando por vía de ejemplo, cabe señalar decisiones como las que acto seguido se señalan. El Auto de 20 de junio de 2000 (RA 4656) observaba que el objeto que dio lugar al arbitraje es claramente suscepti-

(24) Ver antes, Nota 4. Sobre la cuestión, ESPLUGUES. *Op. cit.* pp. 409 y siguientes. Entiende este autor que los redactores de la Ley 60/2003 han optado, expresamente, por someter la cuestión de la arbitrabilidad de la controversia en el arbitraje internacional al mismo régimen aplicable a la validez del convenio. De esta forma, concluye, la presunción favorable a la validez del convenio se traduce ahora, en el artículo 9.6, en una presunción a favor de la arbitrabilidad de la disputa. Por otra parte, subraya que las "normas jurídicas" seleccionadas por las partes para regir el convenio arbitral no necesariamente han de ser un ordenamiento jurídico estatal.

(25) Según este artículo "la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidos cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros".

(26) Como ocurre con el arbitraje institucional de la Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, desarrollada por Real Decreto 636/1993, o con la Ley 16/1987, de 16 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, cuyo artículo 38 estableció un arbitraje para decidir conforme a un procedimiento específico, obligatorio en ciertos términos en base a un inciso que fue declarado inconstitucional por STC 174/1995, de 23 de noviembre. La Ley ha sido modificada por la Ley 29/2003, de 8 de octubre. También la Ley 20/2003 de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial prevé un sistema de resolución de conflictos (artículo 42). Sobre todo ello, GONZALEZ. *Op. cit.* pp. 41 y siguientes.


(27) Nunca fue alegada entre 1981 y 1988, según ESPLUGUES MOTA, Carlos. *Reflexiones en torno a una frustración: el título IX de la nueva ley española de arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros*. En: *Revista Española de Arbitraje*, 1988 y 1989. pp. 143 y siguientes, 157 y 158.

ble de ser sometido en España al juicio de árbitros, además de referirse al carácter netamente homologador del procedimiento del exequátur, puesto de manifiesto por el TC (STC 132/1991). La consideración de la arbitrabilidad de la controversia se encuentra también en el Auto de 28 de noviembre de 2000 (RA 2001/73), y en el Auto de 2 de octubre de 2001 (JUR 2001/282815) en el que se alega por la parte que se oponía al exequátur, entre otras excepciones. El TS examina la cuestión, y rechaza la objeción, que se sostenía, a criterio de la Sala, desde una peculiar interpretación del clausulado del contrato. También el Auto de 12 de marzo de 2002 (JUR 2002/7892) se detiene a considerar que el objeto de la diferencia es susceptible de ser resuelto por vía de arbitraje. La misma constatación se contiene en el Auto de 24 de noviembre de 2002 (JUR 2002/238628) y en el Auto de 4 de marzo de 2003 (JUR 2003/87950), en el que se debate fundamentalmente si la resolución cuyo reconocimiento se pide es o no ejecutable al resultar de una obligación que ha sido ya pagada.

En el Auto de 29 de abril de 2003 (JUR 2003/132244) analiza la concurrencia en el caso de la excepción prevista en el artículo V.2.a) CNY que había sido alegado, aunque no citado de forma expresa, según deducía de los argumentos expuestos por la parte contra la que se pedía el arbitraje. Pero se rechaza porque no se había logrado acreditar, a juicio de la Sala, que, según la ley a que se habían sometido las partes o, en su defecto, ley del lugar donde se hubiese dictado el laudo

—que en ningún caso era la española— la cláusula arbitral debía reputarse nula o, en general, ineficaz, como tampoco se había probado que, conforme a la ley que había de regir el convenio arbitral, y dada su autonomía respecto del negocio jurídico en que se inserta, los efectos de la representación que ostentaba la entidad mercantil CCHT por virtud del contrato de *management* no alcanzasen a dicha convención, ni que los propios de la relación jurídica entre aquella y la actora resultaban inoponibles frente a terceros, según la ley que regía esta relación. Y en segundo lugar, seguía diciendo la resolución, porque no se puede identificar el orden público, considerado en sentido internacional y como límite al reconocimiento de los efectos de las resoluciones extranjeras, con las consecuencias jurídicas derivadas de la ley que resulte aplicable al fondo del asunto.

De modo que, aún siendo cierto que la causa de oposición al exequátur por inarbitrabilidad, en los términos en que se recoge en el artículo V.2.a) CNY ha sido pocas veces alegada, no es menos cierto que la corrección del laudo desde este punto de vista ha sido constatada muchas veces, apreciándola de oficio. No conocemos una sola decisión, sin embargo, en que se haya denegado el exequátur por inarbitrabilidad.

Después de que, como se ha visto, la competencia se ha deferido a los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil, habrá que esperar un número de decisiones significativo para constituir una muestra susceptible de estudio. 

LOS SEGUNDOS 50 AÑOS DEL CONVENIO DE NUEVA YORK: REFLEXIONES SOBRE LA FALTA DE INTERPRETACIÓN UNIFORME DE ALGUNOS DE SUS PRECEPTOS (*)

Por: RAMÓN MULLERAT O.B.E. (**) (***)

SUMARIO: 1. Significado y contenido del Convenio de Nueva York. 1.1. Idea general. 1.2. Significado. 1.3. Resumen de su contenido. 2. Algunos cambios que requiere el CNY. 2.1. Introducción. 2.2 Necesidad de la armonización interpretativa de algunos de sus preceptos. 3. Respetar, completar o reformar: this is the question. 3.1. La reforma del texto. 3.2. La aprobación de un anexo o de un convenio complementario. 3.3. La promulgación de una Ley Modelo. 3.4. La acción educativa de los jueces. 3.5. La aprobación de un nuevo Convenio que sustituya al CNY. 4. Conclusión.

1. SIGNIFICADO Y CONTENIDO DEL CONVENIO DE NUEVA YORK

1.1. Idea general

Tras la I Guerra Mundial, pronto se reconoció que el Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje

y el Convenio de Ginebra de 1927 sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de la Sociedad de Naciones no liberaban al arbitraje internacional de sus fuertes ataduras⁽¹⁾.

Gracias a una iniciativa adoptada en 1953 por la CCI, el Convenio de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución

(*) Conferencia presentada en el III Congreso Internacional de Arbitraje del Club Español del Arbitraje, Madrid, junio de 2008.

(**) Profesor en la Universidad de Barcelona, en John Marshall School of Law - Chicago y en la Universidad de Puerto Rico. Miembro de la American Law Institute.

(***) El autor quiere agradecer la cooperación de Axel Yildiz y Meritxell Macías en la preparación de este trabajo.

(1) GLOSSNER, Ottoarndt. "From New York (1958) to Geneva (1961). A veteran's diary", In: Enforcing arbitration Awards under the New York Convention, New York, 10 junio 1998.

de Sentencias Arbitrales Extranjeras (CNY) fue aprobado en 1958⁽²⁾ ⁽³⁾. El CNY se aplica, pues, al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados fuera del territorio en donde se pide su reconocimiento y ejecución.

1.2. Significado

La importancia del CNY radica en que en los Estados signatarios se garantiza la validez de los laudos arbitrales dictados en el extranjero dentro de su ámbito jurisdiccional.

En el mundo, 142 países han firmado el CNY. Por eso hoy en día el arbitraje, donde quiera que se haya realizado, tiene prácticamente eficacia universal. Como se ha dicho⁽⁴⁾, muchos de los Estados aplican el CNY *erga omnes*, es decir, con alcance universal frente al resto del mundo, sin limitar su operativa a arbitrajes vinculados a otros Estados parte. Esta aplicación *erga omnes* tiene un efecto multiplicador evidente: para dichos Estados, el CNY se convierte en la norma general de su sistema. Este es el caso, por ejemplo, de España,

que ratificó el CNY sin limitar su aplicación a otros Estados. El amplio número de Estados que lo han ratificado indica, no sólo el éxito del CNY en cuanto al objetivo inmediato que perseguía (facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos), sino que sus soluciones representan un mínimo común denominador a escala mundial.

Se ha dicho que el CNY es “el pilar donde descansa el edificio del arbitraje”⁽⁵⁾ y también que es “la instancia más efectiva en cuanto a legislación internacional en la historia del derecho comercial”⁽⁶⁾. El CNY constituye la clave para la efectiva circulación internacional y la pieza principal de la ejecución de los laudos (“sentencias arbitrales” en la terminología del CNY)⁽⁷⁾. Esto significa que un laudo arbitral que satisfaga las condiciones del CNY logra una especie de “pasaporte” para viajar mundialmente⁽⁸⁾ dado que el laudo dictado en un Estado contratante es un título potencialmente ejecutable en los 142 Estados signatarios. En contraste con ello, una resolución judicial no tiene ni de lejos esa misma ventaja, y de ahí la relevancia del CNY.

⁽²⁾ Este Convenio se denomina el Convenio de Nueva York por el lugar donde se adoptó y también el Convenio de las Naciones Unidas por la organización que lo patrocinó.

⁽³⁾ A pesar de la importancia del CNY, el número de obras dedicadas a este convenio es limitada. Se pueden citar las de DI PIETRO, Domenico y PLATTE, Martin. *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958*, 2001. VAN DEN BERG, Albert Jan. *The NYC 1958, towards a uniform judicial interpretation*. ORTEU CEBRIÁN, Fernando. *Exequátur de laudos extranjeros al amparo del CNY de 10 junio 1958*. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo. WU, Chen-Huan. *Recognition and enforcement of foreign awards in the Republic of China, 2004*.

⁽⁴⁾ VIRGÓS, Miguel. *Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958*, Homenaje a don Rodrigo Uría. Argentina, 2006.

⁽⁵⁾ REDFERN, Alan. *Having confidence in international arbitration*. In: *Dispute resolution journal*, 2002.

⁽⁶⁾ MUSTILL, T. *Arbitration: History and Background*, 1989.

⁽⁷⁾ SANDERS, Pieter. *The making of the Convention*. In: *Enforcing Arbitration Awards under the NYC Experience and Prospects*. New York, 10 junio 1998.

⁽⁸⁾ VIRGÓS, Miguel. *Arbitraje Comercial Internacional y Convenio de New York de 1958*.

1.3. Resumen de su contenido

a) Los efectos principales del CNY

Los efectos principales del CNY son dos: i) el primero y principal es el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros (los dictados en el territorio de otro Estado); y ii) el segundo es que los tribunales de un Estado contratante ante quien se presenta una demanda en un asunto respecto al que las partes han acordado un convenio de arbitraje deben, a petición de cualquiera de las partes, referirlo al arbitraje⁽⁹⁾.

b) Las normas principales del CNY

El CNY se aplica al reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en un territorio distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de los mismos (artículo I). Por tanto, no se aplica si se persigue la ejecución en el propio país donde fue dictado, a menos que tenga un elemento internacional.

Los Estados signatarios deben reconocer los convenios de arbitraje (artículo II, 1). El tribunal de un Estado signatario al que se somete un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un convenio de arbitraje⁽¹⁰⁾, debe remitir a las partes al arbitraje, a instancias de una de ellas, a menos que compruebe que el

convenio es nulo, ineficaz o inaplicable (artículo II, 3).

Los Estados signatarios deben reconocer la autoridad del laudo arbitral y conceder su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde el laudo se ha invocado. No pueden imponer condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de los laudos nacionales (artículo III).

Los Estados signatarios pueden realizar si lo desean dos reservas: a) la de reciprocidad, declarando que sólo reconocerán y ejecutarán los laudos dictados en otro Estado contratante, reserva que han hecho dos tercios de los signatarios; y b) la reserva comercial, declarando que sólo lo harán en litigios de naturaleza comercial, que han hecho un tercio de los signatarios (artículo II, 3).

Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo si se prueba la concurrencia de alguna de las 5 primeras causas que el artículo V enumera, o si concurren alguna de las últimas dos, que el tribunal puede apreciar de oficio⁽¹¹⁾. Los tribunales del lugar donde se pide la ejecución sólo pueden examinar, pues, si se respetan las siete causas mencionadas, pero no pueden entrar en el fondo del asunto⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Convention of 1958, an overview*, 2008.

⁽¹⁰⁾ Convenio es aquel "acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje" (artículo II, 1).

⁽¹¹⁾ El artículo V contiene, como es de ver, dos párrafos: el primero relaciona los supuestos que deben ser probados por la parte que los alega; el segundo, los supuestos que el tribunal puede apreciar de oficio.

⁽¹²⁾ VAN DEN BERG, Albert Jan. *New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement*. In: *ICC International Court of Arbitration*. Volumen 18. Número 2, abril 2008.

c) *Las principales aportaciones del CNY*

Con arreglo al régimen anterior –el Protocolo de Ginebra sobre Las Cláusulas de Arbitraje de 1923 y el Convenio de Ginebra sobre Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1927⁽¹³⁾– el CNY representó dos grandes ventajas: a) la eliminación del doble exequátur, uno en el país donde el laudo era dictado y otro en el país donde se interesaba su ejecución; y b) la restricción de las causas de denegación del reconocimiento y ejecución y el cambio del *onus probandi* de la existencia de las causas de denegación a la parte contra la cual la ejecución se solicita⁽¹⁴⁾.

Pero el CNY cumple una función en el arbitraje internacional que va más allá del simple reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Por una parte, regula también los acuerdos de sumisión a arbitraje y sus efectos sobre la competencia de los tribunales para decidir sobre el fondo del asunto (excluyéndola). Por otra parte, realiza un verdadero “reparto de papeles” entre los distintos ordenamientos y, en este sentido, proporciona al arbitraje internacional su infraestructura básica.

d) *Otras aportaciones al Derecho*

Además, el CNY ha realizado otras importantes contribuciones al derecho,

como el incremento del respeto de los acuerdos obligatorios y del Estado de derecho; la ayuda a garantizar un tratamiento justo a las disposiciones sobre derechos y obligaciones contractuales; y la promoción del comercio y las inversiones transnacionales.

Como he dicho, hoy en día resulta considerablemente más fácil la ejecución de los laudos arbitrales que la de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾.

Y esta inmensa y beneficiosa labor del CNY se ha logrado mediante un texto claro y sencillo de 16 artículos lo que corrobora el pensamiento de Baltasar Gracián: “lo bueno, si breve, dos veces bueno”.

e) *Desafíos*

De acuerdo con Robert Briner⁽¹⁷⁾, el arbitraje internacional se enfrenta a dos principales desafíos: a) la globalización y la privatización, que han producido un importantísimo aumento de las transacciones internacionales con las disputas y litigios que ello comporta, y el hecho de que muchísimos actores de la escena internacional carecen de experiencia; y b) la asfixia del sistema judicial en muchas partes del mundo que fuerza a las empresas internacionales a acudir al arbitraje, que es más rápido que el procedimiento judicial con sus dos o tres instancias y sus demoras.

⁽¹³⁾ Ambos instrumentos quedaron derogados para los países signatarios del CNY (artículo VII, 2).

⁽¹⁴⁾ PARK, William W. *Arbitration of International Disputes*, 2006. p. 300.

⁽¹⁵⁾ BRINER, Robert. *Philosophy and objectives of the Convention*. In: *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospect*. New York, 10 junio 1998. p. 8.

⁽¹⁶⁾ Es difícil llegar a concertar tratados internacionales sobre ejecución de sentencias judiciales. Por ejemplo, muchos países rechazan establecer tratados con los EEUU por temor a los daños punitivos, a la responsabilidad objetiva del producto, a los juicios civiles con jurado, etcétera tan presentes y corrientes en dicha jurisdicción.

⁽¹⁷⁾ BRINER. *Op. cit.*

2. ALGUNOS CAMBIOS QUE REQUIERE EL CNY

2.1. Introducción

El CNY refleja, como no podía ser de otra manera, la realidad del arbitraje internacional de los años 50. Pero, a pesar del medio siglo transcurrido, continúa siendo una herramienta sorprendentemente moderna y útil, aunque el mundo haya cambiado considerablemente desde entonces. Sin embargo, el CNY puede y debe ser mejorado.

No obstante, en el campo de la unificación de normas no todo es sencillo. Un tratado internacional que tiene más de 140 ratificaciones es una conquista importante. Pero, a la vez, cualquier revisión requiere un consenso semejante y reunir el consentimiento de tal número de Estados es siempre difícil. Pero, de otra manera, existe el riesgo de que las normas se petrifiquen, su reforma o adaptación se haga costosa y la norma termine suponiendo más una carga que un activo en el desarrollo del Derecho⁽¹⁸⁾.

El CNY ha evitado desde el principio este riesgo mediante la incorporación del principio de aplicación de la regla más favorable (artículo VII, a). Esto significa que las normas del CNY “ceden” ante otras normas, de origen nacional o internacional, que permiten en el Estado donde se pretenda la efectividad del laudo un régimen de reconocimiento y ejecución más favorable. La aplicación de este principio ha permitido a los sistemas nacionales evolucionar sin perjudicar el papel del CNY como estándar internacional mínimo. Nada

impide a los derechos nacionales establecer condiciones más beneficiosas para el arbitraje (i.e. proyectar un principio de confianza mayor que el que el CNY ofrece).

2.2. Necesidad de la armonización interpretativa de algunos de sus preceptos

Tal como entiende Leonardo Graffi⁽¹⁹⁾, en la práctica del arbitraje internacional poco se ha hecho para conseguir que los tribunales nacionales consigan una interpretación uniforme de los preceptos del CNY, de ahí que resulte necesaria una concienciación de los usuarios, jueces y árbitros para una aplicación uniforme del CNY.

En el *Convention Day*, celebrado en 1998 en Nueva York con motivo del 40 aniversario del CNY, el profesor Albert Jan van den Berg⁽²⁰⁾ resumió en siete las materias que, a su juicio, requerían atención, a saber: a) la ausencia de un campo global de la aplicación del CNY, ya que el mismo no se aplica a la ejecución de laudos en el país de origen; b) la exigencia de la forma escrita, que se considera excesivamente restrictiva; c) la posibilidad de ejecución de medidas cautelares; d) la facultad discrecional de ejecutar un laudo sin perjuicio de la existencia de una causa de rechazo de la ejecución; e) la renuncia a las causas de rechazo de la ejecución; f) la anulación del laudo en el país de origen; y g) el procedimiento de ejecución de un laudo del CNY. Según opinaba Van den Berg en 1998, el último extremo (procedimiento de ejecución) podía ser resuelto por una Ley Modelo

(18) VIRGÓS. *Op. cit.*

(19) GRAFFI, Leonardo D. *Securing harmonized effects of arbitration agreements under the New York Convention*. In: *Houston Journal of international law*, primavera 2006.

(20) VAN DEN BERG, Albert Jan. *Striving for uniform interpretation*. In: *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospect*. Nueva York, 10 junio 1998. p. 40.

que implementar al CNY, mientras que las demás materias podían ser resueltas a través de un esfuerzo en la interpretación del CNY.

A continuación, comento de alguno de los puntos que ofrecen dificultades para una interpretación armonizada.

a) Un tribunal central para la ejecución de los laudos del CNY

El CNY sólo contiene la exigencia de que el laudo y el convenio arbitral sean presentados al tribunal (artículo IV) y que para la ejecución no se impongan condiciones más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados que las aplicables a los laudos nacionales (artículo III) (aunque en algunos países se han impuesto este tipo de exigencias). El resto del procedimiento se deja al derecho arbitral nacional.

Aunque este aspecto no se planteó al redactar el CNY, en 1994 algunos autores, entre ellos los jueces Howard Holtzman y Stephen Schwebel, propusieron la creación de un tribunal central para la ejecución de los laudos del CNY. Sin embargo, si bien esta institución facilitaría la unificación interpretativa, difícilmente obtendría la aprobación de los 140 Estados signatarios⁽²¹⁾. Mientras existan Estados soberanos, las decisiones respecto de disputas internacionales sólo pueden ser ejecu-

tadas a través de tribunales nacionales, hecho reconocido en los términos del CNY, ya que la decisión de un tribunal supranacional resultaría no ejecutable si el gobierno de un Estado decidiera no hacerlo⁽²²⁾.

b) La existencia de un acuerdo por escrito

El artículo II, 1 exige que el convenio arbitral sea un “acuerdo por escrito” y el artículo II, 2 aclara que “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”.

Desde el principio, se hizo notar la limitación de esta definición, porque excluía los contratos verbales, incluso los confirmados por los actos de las partes, así como las cartas de embarque y otros métodos de contratación en el uso mercantil. Recientemente, con las nuevas tecnologías (telex, fax, correo electrónico⁽²³⁾) la limitación se ha hecho más evidente.

Fue una lástima que la Ley Modelo UNCITRAL (artículo 7.2) mantuviera la limitación del CNY a la firma o canje, perdiéndose una oportunidad de oro.

En 2006 la UNCITRAL⁽²⁴⁾ recomendó que el artículo II, 2 del CNY se aplica-

⁽²¹⁾ SANDERS. *Op. cit.* p. 3.

⁽²²⁾ NARIMAN, Fali. *The Convention contribution to the globalization of the international commercial arbitration*. In: *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospect*. Nueva York, 10 junio 1998. p. 10.

⁽²³⁾ PAZ LLOVERAS, Eduardo. *Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero. e-global*, ADR Tribunal, formula las cuestiones principales que plantea el Internet en el arbitraje. WANG, Jing . International judicial practice and the written form requirement for international arbitration agreements. In: *Pacific Rim Law and Practice Journal Arbitration*, 2001. CORDERO MOSS, Giuditta. *Risc of conflict between the NYC and newer arbitration friendly national legislation*. En: *Juris Publishing Inc.*, 2003.

⁽²⁴⁾ Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII del Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones.

ra reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas. Además, paulatinamente se va interpretando esta exigencia de forma más extensiva abarcando otros medios de comunicación como el télex y el fax (el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 y la Ley Modelo UNCITRAL). También las legislaciones nacionales suelen ser generosas, incluyendo expresiones más amplias y comprensivas. Este es el caso, por ejemplo, de la Ley 60/2003 española de arbitraje (artículo 9.3) según la que: “El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo”⁽²⁵⁾.

c) El reconocimiento del convenio arbitral⁽²⁶⁾

Los tribunales ante los que se interponga un litigio sometido a arbitraje deben remitirlo a arbitraje a menos que comprueben que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable (artículo II, 3). Por tanto, antes de descartar un acuerdo de arbitraje por falta de competencia, los tribunales deben determinar si las partes consintieron en someterse al arbitraje.

Una de las situaciones comunes en la práctica es que, cuando surge una disputa, la parte incumplidora de sus obliga-

ciones contractuales demanda ante sus propios tribunales a la otra parte, anticipándose y alegando la invalidez de la cláusula arbitral y persiguiendo la litispendencia en sus tribunales. La parte cumplidora objeta y alega la incompetencia de ese tribunal, fundamentándose en el artículo II. Ante estas situaciones, el principal objetivo para lograr la ejecución de la cláusula arbitral es garantizar que la parte que busca obstruir el arbitraje no pueda realizarlo, teniendo en cuenta la existencia, el ámbito y la validez del acuerdo arbitral.

Como vemos, de acuerdo con el artículo II del CNY, el tribunal tiene el deber de remitir a las partes al arbitraje si se cumplen 3 condiciones: a) que el acuerdo de arbitraje es válido, b) que el asunto es dirimible bajo el procedimiento de arbitraje, y c) que la parte presenta una petición de arbitraje. La cuestión de si un asunto es dirimible por medio de arbitraje depende de las leyes y política del foro donde la ejecución del laudo arbitral es solicitada⁽²⁷⁾. Si falta alguna de estas condiciones, el tribunal puede retener la jurisdicción.

El significado del artículo II, 3 es ambiguo porque no clarifica qué es lo que el tribunal debe hacer al intervenir en una causa arbitral. Cuando la insistencia de un acuerdo arbitral es invocada ante un tribunal local, éste tiene las siguientes opciones: a) desechar el caso; b) aplazar los procedimientos esperando que los árbitros actúen en su jurisdicción; c) comprometer a las partes a que resuelvan la disputa por medio del arbitraje; y d) sostener el

⁽²⁵⁾ Ver también, por ejemplo, la Ley holandesa de 1986, la suiza de 1987, la de Singapur de 1991, la inglesa de 1996, la alemana de 1998, etcétera.

⁽²⁶⁾ GRAFFI. *Op. cit.* RUNELAND, Per. *International Commercial Arbitration: The arbitration agreement*. Almati, 17 de septiembre de 2004.

⁽²⁷⁾ Por ejemplo, los casos: Hecht, Dalico, Scherk y Krauss Maffei GMBH v. Bristol Myers Squibb.

acuerdo arbitral como inválido manteniendo la jurisdicción sobre la controversia.

Desde una perspectiva doctrinal, la ejecución de un convenio arbitral internacional provoca dos efectos: uno positivo, el “poder para obligar” a las partes a comenzar el procedimiento de arbitraje; y otro negativo, el “poder para evitar” que los tribunales decidan sobre la controversia. Bajo este punto de vista, los tribunales deben realizar un análisis en cuanto a la validez del convenio arbitral debiendo abstenerse de ostentar jurisdicción a menos de que consideren que la cláusula arbitral es manifiestamente nula y sin efecto. Como el CNY nada dice, el reconocimiento de los efectos del acuerdo arbitral depende del grado de implementación de los códigos locales. Es más, no todos los jueces son conscientes de la regla de interpretación uniforme, adoptando una interpretación local, cuando son llamados a ejecutar un acuerdo arbitral. Generalmente, los tribunales aplican la regla imperativa del artículo II a la luz de su propio ordenamiento jurídico y el tecnicismo doméstico conlleva a menoscabar la uniformidad imperativa que pretende el artículo II. Para ahorrar tiempo y esfuerzos, los tribunales prefieren tratar el asunto como un mero asunto de procedimiento doméstico, en vez de internacional, complicando la interpretación de una cláusula arbitral internacional con preceptos de jurisdicción y procedimientos innecesarios de orden jurídico local y retener la jurisdicción sobre el asunto.

En este punto, pues, la actitud adoptada por los diferentes países es

muy diversa. Haciendo un análisis de los 142 países que ratificaron el CNY, Francia es uno de los países más liberales en el sentido de que sus tribunales tienen tendencia a aceptar y proteger los convenios arbitrales frente a los ataques contra su validez con independencia de la ley aplicable. Los tribunales de Italia, en cambio, tienden a rechazar los convenios que no se adecúen específicamente a la traducción italiana del artículo II del CNY. Por último, en los EE.UU., los tribunales son generalmente reacios a aplicar el derecho extranjero en su escrutinio de los convenios internacionales de arbitraje⁽²⁸⁾.

d) El reconocimiento exclusivo de los laudos

El CNY se refiere de forma exclusiva al reconocimiento y ejecución de los laudos (sentencias arbitrales), es decir, a las resoluciones finales y obligatorias.

Esta deficiencia no comprende, por ejemplo, los acuerdos de transacción, a pesar de que muchos procedimientos arbitrales finalizan mediante transacciones⁽²⁹⁾.

Esta cuestión debería igualmente tenerse en cuenta en toda reforma o texto complementario.

e) El arbitraje y los terceros

De acuerdo con el CNY, los Estados sólo reconocerán el acuerdo escrito firmado por las partes obligándose a someter sus diferencias a arbitraje (artículo II, 3). De ahí que se cuestiona si puede ejecutarse un laudo frente a un tercero cesionario de un

(28) Por ejemplo, en el caso Mitsubishi, en que se denegó la aplicación del Derecho suizo a pesar de haber sido acordada por las partes.

(29) MELIS, Werner. *Considering the advisability of preparing an additional Convention, complementary to the NYC*. In: *Enforcing Arbitration Awards under the NYC: Experience and Prospects*. New York, 10 junio 1998.

contrato que incluye una cláusula arbitral, pero que lógicamente no ha firmado⁽³⁰⁾.

El derecho de obligaciones permite la cesión de contratos⁽³¹⁾. Por ejemplo, la cesión universal de activos (sucesiones, fusiones y adquisiciones de empresas), cesiones específicas de activos (transferencia de contrato de créditos o de deudas, novación, subrogación, o estipulación a favor de terceros) o en caso de múltiples partes o grupos de contratos o grupos de compañías). Por esta razón, los terceros pueden verse involucrados en convenios obligatorios e incluso en procedimientos arbitrales en marcha.

Esta situación puede plantear dos reclamaciones competidoras: una del tercero, que no se siente obligado por el convenio arbitral que no ha suscrito, y la otra de la otra parte que sí lo ha suscrito. Ante esta situación, los tribunales nacionales, que deben decidir sobre la ejecución de un laudo, no deberían basarse en la interpretación estricta de que una de las partes no ha firmado el convenio arbitral, sino en la más amplia de que, de acuerdo con el derecho de obligaciones nacional, el contrato y la cláusula arbitral fueron válidamente transmitidos al tercero no firmante de los mismos⁽³²⁾.

f) El arbitraje y las medidas cautelares

La ejecución de medidas cautelares dictadas por los árbitros siempre ha re-

presentado un escollo para el derecho de arbitraje, a pesar de la importancia que las mismas tienen a menudo para asegurar el arbitraje, y muy especial cuando deben ejecutarse fuera del país donde el arbitraje tiene su sede.

Este problema no fue resuelto por el CNY. Tampoco había sido contemplado por el Protocolo sobre cláusulas de arbitraje de Ginebra de 1923, ni por el Convenio sobre la ejecución de laudos arbitrales extranjeros de Ginebra 1927, ni por los artículos 9 y 17 de la Ley Modelo UNCITRAL⁽³³⁾, ni lo fue por el CNY. Las medidas cautelares, por tanto, no pueden ser ejecutadas con fundamento en el CNY y deben ser tratadas a la luz de la ley del tribunal donde las medidas se postulan.

De ahí que algunos sugirieran la adopción de un Convenio complementario al CNY que permita el reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares dictadas en el extranjero⁽³⁴⁾ o, por lo menos, un anexo al CNY o a la Ley Modelo UNCITRAL⁽³⁵⁾.

g) La anulación del laudo en el país de origen

El CNY no impone obligaciones a los tribunales del país donde el laudo fue dictado, sino sólo a los tribunales del país donde se pide la ejecución del mismo, es decir, los que ejecutan el laudo extranjero.

⁽³⁰⁾ PARK. *Op. cit.* p. 304, describe las diversas actitudes de los tribunales americanos ante los terceros no signatarios.

⁽³¹⁾ Por ejemplo, Libro IV, Capítulo VII del C.C. español.

⁽³²⁾ DELVOLVÉ, Jean-Louis. *Third parties and the arbitration agreement*. In: *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospect*. New York, 10 junio 1998.

⁽³³⁾ Pero sí en las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL, artículo 26.

⁽³⁴⁾ VEEDER, V.V. *Provisional and conservatory measures*. In: *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospect*. New York, junio 1998, p. 20.

⁽³⁵⁾ LEBEDEV, Sergei. *Court assistance with interim measures*. In: *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects*. New York, June 1998. p. 22.

El artículo V, 1 e, permite a los tribunales donde se pide la ejecución negarse a ella si el laudo ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país donde ha sido dictado.

Esta disposición hace que el laudo esté al albur de los tribunales de origen que pueden anular el laudo dictado en el territorio de su jurisdicción mediante la revisión de su contenido en base al derecho local, prescindiendo de formalidades o de requisitos que rigen el arbitraje internacional⁽³⁶⁾.

Se han propuesto diversas soluciones para hacer frente a este problema, por ejemplo: a) ignorar el artículo V.1.e sobre la base de que el artículo VII permite adoptar un sistema más liberal en favor de la ejecución de manera que el juez de la ejecución no dé valor a lo que hubiera decidido el juez de origen; b) como algunos países se hallan fuera de la corriente, no se puede confiar en ellos en relación con la aplicación de los estándares internacionales, por ello no hay razón de que no pudiera haber un mini convenio de Bruselas (Convenio sobre Jurisdicción y Ejecución de Sentencias en Asuntos Civiles y Comerciales, Bruselas 1968/1978) o un mini convenio de Lugano (Convenio sobre la Jurisdicción y Ejecución de Sentencias en Asuntos Civiles y Comerciales, Lugano 1968), en relación especialmente a las decisiones judiciales relativas al arbitraje, c) interpretar que los tribunales pueden denegar (o no denegar) el reconocimiento y la ejecución

de forma que el juez de la ejecución puede determinar si el fundamento de la anulación por el juez del lugar del arbitraje estuvo o no en consonancia con el derecho internacional⁽³⁷⁾.

h) La sede del arbitraje

La sede del arbitraje, por ficción que pueda ser, crea una conexión indispensable con una jurisdicción nacional y somete el procedimiento arbitral bajo la protección y control de esta jurisdicción y sujeto a su derecho de arbitraje⁽³⁸⁾.

Como ha reconocido Miguel Virgós⁽³⁹⁾, el CNY otorga al país de la sede del arbitraje el carácter de jurisdicción primaria. Este rol implica dos cosas: que el arbitraje se rige en principio por esta ley, y que corresponde a los tribunales de ese país el control general del procedimiento arbitral y del laudo. El CNY habla del país “en que o conforme a cuya ley” el laudo haya sido dictado. En la práctica ambas proposiciones llevan al mismo resultado, pues la mayor parte de las leyes nacionales de arbitraje basan su aplicación en el hecho de que la sede del arbitraje se localice en ese país. El artículo V, 1 e) es la extensión natural del artículo I, 1 conforme al cual un laudo es extranjero cuando ha sido dictado en el territorio de un Estado contratante distinto de aquél en el que se pide la ejecución o, aún cuando el laudo se haya pronunciado en el Estado de ejecución, éste no lo considere un laudo doméstico, esta

(36) Un análisis de los diversos sistemas nacionales de anulación de laudos en el país donde han sido dictados puede verse en CRAIG, Lawrence. *Trends and developments in the laws and practice of international commercial arbitration*. In: *International Law Journal*, 1995, 30.

(37) PAULSSON, Jan. *Awards set aside at place of arbitration*. In: *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects*. New York, 10 junio 1998. PARK. *Op. cit.* pp. 313 y siguientes.

(38) KURKELA, Matti S. y SNELLMAN, Hannes. *Due process in international commercial arbitration*, 2005, p. 22.

(39) VIRGÓS. *Op. cit.* p. 26.

posibilidad genera conflictos de competencia cuando el país sede del arbitraje considera que el arbitraje en su territorio se rige por su propia ley. El CNY no resuelve ese potencial conflicto, pues plantea las cosas sólo desde el punto de vista del país donde se solicita la ejecución del laudo. Esto implica que debe reconocer la competencia de ambos Estados para anular el laudo. Por fortuna esta situación es rara en la práctica, pues, progresivamente, la mayor parte de los Estados adoptan el modelo territorial, conforme al cual sus leyes de arbitraje se aplican a los arbitrajes cuya sede se localice en su territorio.

A este sistema se le ha criticado la nacionalización del arbitraje internacional, que se produce en la medida en que fuerza su localización. Sin embargo, esta solución proporciona seguridad jurídica y las partes saben desde el comienzo a qué atenerse tanto en términos de tribunales como de marco jurídico de referencia del arbitraje. En este sentido, parece preferible estar a una ley predeterminada que a un número indeterminado de leyes potencialmente aplicables. Además, en la medida en que las partes pueden fijar la sede arbitral, esas partes pueden elegir el modelo de arbitraje que quieren. Al fijar la sede en una sede liberal aumentan su grado de autonomía; y al fijar la sede en un país con un sistema intervencionista o sin jurisprudencia uniforme, asumen los riesgos de esa intervención.

i) Causas de denegación

Las causas de denegación del reconocimiento y ejecución se hallan previstas en el artículo V: 1a) acuerdo de arbitraje no válido; 1b) violación al debido procedimiento; 1c) exceso de Autoridad; 1d) que la constitución del Tribunal, o

del procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo; y 1e) que la sentencia no sea obligatoria para las partes, esté suspendida o anulada.

La realidad indica que, no sólo son éstas las únicas causas de denegación, sino que además pueden considerarse como tales: a) la aplicación retroactiva del Convenio, b) la falta de implementación de leyes, c) el hecho de que algunos Estados se reservan en determinados casos (comerciales) la aplicación del CNY, llamado “reserva comercial”, e) el concepto de “levantamiento de velo”, cuando existen problemas con la identificación de una de las partes, f) cuando hay procedimientos semejantes al arbitraje, como por ejemplo en Italia, que existen dos tipos: el formal y el informal, g) puede existir que el laudo se fusione con la sentencia adoptando su forma, cuando su aplicación sea buscada en un tercer país diferente del de origen, etcétera.

j) Otros conceptos que requieren interpretación uniforme

Existen otros conceptos en el CNY que ofrecen dudas de interpretación y que el limitado objeto de este trabajo no permite elaborar y sí solo enunciar, por ejemplo:

- a) “sentencia arbitral no considerada nacional” artículo I, 1
- b) “personas naturales o jurídicas” artículo I, 1
- c) “órganos arbitrales permanentes” artículo I, 2
- d) “honorarios” artículo III
- e) “diferencias surgidas entre las partes” artículo II, 1

- f) “autoridad competente” artículo V, 1
- g) “original debidamente autenticado” artículo IV, 1,a
- h) “ley conforme la cual se dictó el laudo” artículo V, 1, e
- i) “cláusula compromisoria” artículo V, 1, c
- j) “orden público” artículo V, 2b, que debería ser “orden público internacional”
- k) “parte interesada” artículo VII, b

3. RESPETAR, COMPLETAR O REFORMAR: *THIS IS THE QUESTION*

Es indiscutible que un largo trecho en la armonización del CNY y en general del derecho arbitral internacional se ha recorrido en estos 50 años.

Especialmente han contribuido a ello de forma destacada la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, el Anuario sobre Arbitraje Comercial (*Yearbook Commercial Arbitration*⁽⁴⁰⁾), la recopilación de las decisiones judiciales sobre el CNY y la CLOUT (*Case Law of UNCITRAL Test*) y el tratado de Van den Berg “The NYC 1958, towards a uniform judicial interpretation”, entre otras. Pero, como hemos visto, quedan muchos cabos sueltos y hay mucho todavía por recorrer para lograr una aplicación uniforme del CNY.

Como hemos visto, las diferentes interpretaciones que reciben algunos de sus conceptos constituye un problema larga-

mente sentido por la doctrina que ha venido haciendo propuestas varias de solución. Estas propuestas cubren todas las partes del espectro para lograr esta interpretación uniforme: desde la reforma del texto, la aprobación de un anexo al CNY, la promulgación de una ley modelo, el reforzamiento de la formación judicial, e incluso un nuevo convenio que reemplace a la ya existente.

3.1. La reforma del texto

Algunos han propugnado que, para poner al día el texto del CNY, debería hacerse una reforma o modificación del mismo en todos aquellos aspectos de difícil interpretación.

Pero a esta propuesta se han opuesto otros⁽⁴¹⁾ por entender que una reforma del texto no resolvería realmente el problema y no sería suficiente y que, en todo caso, no se produciría sino tras un largo período, habida cuenta la dificultad de tal tarea. En este sentido, Gerold Herrmann⁽⁴²⁾ opina, entre otros, que esta solución “tomaría mucho tiempo antes de que un número suficientemente amplio de Estados llegaran a ser parte de la modificación. En el intervalo, existiría una incertidumbre sobre el régimen aplicable”.

3.2. La aprobación de un anexo o de un convenio complementario

Otra solución sería la aprobación de un texto en forma de anexo o de convenio

⁽⁴⁰⁾ El *Yearbook Commercial Arbitration*, que se inició en 1976, recopila las decisiones judiciales que interpretan y aplican el CNY, así como comentarios en los que se analizan y comparan dichas decisiones.

⁽⁴¹⁾ GRAFFI. *Op. cit.*

⁽⁴²⁾ HERRMANN. *Op. cit.* VAN DEN BERG, Albert Jan. *Some practical questions concerning the 1958 New York Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards*. In: *Uniform Commercial Law in the 21st. Century*. pp. 212-13.

complementario del CNY que comprendiera algunos (p.e. la anulación del laudo por los tribunales del país de origen, la ejecución de medidas cautelares, etcétera) o todos los asuntos, tanto los que quedaron inicialmente oscuros en el momento de la firma del CNY, como los que han resultado obsoletos y necesitan aclaración. Esto tendría la ventaja de respetar el sacrosanto texto del CNY y su reforma quedaría limitada a un texto interpretativo breve y de adopción menos compleja y más rápida.

Por ésta propuesta se han manifestado, por ejemplo, expertos reconocidos como V.V. Veeder, Jan Paulsson⁽⁴³⁾ y Werner Melis⁽⁴⁴⁾.

3.3. La promulgación de una Ley Modelo

Otros proponen una solución consistente en un texto en forma de ley modelo que complementarían al CNY.

Gavan Griffith, Gerold Herrmann y Albert Jan Van den Berg se inclinaron por esta fórmula. Con el paso del tiempo, Van den Berg cambiaría su opinión inclinándose por la aprobación de un nuevo convenio que sustituyera al actual, como veremos posteriormente.

3.4. La acción educativa de los jueces

Se trata no de modificar, sino de respetar el texto mediocentenario del CNY

(*quod scripsi, scripsi*), pero intensificando la acción educativa de los jueces a fin de aunar las interpretaciones.

Las organizaciones internacionales, como la UNCITRAL, y las instituciones arbitrales más importantes, como la ICC, la LCIA y la AAA, deberían redoblar sus esfuerzos para reforzar sus vínculos con los jueces nacionales que con regularidad se ocupan del arbitraje internacional. Los jueces han de ser animados a participar en seminarios y conferencias y a contrastar sus opiniones con respecto al Estado de aplicación del CNY en sus respectivos países y las soluciones alcanzadas por otros colegas en los diferentes Estados contratantes. Este es un punto crucial debido a que los casos que sientan precedente (jurisprudencia) sirven y ayudan a jueces menos experimentados a ganar seguridad y confianza en la aplicación de este instrumento resolviendo cuestiones de interpretación.

Este tipo de esfuerzo ya tiene lugar, por ejemplo, en el campo del derecho de la compraventa internacional, donde un grupo de expertos –dentro de la órbita de la UNCITRAL– se esforzaron en la remarcable tarea de crear un digesto de las decisiones aplicando la CISG (Convenio Internacional de Compraventa de Mercaderías)⁽⁴⁵⁾.

Todos los jueces que hablaron en el *New York Convention Day* en junio de 1998, coincidieron en que tienen realmente en cuenta las decisiones de los jueces

(43) Ambos en *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospect*. Nueva York, 10 de junio de 1998.

(44) MELIS, Werner. Considering the advisability of preparing an additional Convention, complementary to the NYC. In: *Enforcing Arbitration Awards under the NYC: Experience and Prospects*. Nueva York, 10 de junio de 1998.

(45) Ver Report of the United Nations Commission on International Trade Law en su 35 Session. Supp. Number 17, 243, U.N. Doc. A/57/17 (junio 17-28, 2002).

de otros países a la hora de interpretar el CNY y propugnaron la celebración de reuniones y seminarios para intercambiar experiencias. Para lograr la uniformidad en la aplicación del CNY, los jueces reclaman que se publiquen las resoluciones judiciales que se dicten en el mundo⁽⁴⁶⁾. Pieter Sanders, entre otros, se declaró a favor de esta solución, argumentando que: “es aparente que una compilación de las decisiones de los tribunales nacionales del CNY sería beneficiosa”⁽⁴⁷⁾.

Muchos⁽⁴⁸⁾ opinan que lo que se precisa es una mayor globalización del CNY, fortaleciendo un sistema de apoyo, y especialmente mediante una mayor diseminación de las ventajas de la Ley Modelo UNCITRAL. Robert Brinner y Neil Kaplan, entre ellos, se inclinan por esta postura, enfatizando la importancia de la armonización.

3.5. La aprobación de un nuevo Convenio que sustituya al CNY

Recientemente, un sector de la doctrina concluye que la efectividad de los acuerdos de arbitraje internacional no está completamente protegida bajo el sistema actual del CNY y que una reforma del texto y las soluciones anteriores probablemente no constituye la solución del pro-

blema. Por ello, sostienen que lo mejor sería optar por un nuevo convenio.

Esta es la solución que acaba de sugerir Albert Jan Van den Berg⁽⁴⁹⁾, al proponer un proyecto completo de nuevo Convenio que sustituya al CNY de 1958.

Van den Berg mantuvo hace diez años que era mejor respetar el texto y la estructura del CNY⁽⁵⁰⁾, invocando el refrán inglés *if ain't broke, don't fix it*. Pero recientemente⁽⁵¹⁾ cambió de criterio y sostiene que no podemos estar satisfechos con un texto y una estructura de hace 50 años. El desgaste de estos años –dice– puede justificar la cuestión de si no debemos más bien remendar o abordar un nuevo convenio.

La aprobación de un nuevo convenio para el reconocimiento de los laudos extranjeros, siendo la solución más perfecta es también la más compleja y lenta puesto que se trata de analizar un nuevo texto y obtener la aprobación de más de 140 países.

4. CONCLUSIÓN

Cada una de las soluciones que la doctrina propone para remediar las deficiencias observadas en el CNY ofrece sus ventajas e inconvenientes.

⁽⁴⁶⁾ NEWMAN, Jon. *Chief Judge of the US Circuit Court for Appeals del Second Circuit*. In: *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects*. New York, 10 de junio de 1998.

⁽⁴⁷⁾ Este digesto es totalmente accesible online en la página oficial de la UNCITRAL y dentro de poco tiempo será traducida en cinco idiomas oficiales de las Naciones Unidas. La idea por el cual fue hecho es para divulgar las diferentes interpretaciones legales, a la que practicantes en el área legal, jueces, estudiantes puedan acceder.

⁽⁴⁸⁾ NARIMAN. *Op. cit.*

⁽⁴⁹⁾ VAN DEN BERG, Albert Jan. Preliminary draft convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards.

⁽⁵⁰⁾ VAN DEN BERG, Albert Jan. Striving for uniform interpretation. In: *Enforcing Arbitration awards under the NYC: Experience and prospects*. New York, 10 de junio de 1998.

⁽⁵¹⁾ VAN DEN BERG. *Op. cit.* p. 48.


Pienso que abordar un nuevo convenio que anule y sustituya al CNY como propone Van den Berg, aún reconociendo sus ventajas y la indiscutible calidad de su propuesta, llevaría muchos años y resulta prematura, siendo en todo caso aconsejable esperar a alcanzar un mayor número de experiencias jurisprudenciales. Gerold Herrmann⁽⁵²⁾ decía en 1998 que, ante las propuestas de reforma surgidas, todavía es demasiado pronto para considerarlas. Pienso que diez años más tarde la situación no ha cambiado.

Personalmente me inclino, por el momento, por la aprobación de un anexo o convenio complementario del CNY que aclare, complemente y reforme las deficiencias observadas. Esta fórmula tendría las ventajas de mantener un texto de óptima técnica jurídica, de gran calidad y simplicidad y relativamente rápido, que entiendo sería bien recibido por la comunidad arbitral y los usuarios del arbitraje. El complemento, como digo, debería comprender todos los puntos denunciados como oscuros por la doctrina, ordenados sistemáticamente con arreglo al plan del propio CNY, utilizando su propia terminología y lenguaje claro y simple.

El CNY es el fundamento del arbitraje internacional del siglo 21, ha abordado la libre circulación de laudos arbi-

trales en el mundo y ha influido decisivamente en la solución de los principales problemas técnicos que ofrece el arbitraje, no sólo internacional, sino local. Y lo que es más, el CNY constituye la vanguardia en el movimiento de unificación del derecho y de la justicia en el mundo.

El mundo está iniciando un proceso de unificación jurídica. Gracias a los esfuerzos de las leyes modelo, normas, *restatements* y directivas de la UNCITRAL, UNIDROIT, ALI y la UE, el proceso armonizador está progresando, lenta pero imparablemente. Si el derecho de familia y sucesiones, tan embebidas en las distintas culturas, es reacio a la armonización, el derecho mercantil (naviero, societario, seguros, propiedad industrial e intelectual, bancario, etcétera) no ofrece obstáculos insalvables en un mundo económicamente globalizado. Lo mismo es predicable del arbitraje. Igualmente existen ya tribunales con jurisdicción mundial (el Tribunal Penal Internacional) y sin duda surgirán otros que permitirán una justicia sin fronteras.

El Derecho y la justicia globalmente unificada serán una realidad, quizá no a corto plazo, pero será. Como decían los juristas romanos *certus an, incertus quando*. 

(52) HERRMANN. *Op. cit.* p. 36.

LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE NUEVA YORK EN ESPAÑA. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL SOBRE EL EXEQUÁTUR DE LAUDOS EXTRANJEROS EN APLICACIÓN DEL CONVENIO DE NUEVA YORK

Por: LUIS M. OLIVENCIA BRUGGER (*)
ESTEFANÍA PORTILLO CABRERA (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *El Convenio de Nueva York y la vigente ley de arbitraje española.* 3. *Causas de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros: arbitrabilidad y orden público.* 3.1. *La improcedencia del exequátur del laudo arbitral extranjero por ser contrario al orden público.* a) *El orden público y la ausencia de partes en el arbitraje.* b) *El orden público y el idioma del procedimiento arbitral.* c) *El orden público y la ausencia de notificaciones a las partes.* d) *El orden público y falta de legitimación.* e) *El orden público y reconocimiento del derecho a designar árbitro.* f) *El orden público y el derecho fundamental a utilizar medios de prueba.* g) *El orden público y motivación del laudo arbitral extranjero.* h) *El orden público y litispendencia nacional e internacional.* 3.2. *La improcedencia del exequátur del laudo arbitral extranjero por haber resuelto el árbitro cuestiones que conforme a la ley española no son susceptibles de arbitraje.*

1. INTRODUCCIÓN

La vigente Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) recoge en su Título IX la regulación del exequátur de laudos extranjeros. Concretamente, la norma dedica a esta materia

un único precepto, el artículo 46, en el que, de un lado, define que ha de entenderse por laudo extranjero y, de otro, establece el régimen que ha de regir el exequátur de las resoluciones arbitrales dictadas fuera de España.

(*) Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Sevilla y en la Universidad de Leipzig, Alemania. Miembro de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, España.

(**) Asociada de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, España.

En este sentido, la Ley de Arbitraje mantiene la definición de laudo extranjero expresada en el artículo 56.2 de la derogada Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, como aquél que no ha sido dictado en España (o en los términos empleados por la norma *el pronunciado fuera del territorio español*). En cuanto al régimen de exequátur, la vigente Ley de Arbitraje se remite en su párrafo segundo a los convenios internacionales en los que España sea parte y, de modo expreso, al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958. Por último, señala que el procedimiento de exequátur se sustanciará según lo establecido en el ordenamiento procesal civil para el de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Sin perjuicio del vigente régimen de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, la legislación arbitral española desconoció, hasta la Ley de Arbitraje de 1988, la posibilidad legal y expresa de llevar a cabo tal procedimiento. El carácter autárquico y formalista de la Ley de Arbitraje Privado de 1953 convirtió a la normativa arbitral española en una legislación *impermeable*, absolutamente reacia a tolerar el reconocimiento de resoluciones dictadas por órganos arbitrales (o judiciales) extranjeros. Toda aquella resolución dictada allende las fronteras nacionales era tachada de inmediato como sospechosa de haber vulnerado el ordenamiento jurídico patrio, como si las resoluciones foráneas contuvieran, por su condición extranjera, una mácula que les impedía su reconocimiento en España.

Esta situación de autarquía o de impermeabilidad de la legislación nacional

respecto de las resoluciones arbitrales dictadas en el extranjero se mantuvo prácticamente hasta el Auto del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1981 –primera resolución del Alto Tribunal español por la que aplica el Convenio de Nueva York tras su ratificación por España–; hasta esa fecha, existe un constante goteo de resoluciones denegatorias del exequátur de laudos extranjeros, unas veces sobre la base de la apreciada vulneración del orden público, y otras, alegando infracción de la normativa interna española en materia de arbitraje (la ley de 1953).

Fieles exponentes de este recelo respecto de las resoluciones extranjeras que pretendían su homologación en territorio nacional son los Autos del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1964, 13 de mayo de 1971 y 4 de julio de 1975. En otras ocasiones, la causa impeditiva del exequátur de la resolución arbitral extranjera lo constituía una indebida extensión de la situación procesal de rebeldía (Autos de 6 de abril de 1972 y 4 de julio de 1975).

Todas las resoluciones citadas parten de una finalidad proteccionista y de una posición común: para el autor de la Ley de Arbitraje Privado de 1953 el arbitraje internacional era conceptualizado como contrario al orden público español, orden público que, además, estaba representado por la citada norma. Y, con esa finalidad, era común utilizar como cláusula de estilo la oposición al laudo arbitral justificándola en un pretendido incumplimiento de la Ley de Arbitraje Privado de 1953 en materia, sobre todo, de designación de árbitros y de reglas de procedimiento.

Así lo viene a reconocer expresamente el Auto del Tribunal Constitucional

de 14 de enero de 1983, cuando afirma lo siguiente:

“que según tiene recordado esta Sala en Autos de 8 de octubre de 1981 y 1 y 16 de marzo de 1982, si bien tanto el Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1929 como el citado de Nueva York y los Tratados bilaterales cuyas disposiciones son aplicables al reconocimiento y ejecución de las decisiones arbitrales, tienen previsto que el menoscabo de los derechos de defensa será causa de denegación..., tampoco será permitido argüir indefensión con base en el incumplimiento de las formalidades, dispuestas en leyes procesales del foro para los actos de comunicación o haber prescindido de los trámites señalados en la ley reguladora de los Arbitrajes de Derecho Privado, ya que, según entiende con todo acierto la doctrina científica, de conceptuar inserta en el orden público la Ley de 22 de diciembre de 1953 o aplicable el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedarían dichos Convenios convertidos en letra muerta, por cuanto bastaría al industrial o comerciante español no cooperar en la designación de árbitros para hacer inefectiva con ello la futura sentencia, con olvido, además, de que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, forman parte del ordenamiento interno...”

El Convenio de Nueva York ha sido un instrumento fundamental en derecho

español, pues si antes de su ratificación en 1977 existía un abierto recelo hacia la resolución arbitral extranjera, motivo de la denegación de su reconocimiento, tras dicha ratificación el Tribunal Supremo ha homologado la mayoría de ellos, pasando de una situación de impermeabilidad a la de permeabilidad en la homologación de laudos dictados fuera de España. Así, cabe destacar como exponentes de este cambio, entre otros, a los Autos del Tribunal Supremo de 11 de febrero y 8 de octubre de 1981 y 11 de enero de 1982.

2. EL CONVENIO DE NUEVA YORK Y LA VIGENTE LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA

Con la aprobación de la vigente Ley 60/2003, el sistema de reconocimiento se ha afianzado, otorgando la norma una privilegiada posición al Convenio de Nueva York de 1958, del que hace expresa mención y cuyo régimen resulta de aplicación en materia de exequátur, salvo que exista otro convenio internacional *más favorable a su concesión*.

El artículo 46.1 LA indica que:

“1. Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español.

2. El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento estable-

cido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.”

De esta forma, cabe destacar en primer lugar que, en cuanto al ámbito de aplicación, el Convenio de Nueva York posee para España carácter universal, toda vez que no se efectuó reserva alguna al contenido del Convenio en el instrumento de adhesión de España, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 11 de julio de 1977.

Por ello, pueden ejecutarse en España los laudos dictados en cualquier Estado, incluso aquellos que no se hayan adherido al propio Convenio, al no haber expresado el Reino de España ninguna *reserva de reciprocidad* en su instrumento de adhesión. Se acepta así la aplicación *erga omnes* del Convenio, extremo confirmado por resoluciones del Alto Tribunal Español. Concretamente, los Autos de 17 de febrero de 1998 y 1 de febrero de 2000 expresan, en semejantes términos, la aplicabilidad *erga omnes* del Convenio:

“En la resolución del presente exequátur se ha de estar a los términos del Convenio de Nueva York de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, de 10 junio 1958, que resulta aplicable tanto por razón de la materia como por la fecha de la resolución, y *que para España presenta un carácter universal, toda vez que no efectuó reserva alguna a lo dispuesto en su artículo 1.º al adherirse al Convenio*, lo que hizo por Instrumento de 12 mayo 1977 (BOE 12 de julio del mismo año)”.

A su carácter universal respecto de su aplicación en España, se le une al Convenio la atribución de *vis* atractiva aplicable sobre el régimen de convenios bilaterales existentes. Esta posición es asumida por el Tribunal Supremo y tiene reflejo en el Auto de 17 de febrero de 1998, en el que se declara la primacía del Convenio de Nueva York sobre el convenio bilateral celebrado entre España y Francia, en virtud, según establece el Auto, del principio de eficacia máxima:

“Resulta preferible este Convenio al celebrado entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, de 28 mayo de 1996, que sería aplicable también a la vista de sus artículos I, II y XVII, pues aunque éste es de fecha posterior a la de aquél, su artículo XIX dispone que no afectará a otros Convenios sobre materias especiales suscritos o que puedan suscribir las partes regulando el reconocimiento y la ejecución de decisiones, previsión normativa que ha de completarse con el principio de eficacia máxima inherente a este tipo de normas convencionales y que, en casos como el presente, conduce a la preferencia del Convenio de Nueva York, tal y como esta Sala se ha pronunciado en ocasiones anteriores (ver ATS 16 abril 1996, exequatur 3868/1992)”.

En el mismo sentido, abogan por la aplicación preferente o prioritaria del Convenio de Nueva York los Autos de 11 y 18 de abril de 2000 y 13 de noviembre de 2001, también sobre la base de

los principios de eficacia máxima, de favorecimiento del exequátur y de especialidad del objeto.

En conclusión, la Ley de Arbitraje, a través del Título IX, rubricado “Del exequátur de laudos extranjeros”, al acoger expresamente el Convenio de Nueva York, “permeabiliza” definitivamente nuestro ordenamiento jurídico en materia de arbitraje al tolerante sistema establecido en el propio Convenio respecto del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

3. CAUSAS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS: ARBITRABILIDAD Y ORDEN PÚBLICO

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores acerca de la mayor permeabilidad o tolerancia de la legislación y jurisprudencia españolas en relación con el reconocimiento y ejecución en España de resoluciones arbitrales dictadas en el extranjero, no es menos evidente que el artículo V del Convenio enumera las causas en virtud de las cuales puede denegarse el exequátur, relacionándolas en dos grupos: en primer lugar, las que deben ser alegadas exclusivamente a instancia de parte y, en segundo lugar, las que debe apreciar de oficio el juez que conozca del exequátur. Las que se incluyen en esta segunda rúbrica admiten también su alegación por la parte pero, en tal caso, el Convenio le exime de la carga de la prueba.

De esta forma, el párrafo segundo del artículo V del Convenio dispone, literalmente, lo siguiente:

“También 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”.

Se establecen así dos causas de denegación o supuestos para los que el texto convencional exige una actitud positiva al juez del exequátur, facultándole para no homologar el laudo arbitral. La actuación de oficio del órgano jurisdiccional competente en la apreciación del cumplimiento de estos dos requisitos (falta de arbitrabilidad del objeto de la controversia y la contrariedad de la sentencia con el orden público) se justifica porque, con ellos, lo que se trata es de unificar las decisiones nacionales en la materia sobre la base de criterios de naturaleza fundamental.

En definitiva, el juez del exequátur ha de comprobar, de oficio, que no concurre ninguno de los supuestos establecidos en el párrafo segundo del artículo V del Convenio para reconocer y ejecutar el laudo extranjero. Tal y como expresa el Tribunal Supremo, respecto de los requisitos establecidos en la citada norma convencional, se trata de presupuestos de fondo que se han de verificar judicialmente para que se pueda obtenerse el

exequátur. Así, el Auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 afirma lo siguiente:

“En segundo lugar, se ha de constatar, también de oficio, el cumplimiento de otros *requisitos de fondo*, referidos fundamentalmente a que según la Ley del Estado en que se intenta la homologación el objeto de la diferencia resuelta por vía arbitral sea susceptible de arbitraje, y que el reconocimiento o ejecución de la sentencia no sea contrario al orden público de ese país.”

En el mismo sentido, entre otros, los Autos del Tribunal Supremo de 8 de febrero, 11 de abril y 28 de noviembre de 2000.

3.1. La improcedencia del exequátur del laudo arbitral por ser contrario al orden público

La Ley de Arbitraje Privado de 1953 se configuraba toda ella como una cláusula de orden público e impedía así, como hemos visto, la homologación en España de sentencias arbitrales extranjeras. Es evidente que el concepto de orden público ha evolucionado en nuestro ordenamiento jurídico con la entrada en vigor de la Constitución Española que marca, primero, la promulgación de la Ley de Arbitraje de 1988 y, después, la vigente Ley de Arbitraje. El orden público se vincula así a los derechos y libertades fundamentales consagrados constitucionalmente; su infracción provocaría la denegación del exequátur.

Sobre la base constitucional antes considerada, el concepto de orden públi-

co ha de ser analizado desde una triple perspectiva: en primer lugar, desde su aspecto sustantivo, que atañe a la incompatibilidad del contenido del laudo arbitral con la norma positiva del país en el que se pretende la homologación; en segundo lugar, desde una vertiente exclusivamente adjetiva o procesal, materia que se refiere a cuestiones de competencia y procedimiento; por último, desde una dimensión conflictual, con la que se hace referencia al control del juez del exequátur sobre la ley aplicable a los méritos del asunto. El Tribunal Supremo, con indudable apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional español, vincula el concepto de orden público a la infracción de los derechos y libertades públicas establecidos en la Constitución Española.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1986 es fiel exponente de la idea anteriormente expresada cuando afirma que la vulneración del orden público sólo es procedente cuando el árbitro extranjero ha pronunciado su laudo con *clara infracción de los derechos fundamentales (constitucionales) y libertades públicas garantizadas en nuestra Constitución*. De este modo, se asistió a la formulación de un concepto nuevo de orden público del foro tanto en el arbitraje interno como en el internacional, consecuencia directa del artículo 24 de la Constitución Española, en virtud del cual se analiza la vulneración del orden en público en relación con el cumplimiento o no por el laudo arbitral extranjero de las garantías constitucionales:

“Antes de la entrada en vigor de la Constitución, la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 954) y la

doctrina jurisprudencial han venido denegando el reconocimiento y ejecución de Sentencias extranjeras contrarias al orden público del foro. Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. *El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución*".

En el mismo sentido, se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1997, en el que la trasgresión al orden público, alegada para la denegación del exequátur, se fundamenta en el artículo 24 CE y, en particular, en el derecho a la tutela arbitral efectiva y la consecuente indefensión padecida:

“y en lo que al requisito de salvaguardía del orden público interno, se ha de advertir, como lo hace la señalada doctrina constitucional (cfr. SS TC 795/88 y 132/91, entre otras), que el concepto de orden público del foro, como límite al reconocimiento y eje-

cución de decisiones extranjeras, ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución, en el que penetra, sin discusión, el conjunto de principios que inspira nuestro ordenamiento constitucional y, entre ellos, muy especialmente, los derechos fundamentales y libertades públicas. El orden público del foro –se dice textualmente en la STC 132/91– ha adquirido así un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular, en lo que nos ocupa, por las exigencias que impone el artículo 24 CE”.

Por lo que respecta al orden público procesal (o adjetivo), la idea básica es considerar la imposibilidad de que a través de esta vertiente de orden público pueda revisar el juez del exequátur las cuestiones de fondo sobre las que se ha emitido laudo. Esta es la posición mantenida por la jurisprudencia del Alto Tribunal, de la que son exponentes, entre otros, los Autos de 1 y 8 de febrero de 2000, que declaran el *carácter meramente homologador de los efectos de las resoluciones extranjeras que tiene el procedimiento de exequátur, lo que veta cualquier examen sobre el fondo del asunto sin más excepciones, claro está, que las impuestas por el necesario respeto al orden público interno (STC 132/91; AATS 17-2-1998, 21-4-1998, 5-5-1998, 8-9-1998, 24-11-1998 y 16-11-1999, entre otros)*.

En el mismo sentido, el Auto de 29 de abril de 2003 estableció, literalmente, lo siguiente:

“Y en segundo lugar, porque no se puede identificar el orden público,

considerado en sentido internacional y como límite al reconocimiento de los efectos de las resoluciones extranjeras, con las consecuencias jurídicas derivadas de la ley que resulte aplicable al fondo del asunto –que, se insiste, no cabe identificar con la interna–, pues aquél constituye un obstáculo al exequátur en la medida en que es expresión de los principios esenciales del ordenamiento jurídico, identificados, en esencia, con los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, y que deben ser respetados por la decisión foránea cuya eficacia en el foro se impetra, ninguno de los cuales cabe entender aquí vulnerados.”

A continuación, analizaremos algunas de las cuestiones de orden público tratadas por la jurisprudencia española en la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958.

a) El orden público y la ausencia de las partes en el arbitraje

Era cuestión notoria que en aquella época de autarquía o impermeabilidad representada por la Ley de Arbitraje Privado española de 1953 bastaba a la parte española con no comparecer o participar en el arbitraje desarrollado en otro Estado para imposibilitar así el reconocimiento y ejecución del laudo en España. La “conveniente” rebeldía procesal –utilizada como táctica procesal ventajista en claro abuso del procedimiento– bastaba para imposibilitar cualquier reconocimiento del laudo en España que blindaba, así, sus fronteras frente a “incómodas” resoluciones arbitrales foráneas.

Esta situación ha cambiado. Claro es también que, conforme a la jurisprudencia española, existen diversas formas de rebeldía procesal. Una de estas formas es la comentada rebeldía por conveniencia, es decir, aquella a la que se acogen los que, habiendo sido citados y emplazados en forma, no acuden al arbitraje, pese a tener conocimiento de su existencia. Figura distinta de la anterior es la rebeldía por convicción, vinculada ésta a la firme aseveración de la incompetencia del árbitro para conocer del asunto, y que no impide la comparecencia ante el árbitro a los solos efectos de afirmar su falta de jurisdicción (sin entrar en los méritos del asunto). Por el contrario, la rebeldía a la fuerza es la que viene motivada por el absoluto desconocimiento de la existencia de un procedimiento en el que se debía ser parte.

De esta forma, no toda rebeldía causa indefensión. Así, el Auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000, señala en relación con la “rebeldía por conveniencia” que ésta es *producto de la propia voluntad o conveniencia de la parte demandada* y, por ende, no constituye causa de oposición al reconocimiento del laudo extranjero, al no ser fundamento de orden público procesal:

“De todas estas circunstancias puede inferirse de forma razonable que la parte demandada tuvo cabal conocimiento del arbitraje promovido contra ella, de manera que su ausencia en él no parece ser sino producto de su propia voluntad o conveniencia, que no integra la causa de oposición al reconocimiento que se quiere hacer valer, como tampoco motivo de orden público procesal que lo

impida (cfr. AATS 17-2-1998, 7-4-1998, 23-6-1998 y 21-12-1999, entre otros), tanto más si se tiene en cuenta que la fuente de prueba de lo afirmado en cuanto es la imposibilidad de ejercitar en tiempo y debidamente sus derechos de defensa por no haber recibido las notificaciones en plazo útil, o por no habérselas hecho llegar quien las recibió— se encontraba en su mano y que, de otro modo, se llegaría a desvirtuar la distribución de la carga de la prueba que recoge el Convenio de Nueva York”.

En el mismo sentido resuelve el Alto Tribunal en su Auto de 31 de mayo de 2005:

“Así las cosas, y teniéndose en cuenta que la parte que se opone al exequátur no niega las circunstancias descritas, la afirmación de que la resolución arbitral fue dictada en su ausencia y sin su conocimiento no pasa de ser una alegación de defensa que se sustenta, en realidad, en la ineficacia que se predica del acuerdo de sumisión a arbitraje, pero que no sirve para negar la eficacia del laudo con base en el desconocimiento de la existencia del procedimiento arbitral que se dirigía contra ella, y, en fin, en la ausencia de las debidas garantías en orden a hacer valer en él sus derechos de defensa, plena y oportunamente, por lo que no es dable escudarse en el motivo de rechazo del exequátur que se contempla en el artículo V.1-b) del Convenio de Nueva York (RCL 1977, 1575) para impedir la eficacia de la resolución arbitral extranjera, *ni se aprecia*

vulneración alguna del orden público procesal que cierre el paso al reconocimiento de sus efectos y a su ejecutoriedad, respondiendo la inicial ausencia de la demandada únicamente a su estrategia en el procedimiento de origen, movida, si acaso, por su convencimiento acerca de la ineficacia del convenio arbitral.”

b) El orden público y el idioma del procedimiento arbitral

La utilización en las actuaciones arbitrales de un idioma distinto al español no constituye a priori causa de denegación del exequátur. En dicho supuesto, no existe vulneración del orden público por desconocimiento del idioma en que el arbitraje se desarrolla cuando la parte contraria al exequátur del laudo aceptó, expresa o tácitamente —al no pronunciarse sobre tal extremo durante el proceso—, que la tramitación del procedimiento arbitral y las notificaciones se realizaran en un idioma distinto al español.

Esta es la tesis mantenida en el Auto del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1998:

“Este cúmulo de circunstancias, unido al relevante dato de que la mercantil oponente quedó vinculada por un contrato en cuyo contenido se encontraba la cláusula de sometimiento a arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París cuya validez y eficacia no ha sido discutida, ya en el procedimiento arbitral, ya en éste, impide apreciar trasgresión alguna del orden público español por ese hecho; pues no puede

olvidarse que en el plano internacional tal concepto posee en la actualidad un contenido netamente constitucional, que se identifica, esencialmente, con los derechos y garantías constitucionalmente consagrados, y, que, en lo que particularmente atañe a la proscripción de la indefensión impuesta por el artículo 24.2 CE en relación con los actos de comunicación, ésta ha de ser material, real y efectiva, no meramente formal, siendo relevante tan sólo aquella en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos e intereses (SSTC 290/1993, 185/1994, 1/1996, 89/1994] y 44/1998, entre otras); y mal puede decir que la ha sufrido quien, a pesar de haber recibido del Tribunal arbitral toda la documentación redactada en el idioma francés, nada dijo entonces sobre el particular, personándose en el arbitraje, alegando en él cuanto interesó a su defensa y, en fin, utilizando todos los medios de defensa a su alcance”.

En el mismo sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2000 y el de 27 de enero de 2004, en el que la parte que se oponía al reconocimiento alegaba “problemas idiomáticos” y que el Tribunal Supremo resuelve en el siguiente sentido:

“Y en tercer lugar, porque, en cualquier caso, y desde la perspectiva del respeto de los derechos y garantías procesales constitucionalmente reconocidos con cuyo contenido se iden-

tifica el propio del orden público en su vertiente procesal, y en particular examinando la alegación desde el punto de vista de la indefensión proscribida por el artículo 24.1 de la CE (RCL 1978, 2836), no puede desconocerse que ésta, para ser constitucionalmente relevante, ha de ser material y efectiva y no puramente nominal, formal o aparente; y que difícilmente cabe apreciar una indefensión de esas características en quien, interviniendo en el tráfico mercantil internacional, voluntariamente celebra un contrato con una empresa extranjera y voluntariamente se somete a la Ley y a una institución arbitral también extranjera, válida sumisión que conllevaba el sometimiento a las normas reguladoras del procedimiento que habría de desarrollarse ante el mismo, entre las cuales, como se ha visto, se incluía la relativa al idioma empleado por y ante el tribunal arbitral. A todo ello cabe añadir que *la diferencia idiomática no puede servir per se para esgrimir una supuesta indefensión capaz de enervar el reconocimiento de una resolución extranjera, tanto más cuanto el idioma empleado durante el procedimiento de arbitraje era el mismo que aquél bajo el que se había documentado la relación contractual*, siendo, por demás, el propio de la parte compradora, lo que no fue impedimento para que la vendedora –la aquí oponente– pudiera comprender y conocer su contenido; y que, *en fin, no se erige en motivo de orden público para quien interviene en el tráfico mercantil internacional en donde esa disparidad idiomática es usual*, de tal modo que la diligencia

del ordenado comerciante que acude a ese mercado le debe impulsar a adoptar –o al menos prever su adopción– las medidas precisas para el adecuado desenvolvimiento de la relación negocial, incluidos los casos en los que ésta se torna litigios”.

c) El orden público y la ausencia de notificaciones a las partes.

La ausencia de notificaciones a las partes sobre la tramitación del arbitraje origina la indefensión proscrita por el concepto de orden público procesal, de acuerdo con los términos establecidos en el artículo 24 CE.

No obstante, la indefensión que proscribe el artículo 24 CE es la *material, real y efectiva*, y no la *meramente formal, inconciliable con la negligencia, pasividad o, simplemente, con la injustificada inactividad de quien la alega* (AATS de 29 de septiembre de 1998, 31 de julio de 2000 y 27 de enero de 2004; SSTC 141/1992, 178/1995, 18/1996, 137/1996, 99/1997 y 140/1997, entre otros).

En este sentido, el Auto de 3 de febrero de 2004 resuelve declarando la inexistencia de infracción del orden público, al no haber probado la parte que la alegaba la vulneración de las normas de notificación en el procedimiento arbitral:

“A partir de ahí, decae el fundamento de las causas de denegación del exequátur que esgrime la parte oponente al reconocimiento, ya se examinen a la luz de lo dispuesto por el artículo V.-b) del Convenio, ya conforme a las exigencias del orden público internacional, pues *ante la*

constancia de la recepción del laudo arbitral no ha acreditado, como le correspondía, que dicha notificación hubiera sido contraria a las normas que regulaban el procedimiento de arbitraje, ni tampoco la interposición en tiempo y forma del correspondiente recurso contra el laudo, ni, en fin, que la inadmisión a trámite del mismo, en la que basa la indefensión que alega, fuera indebida, incorrecta o improcedente de acuerdo con lo previsto en tales normas; y desde la perspectiva del orden público procesal, de contenido netamente constitucional, como es bien sabido, no puede sino apreciarse igualmente la irrelevancia del alegato cuando la parte oponente no ha acreditado que sus derechos de defensa se han visto vulnerados al haber sido privado indebidamente de los medios y vías de recurso que resultaban procedentes, ya fuera mediante una decisión arbitraria, sin apoyo en causa legal o inmotivada, ya mediante una decisión fundada en una interpretación de la legalidad manifiestamente irracional o basada en un error patente, ya, en fin, mediante una resolución basada en formalismos excesivos y desproporcionados respecto de los fines que tienden a garantizar las normas reguladoras del acceso a los medios de impugnación previstos en las normas rectoras del procedimiento que fueren aplicables”.

En el mismo sentido, en el Auto de 8 de octubre de 2002 el Tribunal Supremo resolvió acerca de la indefensión causada por la falta de notificación en el procedimiento arbitral, concluyendo que

el sistema diseñado por el Convenio de Nueva York desplaza la carga de la prueba de tales extremos a la parte que quiere oponerse al exequátur, para lo cual no basta con una alegación genérica y carente de concreción alguna sobre la indefensión provocada, sino que ha de concretarse a efectos de que el tribunal examine si efectivamente ésta se ha producido.

Por último, cabe hacer referencia al Auto de 13 de marzo de 2001 en el que la parte que se opuso al exequátur alegaba una supuesta indefensión causada por *no haber intentado el árbitro, en ningún momento, notificar directamente a las partes las resoluciones recaídas en el procedimiento arbitral y por haberse practicado las notificaciones en una dirección que no constituía el domicilio social de aquélla*. El Alto Tribunal resuelve entonces concluyendo que difícilmente podía apreciar indefensión cuando la propia mercantil demandada expresamente reconocía haber tenido conocimiento del inicio del procedimiento arbitral y de la designación del árbitro a través de su abogado español, así como el hecho de que el laudo le fue debidamente notificado. Por ello, no cabía apreciar ninguna vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad que pudiera ser causante de indefensión.

d) El orden público y falta de legitimación

La posición del Tribunal Supremo en este ámbito suele asociarse al carácter puramente homologador del procedimiento de exequátur, sin que quepa analizar cuestiones de fondo que, en su caso, fueron o pudieron ser discutidas en el seno del arbitraje.

En dicho sentido se pronunció el Alto Tribunal en los Autos de 24 de noviembre de 1998, 27 de abril de 1999 y 29 de febrero de 2000, señalando que, dada la naturaleza del exequátur, este veta cualquier intento de revisar el fondo del asunto, incluida la legitimación *ad causam* en el procedimiento de origen, sin más excepciones que las que, en su caso, pudieran venir impuestas por el necesario respeto y acomodación a los efectos de la resolución a los imperativos del orden público.

Una de dichas excepciones fue hallada por el Tribunal Supremo en el supuesto analizado en el Auto de 20 de junio de 2000, en el que, partiendo de lo ya expresado, señalaba igualmente que cabía reconducir la falta de legitimación activa (analizada en sede de orden público) hacia la inexistencia de convenio arbitral vinculante entre las partes, encontrando acomodo en la causa de oposición recogida en el artículo V.1.a) del Convenio.

e) El orden público y el derecho a designar árbitro

La doctrina jurisprudencial pone de manifiesto que la vulneración del orden público en materia probatoria ha de atender al ámbito procesal, en el sentido de exigir que la solicitud y práctica de las pruebas se adecuen a los requerimientos legales establecidos, no así al ámbito material como medio de cuestionar el fondo del asunto.

En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1997, señala al respecto:

“y al efecto se ha de decir que el contenido del derecho a utilizar los

medios de la prueba pertinentes, englobado en el más genérico derecho de defensa y a no sufrir indefensión, ambos del artículo 24 de la Constitución, ha sido delimitado por la doctrina del indicado Alto Tribunal, que ha precisado que dicho derecho no comprende un hipotético *derecho* de llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud del cual las partes estuvieran facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran a bien proponer, sino que debe encuadrarse dentro de la legalidad... que la prueba propuesta y denegada sea decisiva en términos de defensa, es decir, que se haya causado efectiva indefensión, lo que se produciría con la inadmisión de pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna, mediante un razonamiento absurdo o arbitrario o, en fin, mediante una interpretación de la legalidad carente de razón”.

En el mismo sentido, los Autos del Tribunal Supremo de 29 de septiembre y 5 de abril de 1998 y 11 de abril de 2000, cuya doctrina concluye que no resulta admisible asociar infracción del orden público con la apreciación de los elementos de prueba realizada por el árbitro, pues lo impide el propio concepto de orden público que se invocaba, así como la propia naturaleza del procedimiento de exequatur, meramente homologador de los efectos de las decisiones extranjeras.

f) Orden público y el derecho fundamental a utilizar medios de prueba

La cuestión sobre el nombramiento y aceptación por parte del árbitro de su cargo ha de dilucidarse igualmente en fun-

ción de los términos del artículo 24 CE y el derecho a la defensa. Este supuesto aparece contemplado en el Auto de 4 de marzo de 1997, en el que se alude a la regularidad con que se produjo la designación del árbitro y el consentimiento tácito de las partes, expresando que “*consta que ninguna objeción hizo la demandada en su momento en cuanto a la designación del árbitro único, que fue nombrado por el Consejo Arbitral de la Cámara de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán en la forma prevista en el artículo 19.3 del Reglamento de dicha Cámara*”. En el mismo sentido se pronuncia el Auto de 17 de febrero de 1998 en cuanto al nombramiento realizado según las normas de la Cámara Arbitral de París y la ausencia de objeción por las partes.

g) Orden público y motivación del laudo arbitral extranjero

La jurisprudencia española exige que el laudo cuya homologación se pretende sea razonado y esté motivado, más ello no implica, según los términos del Tribunal Supremo, que deba contener fundamentos exhaustivos y pormenorizados. Así lo expresa el Alto Tribunal en su Auto de 4 de marzo de 1997:

“Lo mismo ha de decirse en lo que respecta a la invocada falta de motivación de la sentencia arbitral (cfr. STC 132/91), si se tiene presente la constante doctrina constitucional que con relación a la amplitud de la motivación de las sentencias ha indicado que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas de las partes puedan tener de la cuestión que se decide sino

que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles son los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la resolución, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella”.

Y ello, como resuelve el Auto de 29 de septiembre de 1998, porque lo que se protege es el orden público procesal, *sin que esté permitido en su seno la revisión del fondo del asunto más que en la medida indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento que conforman el concepto de orden público en sentido internacional.*

h) Orden público y litispendencia nacional e internacional

El principio general de aplicación en estos supuestos consiste en que, *en todo caso, el exequátur del laudo arbitral extranjero no puede conciliarse con una sentencia anterior dictada o reconocida en España, y con que en España exista un proceso pendiente que pueda dar lugar a una sentencia incompatible con el laudo arbitral extranjero, sin que sea determinante que exista identidad de parte y absoluta coincidencia de objeto y causa, ni que el proceso desarrollado o pendiente en España se haya iniciado con posterioridad al desarrollado en el extranjero; sin desconocer, no obstante, que la concurrencia de dichas circunstancias supondrá un argumento en la denegación del exequátur (Auto del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1999).*

Esta doctrina se reitera en el Auto de 20 de junio de 2000, en el que se incide en la vinculación sustancial entre ambos procedimientos:

“De este modo, la litispendencia se conceptúa ampliamente, bastando una vinculación sustancial entre las causas de las acciones ejercitadas, su objeto y, en su caso, los sujetos de uno y otro procedimiento que genere un *riesgo* de incompatibilidad o de incongruencia entre la decisión objeto de reconocimiento y la recaída en el foro”.

En el Auto de 20 de marzo de 2002, el Alto Tribunal analizó la litispendencia internacional, señalando que, fuera de los supuestos en que ésta se prevé expresamente (Convenios de Bruselas y de Lugano y Reglamentos CE 1347/2000 y 44/2001), en el ordenamiento procesal interno no se conoce la litispendencia internacional, sin que quepa atribuirle efectos al procedimiento seguido en el extranjero respecto del que se seguía en el foro.

3.2. La improcedencia del exequátur del laudo arbitral extranjero por haber resuelto el árbitro cuestiones que conforme a la ley española no son susceptibles de arbitraje

El segundo presupuesto de denegación previsto en el artículo V del Convenio de Nueva York hace referencia a la arbitrabilidad del objeto de la controversia.

La ley aplicable para enjuiciar la arbitrabilidad será la *lex fori*, lo cual refleja

el interés del Estado del foro en mantener determinadas materias bajo el control de los tribunales.


En este sentido, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje regula las materias que pueden ser objeto de arbitraje, disponiendo lo siguiente:

“1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o em-

presa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”.

La regulación adoptada por la vigente Ley de Arbitraje establece una cláusula general de aceptación, salvo exclusiones expresamente previstas.

En la actualidad, el Tribunal Supremo aún no se ha pronunciado denegando el reconocimiento al laudo extranjero como consecuencia de la materia objeto del arbitraje⁽¹⁾. 

(1) Este trabajo ha tenido como objeto el análisis de la jurisprudencia española en aplicación del Convenio de Nueva York. Un mayor y más completo desarrollo de esta materia puede obtenerse de la lectura de la bibliografía que, sólo a título indicativo, se relaciona a continuación:

ORTÉU CEBRIÁN. Exequátur de laudos extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Barcelona: Bosh, 2001; REBOLLO GONZÁLEZ. El reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros: pasado, presente y futuro. En: La Ley. Tomo VI, 1997; LÓPEZ ANTÓN. Ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros (La aplicación del Convenio de Nueva York). En: La Ley. Tomo II, 1985; MARÍN LÓPEZ. La ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros. En: La Ley 36/1988, de 5 de diciembre; La Ley. Tomo II, 1989; VIRGIS. Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958, RDM, Homenaje al Profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento. Número Extraordinario, 2006; GARBERI LLOBREGAT. Comentarios a la Ley 60/2003, de Arbitraje. Barcelona: Bosh, 2004.

SENTENCIAS Y ARBITRAJES NACIONALES, EXTRANJEROS E INTERNACIONALES (CONVENCIÓN DE NUEVA YORK, LEY MODELO DE CNUDMI / UNCITRAL Y DERECHO ESPAÑOL)(*)

Por: MANUEL OLIVENCIA RUIZ (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La Convención de Nueva York.* 3. *La Ley Modelo de la CNUDMI / UNCITRAL.* 4. *La Ley de Arbitraje española.*

1. INTRODUCCIÓN

Mientras la sentencia judicial emana siempre de un poder del Estado, lo que permite distinguir entre sentencias nacionales y sentencias extranjeras, la arbitral, o laudo, procede, en definitiva, de un negocio de Derecho privado, por lo que, para quienes mantienen la tesis “contractualista”, no cabe atribuirle esa calificación. Otros, sin embargo, valoran la conexión del laudo con determinados elementos de extranjería para concluir calificándolo de esa forma.

Descartado el criterio personalista de la nacionalidad, residencia o domicilio de

las partes, el primero de esos elementos puede ser el del lugar donde se dicta (criterio de “territorialidad”), aunque éste resulte irrelevante para el arbitraje (lugar de conveniencia u oportunidad).

Otro criterio puede consistir en la ley aplicable al procedimiento arbitral, que transmite su nacionalidad al laudo, cualquiera sea el lugar en que éste se dicte. Será así laudo extranjero el dictado en un procedimiento arbitral regido por un Derecho extranjero, aunque se dicte en el territorio del Estado que lo considera extranjero.

(*) Sobre esta materia, del mismo autor, ver AA.VV., GONZÁLEZ SORIA, Julio (coordinador). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Cizur Menor: Aranzadi, 2004. Comentarios a los artículos 1 a 5. pp. 37 - 72; *El lugar del arbitraje*. En: *Revista de Arbitraje, Comercial y de Inversiones* II. Número 2, 2008. pp. 13 - 32.

(**) Profesor de Derecho Mercantil y Ex Decano de las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Sevilla. Embajador Extraordinario de España. Delegado en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Vicepresidente de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, España.

Cuestiones distintas son la diferencia entre arbitraje nacional y arbitraje extranjero, y entre arbitraje interno y arbitraje internacional. La primera se refiere a la ley que rige el procedimiento (nacional o extranjero); la segunda, a la caracterización del arbitraje por elementos de extranjería (situación en estados diferentes de elementos relevantes, naturaleza objetiva de la controversia).

2. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

La Convención de Nueva York (CNY, en lo sucesivo), de 10 de junio de 1958, de la que se ha cumplido el medio siglo, lleva en su título, como objeto sobre el que recae su regulación, la expresión “sentencias arbitrales extranjeras”. Su artículo I.1 no contiene esa calificación expresa, sino la de “nacionales”. La norma no refiere en el primer inciso del artículo una calificación, sino una descripción de las sentencias a cuyo reconocimiento y ejecución se aplica el CNY: las “arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución”. Aunque el título del CNY no constituye una norma jurídica que admita interpretación sistemática en relación con la contenida en el artículo I.1, sí ofrece un elemento suficiente para concluir que las sentencias que en aquél se denominan “extranjeras” son las enunciadas en esa norma, lo cual significa que se sigue en la calificación un criterio de “territorialidad”: son extranjeras las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado.

Pero eso no es todo en el supuesto de la norma, que ha de integrarse con el segundo inciso: el CNY se aplica tam-

bién a las sentencias arbitrales que no sean consideradas “nacionales” en el Estado en que se pide reconocimiento y ejecución. Esto es; el CNY contempla el supuesto de que la legislación de este Estado no siga el criterio de territorialidad, sino otro distinto para calificar la nacionalidad de la sentencia, en cuyo caso son extranjeras las que, conforme a ese criterio, no sean “nacionales”.

No obstante, la reserva de reciprocidad admitida en el artículo I.3 del CNY atiende exclusivamente al criterio de territorialidad para referirlo al “territorio de otro Estado Contratante”.

El artículo III sí contrapone como anónimos sentencias “nacionales” y “sentencias a las que se aplica la presente Convención”, cualquiera sea el criterio de calificación que siga el estado en que se solicite reconocimiento y ejecución.

El CNY se remite a “la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje” al referirse a la constitución del Tribunal o al procedimiento arbitral que deben ajustarse a aquélla; y a “la ley del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”, al tratar de su firmeza, anulación o suspensión (artículo V.1.d) y e), en relación con el VI. Pero esas son normas de conflicto en las materias enunciadas, que no alteran la de atribución de la nacionalidad de la sentencia arbitral contenida en el artículo I.1 del CNY.

Se mezclan, pues, en la norma contenida en el artículo I.1 del CNY, un criterio positivo (las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado) y un criterio negativo (las que no sean “nacionales” conforme al Derecho del Estado en que se solicite reconocimiento y ejecución). Los criterios de calificación

pueden solaparse, coincidiendo en sus consecuencias jurídicas; pero, de no coincidir, el negativo extiende el supuesto. Por eso, se introduce la norma en el segundo inciso con el adverbio “También”, que significa añadir algo a lo ya expresado. Ese supuesto comprende, en mi opinión, las sentencias arbitrales denominadas “anacionales” o “flotantes”, que no son nacionales conforme al criterio negativo.

El CNY no se refiere al arbitraje “extranjero”, sino al “país donde se ha efectuado el arbitraje”, para reclamar que es la Ley de éste la aplicable al procedimiento [“territorialidad”; artículo V.1.d)]. Sin embargo, prevé el supuesto de que la ley aplicable a la sentencia arbitral no sea la del lugar en que se ha dictado.

3. LA LEY MODELO DE LA CNUDMI / UNCITRAL

La Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en 21 de junio de 1985 y recomendada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 40/172, de 11 de diciembre de 1985 (LMU, en adelante), evita la calificación de arbitrajes o laudos “nacionales” y “extranjeros” y se limita a caracterizar el arbitraje “internacional” (artículo 1.3).

De la misma manera que el CNY huye de la calificación de “internacionalidad”, la LMU lo hace de la de extranjería o nacionalidad, tanto para los arbitrajes como para los laudos (confrontar Capítulo VIII, artículos 35 y 36), aunque sigue el criterio territorial (artículo 1.2). Como afirma la Nota explicativa de la Secretaría de UNCITRAL sobre la LMU (párrafo 46), ésta trata “de manera uniforme” a los laudos dictados en arbitraje comercial inter-

nacional, “cualquiera que sea el país en que se haya dictado”; por lo que “traza una nueva línea demarcatoria entre laudos ‘internacionales’ y ‘no internacionales’, en lugar de la línea tradicional que distingue entre laudos ‘extranjeros’ y ‘nacionales’”, y explica esta novedad “en motivos de fondo, más que en las fronteras territoriales, que resultan inadecuadas habida cuenta de la limitada importancia que tiene el lugar del arbitraje en los casos internacionales”, ya que “a menudo se elige por razones de conveniencia de las partes y es posible que la controversia tenga escasa o ninguna relación con el Estado donde se sustancian las actuaciones”. La relatividad de la importancia del lugar borra las diferencias entre laudos nacionales y extranjeros.

4. LA LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA

La Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LAE, en adelante), inspirada en la LMU, evita, como ésta, la calificación de arbitraje nacional o extranjero, si bien acoge el criterio de la territorialidad para su aplicación [artículo 1.1: “Esta Ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional (...)”]. Es el lugar del arbitraje el que determine la aplicación de la Ley española, salvo en las excepciones expresamente establecidas en el mismo artículo 1.1 (“sin perjuicio de lo establecido en tratados en los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje”).

Aunque la LAE no contenga expresamente la atribución de nacionalidad, de esa norma puede deducirse que son arbitrajes extranjeros aquellos cuyo lugar radique fuera del territorio español.

Pero, conforme al CNY y a diferencia de la LMU, sí califica de “extranjeros” a los laudos, entendiéndolos por tales los pronunciados “fuera del territorio español”. La técnica del exequátur de estos laudos es la del CNY, al que expresamente se remite el artículo 46.2 LAE, dentro del Título IX (“Del exequátur de laudos extranjeros”):

“Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables.

1. *Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español.*
2. *El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros”.*

También a diferencia de la LMU, que contempla sólo el arbitraje comercial internacional, la LAE regula, conforme al sistema denominado “monista”, tanto los arbitrajes comerciales como los no comerciales, los internos y los internacionales. La calificación de estos últimos se inspira en la LMU:

“Artículo 3. Arbitraje internacional.


1. *El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
 - a) *Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las*

partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

- b) *Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.*
- c) *Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.*

2. *A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual”.*

A los efectos de aplicación del CNY, ningún problema plantea la aplicación de su artículo I.1, porque conforme al Derecho español son extranjeros –por tanto, no nacionales– los laudos dictados en el territorio de un Estado distinto; mientras que los laudos nacionales han de hacer constar el lugar del arbitraje (en territorio español) y “el laudo se considera dictado en ese lugar”, aunque de hecho, lo haya sido en otro (artículo 37.5 LAE). Se trata de una ficción a favor de la validez del laudo.

En conclusión, la nueva LAE, inspirada en la LMU, ha sido más fiel que ésta al CNY, cuyo régimen incorpora expresamente a su regulación, en la que se define lo que es laudo extranjero. 

LA CONVENCION DE NUEVA YORK SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS: 1958-2008

Por: FERNANDO POMBO GARCÍA (*)

SUMARIO: 1. *Origen y situación de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, cuando se cumplen 50 años de su creación.* 2. *Principales logros de la Convención de Nueva York en sus 50 años de vida.* 3. *Perspectivas de futuro. ¿Qué se debe cambiar de la Convención de Nueva York?* 4. *Conclusiones*

1. ORIGEN Y SITUACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS, CUANDO SE CUMPLEN 50 AÑOS DE SU CREACIÓN

Hace 50 años se firmó la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (CNY), en el seno de las Naciones Unidas. Este convenio ha sido calificado

como “la piedra angular del edificio del arbitraje moderno” (BREUER), como “el pilar central de la regulación convencional del arbitraje comercial” (REDFERN), como “un ejemplo de exitosa producción jurídica en el campo del derecho internacional privado”, como “una Carta Universal para la unificación de leyes nacionales”. Incluso hay quien ha ido más allá de considerar su importancia en el marco del arbitraje, y lo ha calificado de “el instrumento jurídico internacional más efectivo en toda la historia del Derecho Comercial” (MUSTILL).

(*) Presidente de la International Bar Association - IBA. Profesor del Instituto Internacional de Estudios Legales de Salzburgo. Miembro de la Corte Española de Arbitraje. Presidente y Socio Fundador de Gómez-Acebo & Pombo, España.

LA CNY se halla abierta a la adhesión de todos los miembros de las Naciones Unidas y ha sido ratificada por 142 países. Su interpretación y aplicación se hallan asimismo avaladas por más de 380 resoluciones judiciales en 30 países diferentes.

Además de las adhesiones de los Estados firmantes, la CNY se confeccionó como una norma de aplicación *erga omnes*, es decir, con alcance universal al resto del mundo, sin limitar su aplicación a laudos arbitrales de alguno de los países firmantes. Es decir, un país firmante puede reconocer, amparado en la CNY, cualquier sentencia arbitral “*dictada en un territorio de un Estado contratante distinto de aquél en el que se pide el reconocimiento*”, siendo indiferente tanto cual es el país de origen del laudo como también cual es la nacionalidad del beneficiario de la ejecución.

Al respecto, la CNY ha recogido la posibilidad de introducir una “reserva de reciprocidad”, en virtud de la cual un Estado puede reconocer y ejecutar sólo las sentencias arbitrales provenientes de un Estado que también haya firmado la CNY. Si bien la idea original era aplicar la CNY al mayor número de laudos posibles, más de la mitad de los países firmantes han introducido la reserva a la hora de ratificar la CNY.

La importancia de todo acto o resolución que ponga fin a una contienda, ya sea en la vía judicial como en el arbitraje, radica en la posibilidad de ejecución de la misma por parte de la vencedora, en caso de que no sea cumplida voluntariamente por quien está obligado a ello. El problema surge cuando dichas resolucio-

nes han de poder ejecutarse en un país diferente a aquel en el que fueron dictadas.

La CNY se concibió como un instrumento que permitiese, de una forma rápida y sencilla, el reconocimiento y ejecución de estos laudos extranjeros, en otros países de los que fueron dictados, removiendo los obstáculos que atenten contra dicho objetivo.

2. PRINCIPALES LOGROS DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN SUS 50 AÑOS DE VIDA

El mayor logro de la CNY ha sido, en primer lugar, posicionarse como el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras con mayor número de adhesiones que existe. Ni los Convenios anteriores (Ginebra 1927, también sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras) ni otros posteriores (entre otros, Reglamentos CEE 2201/2003 y 44/2001 en el marco de reconocimiento de Sentencias en la Unión Europea, la Convención de Panamá de 1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional, en Latinoamérica) han obtenido un número de ratificaciones tan amplio como el CNY.

Como se ha apuntado anteriormente, la CNY se concibió como un instrumento que permitiese, a través de un procedimiento claro y sencillo, el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros, para lo cual limitó sustancialmente las posibilidades de las legislaciones nacionales de no conceder el reconocimiento. La CNY parte de la base de que todos los laudos son plenamente válidos y eficaces en todos los países, salvo prueba en

contrario. Por ello, impone a los Estados firmantes la obligación de reconocerlos y ejecutarlos, con la única salvedad de que se den algunos de los motivos que expresamente se recogen en el Convenio. Así, el artículo V contiene una serie de excepciones, las consideradas más sustanciales, que se pueden dividir en dos grupos:

- Las que pueden ser apreciadas de oficio por el órgano que ha de conceder el reconocimiento y ejecución.
- Aquellas que han de ser alegadas y probadas por la parte que se oponga al reconocimiento.

En el primer grupo de excepciones comprende dos importantes defensas: la excepción de orden público y la excepción de no arbitrabilidad.

- La excepción de orden público se contempla en todos los ordenamientos jurídicos, tanto internos como internacionales. Esta excepción ha generado numerosas interpretaciones sobre el alcance del propio concepto. La mayor parte de la doctrina ha llegado a un consenso sobre el significado de “orden público”, estableciéndose que aunque no lo diga expresamente la CNY, el orden público al que se refiere es a nivel internacional, no al interno.
- Por su parte, la excepción de “no arbitrabilidad” referida a la posibilidad de no otorgar el reconocimiento si la materia objeto de arbitraje no es susceptible de ser resuelta por medio de este método de resolución de conflictos en el país que tienen que otorgar el reconocimiento.

El resto de excepciones, se han limitado a aquellas que se consideran más sustanciales, como son:

- La falta de validez del acuerdo arbitral, por ejemplo, por falta de capacidad para contratar de alguna de las partes.
- La existencia de indefensión para alguna de las partes por falta de notificación del procedimiento, problemas en la contradicción y defensa de las partes, etcétera.
- La extralimitación de las funciones del tribunal arbitral. Recordemos en este supuesto, que las partes pueden libremente pactar cual es la competencia de los árbitros, limitando sus funciones a determinados aspectos de la controversia. Por lo tanto, si el laudo se ha extendido a más cuestiones que aquellas contempladas inicialmente en el acuerdo arbitral, se puede denegar el reconocimiento del mismo en relación a estas extralimitaciones.
- Irregularidades en el procedimiento, tanto el la composición inicial del tribunal arbitral, como posteriormente en alguna de las fases del mismo, así como que el procedimiento no se haya ajustado a la ley vigente.
- Que la sentencia arbitral haya sido anulada o suspendida por la autoridad competente en el Estado en el que fue dictada.

Todas estas excepciones, como hemos dicho anteriormente, no pueden ser apreciadas por el juzgado o tribunal que otorgue el reconocimiento, sino que han de

ser expresamente alegadas y probadas por aquella parte que se oponga al mismo.

En cuanto a la prueba, se presume la validez del laudo salvo que aquella parte que quiera alegar la excepción pruebe lo contrario. Lógicamente, se ha establecido este mecanismo para facilitar más el procedimiento de reconocimiento.

Otro logro de la CNY es que elimina el doble procedimiento de exequátur. No es lo mismo el reconocimiento que la ejecución: el reconocimiento supone otorgar eficacia jurídica a un laudo de una jurisdicción extranjera, de forma que obtenga de esa manera, los mismos derechos que tendría en el caso de que fuera dictado en el país donde se le concede (efecto de cosa juzgada, posibilidad de solicitar la ejecución del mismo, etcétera); por contra, el procedimiento de ejecución supone solicitar el cumplimiento forzoso del laudo cuando la parte condenada no cumple voluntariamente lo que establece la sentencia arbitral.

La CNY, en su empeño de crear un procedimiento más ágil y sencillo, ha eliminado el doble procedimiento que se recogía en la anterior Convención de Ginebra de 1927. De acuerdo con esta Convención, antes de solicitar el reconocimiento en el país en el que se pretendía obtener la ejecución, era necesario solicitar primero el reconocimiento del laudo como título ejecutivo válido en el país donde fue dictado. Sólo una vez obtenido este primer reconocimiento, se podía acudir al país en el que se pretendía ejecutar, para nuevamente solicitar su reconocimiento y posterior ejecución. Doble exequátur, por tanto, que complicaba y alargaba en exceso la posibilidad de ejecutar lo que ya había sido juzgado.

En cuanto al procedimiento a seguir en el país último, la CNY no dice nada. Es una ley de mínimos que no contiene la regulación exacta de ningún procedimiento. En este aspecto, se remite a la normativa interna de cada país para que lo desarrolle, simplemente recogiendo en el artículo III, que el mismo no puede “establecer condiciones apreciablemente más rigurosas ni honorarios o costes más elevados que los aplicables al reconocimiento o ejecución de las sentencias arbitrales nacionales”.

Por otro lado, la introducción del artículo VII, ha hecho posible que la CNY siga en vigor 50 años después. En él se recoge expresamente la posibilidad de los Estados firmantes de firmar otros nuevos Convenios, tanto bilaterales como multilaterales, sin que ello implique dejar sin validez la CNY.

Esta cláusula se introdujo en previsión de la ratificación de la CNY por multitud de países, como posteriormente ha ocurrido. Estas estimaciones implicaban que, en caso de que surgiese la necesidad de modificación, corrección o ampliación de la CNY, iba a ser muy difícil poner a todos los países nuevamente de acuerdo. Con esta cláusula se permite que, si existe un nuevo convenio firmado por alguna de las partes que sea más favorable al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

En el mismo sentido, esta cláusula permite la coexistencia de la normativa internacional con una normativa interna, que puede ser más beneficiosa para las partes.

Por último, pero no por ello menos importante, desde la creación del CNY

hasta nuestros días, el arbitraje como medio de solución de controversias alternativo a la jurisdicción ordinaria, ha ganado en número e importancia, sobre todo el arbitraje comercial internacional. El mundo contemporáneo en el que vivimos, un mundo globalizado, donde las transacciones comerciales superan los límites de los Estados, donde los sistemas informáticos no conocen la existencia de barreras entre países, ha llevado a los comerciantes a buscar un método de solución para sus conflictos que se aparte de la justicia tradicional y se adapte mejor a sus necesidades. En este marco, el arbitraje se ha posicionado como el mejor método de solución de controversias. Ello ha sido posible gracias a las ventajas que presenta frente a la jurisdicción ordinaria, a saber, mayor flexibilidad, mayor objetividad a la hora de dictarse el laudo, mayor celeridad, etcétera y sobre todo, gracias a la existencia de convenios como este sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, que ha permitido que un laudo dictado en alguno de los muchos países firmantes del mismo, se convierta en un “pasaporte mundial” (VIRGÓS), dándole la mayor efectividad posible a su contenido.

3. PERSPECTIVAS DE FUTURO. ¿QUÉ SE DEBE CAMBIAR DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK?

El éxito de la CNY, al haber obtenido tantas ratificaciones, es indudable. Entre los países que la han ratificado, se encuentran los principales foros de arbitraje. Sin embargo, todavía quedan muchos países que se pueden adherir a esa Convención. Por ello, ha de ser obliga-

ción de todos los países ya implicados, la realización de actividades tendentes a fomentar nuevas incorporaciones. No debemos olvidar que, pese a la inicial eficacia *erga omnes* de la CNY, el hecho de que más de la mitad de los países firmantes hayan depositado la reserva de reciprocidad, limita el número de resoluciones a las que aplicar la CNY. Por ello, y salvo que se cancelasen las reservas hechas, es claramente beneficioso que el número de países que formen parte del mismo vaya en aumento.

Pese a todos los innegables logros que se le pueden atribuir a la CNY, existen algunos problemas en la aplicación de la misma, reconocidos por numerosos autores, que deben ser solucionados.

Por un lado, como hemos dicho en el anterior apartado, nos encontramos con que la CNY no regula ningún procedimiento de reconocimiento y ejecución, sino que se remite al procedimiento interno de cada país, estableciendo unos mínimos a aplicar. Por ello, gran parte de la efectividad de la CNY pasa por tener un derecho interno que se adapte a las exigencias de la CNY y que realmente sea un procedimiento ágil y sencillo para obtener el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros.

En las últimas dos décadas hemos asistido a una renovación de la normativa interna e internacional reguladora del arbitraje. Así, ha sido de gran importancia la creación, en 1985, de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, ley que la mayoría de los países han acogido, introduciendo o no variaciones a la misma. Ello ha favorecido enormemente la implantación de un “sistema de arbitraje universal”, que ha

posibilitado en gran medida la aplicación del CNY. Sin embargo, todavía quedan legislaciones arcaicas que deben adaptarse a la realidad del mundo actual.

Otro problema que se ha achacado a la CNY, y que deberá solucionarse en el futuro es que, como cualquier convenio internacional, sus cláusulas no están exentas de ambigüedades y lagunas, que dejan al libre albedrío de los Estados la interpretación de su contenido. Por ello, también han de unirse los esfuerzos por crear una interpretación de los artículos que sea uniforme en todos los países que lo aplican.

Uno de los aspectos que generan más diferencias a la hora de su interpretación, y con ello posibilidad de aplicar la CNY, es la segunda reserva de la CNY, la denominada “reserva de mercantilidad”. Esta reserva prescribe que los Estados parte podrán declarar que sólo se aplique la CNY a los litigios que surjan de las relaciones jurídicas que tengan carácter comercial. Tenemos entonces que corresponde a la normativa interna de cada país determinar, de acuerdo con su normativa, la calificación de cuales son las relaciones jurídicas que poseen este carácter y cuales no. La razón de introducir la posibilidad de depositar esta reserva, parece encontrarse en las posiciones de los países del *Civil Law*, pues los mismo tenían claramente diferenciadas ambas cuestiones al existir en sus ordenamientos dos códigos reguladores, uno para cuestiones civiles y otro para cuestiones mercantiles, que eran las únicas que tenían la posibilidad de ser objeto de transacción.

Hoy en día, el arbitraje no se restringe solo a cuestiones mercantiles, pues existen multitud de relaciones jurídicas civiles, como una compraventa entre par-

ticulares, pueden ser perfectamente objeto de transacción. El depósito de esta reserva produce limitaciones innecesarias, ya que implica no reconocer y ejecutar aquellos laudos extranjeros cuyo contenido no sea mercantil.

Por ello, aquellos países que tengan depositada la reserva, deberían derogarla, toda vez que, no debemos olvidar, siguen manteniendo la excepción de “no arbitrabilidad”.

El segundo gran problema de interpretación está relacionado con el orden público. Si bien hemos comentado antes que parece existir un cierto consenso sobre que dicho concepto se refiere al orden público internacional, todavía son muchos los jueces y tribunales que lo interpretan conforme al orden público nacional. Teniendo en cuenta la multitud de países firmantes, y las muchas diferencias que relativas a este concepto existen en ellos, sería preciso determinar con claridad qué se entiende por orden público, a fin de no dejar en manos de un país la consideración de esta excepción que implicaría la imposibilidad de ejecución del laudo.

Por último, la efectividad de la aplicación de la CNY pasa por que los jueces nacionales, competentes en el reconocimiento de los laudos, conozcan y comprendan verdaderamente la finalidad de este convenio, para así facilitar su aplicación. Algunos países se pierden a la hora de determinar la norma aplicable, sobre todo cuando el mismo tiene ratificados a su vez convenios multilaterales o bilaterales posteriores a la CNY (ya hemos dicho que esta situación está permitida al amparo del artículo VII). Asimismo, tal y como ha sido propuesto en numerosas

reuniones y conferencias, sería conveniente establecer mecanismos tendentes a facilitar la libre circulación de información relativa a la interpretación y aplicación de la CNY de unos países a otros, más allá de los numerosos artículos doctrinales que se han escrito sobre la aplicación e interpretación de la CNY en los distintos países.

4. CONCLUSIONES

La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras cumple 50 años avalada por un éxito indiscutible. Se ha posicionado como el instrumento jurídico más importante en temas de arbitraje, favoreciendo la expansión de este método de solución de conflictos por todo el mundo.

Gracias a la CNY, las sentencias arbitrales circulan de un país a otro sin encontrar trabas a la hora de su reconocimiento, facilitando así el cumplimiento de su contenido.

Sin embargo, 50 años de aplicación han puesto de manifiesto algunas deficiencias, sobre todo relativas a la interpretación de sus términos que, ahora que su implantación está consolidada, quizás sea el momento de solucionar.

Varias han sido las propuestas que se han oído en los últimos años:

I. La creación de un anexo que complemente y/o aclare aquellos puntos de la CNY sobre los que no está clara su interpretación. Así, como hemos mencionado anteriormente: el concepto de orden público, el alcance de las causas de no reconocimiento, etcétera.


II. La creación de un nuevo convenio que venga a sustituir al actual. En contra de esta opción se ha dicho que sería muy difícil conseguir nuevamente la ratificación de todos los países que ya han firmado. Sin embargo, esta postura también tiene sus defensores, como Albert Jan van der Berg.

No debemos olvidar que hace cincuenta años y no digamos hace cien, la ratificación de convenios era un proceso lento, muy poco eficiente, con gran dificultad jurídica y hasta de conocimiento. En cambio, hoy en día los países son mucho más ágiles, tienen mucho más práctica, están ratificando continuamente convenios. Por ello, que iniciase un proceso de creación de una nueva convención (El Convenio de Nueva York versión del 2009 o del 2010) no sería el fin del mundo.

Además, si tenemos en cuenta el artículo VII, que mantiene la vigencia de la CNY pese a que se ratifiquen nuevos convenios, ayudaría en el proceso de transición. Así, permanecería vigente el Convenio de Nueva York de 1958, con 142 países miembros y habría el Convenio de Nueva York versión 2009/2010 a la que los países se irían adhiriendo según lo creyesen conveniente si realmente les parece mucho mejor que el anterior. No debemos olvidar tampoco que cuando se creó en 1958 la CNY, no contaba con 142 ratificaciones, sino con muchas menos. Y ha sido el tiempo el que ha conseguido la adhesión del resto de los países. Lo mismo ocurriría en este caso: la eventual CNY de 2009/2010, contaría inicialmente con un número de ratificaciones menores, pero finalmente conseguiría igual o mayor número de ratificaciones. Los que se

verían “perjudicados” con la creación de una nueva versión seríamos nosotros, los abogados, pues en cada caso deberíamos de analizar cuál de las Convenciones se aplica a ese laudo concreto que debemos ejecutar, teniendo en cuenta si los países implicados (aquel en el que se dictó el laudo y aquel en cuyo territorio se pide el reconocimiento) son miembros sólo del

Convenio de Nueva York versión primera; si uno ha ratificado y el otro no; o si ambos lo han hecho.

Por tanto, adelante con el estudio de las reformas, adelante con el apoyo al arbitraje internacional y a la circulación lo más global posible de los laudos arbitrales. 

LA ANULACIÓN DEL LAUDO: EL MARCO GENERAL, EL PACTO DE EXCLUSIÓN Y EL ORDEN PÚBLICO

Por: JESÚS REMÓN (*)

SUMARIO: 1. *El marco general.* 2. *El modelo español.* 3. *La renuncia a la acción de anulación.* 4. *Un apunte final sobre el Orden Público como motivo de anulación.*

En todos los sistemas jurídicos existe la posibilidad de instar la revisión en vía judicial de la validez de un laudo arbitral por motivos tasados, que nunca pueden afectar a la decisión de los árbitros sobre el fondo del asunto. El examen de los distintos sistemas de anulación del laudo pone de manifiesto la importancia de la elección de la sede del arbitraje. Contra la decisión que pone término al juicio de anulación no cabe ningún recurso salvo el de amparo. El Tribunal Constitucional enseña que el laudo arbitral no puede ser objeto de amparo directo del mismo modo que las garantías del artículo 24 de la Constitución no pueden trasladarse con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral.

El sistema jurídico español no admite el “pacto de exclusión” de la acción de

anulación en el convenio arbitral, como sucede en la mayor parte de los sistemas comparados que nos son más próximos. Este dato no afecta en modo alguno a la solidez y eficacia de nuestro sistema de arbitraje.

Finalmente, se aborda el problema de la actuación de los árbitros, en el arbitraje de Derecho, cuando la pretensión de alguna de las partes se funda en que la ley aplicable al caso y relevante para decidir el fondo es contraria a la Constitución o al Derecho comunitario.

1. EL MARCO GENERAL

1. La clave del arbitraje se encuentra en la autonomía de la voluntad. Las partes determinan la ley aplicable, fijan el procedimiento y designan o acuerdan

(*) Profesor en la Universidad Carlos III de Madrid. Co-Presidente del Club Español del Arbitraje. Socio de Uría Menéndez, España.

el modo de designación del árbitro o árbitros que resolverán sus controversias. Pero en la práctica en la totalidad de los ordenamientos jurídicos ese acuerdo de excluir de la jurisdicción la decisión sobre el fondo del asunto no impide el establecimiento de un sistema de control del procedimiento arbitral y de los laudos por los órganos judiciales del lugar del arbitraje.

2. En su sesión plenaria del 11 de diciembre de 1985, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo) que, junto con la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York), ha contribuido de manera decisiva al establecimiento de un marco jurídico internacional cada vez más uniforme para la solución en la vía arbitral de las controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales.

3. Las medidas adoptadas por la Ley Modelo para tratar de impulsar la convergencia de los diferentes regímenes de anulación de laudos arbitrales fueron dos: (i) proponer un solo tipo de recurso a un

órgano judicial como medio de impugnar activamente el laudo; y (ii) disponer una lista taxativa de motivos de impugnación, que coincide esencialmente con la consagrada en el artículo V de la Convención de Nueva York para denegar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. El modelo persigue hacer compatible la eficacia del arbitraje con las garantías debidas en el procedimiento y, por eso mismo, la impugnación no traslada al juez el conocimiento y decisión del fondo del asunto. La decisión de fondo está encomendada a los árbitros⁽¹⁾. La jurisdicción concentra su papel de control en los posibles vicios *in procedendo* y la garantía del orden público constituye un mero límite negativo, “*un contrapunto o contrapeso no menos exasperante que imprescindible*”⁽²⁾.

4. Esta directa vinculación entre los motivos de anulación y las causas de denegación del reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros es uno de los aspectos esenciales para poner de relieve la importancia que tiene la elección de la sede en el arbitraje. Para descubrirlo basta con fijarse en que, con arreglo al artículo V.1. e) de la Convención de Nueva York,

(1) En el Reino Unido, la *Arbitration Act* de 1996 establece en su sect. 69 un recurso sobre puntos de Derecho (*appeal on point of law*), que pueden ser excluido por acuerdo de las partes y permite la corrección de errores evidentes en cuestiones de interés público. En Francia, los artículos 1482 y 1486 del *Nouveau Code de Procédure Civile Français* regulan un recurso de apelación al que las partes pueden renunciar en el convenio arbitral. En Italia, como explica RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Il Diritto dell'arbitrato*. 3ra. edición. Cedam, Padova, 2002. p. 901, *la violazione delle norme di diritto sostanziale, ossia l'error in iudicando, è oggetto di un separato motivo di nullità della decisione arbitrale, che è escluso qualora le parti abbiano autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità o abbiano dichiarato le decisione arbitrale non impugnabile*. En España sólo cabe la acción de anulación y, en los casos excepcionales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la revisión.

(2) CADARSO PALAU, Juan, al comentar el artículo 41 de la Ley española de arbitraje de 2003, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, Cizur Menor: Thomson/Aranzadi*, 2004. pp. 435 y 436, explica que es “*exasperante, por la tradicional dificultad de su definición o concreción, dado su carácter pluridimensional e irremediabilmente mudable en el espacio y en el tiempo. Imprescindible, por la pura consideración pragmática de que, por elevado que sea el grado de emancipación o deslocalización del arbitraje, su misma aspiración a la eficacia le impide desentenderse por entero del orden público de, al menos, el lugar donde previsiblemente el laudo haya de ser ejecutado*”.

“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: (...) 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”.

En la aplicación de esta regla, la mayor parte de las legislaciones siguen el criterio territorial (autoridad competente del país dónde se dictó el laudo) y no el procedimental (autoridad competente del país conforme a cuya ley fue dictado el laudo). En consecuencia, la regla general es que la anulación del laudo por la jurisdicción del país de la sede es causa de denegación de su reconocimiento y ejecución o, dicho de otra forma, que “la ‘vulnerabilidad’ del laudo o sentencia arbitral en su Estado de origen es exportada (...) a los demás Estados contratantes del convenio”⁽³⁾.

5. La regla general es, pues, que la anulación del laudo en el Estado en que se haya dictado impide su ejecución en todos los demás Estados contratantes. Hay, no obstante, que tener en cuenta que

la Convención de Nueva York deja en total libertad a los Estados contratantes para determinar los motivos de anulación. En el asunto *Berardi v. Clair* los tribunales franceses denegaron el reconocimiento de un laudo dictado en Ginebra, que había sido anulado en Suiza por considerarse “arbitraria” la decisión sobre el fondo del asunto. Se puso entonces de relieve que el sistema de la Convención de Nueva York no es un sistema cerrado sino abierto a los diferentes modelos por la remisión implícita en su artículo V.1 e)⁽⁴⁾, que convierte en potenciales causas de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo extranjero a los motivos de anulación establecidos en la legislación de cualquiera de los Estados contratantes. El riesgo latente se encuentra en que puede haber legislaciones nacionales que incluyan causas de anulación completamente extrañas a los principios del sistema internacional de arbitraje o contrarios al orden público del lugar de ejecución o que la sentencia de anulación aparezca como abusiva o manifiestamente arbitraria.

Para atajar estos riesgos, algunas opiniones recalcaron que la Convención no impone la denegación del reconocimiento del laudo extranjero anulado sino que *faculta* al tribunal de la ejecución para denegarla⁽⁵⁾. De hecho, en la jurisprudencia

⁽³⁾ VIRGÓS SORIANO, Miguel. *Comentario al artículo 46 de la Ley española de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003*. En: *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 661. La ejecución en un Estado contratante de un laudo anulado por la jurisdicción de la sede sería, sin duda, una patología a la que sólo cabría encontrar alguna explicación si el motivo de anulación fuese manifiestamente contrario al orden público del lugar de ejecución.

⁽⁴⁾ William W. PARK advierte lo siguiente: “*unconditional respect for all foreign annulments will hardly promote efficient arbitration, since an award might be annulled in bad faith or in violation of fundamental notions of justice*” (*Duty and discretion in international arbitration* en *The American Journal of International Law*. Volumen 93. Número 4, Octubre, 1999. p. 805).

⁽⁵⁾ PAULSSON, Jan. *Delocalization of International Commercial Arbitration: When and why it matters* en *International and Comparative Law Quarterly*, 1983. Volumen 32. W. MICHAEL REISMAN explica que en el fondo de este debate hay un problema de versiones de la Convención: “*Because of the language in the English text*

cia francesa no es extraño encontrarse con casos de ejecución de laudos extranjeros anulados. Pero fuera del caso excepcional de que se trate de un motivo de anulación contrario al orden público del país de la ejecución, la lógica del sistema postula a favor de dotar de eficacia *erga omnes* a la anulación del laudo.

En esta línea, Poudret y Besson han destacado los inconvenientes de la línea jurisprudencial de la *Cour de Cassation* que, en esencia, provoca un conflicto entre jurisdicciones, convierte al juez del exequátur en censor de la jurisdicción de la sede (que fue la elegida por las partes), genera un doble control judicial del laudo y consagra la prevalencia de la ley del lugar de ejecución sobre la ley del lugar del arbitraje⁽⁶⁾.

La eficacia del arbitraje se vería, en efecto, seriamente dañada con una lectura de la Convención como la auspiciada por esa jurisprudencia, que favorece el “*cherry picking*” de jurisdicciones y abre el riesgo de quedar sujetos a laudos con-

tradictorios sobre el fondo en dos Estados distintos (porque la ejecución del laudo anulado no impedirá que en el Estado de origen pueda dictarse un segundo laudo en sustitución del anulado)⁽⁷⁾. No parece necesario asumir esos inconvenientes cuando los riesgos derivados de posibles causas de anulación extrañas al sistema o no homologadas internacionalmente pueden evitarse con una cuidadosa selección de la sede del arbitraje. Los riesgos no son, además, excesivos porque paulatina pero incansablemente se están dando pasos de importancia en la homogeneización de las distintas legislaciones estatales de arbitraje. La solución definitiva merecería ser abordada mediante una regulación detallada de los conflictos que puedan surgir en este campo entre los órdenes jurisdiccionales de los distintos Estados, que no aparecen resueltos en la Convención de Nueva York pero tampoco en los Convenios de Bruselas/Lugano ni en el Reglamento CE 44/2001, que excluyen el arbitraje de su ámbito de aplicación.

of the convention, the control system has appeared to some to be optional rather than imperative: recognition and enforcement of the award may be refused but may be refused 'only' if there is proof of a defect, as detailed by the convention. The French text of the convention, which is equally authentic, suggests that the control system is mandatory. The Spanish text is even more clearly mandatory" (Systems of control in international adjudication & arbitration- breakdown and repair. Duke University Press, 1992. p. 115).

⁽⁶⁾ POUURET, Jean-François y BESSON, Sébastien. *Droit compare de l'arbitrage international*, Schulthess. Genève, 2002. p. 963, quienes se hacen eco de la propuesta de FOUCHARD de suprimir la posibilidad de control del laudo por la jurisdicción de la sede para reservarlo al juez del exequátur (FOUCHARD, PH. *La portée internationale de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine*. Rev. Arb. 1997. pp. 329 - 352). La misma solución fue adoptada por la Ley Belga de 27 de marzo de 1985 que suprimió cualquier vía de impugnación del laudo. Como explican FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN en *International Commercial Arbitration*, Kluwer, 1999. p. 912, “*this innovative provision, which was intended to promote arbitration in Belgium, has some success. In particular, it may well be the case that this provision influenced the choice of Brussels as the seat of arbitration made in the Channel Tunnel contract between ten Anglo-French construction contractors and a pool of banks*”. El sistema fue abandonado con la Ley de 19 de mayo de 1998, que siguió un modelo similar al suizo de admisibilidad de la renuncia previa a la acción de anulación en determinadas condiciones.

⁽⁷⁾ En la literatura internacional suele citarse el *Chromalloy Case* (1996). La jurisdicción egipcia anuló un laudo dictado a favor de una empresa norteamericana sobre un contrato de suministro militar celebrado con la Fuerza Aérea de Egipto. Los Tribunales americanos y franceses optaron, no obstante, por recono-

2. EL MODELO ESPAÑOL

6. La Ley Española de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003 (LA) sigue a la Ley Modelo. En consecuencia, contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la denominada acción de anulación, que no es ninguna segunda instancia que pueda permitir al tribunal⁽⁸⁾ completar o corregir el

laudo porque no alcanza al fondo del asunto sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y al desarrollo del procedimiento⁽⁹⁾. De forma que el objeto de la acción de anulación no es la controversia suscitada entre las partes sino una revisión, por motivos tasados, de la validez del laudo⁽¹⁰⁾.

cer y ejecutar el laudo por considerar que se ajustaba al ordenamiento de los EEUU y al amparo del artículo VII de la Convención de Nueva York: "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". Este criterio, seguido por la *Cour de Cassation Française* en casos como *Norsolor* (1984), *Hilmarton* (1994) o *Bechtel* (2005), ha sido recientemente confirmado en Francia en el caso *Putrabali* (2007) donde la decisión se funda en que "an international arbitral award, which does not belong to any state legal system, is an international decision of justice and its validity must be examined according to applicable rules of the country where its recognition and enforcement are sought" (Ver, KLEIMAN, Elie. *Supreme Court confirms liberal approach to enforcement of awards*. International Law Office, December 13, 2007). En los Estados Unidos, el caso *Lapine* (1997) adoptó un enfoque distinto al de *Chromalloy* y entró en la revisión de fondo de la decisión judicial extranjera de anulación. El caso *Termorio* (2007) ha supuesto una quiebra de esta línea de decisión a favor del principio de no ejecución de los laudos anulados.

- (8) El conocimiento y decisión de la acción de anulación corresponde a las Audiencias Provinciales.
- (9) Contra los laudos cabe también interponer revisión, dentro de los cinco años siguientes a la notificación del laudo y en los plazos fijados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y sólo por los motivos tasados que enuncia el artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: si después de pronunciado el laudo se recobrasen u obtuviesen documentos decisivos, de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiera dictado; si el laudo hubiera recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal o cuya falsedad se declarase después en la vía penal; la posterior condena por falso testimonio de los peritos y testigos del procedimiento, si bien el Código Penal únicamente tipifica el falso testimonio prestado en "causa judicial" o ante "Tribunales internacionales" (artículos. 458 y 459 del Código Penal), lo que hace difícilmente trasladable al arbitraje este motivo de revisión; o si el laudo se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.
- (10) El artículo 41 de la Ley Española de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003 dispone lo siguiente: "1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) que el convenio arbitral no existe o no es válido; b) que no ha sido debidamente notificada de la designación de los árbitros o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; d) que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; e) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; f) que el laudo es contrario al orden público. 2. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el Tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida. 3. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás. 4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla".

Los motivos de anulación, como los de la Ley Modelo, configuran una triple escala de control:

- a) El control de la existencia y validez del convenio arbitral.
- b) El control de la regularidad del procedimiento en garantía del derecho de defensa y de los principios de igualdad, audiencia y contradicción.
- c) El control sobre el fondo, estrictamente limitado a la garantía del orden público.

7. El Tribunal Supremo español enseña que el hecho de que el legislador haya excluido de todo recurso a la sentencia que resuelve la pretensión anulatoria de un laudo no entraña ninguna vulneración del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución. Esa exclusión responde a una legítima opción legislativa, que el Tribunal Supremo asocia en su Auto de 21 de febrero de 2006⁽¹¹⁾ a “la especial función de la institución arbitral y el efec-

to negativo del convenio arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la ley reguladora de la institución (confrontar Artículo 7 LA)”. Y añade el Tribunal Supremo:

“Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad – entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de motivos de la Ley 60/2003- de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje. Para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigen-

(11) La corrección de esta válida opción legislativa es asimismo evidente desde una perspectiva estrictamente constitucional ya que, como recuerda el Tribunal Supremo en el Auto de la Sala Primera de 21 de febrero de 2006, citado en el texto, nuestra jurisprudencia constitucional tiene repetidamente declarado que no existe, fuera del ámbito penal, un derecho a los recursos, a la doble instancia o a un determinado tipo de recurso, siendo posible que el legislador no prevea ningún recurso contra algunos tipos de resoluciones o los subordine a la concurrencia de determinadas condiciones, sin que de la Constitución española deriva tampoco una exigencia a una protección jurisdiccional incondicionada dada la naturaleza de derecho prestacional que presenta el derecho a la tutela judicial efectiva. En idéntica dirección se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. La STC 176/1996, de 11 de noviembre, enseña que una vez elegida la vía arbitral, “ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción (pero no su ‘equivalente jurisdiccional’ arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad de la LA y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral”. La misma orientación es seguida en la reciente STC 352/2006, de 14 de diciembre y en el ATC 231/1994, de 18 de julio, cuyo FJ 3 enseña que “en definitiva, versando el arbitraje en todo caso sobre materias informadas por el principio dispositivo y teniendo por norte la resolución extrajudicial de conflictos de intereses, libremente acordada, las exigencias derivadas del artículo 24 de la Constitución se satisfacen sobradamente con los mecanismos y supuestos de anulación previstos en la vigente Ley de Arbitraje, por cuanto aseguran un *minimum* irrenunciable (el respeto al convenio arbitral libremente pactado, a la propia Ley de Arbitraje y a las garantías del propio artículo 24 C.E.), más allá del cual, por la vía de la revisión judicial de fondo, quedaría desnaturalizada la institución del arbitraje”.

te Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal, que se sujeta a las reglas del juicio verbal, y cuya competencia se atribuye a las Audiencias Provinciales”.

8. La acción de anulación no es, pues, un recurso sino una acción rescisoria⁽¹²⁾, cuyo ejercicio da lugar a un proceso declarativo especial en el que “*se pretende tan sólo que el Tribunal se pronuncie acerca de la validez o no del laudo*”⁽¹³⁾. Pero el laudo es ejecutable aunque se haya ejercitado la acción de anulación, sin perjuicio de que el ejecutado pueda solicitar la suspensión de la ejecución siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución del laudo (artículo 45 LA).

9. Contra la sentencia que resuelva la anulación sólo podrá interponerse recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional siempre que se invoque la lesión de algún derecho fundamental. La interposición del recurso de amparo tampoco impide la ejecución del laudo.

El Tribunal Constitucional ha insistido en que el laudo arbitral no puede ser objeto de impugnación directa por medio del recurso de amparo, ya que “*carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún tipo de poder público* (artículo 41.2 LOTC), *resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo* (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2)” (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 2). El recurso de amparo se dirigirá, por tanto, contra la sentencia que resuelva la pretensión de anulación del laudo⁽¹⁴⁾.

La práctica confirma que, normalmente, los recursos de amparo interpuestos contra sentencias dictadas en procesos de anulación de laudos suelen invocar lesiones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que son muy pocos los recursos de amparo que pasan de la fase de admisión⁽¹⁵⁾.

La vía del amparo constitucional ha servido, sin embargo, para que la jurisprudencia constitucional precise que las garantías contenidas en el artículo 24 de la Constitución no pueden trasladarse con el mismo rango de derecho fundamental

⁽¹²⁾ FERNÁNDEZ BALLESTEROS. *Op. cit.* p. 412.

⁽¹³⁾ HINOJOSA SEGOVIA. *Op. cit.* p. 513.

⁽¹⁴⁾ Como dice el ATC 179/1991, de 17 de junio, “no corresponde a esta jurisdicción (constitucional) dirimir si a la recurrente en amparo se le causó indefensión en el proceso arbitral, pues las garantías que consagra el artículo 24 de la CE se refieren a la actividad prestacional de los órganos jurisdiccionales del estado, sino comprobar si el órgano judicial al verificar las formalidades y requisitos legales del arbitraje ha vulnerado el derecho de la solicitante de amparo a la tutela judicial efectiva, al desestimar el recurso de anulación mediante una resolución judicial que pudiera ser arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable”.

⁽¹⁵⁾ La reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la L.O. 6/2007, de 24 de mayo, ha sustituido el anterior sistema de causas tasadas de inadmisión del recurso por otro en el que el recurrente deberá alegar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, “que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (artículo 50.1 L.O.T.C.).

al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del laudo. Las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal y, con respecto al arbitraje.

“sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje (en esta fase se situó el conflicto que dio lugar, por ejemplo, a la STC 233/1988, de 2 de diciembre), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo” (STC 9/2005, cit., FJ 2).

3. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

10. Como medida para aumentar el atractivo y la eficacia del arbitraje internacional en Suiza, liberar de trabajo al

Tribunal Federal y poner coto a maniobras dilatorias de la parte perdedora, el artículo 192 de la Ley Federal suiza para el Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987 (LDIP) permitió la renuncia anticipada a la acción de anulación siempre que ninguna de las partes del contrato tenga su domicilio, residencia o establecimiento en Suiza⁽¹⁶⁾. Naturalmente, la renuncia debe constar por escrito y ser consciente, deliberada y voluntaria.

Las discusiones acerca de las ventajas y la admisibilidad o no de la renuncia se plantean, fundamentalmente, en el arbitraje internacional⁽¹⁷⁾. Son tres los principales argumentos que suelen esgrimirse en apoyo de esta posibilidad. El primero es el de la *eficacia*, que enfatiza las ventajas de evitar estrategias de defensa dirigidas a preconstituir motivos de anulación o maniobras dilatorias una vez conocido el laudo. Si las partes han incluido en la cláusula arbitral un pacto de renuncia preventiva a la impugnación carecerán de sentido esas estrategias y las partes habrán de concentrarse en la defensa de sus respectivas posiciones de fondo facilitando la agilidad del procedimiento. El segundo

⁽¹⁶⁾ Esta posibilidad, seguida también por el Código Tunecino de Arbitraje (1993), la Ley belga de 19 de mayo de 1998 y la *Arbitration Act* sueca de 1999, no ha estado exenta de críticas. BERGER explica que el profesor HEINI, uno de los miembros de la comisión redactora de la Ley suiza, “*now admits that the provision is ‘simply untenable’ and that the Swiss legislature was ‘probably much too naive’*” (*International Economic Arbitration, Kluwer, 1993, p. 721*). Una clara exposición de los distintos sistemas se encuentra en FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. *Op. cit.* pp. 910 - 913 y siguientes; y en POUURET y BESSON, *Op. cit.* pp. 826 - 833.

⁽¹⁷⁾ La cuestión es tratada *in extenso* por MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Civitas, 2006. pp. 1765 - 1769; y por CUARTERO RUBIO, Victoria. *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Eurolex, 1997. pp. 111-132. El artículo 28 del Reglamento de arbitraje de la CCI, vigente desde el 1 de enero de 1998, prevé que “todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”. El artículo 26.9 del Reglamento de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) establece, por su parte, que “las partes renuncian irrevocablemente a cualesquiera vías de recurso de apelación o revisión ante cualquier juzgado o autoridad judicial competente, siempre que dicha renuncia pueda ser válidamente realizada”. El Convenio de Washington establece un sistema arbitral (ICSID), que excluye la revisión del laudo ante cualquier tribunal estatal.

argumento es de corte *sociológico* y atiende al hecho de que el interés de los árbitros por mantener intacta su reputación y autoridad es garantía suficiente de la corrección de los laudos. El control judicial sería, desde esta óptica, innecesario. El tercero de entre los argumentos que suelen aducirse es estrictamente *técnico* y se condensa en las disfunciones que se imputan a un sistema de doble control del laudo, primero, por la jurisdicción de la sede en la vía de la anulación, y más tarde, por el juez del exequátur en el proceso dirigido al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros.

Ninguna de estas justificaciones resulta, en mi opinión, realmente decisiva. La eficacia del arbitraje está asegurada siempre que no se reconozca a la acción de anulación efectos suspensivos de la ejecución del laudo, como se ha visto que hace la Ley Española de Arbitraje de 2003. La posibilidad de control judicial del laudo también tiene ventajas porque, rectamente entendida, permitirá a la jurisdicción de la sede fijar pautas uniformes de ordenación del procedimiento y servirá como un factor de garantía del arbitraje⁽¹⁸⁾. Y, en fin, la conveniencia de evitar el doble control afecta sólo a los laudos extranjeros y no es, en rigor, un grave inconveniente si se atiende al paralelismo existente entre las causas de denegación del reconocimiento conforme a la Convención de Nueva York y los motivos de anula-

ción que, siguiendo la pauta de la Ley Modelo, figuran en la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno económico y cultural.

11. La Ley española de Arbitraje no contiene ninguna previsión expresa sobre la renuncia anticipada a la acción de anulación o “pacto de exclusión” (*exclusión agreement*). Nada tiene que ver con este supuesto la previsión del artículo 6 de la Ley de Arbitraje que, sobre la base del artículo 4 de la Ley Modelo⁽¹⁹⁾, dispone que:

“si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley”.

La simple lectura de la norma descubre que el supuesto de hecho que delimita es distinto. En primer lugar, porque no contempla la renuncia preventiva, en el mismo convenio arbitral, sino una renuncia abdicativa en el curso del procedimiento. Y, en segundo lugar, porque ciñe sus previsiones a las infracciones de normas dispositivas de la Ley o de los requisitos del convenio. La generalidad del precepto y la técnica empleada ha sido criticada por la doctrina⁽²⁰⁾. Pero es lo cierto

(18) BERGER. *Op. cit.* p. 722, sostiene que “the ‘prophylactic’ effect of means of recourse granted against the final award by the *lex loci arbitri* is a decisive factor for arbitral integrity”.

(19) El artículo 4 de la Ley Modelo dice que “se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar”.

(20) HERNÁNDEZ- Gil. *Op. cit.* p. 231, insiste “en que la generalidad de este precepto sólo puede paliarse con una amplia dosis de prudencia arbitral, primero, y jurisdiccional, después”. MONTERO, Félix J. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor: Thomson/Aranzadi, 2005. pp. 65 y 66, sostiene que la norma

que lo que realmente consagra es un “mecanismo de preclusión del tiempo de pedir la anulación y la revisión del laudo”⁽²¹⁾, cuya aplicación razonable debe conducir a que el control judicial de los motivos de anulación que se vayan poniendo de manifiesto en el curso del procedimiento arbitral tenga un carácter marcadamente subsidiario. En otras palabras, que no cabrá invocar una infracción cometida en el procedimiento como motivo de anulación si no se dio con anterioridad oportunidad a los árbitros de corregirla⁽²²⁾.

Este entendimiento de la acción de anulación como remedio subsidiario parece haberse decantado en la práctica judicial española. Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de septiembre de 2002 (Sección 10) -JUR 2003\99108-, de 18 de marzo de 2004 (Sección 10) -AC 2004\1030- y de 26 de abril de 2005 (Sección 21) -JUR 2005\157628- entienden que la acción de anulación no autoriza a la parte perjudicada por el laudo a suscitar sorpresivamente cuestiones que, pudiendo serlo, no fueron planteadas tempestivamente en el curso del procedimiento arbitral. Por lo demás, en la práctica arbitral no es extraño que, al final del procedimiento, los ár-

bitros den oportunidad a las partes de pres-
tar su conformidad o reparos a la tramita-
ción para dar ocasión a corregir algún
defecto que pudiera haberse producido y
sea subsanable.

12. A falta de una previsión legal expresa, la solución al problema de la admisibilidad del “pacto de exclusión” hay que encontrarla en los principios generales de nuestro ordenamiento y, en particular, en los límites impuestos a la autonomía de la voluntad y a la exclusión voluntaria de la ley aplicable.

El artículo 1255 del Código Civil dispone que:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

Y, por su parte, el artículo 6.2 del propio Código Civil establece:

“La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen

establece una presunción legal *iuris tantum*, que admitiría prueba en contrario, pero que “resulta difícil imaginar qué prueba puede presentarse que no sea precisamente la denuncia tempestiva de la infracción”. El texto del precepto no autoriza realmente, a mi juicio, a hablar de presunción. El artículo 6 de LA más bien parece imponer una consecuencia legal automática a la falta de denuncia tempestiva.

(21) MARTÍ MINGARRO, LUIS. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. p. 75.

(22) Los motivos de anulación que establece el artículo 41 de la Ley de Arbitraje permiten esa invocación previa con la excepción de los vicios de incongruencia o vulneración del orden público, que sólo se pondrán de manifiesto al dictarse el laudo. Por otra parte, no creo que el artículo 6 pueda leerse para sostener que tratándose de infracción de normas imperativas la denuncia podrá producirse en cualquier momento. La cuestión es suscitada por SILVIA BARONA VILAR, que no excluye la interpretación que consiste en entender “que el legislador ha dado por supuesto que en las normas imperativas las partes deben denunciar las infracciones en su momento oportuno y, en caso contrario, no podrán acceder a la acción de anulación” para terminar recomendando “proceder a la denuncia de toda clase de vicios e infracciones, incluidos los que se refieren a las normas imperativas de la ley, en el plazo de que se trate o en el momento más pronto posible desde que se conozcan” (*Comentarios a la Ley de Arbitraje –Ley 60/2003, de 23 de diciembre–*. Madrid: Civitas, 2004. pp. 240 y 241).

el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”.

Sobre estas bases no parece difícil concluir que el llamado “pacto de exclusión” dibuja un supuesto de exclusión voluntaria de la ley aplicable más que de estricta renuncia de derechos. Lo que se persigue es determinar el contenido de la relación jurídica gobernada por la cláusula arbitral de forma distinta a como lo hace la Ley de Arbitraje y, eso sí, esa determinación se realiza mediante una recíproca renuncia de las partes al ejercicio de la acción de anulación.

13. Una primera aproximación al problema nos llevaría a recordar que esa exclusión encuentra su límite en las leyes imperativas y en el orden público y que estos límites supondrían una infranqueable barrera para el “pacto de exclusión”. Sin necesidad de entrar en disquisiciones siempre complejas acerca de las consecuencias que, en este campo, habrán de seguirse del carácter imperativo de la acción de anulación⁽²³⁾, esta primera aproximación puede explicarse con sencillez acudiendo al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. El artículo 24 de la Constitución forma parte, como es ob-

vio, del orden público constitucional, que precisamente se condensa en los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución reconoce. Pues bien, la jurisprudencia constitucional tiene declarado que, con la sola excepción del derecho a una doble instancia en materia penal, el derecho a la tutela deja en libertad al legislador para diseñar el sistema de recursos o acciones de impugnación que en cada caso considere más adecuado. Lo que ocurre es que una vez que un recurso o remedio procesal es creado por la ley se integra en el contenido del derecho a la tutela (SSTC 218/2006, de 3 de julio, FJ 3; y 69/2005, de 4 de abril, FJ 2, entre muchas) y se sitúa, por tanto, fuera de la capacidad de disposición de las partes en el contrato como elemento de orden público. Esto es, precisamente, lo que sucede con la acción de anulación, que es un remedio procesal creado por la Ley de Arbitraje y que forma parte del contenido del derecho a la tutela (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 3). Su exclusión voluntaria por las partes del convenio arbitral no sería válida⁽²⁴⁾.

14. A la misma conclusión contraria a la validez del “pacto de exclusión” conduce una segunda línea argumental que

⁽²³⁾ En la comunicación que, bajo el título *Algunas cuestiones relativas a la acción de anulación del laudo*, presentó el profesor DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio en el II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje (2007), se recuerda que, en nuestro sistema, los límites de la exclusión voluntaria de la ley aplicable son más estrictos que los de la renuncia de derechos; “puesto que las normas imperativas no pueden en ningún caso ser excluidas por voluntad de las partes”. En esta misma comunicación, el profesor DIEZ-PICAZO sostiene que el artículo 117.3 de la Constitución “exige que los laudos arbitrales estén sometidos a unas exigencias mínimas de control, que, a mi juicio, pueden condensarse en la noción de orden público, tanto material como sustantivo; incluso aunque la efectiva puesta en marcha de dicho control quede a disposición de las partes”. En otras palabras, que “nuestra Constitución exige que las partes de un procedimiento arbitral puedan en todo caso tener abierta una vía para hacer valer infracciones del orden público”.

⁽²⁴⁾ No puede, en fin, desconocerse que el laudo interno firme, que resuelve el fondo del asunto, tiene en el sistema español fuerza de cosa juzgada sin necesidad de ningún acto de reconocimiento ni homologación (artículo 43 Ley de Arbitraje). La asignación de ese efecto explica que el Estado no se desentienda del laudo y posibilite una vía de control de las irregularidades más graves en que pudiera haber incurrido.

parta del principio general favorable a la renuncia al ejercicio de los derechos⁽²⁵⁾. Estas renunciaciones son siempre revocables pero, en línea de principio, la revocación del compromiso de no ejercitar un derecho podría dar lugar a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados o satisfacer una pena convencional. Ahora bien, desde esta perspectiva habrá que comprobar si la renuncia a los derechos que comporta el “pacto de exclusión” puede satisfacer o no los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para la validez de la renuncia, teniendo en cuenta que los motivos de anulación se concentran en irregularidades especialmente graves, imprevisibles al pactar el arbitraje y que se vinculan al derecho de defensa o al orden público.

La cuestión fue abordada, en parecidos términos, por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1986, que se enfrentó a una cláusula en la que las partes “pactaron la renuncia a impugnar judicialmente la decisión del arbitraje convenido” al estipular que “los contratantes renuncian a la impugnación judicial de la decisión de los arbitradores”. El Tribunal Supremo declaró entonces que:

“Ciertamente una estipulación como la transcrita desconoce el fundamental ‘derecho al proceso’ en el orden jurisdiccional civil, impidiendo el de

obtener la tutela efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE y por lo tanto el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la Lex suprema, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el artículo 6.2 del Código Civil sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando contrae el interés o el orden público”.

15. Parecidas objeciones encuentra el “pacto de exclusión” en la mayor parte de los sistemas comparados que nos son más próximos. En Francia, las partes pueden renunciar a recurrir en apelación el laudo pero la acción de anulación es expresamente declarada irrenunciable (artículo 1484 *Nouveau Code de Procédure Civil Français*)⁽²⁶⁾. El artículo 829, p. 1, del *Codice di procedura civile* admite en Italia “*l’impugnazione per nullità (...) nonostante qualunque rinuncia*”. Si es posible, sin embargo, renunciar preventivamente a la impugnación por errores *in iudicando* (artículo 829, p. 2)⁽²⁷⁾. Es generalmente aceptado en Alemania que la renuncia preventiva no puede en modo alguno alcanzar a los vicios de arbitrabilidad u orden público (& 1059 (2) número 2 de la *Zivilprozessordnung* alemana de 22 de diciembre de 1997), que es la mis-

(25) Como dice Luis María Díez-PICAZO, “mientras que la renuncia en general a los derechos fundamentales es sin duda inadmisibles (...), dista de ser evidente que no se pueda renunciar a ejercer en un caso concreto las facultades que otorga un determinado derecho fundamental”. *Sistema de derechos fundamentales*. 2da. Edición. Madrid: Civitas, 2005. p. 142.

(26) Del mismo modo que las partes no pueden configurar una nueva vía de recurso no prevista en la Ley (POUDRET y BESSON. *Op. cit.* p. 827). La *Cour d’appel* de París en su sentencia de 10 de septiembre de 2003 aclara expresamente que el artículo 24.2 del Reglamento de la CCI no afecta al recurso de anulación, que las partes no pueden excluir.

(27) RUBINO-SAMMARTANO. *Op. cit.* pp. 851 y siguientes.

ma solución seguida en Holanda al amparo del artículo 1065 de su Código Procesal Civil de 2 de julio de 1986⁽²⁸⁾. En Portugal, la Ley 31/1986, de 29 de agosto, declara irrenunciable la acción de anulación (artículo 28, número 1) contra laudos internos o internacionales. Las partes pueden, sin embargo, renunciar a los recursos ordinarios contra los laudos internos mientras que los laudos internacionales “*não é recorrível, salvo se as partes tiverem acordado a possibilidades de recurso e regulado os seus termos*”.

16. La filosofía que, en definitiva, se encuentra detrás de los sistemas legales que han favorecido el “pacto de exclusión” no se sitúa sólo en el afán de limitar la eficacia del derecho del lugar de la sede arbitral en el arbitraje internacional para concentrar el control en el juez de la ejecución. Para conseguir este objetivo no hace falta seguir un camino tan forzado porque, en el modelo de la Convención de Nueva York, este último filtro ya está previsto. Es verdad que la admisión de la renuncia favorece la deslocalización del laudo internacional, que “*‘flota’ sobre los diversos ordenamientos jurídicos y se conecta con uno de ellos en el caso de que no exista cumplimiento voluntario, esto es, que sea recurrido o exija reconocimiento y ejecución*”⁽²⁹⁾. Pero más allá de esta circunstancia lo que late es una

concepción del papel de la jurisdicción en el arbitraje como meramente asistencial, en línea con el principio de mínima intervención judicial que recoge el artículo 7 de la Ley Española de Arbitraje de 2003. La verdad es, en cualquier caso, que la experiencia demuestra que las partes suelen ser reticentes a renunciar a las facultades de impugnación⁽³⁰⁾ y que, sin perjuicio de que en esta materia –como en casi todas– sea recomendable huir de afirmaciones radicales, siempre que los jueces y tribunales comprendan las claves de la institución arbitral, como sucede con carácter general en España, la acción de anulación no parece que sea ningún obstáculo para el desarrollo de un eficaz sistema arbitral.

4. UN APUNTE FINAL SOBRE EL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO DE ANULACIÓN

17. La vulneración del orden público es causa de anulación del laudo⁽³¹⁾. Como es sabido, el orden público es una cláusula general que, en España, ha adquirido una nueva dimensión desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978. En definitiva, el concepto de orden público no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de fondo adoptada por los árbitros. Su contenido incluye los principios políticos

(28) En Holanda, la Sentencia de Corte Suprema de 17 de junio de 2003 precisa que las partes pueden renunciar a invocar el motivo de anulación consistente en que los árbitros no se han ajustado a la función encomendada.

(29) CUARTERO RUBIO. *Op. cit.* p. 115.

(30) Para Klaus Peter BERGER, “*the experience with the ‘exclusion agreement’ under Sec. 3 of the English 1979 Arbitration Act reveals that parties usually do not want to renounce their right to have de award scrutinized by the courts at the seat of the arbitration*” (*Op. cit.* p. 722).

(31) Sobre el orden público, en la doctrina española, ver, CADARSO PALAU, *Op. cit.* p. 435 - 440; HINOJOSA SEGOVIA. *Op. cit.* pp. 548 - 553; BARONA VILLAR. *Op. cit.* pp. 1425 - 1435; GONZALO QUIROGA, *Orden Público y arbitraje internacional en el marco de la globalización internaciona*. Madrid: Dykinson, 2003.

básicos que permiten la articulación de la sociedad, las normas o principios integrantes de la moral pública y los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución⁽³²⁾. En la práctica de nuestros Tribunales, y a partir de la STC 43/1986, de 15 de abril, la noción de orden público incluye los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente garantizados, pero no únicamente los comprendidos en el artículo 24 de la Constitución (derecho a la tutela judicial efectiva) “*sino que también cabe entender que el laudo dictado puede atentar contra principios y derechos constitucionales distintos del referido artículo 24*” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10, de 4 de octubre de 2003)⁽³³⁾.

18. Sobre el marco del concepto de orden público resulta problemática cuál deba ser la actuación de los árbitros, en el arbitraje de Derecho, cuando la pretensión de alguna de las partes en el arbitraje se funda en que la ley aplicable al caso es contraria a la Constitución o al Derecho comunitario.

19. Respecto de la posible inconstitucionalidad de la ley, el problema se plan-

tea por la concurrencia de tres factores estructurales de nuestro sistema: (i) el Tribunal Constitucional tiene reconocido el monopolio de rechazo de las leyes post-constitucionales y, en consecuencia, “el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una Ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución” (SSTC 173/2002, de 9 de octubre, 73/2000, de 14 de marzo y 17/1981, de 1 de junio); (ii) la depuración del ordenamiento legal corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional, de forma que los jueces y tribunales están obligados a suscitarse la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional antes de inaplicar una norma con rango de ley; y, en fin, (iii) los árbitros no pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad (STC 43/1988, de 16 de marzo y ATC 259/1993, de 20 de julio)⁽³⁴⁾. ¿Qué deben entonces hacer los árbitros si dudan de la constitucionalidad de la ley de cuya aplicación depende la solución de la controversia? ¿Inaplicar la ley tras motivar las razones de inconstitucionalidad que hubieran apreciado? ¿Aplicarla a pesar de mantener dudas acerca de su adecuación a la Constitución?

(32) La Resolución 2/2002 de la *International Law Association* señala que “*the international public policy of any State includes: (i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned; (ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as ‘lois de police’ or ‘public policy rules’; and (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organizations*”.

(33) Una aplicación interesante de un sano concepto constitucional de orden público lo suministra la Sentencia de 20 de septiembre de 2004 de la Cámara Nacional de Apelaciones de Buenos Aires (Argentina), que entendió contrario al orden público un laudo que impuso al ganador el pago de unas costas superiores a la condena que le favorecía. El laudo se estimó contrario al derecho fundamental a la tutela en su faceta protectora del acceso a la jurisdicción (“*las personas no deben temer reclamar en juicio sus derechos ante la eventualidad de padecer una condena en costas desproporcionada*”).

(34) MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.* pp. 795 - 816, desarrollan el problema con detalle y defienden la posibilidad de que en sede arbitral pueda plantearse y promoverse la cuestión de inconstitucionalidad. Esta es la solución finalmente adoptada en Italia, a partir de la Sentencia de la Corte Constitucional 376 de 28 de noviembre de 2001: “*En un ordenamiento constitucional en el que se impide a cualquier órgano judicial tanto no aplicar las leyes como dictar sentencia basándose en leyes de dudosa constitucionalidad, también los árbitros, cuyo juicio es potencialmente idéntico al de los órganos jurisdiccionales, deben aplicar el sistema de control de legitimidad de las leyes*” (ver MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.* p. 813).

Naturalmente, el camino natural que se ofrece al árbitro es aplicar la Ley conforme al criterio hermenéutico de *interpretación conforme a la Constitución*. En la práctica, este ejercicio servirá, sin duda, para superar la mayoría de los casos conflictivos que puedan presentarse. Y la parte disconforme podría acudir a la acción de anulación siempre que la infracción constitucional que impute a la Ley aplicada pueda encuadrarse en el concepto de orden público⁽³⁵⁾. En tal caso, lo que ocurrirá es que, invocada la inconstitucionalidad de la ley como motivo de anulación, la Audiencia Provincial competente deberá plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional con carácter previo a la decisión del recurso.

¿Qué sucedería si, por el contrario, los árbitros decidiesen inaplicar la ley por inconstitucional? El Tribunal Constitucional tiene establecido que la inaplicación judicial de la ley postconstitucional, sin mediar el paso previo de su declaración de inconstitucionalidad a través del me-

canismo de la cuestión de inconstitucionalidad, genera un supuesto de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en cuyo complejo contenido cabe diferenciar un “derecho al sistema de fuentes” (SSTC 23/1988, de 22 de febrero y 173/2002, de 9 de octubre)⁽³⁶⁾. La inaplicación en la vía arbitral de la Ley, en razón de su posible inconstitucionalidad, podría ser, por tanto, tachada de contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, en la acción de anulación que pudiera interponerse contra el laudo, la Audiencia Provincial podrá plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Si el Tribunal Constitucional confirmase, entonces, el juicio de inconstitucionalidad que sirvió de base al laudo arbitral, la solución deberá ser, a mi juicio, la confirmación del laudo y el completo rechazo de la acción de anulación.

20. La solución debe ser similar si las dudas se plantean por posible contravención del Derecho comunitario. El primer dato relevante coincide con el que


⁽³⁵⁾ Estoy de acuerdo con el criterio expresado por el Profesor Díez-Picazo en la comunicación citada en la nota 24 al decir que “dista de estar claro que todas y cada una de las normas constitucionales formen parte del orden público”.

⁽³⁶⁾ La misma vulneración del derecho a la tutela se produce por aplicación indebida de normas derogadas. Como dice la STC 290/2006, de 9 de octubre, FJ 3, “constituye reiterada doctrina constitucional que la selección de las normas aplicables, así como el análisis de su vigencia y derogación, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el artículo 117 CE, de suerte que el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente (SSTC 90/1990, de 23 de mayo, FJ 4; 233/1991, de 10 de diciembre, FJ 4; 55/1993, de 15 de febrero, FJ 5; 245/1993, de 19 de julio, FJ 5; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; 52/2003, de 17 de marzo, FJ 4, entre otras muchas). Tal acontece cuando se aplica una norma derogada que resulta decisiva para el fallo, lo que ‘convierte en irrazonable la elección de la norma aplicable, de tal manera que no puede afirmarse que estemos ante una decisión fundada capaz de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE’ (STC 203/1994, de 11 de julio, FJ 3). Y es que, como recuerda la STC 99/2000, de 10 de abril, FJ 6, ‘el derecho de tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho, y ese fundamento desaparece cuando con total evidencia se omite la consideración de la norma aplicable, y se decide mediante la aplicación de normas que han perdido su vigencia’ (STC 144/2003, de 14 de julio, FJ 2). Criterios todos ellos que resultan también aplicables a los procedimientos de anulación de laudos arbitrales seguidos ante las Audiencias Provinciales (STC 32/2002, de 11 de febrero, FJ 4)” (STC 290/2006, de 9 de octubre, FJ 3).

planea sobre el problema de la inconstitucionalidad de las leyes en el arbitraje: los árbitros no están legitimados para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea por no ser órgano jurisdiccional (artículo 177 Tratado CEE, STJCE de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee). Un segundo dato es asimismo coincidente. El derecho a la tutela en su faceta comprensiva del “derecho al sistema de fuentes” sujeta al árbitro a una doble vinculación a la ley y al Derecho comunitario. Los árbitros están sujetos al Derecho comunitario y lo aplican con frecuencia, siempre que sea invocado por las partes, lo mismo que los órganos judiciales de los Estados miembros. El tercer dato se resume en el manifiesto interés del ordenamiento jurídico comunitario de que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, toda disposición de Derecho comunitario pueda recibir una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse (STJCE de 25 de junio de 1992, caso Federconsorzi).

El problema se ventiló ante el Tribunal de Justicia en el asunto Eco Swiss, que fue resuelto por la Sentencia de 1 de ju-

nio de 1999. El TJCE sentó dos reglas de indudable importancia:

- a) En la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar el recurso basado en la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 (actual artículo 81) del Tratado (libre competencia en el mercado interior).
- b) El Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas procesales internas conforme a las cuales un laudo arbitral parcial que tenga carácter de laudo final y que no haya sido objeto de recurso de anulación dentro de plazo adquiere fuerza de cosa juzgada y no puede ser revocado por un laudo arbitral posterior. Y ello, aunque fuera necesario para poder examinar, en el proceso de anulación del segundo laudo, si un contrato que el laudo parcial declaró válido es o no conforme al artículo 85 (actual artículo 81) del Tratado. 

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 (*)

Por: MIGUEL VIRGÓS SORIANO (**)

SUMARIO: 1. La infraestructura del arbitraje internacional. 2. Un paso atrás. 3. Una "cuestión famosa". 4. Mecanismos de "enforcement". 5. Enforcement jurídico y Convenio de Nueva York 1958. 6. El Convenio de Nueva York de 1958 y las "instancias de control". 7. La "jurisdicción primaria": la sede del arbitraje. 8. Las "jurisdicciones secundarias". 8.1. El foro derogado. 8.2. El foro de ejecución. 9. Éxito y riesgos de petrificación. 10. Epílogo.

1. LA INFRAESTRUCTURA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Es difícil encontrar un convenio internacional en el área comercial que haya suscitado más adhesiones que la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York en 1958 (Convención de Nueva York de 1958). En el momento de escribir estas líneas, aproximadamente 140 Estados lo habían ratificado. Mu-

chos de ellos aplican la Convención de Nueva York de 1958 *erga omnes*, es decir, con alcance universal frente al resto del mundo, sin limitar su operación a arbitrajes vinculados a otros Estados parte de ese Convenio. Esta aplicación *erga omnes* o universal tiene un efecto multiplicador evidente: para dichos Estados la Convención de Nueva York de 1958 se convierte en la norma general de su sistema. Este es el caso, por ejemplo de España,

(*) Este trabajo constituyó la aportación del autor al número extraordinario de: *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, en: *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Madrid, 2006.

(**) Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro del Club Español del Arbitraje. Socio de Uría Menéndez, España.

que ratificó la Convención sin limitar su aplicación a otros Estados parte⁽¹⁾.

El amplio número de Estados que lo han ratificado indica no sólo el éxito de la Convención en cuanto al objetivo inmediato que pretendía, facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos, sino que sus soluciones representan un mínimo común denominador a escala mundial que facilita el funcionamiento y el desarrollo de la actividad arbitral misma. Desde este punto de vista, la Convención de Nueva York de 1958 establece la “infraestructura” legal del arbitraje comercial internacional y proporciona las claves para la efectiva circulación internacional de los laudos (“sentencias arbitrales” en la terminología de la Convención).

2. UN PASO ATRÁS

Una lectura aislada de la Convención de Nueva York de 1958 ofrece una imagen incompleta del terreno donde se desenvuelve el arbitraje internacional. Para comprender el papel de este Convenio es preciso dar un paso atrás y recordar que el Derecho no es el único sistema de regulación de la conducta humana.

La conducta humana se regula en realidad por *cuatro códigos o sistemas* diferentes: (i) el *mercado*, que regula por precios; (ii) las *normas sociales*, que indican las conductas apropiadas o inapropiadas dentro de un círculo de actividad o grupo humano; (iii) la *arquitectura* del mundo real, que facilita o dificulta los comportamientos posibles en cada entorno: Luis

Napoleón III alargó las calles de París para diluir la eficacia de las protesta populares; en Alemania Gobierno y Tribunal Constitucional están en ciudades distintas, Berlín y Karlsruhe, y ello minimiza influencias recíprocas; y (iv) el *Derecho*⁽²⁾.

La regulación de la conducta humana es el resultado de la interacción de estos cuatro códigos o sistemas. Pero eso no quiere decir que su papel sea igual en todos los ámbitos de la actividad humana. La mejor manera de representarlos es como globos que se pueden hinchar, cuando el papel de ese sistema es más importante, o desinflar, cuando ese concreto código tiene un papel menor en la regulación de las conductas. Por eso cuando un legislador se propone intervenir en un área determinada, la primera decisión que debe meditar es si esa intervención debe ser *directa* (el *Derecho* regula inmediatamente la concreta actividad) o *indirecta*, actuando sobre los demás códigos o sistemas: sobre el *mercado*, imponiendo una tasa de modo que los precios suben y el consumo de ese producto o servicio disminuye; sobre las *reglas sociales*, subvencionando campañas de publicidad o educación que modifiquen la valoración social de la conducta a erradicar o promover; sobre la *arquitectura*, imponiendo el uso de badenes que limitan la velocidad de tránsito de los vehículos.

Un ejemplo fácil lo proporciona la hipótesis de un legislador que se plantea proteger los derechos de autor, que confieren a su titular un monopolio sobre la obra publicada, y, al mismo tiempo, reco-

(1) Conforme al artículo I.3, todo Estado puede, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la Convención al Reconocimiento y Ejecución de Laudos dictados en el territorio de otro Estado contratante.

(2) LESSIG explica muy bien estos códigos y sus combinaciones en *Code and other Laws of Cyberspace*, New York, 1999. pp. 85 y siguientes. Hay una segunda edición de esta obra.

nocer el derecho a la “copia privada”, que permite a quien haya adquirido un ejemplar hacer reproducciones para su uso personal. El problema de las copias se ha acentuado porque la tecnología ha abaratado enormemente el proceso de reproducción y la digitalización, a su vez, permite que la calidad de la copia sea semejante a la del original copiado, de tal manera que el mercado (ilegal) de las copias compite directamente con el mercado (legal) de los originales y no sólo en sus márgenes (como ocurriría si la calidad de la copia fuese muy inferior al original).

Para limitar las conductas de infracción del derecho de autor, pueden utilizarse los cuatro sistemas de regulación. *Primero*, a través de las *normas sociales*: generando una visión social negativa (estigmatizando) a los que copian obras ajenas (más allá de la copia privada) mediante campañas de publicidad que convierten en socialmente indeseable esta práctica; en las campañas llevadas a cabo en España son equiparados a los “ladrones”. *Segundo*, a través del *Derecho*: estableciendo sanciones a quienes infrinjan ese derecho; por ejemplo mediante multas o penas severas (puesto que la probabilidad de detección es baja, la sanción debe ser alta para poder tener efecto disuasorio). *Tercero*, a través del *mercado*: estableciendo un sobreprecio a cada soporte virgen (e.g. casete o CD) que se pone en el mercado, sobreprecio que va destinado a “compensar” a los autores por las potenciales infracciones. Esto se ha hecho en España, al imponer sobre ciertos soportes un canon que es destinado al pago,

canalizado a través de las sociedades o asociaciones correspondientes, a los autores. *Cuarto*, modificando la *arquitectura* del mundo real, en este caso, mediante la tecnología: por ejemplo, introduciendo un microprocesador en cada aparato grabador que controle las copias que se hacen, de modo que a partir del número de copias que se considera admisible para uso privado, degrade automáticamente las copias sucesivas y lo mismo haga cuando se pretende hacer una copia de una copia anterior. De este modo se limita sustancialmente el mercado de copias o lo intercambia entre usuarios (a pocos les interesa una copia que se ve o se oye mal).

En un mundo dividido en Estados con derechos distintos y con autoridades con poderes limitados territorialmente, la implementación de una sanción jurídica es más difícil que en el entorno de un solo Estado. En el caso de las copias, esta dificultad del Derecho se torna mayor, porque Internet crea un espacio propio, el “cibespacio”, que se despliega y es accesible desde todas partes. Internet modifica la arquitectura del mundo y altera la correlación de fuerzas⁽³⁾: disminuye el poder de los derechos nacionales, basados en el paradigma territorial, para combatir la copia ilegal. Por esta razón, para lograr una disminución efectiva de las conductas de infracción se requerirá operar necesariamente con los otros tres sistemas de regulación⁽⁴⁾.

Para cada ámbito de la actividad humana la importancia relativa de cada sistema de regulación puede ser distinta; para

(3) “The freedom that the Internet created did not come from any law; it came from an architecture that disabled concentrations of power over speech and communication”, Lessig. In: Sarat/Douglas/Umphrey. *The Place of Law*, Ann Arbor, 2003, p. 141.

(4) Ver estos y otros ejemplos en LESSIG. *Op. cit.* pp. 44 y siguientes.

cada ámbito, el “*cóctel*” adecuado de esos cuatro “códigos” es diferente. Así, por ejemplo, para limitar la conducta individual de fumar, el mercado (aumentando el precio de los cigarrillos), las sanciones sociales (“fumar perjudica a quien está a tu lado” incentiva la reprobación del fumador por los no fumadores) y la arquitectura del mundo real (modificando el contenido de nicotina para reducir la adicción) son más efectivos que las sanciones jurídicas (nadie hasta el momento ha pedido la cárcel o la multa a quienes fumen privadamente).

3. UNA “CUESTIÓN FAMOSA”

Una cuestión que se plantea en todas las introducciones al arbitraje comercial internacional es la relación del arbitraje internacional con los ordenamientos jurídicos nacionales⁽⁵⁾. Un arbitraje se dice internacional porque trasciende de la esfera de un único Estado y presenta vínculos o conexiones con otros Estados⁽⁶⁾. Esas conexiones o vínculos pueden utilizarse para medir el grado de proximidad del arbitraje a cada uno de esos Estados, con vistas a atribuir su regulación al Estado que presente la conexión que consideremos más significativa; pero esas mismas conexiones pueden también utilizarse en sentido contrario, como expresión del alejamiento del arbitraje del ámbito exclusivo de cada uno de esos Estados y, por

lo tanto, como fundamento para no atribuir a ninguno de ellos su regulación. Dicho con otras palabras, las conexiones pueden utilizarse para *vincular* el arbitraje con un Estado determinado (y hablaremos entonces de arbitraje “*localizado*”) o para *emancipar* el arbitraje de esos mismos Estados (y hablaremos de arbitraje “*deslocalizado*” o transnacional). La primera perspectiva nos da una visión “*telescópica*” de la realidad; la segunda amplía el espacio jurídico hasta la escala planetaria y “*hace flotar*” al arbitraje por encima de los ordenamientos nacionales.

Las dos visiones tienen (sólo) una parte de verdad. Por una parte, los Estados regulan y afectan relaciones que trascienden su esfera territorial, pero como cada uno pretende mantener un monopolio de “*ley y orden*” sobre su propia esfera, admiten bien la “*lógica del reparto*”: las relaciones se localizan en un Estado según en modelo savigniano de normas de conflicto y a ese Estado se le atribuye la regulación de la cuestión a pesar de sus conexiones con otros ámbitos. Por esta razón, la mayor parte de los instrumentos internacionales acordados con la participación de los Estados (tratados, leyes modelo) se inspiran de un modo u otro en una lógica de atribución y reparto. Ni de la CNY 1958 ni la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional son una excepción a esta regla.

⁽⁵⁾ La literatura es enorme. Entre los artículos recientes, LEW. *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*. En: *Arbitration International*, 2006. pp. 179 y siguientes.

⁽⁶⁾ Conforme a la Ley de Arbitraje (LA) española, el arbitraje es internacional cuando (artículo 3): a) en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes; b) el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; c) la relación jurídica de la que dimana la controversia “afecte a intereses del comercio internacional”.

Por otra parte, desde un punto de vista fenomenológico (tal y como las cosas se aparecen a un observador neutral), las transacciones internacionales no “pertenecen” a un Estado determinado, sino que se más bien se desenvuelven en la intersección de múltiples redes de órdenes jurídicos, nacionales e internacionales, públicos y privados, en lo que ha sido bautizado con fortuna como la “*interlegalidad*”⁽⁷⁾. En este contexto ningún ordenamiento estatal puede asegurarse un monopolio de ley y orden sobre tales transacciones y, por lo tanto, éstas se desenvuelven en un espacio jurídico estructuralmente distinto al de las transacciones domésticas.

4. MECANISMOS DE “ENFORCEMENT”

El sencillo esquema de los cuatro códigos o sistemas de regulación de la conducta humana que expusimos antes sirve para entender mejor los diferentes mecanismos de *enforcement* que pueden utilizarse para gobernar conductas. Estos diferentes mecanismos sirven también para explicar por qué el arbitraje surgió y se desarrolló como un sistema efectivo de solución de controversias pese a la incertidumbre jurídica característica del medio (la *interlegalidad*); o si se prefiere, al margen de los ordenamientos nacionales.

La clave está en que si las sanciones sociales y de mercado son eficaces, no es

necesario acudir al Derecho como mecanismo de *enforcement*. Para ello distinguiremos tres tipos de sanciones: *relacionales*, *reputacionales* y *jurídicas*.

Incluir una relación en una estructura relacional de larga duración incentiva los comportamientos cooperativos y el cumplimiento de reglas de conducta, pues el beneficio de incumplir una vez debe confrontarse con el beneficio de repetidas transacciones. Si la inclusión en esa estructura se hace depender por los propios interesados del respeto de las decisiones que un tribunal arbitral nacido de ese entorno adopte, estas decisiones serán cumplidas voluntariamente, pues la “sanción relacional” asociada al incumplimiento, la exclusión de esa relación, comporta la pérdida de ese beneficio y por lo tanto representa una sanción muy efectiva.

Los mercados funcionan sobre la base de las informaciones de que disponen sus participantes. Las “sanciones reputacionales” operan mediante la difusión de informaciones negativas en el mercado: el incumplimiento es hecho público en los círculos del mercado en que el incumplidor opera, de modo que no vuelve a encontrar con quien contratar (o debe hacerlo con un descuento significativo). No es difícil encontrar ejemplos en las asociaciones de comerciantes. Así, por ejemplo, en el marco de *The Grain and Feed Trade Association* (GAFTA), si uno de los asociados se niega a cumplir un laudo pronunciado por un tribunal arbitral según las reglas de la asociación, el consejo

(7) SOUSA, Santos. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. New York, 1995. p. 473. Sobre la transformación del pluralismo jurídico global, FISHER-LESCANO y TEUBNER, “*Regime-collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*”, En: *25 Michigan Journal of International Law*, 2004. pp. 999 y siguientes, donde se explica la sustitución del ideal de unidad normativa (y de un meta-nivel donde los conflictos puedan ser resueltos) por el de “lógica de red” que facilite los acoplamientos entre los distintos órdenes.

de la asociación puede hacer circular una nota informando a los demás miembros de la negativa de esta parte a cumplir voluntariamente con dicho laudo⁽⁸⁾.

La efectividad de estas sanciones no depende de las fronteras jurídicas o del apoyo de los jueces, sino de los propios participantes en el mercado. En un marco donde la legalidad aplicable es incierta y donde los órganos judiciales ven sus poderes limitados por las fronteras nacionales, los instrumentos informales de gobierno de las conductas son especialmente importantes. Ni hay un guardián del comercio internacional ni el Derecho opera en la sociedad global con una lógica de jerarquía, sino de red⁽⁹⁾. Por eso también la auto-regulación y la ordenación privada se observan en todas las áreas del comercio internacional⁽¹⁰⁾.

Si nos fijamos ahora en el comercio internacional, podemos constatar que éste ha estado tradicionalmente dominado por lo que se ha dado en llamar la “*F-connection*”: *family* (círculos de personas ligadas por vínculos estrechos, sean religiosos o étnicos), *friends* (asociaciones de

comerciantes, círculos de importadores y exportadores) y *firms*. Los dos primeros factores expresan la tendencia a situar las transacciones internacionales en marcos relacionales de larga duración o que aumentan las probabilidades de “volverse a ver”. Un ejemplo de lo segundo lo encontramos en las casi desaparecidas empresas de importación y exportación. Durante mucho tiempo, parte de las transacciones internacionales eran cosa de importadores y exportadores que operaban como intermediarios entre la oferta y la demanda nacionales. Al reducirse el número de jugadores, las posibilidades de volverse a ver y de formar mercados reputacionales eran mayores y los contratos en círculos de importadores y exportadores se cumplían aunque el marco legal externo fuera incierto. En este contexto, las sanciones no jurídicas (e.g. no poder volver a contratar por mala reputación) cumplen efectivamente su función al margen del Derecho⁽¹¹⁾. Por esta misma razón, en tanto el mercado y las reglas sociales sean capaces de gobernar las conductas y sancionar los incumplimientos, los arbitrajes se podrán desarrollar sin referencia a un Derecho nacional determinado⁽¹²⁾.

(8) Gafta Arbitration Rules, Section 22.1: “In the event of any party to an arbitration or an appeal held under these Rules neglecting or refusing to carry out or abide by a final award of the tribunal or board of appeal made under these Rules, the Council of GAFTA may post on the GAFTA Notice Board, Web-site, and/or circulate amongst Members in any way thought fit notification to that effect. The parties to any such arbitration or appeal shall be deemed to have consented to the Council taking such action as aforesaid”.

(9) En lo que sigue, SCHMIDTCHEN. *Territorialität des Rechts, Internationales Privatrecht und die privatautonome Regelung internationaler Sachverhalten*. *RabelsZ*, 1995. pp. 56 y siguientes, en particular 93 y siguientes.

(10) Aunque no es este el lugar para desarrollar esta materia, una cita obligada es el trabajo de Berger, *The creeping codification of the Lex Mercatoria*. Deventer, 1999.

(11) Cuando ni las sanciones sociales ni las jurídicas operan correctamente se hace necesario sustituir el mercado por la jerarquía. Así se explica el nacimiento de las empresas multinacionales (la tercera F - “*firms*” - en nuestro esquema): cuando el mercado no funciona no se compra la materia prima sino al productor de la materia prima y se le integra en nuestra organización empresarial bajo una dirección unificada. De este modo se aseguran los suministros al margen de los mecanismos de mercado.

(12) Un ejemplo interesante del uso de los mecanismos reputacionales y del arbitraje es la industria del diamante, que estudia BERNSTEIN. *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*. En: *Journal of Legal Studies*, 1992. pp. 115 y siguientes.

La paradoja es que la globalización, que se desencadena por la combinación de una reducción de las barreras jurídico-públicas al comercio y a los servicios (reducción de aranceles, eliminación de prohibiciones, etcétera) y la mejora de los medios de comunicación y transporte, aumenta las necesidades de un *enforcement* jurídico. En efecto, la globalización incrementa el número de jugadores (“*faceless buyers confronted with faceless sellers*”) y reduce la eficacia de mecanismos de *enforcement* sociales (la expulsión del marco relacional o la pérdida de reputación y pérdida de mercado). Contar con un tribunal estatal investido de la autoridad necesaria para hacer ejecutar coactivamente el laudo se vuelve más necesario.

5. ENFORCEMENT JURÍDICO Y CONVENIO DE NUEVA YORK 1958

Las sanciones jurídicas se traducen en mandatos de cumplimiento (por ejemplo, el pago de una indemnización) que, a diferencia de las anteriores, si es necesario se imponen al incumplidor coactivamente mediante el recurso a una instancia externa: la autoridad soberana del Estado.

La pieza principal del *enforcement* jurídico a escala mundial es la Convención de Nueva York de 1958 (CNY 1958). El amplio número de Estados que han incorporado este Convenio significa que un laudo arbitral que satisfaga sus condiciones logra una especie de “pasaporte” mundial: el laudo pronunciado en un Estado contratante es un título potencialmente ejecutable en más de 140 Estados del mundo que aplican la Convención. En contraste con esta situación, una resolución judicial no tiene esa misma ventaja. Ningún convenio sobre reconocimiento y

ejecución de resoluciones judiciales ha alcanzado, ni de lejos, un número semejante de ratificaciones.

Lo que importa tener presente es que la CNY 1958 cumple para el arbitraje internacional un papel que va *más allá* del reconocimiento y ejecución de los laudos: Por una parte la Convención regula también los *acuerdos de sumisión a arbitraje* y sus efectos sobre la competencia de los tribunales para decidir sobre el fondo del asunto (excluyéndola). Por otra parte realiza un verdadero “*reparto de papeles*” entre los distintos ordenamientos en presencia. La suma de estas tres funciones, los dos primeras explícitas y la tercera implícita, justifican que digamos que la CNY 1958 proporciona al arbitraje comercial internacional su infraestructura básica.

La CNY 1958 regula el arbitraje internacional como un arbitraje localizado, con un origen determinado, ligado y no emancipado de las leyes nacionales. Esto se ha criticado e incluso puesto en duda por una parte de la doctrina, pero produce mayor claridad partir de una clave segura y fácilmente identificable, la sede del arbitraje como veremos, que la incertidumbre de no saber *ex ante* cuál de entre los varios ordenamientos nacionales con capacidad teórica para interferir sobre el arbitraje finalmente lo hará.

Hay que señalar que las dos perspectivas (arbitraje localizado, arbitraje deslocalizado) estuvieron presentes en la propia génesis de la Convención de Nueva York de 1958. Este convenio nace a partir de la propuesta formulada por la CCI de reemplazar la Convención de Ginebra de 1927 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras por un nuevo texto. La propuesta original de la CCI intentaba introducir la idea de un

“laudo internacional” y, como tal, “completamente independiente de los Derechos nacionales” cuyo reconocimiento en los Estados parte se encargaría de asegurar el nuevo convenio. El Convenio de Nueva York de 1958 no adoptó la idea de un laudo “sin origen” en ningún ordenamiento nacional pero ejecutable en los Estados parte, sino la de un laudo “extranjero” y como tal integrado en un ordenamiento nacional: el del país “*en que o conforme a cuya ley*” el laudo arbitral ha sido dictado (ver artículo V.1.e CNY 1958).

A pesar de esta decisión inicial, la Convención de Nueva York de 1958 ha servido de base a la internacionalización del arbitraje. Al adoptar la Convención los Estados parte acuerdan respetar y hacer cumplir los acuerdos por escrito de someter las disputas a arbitraje y ejecutar los laudos que se dicten, bajo un modelo de control judicial limitado a las causas o motivos expresamente admitidos por la Convención.

6. EL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958 Y LAS “INSTANCIAS DE CONTROL”

Puesto que el modelo normativo del que parte la CNY 1958 es un modelo de arbitraje localizado, es preciso explicar cómo opera esta localización.

El Convenio de NY sigue un esquema implícito de reparto de papeles que opera sobre la distinción “jurisdicción primaria” y “jurisdicción secundaria”⁽¹³⁾. Jurisdicción primara es aquella jurisdicción nacional a la que se reconoce competencia para controlar de forma directa

el arbitraje y su resultado, el laudo o sentencia arbitral.

Jurisdicciones secundarias son todas las demás en las que el convenio arbitral (foro derogado) o el laudo (foro de ejecución) se quiera hacerse valer. La CNY 1958 obliga a estas jurisdicciones (el Estado cuyos tribunales serían competentes de no ser por la sumisión a arbitraje y el Estado o Estados donde el laudo debe ser ejecutado) a reconocer el acuerdo arbitral y el laudo dictado como resultado de ese acuerdo.

La CNY 1958 reconoce a la jurisdicción primaria y a la jurisdicción secundaria radios de acción muy distintos: universal a la primera y territorial a la segunda. Solo una jurisdicción primaria puede anular un laudo. La CNY 1958 limita el control que las jurisdicciones secundarias pueden desplegar sobre el arbitraje internacional y este efecto es muy importante.

7. LA “JURISDICCIÓN PRIMARIA”: LA SEDE DEL ARBITRAJE

La CNY 1958 otorga al país de la sede del arbitraje el rol de jurisdicción primaria. Este rol implica dos cosas: el arbitraje se rige en principio por esta ley y corresponde a los tribunales de ese país el control general del procedimiento arbitral y del laudo.

Aunque la CNY 1958 habla del país “*en que o conforme a cuya ley*” el laudo haya sido dictado, en la práctica ambas proposiciones llevan al mismo resultado pues la mayor parte de las leyes nacionales de arbitraje basan su aplicación en el

(13) REISMAN. *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration*, 1992. pp. 107 y siguientes.

hecho de que la sede del arbitraje se localice en ese país. Este es sin duda el caso de la Ley de Arbitraje española (artículo 1: “*Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español*”).

El artículo V.1(e) es la extensión natural del artículo I(1) de la CNY 1958 conforme al cual un laudo es extranjero cuando ha sido dictado en el territorio de un Estado contratante distinto de aquél en el que se pide la ejecución o, aún cuando el laudo se haya pronunciado en el Estado de ejecución, éste no lo considere un laudo doméstico⁽¹⁴⁾. Esta segunda posibilidad estaba pensada para aquellos sistemas que en la época contemplaban la posibilidad de que un arbitraje regido por sus leyes de arbitraje se llevara a cabo en el territorio de otro Estado. Naturalmente, esta posibilidad genera conflictos de competencia cuando el país sede del arbitraje considera que el arbitraje en su territorio se rige por su propia ley. La CNY 1958 no resuelve ese potencial conflicto, pues plantea las cosas sólo desde el punto de vista del país donde se solicita la ejecución del laudo. Esto implica que debe reconocer la competencia de ambos Estados para anular el laudo. Por fortuna esta situación es muy rara en la práctica, pues, progresivamente, la mayor parte de los Estados adoptan el modelo territorial, conforme al cual sus leyes de arbitraje se apli-

can a los arbitrajes cuya sede se localice en su territorio. La sede se convierte así en la clave.

Este debate se replanteó durante la elaboración de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional⁽¹⁵⁾. La cuestión a determinar era si la aplicación de la Ley Modelo debería depender del lugar del arbitraje (criterio territorial) o de la voluntad de las partes (criterio de autonomía). Por encima de elaboraciones teóricas, la opción de hacer depender la aplicación de la sede del arbitraje, además de estar en correspondencia con la práctica, da una orientación más fácil y segura⁽¹⁶⁾.

De este modo, la sede del arbitraje es el vínculo que sirve para determinar el “sistema de referencia” que proporciona el marco jurídico del arbitraje (quien elige sede elige ley arbitral) y las autoridades judiciales con capacidad de intervención sobre el arbitraje, sea en su faceta positiva (asistir a los árbitros como jueces de apoyo) como negativa (anulación de laudos).

A este modelo se le ha criticado la nacionalización que produce del arbitraje internacional, en la medida en que fuerza su localización. Sin embargo esta solución proporciona seguridad jurídica: las partes saben desde el comienzo a qué atenerse tanto en términos de tribunales como

(14) HASS. En: *Weigand. Practitioner's Handbook on international Arbitration*. München, 2002. p. 516.

(15) HOLTZMANN-NEUHAUS. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. The Hague: 1989. pp. 35 y siguientes.

(16) Por el contrario la opción de la autonomía genera inmediatamente problema de ajuste para determinar qué tribunales pueden controlar el arbitraje. Así, el tribunal de la sede debería declinar su competencia en favor de los tribunales de la ley elegida por las partes (de otro modo se generan conflictos positivos) pero asumir esa competencia si esos otros tribunales rechazan asumir el control dada la falta conexiones (de otro modo se generan conflictos negativos), Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford, 2004. pp. 74 y 75.

de marco jurídico de referencia del arbitraje. En este sentido parece preferible estar a una ley predeterminada que a un número indeterminado de ellas potencialmente aplicables.

Además, en la medida en que las partes pueden fijar la sede arbitral, esas partes pueden elegir el modelo de arbitraje que quieren. Al fijar la sede en un sede liberal aumentan su grado de autonomía (más adelante volveremos sobre ello); al fijar la sede en un país con un sistema intervencionista o sin jurisprudencia uniforme, asumen los riesgos de esa intervención.

Como acabamos de señalar, corresponde a las partes el determinar la sede del arbitraje y lo normal es que las leyes nacionales (nada regula la CNY 1958 sobre esta cuestión) no limiten, en el campo comercial, su libertad de elección. En principio, nada impide que la sede sea libremente elegida por las partes, sin necesidad de que presente una conexión previa con el arbitraje o sus partes⁽¹⁷⁾. Así ocurre en el sistema español conforme al artículo 26 LA las partes pueden determinar libremente tal sede.

La sede es el lugar *en o desde donde* se conduce el arbitraje por acuerdo de las

partes. En este sentido, la sede del arbitraje es algo distinto del lugar donde se lleven a cabo las actuaciones arbitrales, aunque lo normal es que estas se lleven a cabo en el país de la sede. La distinción entre “*sede del arbitraje*” y “*lugar de las actuaciones arbitrales*” se recoge en el Artículo 26 de la Ley de Arbitraje española, cuyos dos apartados se refieren a cada uno de estos conceptos (aunque la ley hable de “*lugar del arbitraje*” en vez de “*sede del arbitraje*”). Esta distinción tiene una función exclusivamente facilitadora. Así, mientras que la sede o centro del arbitraje puede estar en un país (e.g. se trata de un arbitraje administrado por una institución de dicho país), las audiencias o deliberaciones pueden desarrollarse en otros lugares por motivos de cercanías a las pruebas o a los testigos o, más simplemente, por razones de logística⁽¹⁸⁾.

El laudo debe considerarse dictado en lugar de la sede del arbitraje, con independencia del lugar donde haya sido efectivamente aprobado o firmado (muchas veces los árbitros ni siquiera se reúnen sino que circulan el laudo que se va firmando por cada uno de ellos en su país). La determinación de la sede es una prerrogativa de las partes que determina la jurisdicción primaria para controlar el ar-

(17) En leyes sobre contratos de concesión o servicios públicos no es inusual encontrar restricciones. Así, por ejemplo, la Ley Federal Brasileña de 21 de noviembre de 2005, permite mecanismos privados de solución, pero siempre que el arbitraje se desarrolle en Brasil (y en lengua portuguesa).

(18) Si todas las actuaciones se desarrollan fuera del lugar designado como sede y no existe ningún otro contacto entre la sede y el arbitraje, ni siquiera la elección de una institución arbitral establecida en país, se suscita inmediatamente un problema: que esa sede meramente nominal no sea reconocida como sede real del arbitraje. Así, por ejemplo, la Corte de Apelación de Svea (Suecia) rechazó la acción de anulación del laudo resultante del arbitraje entre una empresa francesa y dos empresas de EEUU en relación con un sistema de telecomunicaciones a ser instalado en Benim. El Arbitraje era un arbitraje CCI y las partes fijaron como sede Estocolmo. El árbitro único inglés organizó las audiencias en Francia y el resto del trabajo lo realizó en Inglaterra. La única conexión con Suecia era la elección formal de sede. El tribunal rechazó la demanda de anulación por falta de contactos del arbitraje con Suecia. De este modo, el tribunal sueco sometió la elección de Estocolmo como sede a un “reality test” que no superó. En sentido análogo, desde la perspectiva de la LA española, GÓMEZ, Jene. *Artículo 26*. En: Arias (coordinador). *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor, 2005, p. 264.

bitraje y no debe hacerse variar por un hecho externo y no controlable por ellas: que los árbitros hayan deliberado y/o firmado el laudo no justifica que se modifiquen *ex post* las reglas del juego acordado. A esta solución se llega en todo caso de la mano del Derecho español (artículo 37.5 LA)⁽¹⁹⁾.

El papel central de la sede se refleja en el *alcance universal* de su jurisdicción sobre el laudo. Conforme a la CNY 1958 un laudo vinculante pronunciado en un Estado contratante debe ser reconocido y ejecutado en los demás Estados contratantes, salvo que ese laudo haya sido anulado o sus efectos suspendidos en el Estado de origen. Esto significa, positivamente, que el laudo validamente emitido valdrá en los demás Estados contratantes y, negativamente, que si es anulado o suspendido, no lo hará.

Este papel se refleja también en las leyes de arbitraje de los Estados parte. Este papel central favorece la creación de sedes naturales o especializadas, que aportan una regulación atractiva a los operadores del tráfico comercial. Una oferta atractiva se compone de tres piezas: neutralidad, autonomía privada, e intervención judicial limitada.

La *neutralidad* significa que el foro no impone su idiosincrasia a las partes en temas cuyo contenido depende del Derecho nacional, tales como la arbitrabilidad

o el orden público. El ejemplo español es revelador de cómo un sistema elude aplicar su propia noción de arbitrabilidad en el campo internacional para favorecer su papel como sede. Así, el legislador español ha optado por una regla alternativa que favorece la elección de España como sede del arbitraje, pues asegura que no impondrá su propia noción de arbitrabilidad cuando, por ejemplo, la materia sea arbitrable conforme al Derecho que rija el fondo⁽²⁰⁾. En el plano del orden público, una sede neutral se cuida de dejar al margen sus propias nociones de orden público doméstico en favor de una noción de orden público internacional, que tenga en cuenta la diversidad socio-jurídica del mundo y los estándares generalmente aceptados por la comunidad internacional.

La *autonomía* implica que los legisladores redactan sus leyes de arbitraje con una arquitectura esencialmente dispositiva, tanto en lo que se refiere al procedimiento como a la ley aplicable al fondo del asunto. De nuevo la Ley Española de Arbitraje nos ofrece ejemplos de ambas cosas. En el *procedimiento arbitral*, porque la Ley únicamente exige que se asegure a las partes igualdad de trato y oportunidad suficiente de hacer valer sus derechos (artículo 24.1). Por lo demás, “*las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones*” (artículo 25); esto incluye toda la sustanciación del

(19) Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 (por libre acuerdo de las partes). El laudo se considerará dictado en ese lugar.

(20) Artículo 9.6 LA: “Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”. Sobre la interpretación de esta peculiar norma, ver VIRGÓS. *El convenio arbitral en el arbitraje internacional*. En: *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2006, 14. pp. 13 y siguientes, en particular pp. 26 - 28 (accesible on-line en www.uria.com a través del apartado “nuestras publicaciones”).

procedimiento, incluida la admisibilidad y valoración de las pruebas. Las partes pueden acordar ese procedimiento de un modo directo o indirectamente mediante la sumisión a las reglas de arbitraje de la institución arbitral, nacional o internacional, de su elección. En cuanto a la *ley aplicable al fondo*, porque la Ley de Arbitraje (artículo 34.2) no impone la aplicación de un Derecho estatal determinado, sino la aplicación de cualesquiera normas jurídicas, libremente elegidas por las partes. Estas normas pueden ser de origen estatal (una ley nacional) o privado (los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales o reglas generalmente admitidas como *lex mercatoria* en el sector comercial considerado).

La combinación de la CNY 1958, que asegura el recurso al arbitraje y la ejecución del laudo excluyendo una revisión sobre el fondo del asunto, con las leyes de aquellos Estados parte que tienen una visión liberal del arbitraje produce un efecto multiplicador de la autonomía privada. Esta autonomía es necesaria pues proporciona certeza jurídica en el mundo complejo de la *interlegalidad* en que se desenvuelven las transacciones internacionales. Además ofrece un beneficio evolutivo adicional: la oportunidad de crear nuevos principios y ajustar los procedimientos de solución de controversias entre partes de países con culturas jurídicas distintas, cuyas visio-

nes del rol del Derecho y de los contratos en la estructura de las relaciones comerciales es muy diferente⁽²¹⁾.

En cuanto a la *intervención judicial limitada*, el objetivo es dar certeza a las partes sobre la posible interferencia judicial, de modo que no se produzcan intervenciones inesperadas. Las funciones de apoyo y control del arbitraje quedan de este modo predeterminadas. Este principio está recogido expresamente en la Ley de Arbitraje española: “En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga” (artículo 7).

Importa señalar que, al margen de supuestos especiales amparados en el Derecho Internacional Público o en tratados internacionales, todos los sistemas nacionales admiten, en diverso grado, un control judicial de los laudos pronunciados en arbitrajes sujetos a su jurisdicción. A grandes trazos nos encontramos con tres modelos de supervisión judicial: (i) un modelo de *escrutinio amplio*, porque admite recursos sobre el fondo ante los tribunales de justicia; este es el modelo argentino, donde cabe la apelación judicial a menos que las partes lo excluyan. Este modelo termina devolviendo el poder de decisión de los árbitros a los tribunales ordinarios, devaluando cualquier ventaja comparativa del arbitraje. (ii) Un modelo de *escrutinio limitado*, que solo admite una acción o recurso de anulación por motivos tasados, pero no una revisión

⁽²¹⁾ Así, MCCONNUAUGHAY. *The scope of autonomy in international contracts and its relationship to economic regulation and development*. En: *SSRN Electronic Paper Collection*. pp. 15 y siguientes. Aunque el trabajo estudia la extensión al Derecho público del arbitraje, el autor nos recuerda que las diferencias afectan a conceptos básicos aparentemente iguales, como la idea misma de contrato. Así, en algunas sociedades de Asia los contratos son percibidos como “acuerdos de principio” que deben ser reformados cuando las circunstancias cambian y no como la expresión estricta de los derechos y deberes que las partes se deben recíprocamente en el marco de una relación de intercambio.

general sobre el fondo; este es el sistema de la Ley de Arbitraje española y de la Ley Modelo UNCITRAL⁽²²⁾. Los motivos de anulación allí recogidos son muy semejantes a los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero. (iii) Un modelo de *no-control*, que elimina toda posibilidad de discutir la validez del laudo ante las autoridades nacionales. El arbitraje se convierte en un juego de una sola jugada: el laudo o sentencia arbitral; no hay una segunda oportunidad, ni un control externo de regularidad o *fairness* del procedimiento. Este modelo fue ensayado en Bélgica. Con la intención declarada de convertir a este país en “un paraíso del arbitraje internacional”, en el año 1985 el legislador belga eliminó la acción de anulación de laudos dictados en Bélgica en arbitrajes internacionales cuando ninguna de las partes fuera belga. El efecto de la eliminación de la acción de anulación no fue el esperado por ese legislador, pues la posibilidad de corregir judicialmente posibles abusos o excesos de los árbitros incentiva un autocontrol por éstos y así lo perciben los usuarios del arbitraje. Por eso en 1998 se modificó la norma (artículo 1717.2 *Code Judiciere*), alineándola con la solución, más pragmática, seguida por el legislador suizo,

donde la acción de anulación existe por motivos tasados, pero se permite a las partes, cuando ninguna de ellas es residente en Suiza, excluirla por acuerdo expreso por escrito (artículo 192 Ley Federal de DIPr)⁽²³⁾.

8. LAS “JURISDICCIONES SECUNDARIAS”

8.1. El foro derogado

El Estado (o Estados) cuyos tribunales serían competentes para conocer del asunto de no existir el acuerdo de sumisión a arbitraje es el foro (o foros) derogado.

La exclusión o derogación de la competencia de los tribunales nacionales para resolver la controversia constituye la clave de bóveda del arbitraje internacional. De la CNY 1958 se deducen tres reglas básicas que el foro derogado debe seguir si las partes acuerdan por escrito someter sus disputas a arbitraje: (i) el acuerdo arbitral debe ser alegado por el interesado (no hay control de oficio); (ii) los tribunales nacionales no son competentes sobre el fondo; (iii) los árbitros pueden decidir sobre su propia competencia (principio de *Kompetenz-Kompetenz*).

(22) El artículo 41 LA limita los motivos de anulación a los siguientes: “a) que el convenio arbitral no existe o no es válido; b) que (la parte que impugna el laudo) no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; d) que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; e) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; f) que el laudo es contrario al orden público”.

(23) Es de advertir que los reglamentos de arbitraje de algunas instituciones arbitrales contienen renunciaciones genéricas a las vías de recurso que puedan existir frente al laudo, cuyo alcance hay que analizar a la luz del Derecho de la sede del arbitraje. Así en el artículo 28.6 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI se dice que al someter su controversia a arbitraje según sus reglas, “se considerará que (las partes) han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”. Una regla semejante se encuentra en el artículo 26.9 del Reglamento de la LCIA.

Conviene que nos detengamos un momento sobre este principio (competencia sobre la competencia), porque en la CNY 1958 el “efecto positivo” de este principio (atribución de competencia a los árbitros para conocer de la validez del acuerdo de arbitraje sobre el que se basa su autoridad) no plantea problemas. Sin embargo, no reconoce el “efecto negativo” de este mismo principio (derogación de la competencia de los tribunales estatales para conocer de la validez del acuerdo de arbitraje).

La CNY 1958 regula los efectos negativos del convenio arbitral (a favor de un arbitraje en el extranjero) sobre la competencia del juez nacional en el artículo II.3. Su régimen puede resumirse de la siguiente forma: el juez es *incompetente* sobre el fondo pero parcialmente *competente* sobre la validez de la cláusula arbitral. En efecto, el artículo II.3 ordena al juez nacional remitir el asunto al arbitraje convenido “*a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo* (sea en virtud del artículo II.1 o del artículo V, apartados 1.a y 2.a), *ineficaz* (e.g. los árbitros rehúsan el nombramiento) *o inaplicable* (e.g. ha cesado de tener efectos por contener una cláusula de limitación temporal).

De este modo, la CNY 1958 establece un modelo de competencia *concurrente* de los tribunales nacionales y de los árbitros sobre la validez y aplicabilidad del convenio arbitral. Este modelo permite un control judicial *ex ante* de las cláusulas de arbitraje. Desde el punto de vista práctico se ha defendido esta solución porque permite eliminar las dudas sobre la validez de la cláusula arbitral desde el principio; pero se paga un precio por ello, pues no cabe duda de que favorece, como todas las reglas en que la competencia se

reconoce a dos o más instancias, el *forum shopping*. Quien tema una demanda de arbitraje por incumplimiento contractual le basta iniciar un proceso judicial sobre el fondo para que la contraparte que había confiado en el arbitraje se encuentre atrapada en una jurisdicción nacional a la que las partes habían acordado no someterse. Esta tesis responde a la idea de que debe existir un control sobre la derogación de la competencia de los tribunales judiciales, a quienes se ve como juez natural de la disputa. En el plano doméstico esta “natural” correspondencia entre juez y disputa puede predicarse sin problemas; en el plano internacional, en cuanto que la materia y o las partes se vinculan con diferentes Estados cuyos tribunales pueden tener competencia, el argumento pierde obvia fuerza.

La CNY 1958 no soluciona los problemas que pueden derivarse de esta competencia concurrente y deja que sean los Derechos nacionales los que aporten una solución. El Convenio de Ginebra de 1961 aporta una solución parcial, en cuanto que adopta el principio de prioridad de la vía arbitral, aunque lo supedita a que el arbitraje estuviera ya incoado. Esta solución, como la de aquellos países que aplican la regla (típica de la litispendencia) del *prior tempore*, fomentan una “carrera”, pues quien presente la primera demanda determinará el terreno en el que se iniciará la disputa (tribunales o árbitros).

Esto suscita un problema interesante en el ámbito español. Una parte de los comentaristas de la Ley española parece entender que del principio de “competencia sobre la competencia” se deduce necesariamente que los tribunales judiciales no pueden controlar la validez del convenio arbitral y deben deferir esta cuestión, aun-

que se le plantee antes de que se inicie un arbitraje, a los propios árbitros. Sin embargo, este entendimiento del principio de *Kompetenz-Kompetenz* es inexacto. Basta leer la Ley Modelo UNCITRAL para darse cuenta de ello. La Ley Modelo incorpora el principio de competencia sobre la competencia de los árbitros en su artículo 16. Sin embargo en su artículo 8 resuelve los supuestos en que presente una demanda sobre el fondo ante los tribunales estatales de un modo similar al artículo II de la CNY 1958: el juez debe remitir a las partes al arbitraje, “a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz, o de ejecución imposible”.

En realidad el efecto negativo del principio de *Kompetenz-Kompetenz* admite dos versiones y las dos las encontramos en los países de nuestro entorno. La *versión débil* es la que recogen tanto la CNY 1958 como la Ley Modelo: el tribunal estatal puede entrar a juzgar la validez del convenio arbitral para decidir si sigue conociendo del asunto o lo remite al arbitraje. Si el juez considera que es válido se declarará incompetente. Esta decisión vincula a los propios tribunales cuando después, en fase de ejecución o de acción de anulación alguna de las partes replantea la validez ya decidida. En esta versión los jueces, a instancia de parte, realizan un control material *ex ante* del convenio arbitral (se examina su validez, eficacia y aplicabilidad).

La *versión fuerte* implica que los jueces declinan entrar a valorar la validez de la cláusula arbitral y se contentan con una

prueba *prima facie* de su existencia (e.g. que conste por escrito), salvo que exista un motivo suficientemente grave para apartarse de esta regla (la invalidez de la cláusula es palmaria). En este modelo el control judicial se produce básicamente *ex post*: el juez se limita a un examen *prima facie* del convenio arbitral, remite a las partes al arbitraje y se difiere el control a fases posteriores, sea al momento de la acción de anulación del laudo (si el arbitraje tiene la sede en el foro) o del *exequátur* (si la sede del arbitraje está en el extranjero). Es el modelo que siguen los tribunales franceses⁽²⁴⁾.

En el sistema español se produce una paradoja. No hay ninguna duda de que los autores del borrador de proyecto optaban por un modelo fuerte de *Kompetenz-Kompetenz*, a modo del sistema francés. Sin embargo, tampoco hay ninguna duda de que se olvidaron de decirlo en la propia ley.

La única regla expresa de *carácter general* sobre la materia es la del artículo II CNY 1958, que refleja, además lo que la jurisprudencia venía haciendo: en el proceso sobre la declinatoria los tribunales españoles entraban a valorar la existencia y validez del acuerdo arbitral si alguna de las partes la negaba. Esta regla no es obstáculo, en virtud del principio de aplicación de la regla más favorable, a una solución más propicia al arbitraje si tal solución puede deducirse de la Ley de Arbitraje.

Ya hemos visto que el argumento del principio de la *Kompetenz-Kompetenz* no

(24) Una solución más matizada es la suiza: si el arbitraje tiene como sede Suiza, los tribunales hacen solo un examen *prima facie*, pero si la sede está fuera de Suiza, entran a juzgar la validez. La razón es que solo en el primer caso cabe la acción de anulación en la propia Suiza. PETSCHÉ. *The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration*. Frankfurt, 2005. p. 84.

es válido⁽²⁵⁾. Tampoco hay analogía suficiente que justifique extender a la declinatoria de jurisdicción la solución del artículo 15.5 LA. Este precepto indica al juez que debe nombrar un árbitro que sólo puede rechazar la petición si de los documentos aportados no resulta la existencia de un convenio arbitral. En cambio, la Exposición de Motivos relativa a ese precepto de la Ley hace, *an passant*, una indicación bastante clara de la intención de los autores de la Ley cuando indica que otra solución: “(...) vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia”. A esta mención en la exposición de motivos se une un argumento de “omisión consciente” del legislador: el artículo 11 de la Ley española no reproduce, y esta omisión fue intencional, la última parte del artículo 8.1 de la Ley Modelo en la que se dice que el tribunal remitirá a las partes al arbitraje, “a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”. Esto abona una interpretación amplia de la expresión “controversias sometidas al arbitraje” del artículo 11 LA de modo que, con el apoyo del artículo 22 LA, se entienda que esa expresión al-

canza también a las controversias sobre la propia existencia o validez del convenio arbitral⁽²⁶⁾. Dicho con otras palabras, que en el sistema español vale la regla de prioridad de la vía arbitral.

La regla evita decisiones paralelas sobre la validez de la cláusula (el planteamiento de la declinatoria no paraliza el arbitraje conforme al artículo 11.2 LA) e impide que una de las partes sustraiga a la otra del arbitraje por el simple procedimiento de demandar ante los tribunales e impugnar la validez de la cláusula arbitral por cualquier motivo jurídico. Para que esta regla opere correctamente y sin abusos es preciso exigir una evidencia *prima facie* de la existencia del convenio arbitral y que no concurren motivos graves para desviarse de esta regla (e.g. cuando la nulidad de la cláusula sea *manifiesta*).

Si una de las partes impugna en el arbitraje el convenio arbitral o su aplicación al caso, entonces los árbitros deberían emitir en primer lugar sobre esta cuestión, mediante un laudo parcial, de modo que la cuestión de competencia quede resuelta en el primer momento posible. Este laudo sería inmediatamente susceptible de acción de anulación⁽²⁷⁾.

(25) Ni la referencia al artículo 7 LA, pues es claro que es una situación expresamente contemplada en la propia Ley (artículo 11) y que el tribunal debe entrar a decidir sobre la declinatoria. Lo que se discute es la amplitud del control que procede en el marco de esa declinatoria; y esto no está resuelto expresamente en la ley.

(26) Favorable a esta interpretación, entre otros, ARIAS. *Artículo 11, Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor, 2005. p. 108; MANTILLA. *Ley de Arbitraje*. Madrid, 2005. p. 89 y ARMESTO, Fernández. *El arbitraje internacional*. en de Martín/Hierro, *Comentario de la ley de arbitraje*. Madrid, 2006. pp. 731 y siguientes. en pp. 757 - 758. Contra VERDEA SERVER, *Artículo 11*. En: Barona. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, p. 454.

(27) Ex artículo 22.3 LA, sin que el tenor del artículo 40 impida esta conclusión, PANTALEÓN. *El pronunciamiento del laudo y la terminación de las actuaciones*. En: *Expansión, La nueva ley de arbitraje*. Madrid, 2004. p. 128.

Esta solución, que debe encontrar todavía el refrendo jurisprudencial⁽²⁸⁾, no implica que el control judicial sobre el convenio arbitral desaparezca, sino que este control se desplaza y opera *ex post*, frente al ludo ya pronunciado, sea por la vía de la acción de anulación de la Ley de Arbitraje, sea por la vía de la denegación de su reconocimiento y ejecución conforme a la CNY 1958. En este sentido, la decisión que adopten los árbitros sobre la validez de la cláusula no es vinculante para los tribunales nacionales cuando efectúan este control (artículo 41.a LA; artículo V.1.a y artículo V.2 CNY 1958).

8.2. El foro de ejecución

El Estado (o Estados) donde un laudo extranjero se pretende reconocer o hacer ejecutar es el foro (o foros) de ejecución. Su papel, como el del foro derogado, es limitado: la CCNY 1958 permite al Estado de ejecución aceptar o rechazar el reconocimiento o la ejecución del laudo, pero no anularlo o modificarlo⁽²⁹⁾.

A su vez, el control que se permite al Estado de Ejecución para reconocer o rechazar el laudo se concentra en tres núcleos fundamentales: (i) el arbitraje debe fundarse en un convenio arbitral válido y ajustarse a los términos acordados por las partes; (ii) el procedimiento debe respetar los principios básicos que configuran el derecho a un proceso con las garantías debidas; y (iii) su resultado debe poder ser insertado en el ordenamiento del foro, sea por su contenido (orden público) o por la materia sobre la que versa (arbitrabilidad).

En el sistema de la CNY 1958 el Estado de ejecución no puede revisar el fondo del laudo. Esto significa que los tribunales del Estado de ejecución no pueden entrar a revisar el asunto como harían un tribunal de apelación o de casación. El control que la CNY 1958 autoriza es un control limitado que versa sobre cuatro aspectos fundamentales, entre los cuales no se encuentra el mayor o menor acierto del tribunal en la solución del caso. Por ejemplo, el hecho de que a juicio de los tribunales del foro los árbitros se haya

⁽²⁸⁾ La falta de norma expresa hace que los tribunales tiendan a seguir la inercia de las soluciones anteriores. En este sentido, algunas resoluciones judiciales muestran que los tribunales no se limitan a un examen *prima facie* del convenio arbitral, sino que entran a decidir, con efectos de cosa juzgada, sobre su validez (e.g. Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2006). Sin embargo, incluso si, contra el propósito legislativo, se generalizara esta tendencia, en aquellos casos en que el procedimiento arbitral estuviere ya iniciado en el momento de plantearse la demanda judicial la solución debería ser diferente: la regla de prioridad del arbitraje ya iniciado ya formaba parte de nuestro ordenamiento (artículo VI.3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, aunque circunscrita a los Estados parte) y su aplicación analógica es plenamente congruente con la política legislativa expresamente adoptada por la LA de evitar que la incoación de un proceso judicial se pueda emplear sin más para bloquear o dificultar el arbitraje.

⁽²⁹⁾ Esta situación se le planteó al Consejo de Estado colombiano (decisiones de 23 de octubre de 2003 y 24 de abril de 2004). Entre una empresa colombiana (Ferroviarias) y una compañía USA (Drummond Ltd) se firma un contrato con una curiosa cláusula: si la ley colombiana en el momento de arbitraje no permitía el arbitraje internacional, entonces las partes acordaban un arbitraje según el código de comercio colombiano; pero si la ley permitía el arbitraje internacional, entonces se sometían a un arbitraje CCI y París sería la sede del arbitraje. Surge una disputa entre las partes, se constituye el tribunal arbitral en París y éste dicta un laudo parcial declarándose competente. Ferroviarias reclama ante el Consejo de Estado colombiano

equivocado en la aplicación de una regla determinada o en la apreciación de una prueba no es motivo de denegación.

Además de limitar los motivos de denegación oponibles al laudo extranjero, la CNY 1958 establece un regla de carga de la prueba de gran trascendencia práctica: solo la arbitrabilidad y el orden público pueden ser controlados de oficio por los jueces y tribunales; el resto de los motivos debe ser alegado y probado por la parte que se opone al reconocimiento y ejecución del laudo. Esto equivale a partir de una presunción (parcial) de regularidad del laudo.

La decisión sobre el reconocimiento y ejecución de los tribunales de un Estado tiene un alcance meramente territorial y no vincula a los tribunales de otros Estados. En el contexto internacional el reconocimiento y la ejecución del laudo procede siempre “de Estado en Estado”, individual y no centralizadamente.

9. ÉXITO Y RIESGOS DE PETRIFICACIÓN

En el campo de la unificación de normas, el éxito tiene también un precio. Un tratado internacional que tiene más de 140 ratificaciones es una conquista importante. Sin embargo su revisión requiere un consenso semejante y reunir el consentimiento de tal número de Estados es siempre difícil. El riesgo es pues que las normas se petrifiquen, su reforma o adaptación se haga muy costosa y la norma termine suponiendo más una “carga” que un activo en el desarrollo de esa área del Derecho.

La CNY 1958 ha evitado desde el principio ese riesgo mediante la incorporación del principio de aplicación de la

regla más favorable (artículo VII). Esto significa que las normas de la Convención “ceden” ante otras normas, de origen nacional o internacional, que permitan en el Estado donde se pretenda la efectividad del laudo, un régimen de reconocimiento y ejecución más favorable que el régimen de la CNY 1958.

La aplicación de este principio ha permitido a los sistemas nacionales evolucionar sin perjudicar el papel de la CNY 1958 como estándar mínimo internacional. Nada impide a los Derechos nacionales establecer condiciones más beneficiosas para el arbitraje (por ejemplo proyectar un principio de confianza mayor que el que la CNY 1958 reconoce).

Sin embargo, algunas aplicaciones nacionales de este principio es dudoso que sean coherentes con la infraestructura del arbitraje internacional puesta en pie por la CNY 1958.

Como hemos visto, la Convención de Nueva York de 1958 arranca de un modelo de arbitraje localizado, donde la jurisdicción primaria (la sede del arbitraje) tiene un rol determinante tanto en lo positivo (un laudo vinculante pronunciado en ese país extiende su autoridad a todos los Estados contratantes que solo pueden denegar su reconocimiento por razones tasadas), como en lo negativo (si el laudo es anulado, carece de autoridad en ese país y ello es motivo de denegación de su reconocimiento en los demás Estados contratantes).

Este modelo tiene la virtud de la simplicidad. La CNY 1958 parte de la base de que el rol de policía del arbitraje lo debe desenvolver la jurisdicción primaria. Las jurisdicciones de los Estados o Estados de ejecución deciden sólo sobre el re-

conocimiento y ejecución en su ámbito, pero no se consideren competentes para anular o revisar el laudo. Este papel corresponde a la sede.

La regla general parece lógica: reconocer es “dejar valer”. Si el laudo se anula en ese país, “deja de valer” también para los demás países, desaparece de la vida jurídica. En términos de 1958, la vulnerabilidad del laudo conforme al Estado de origen se exporta trámite su artículo V.1 (e) a los demás Estados contratantes⁽³⁰⁾. Las partes pueden elegir la sede arbitral y, por lo tanto, son responsables de su elección⁽³¹⁾.

La jurisprudencia francesa ha seguido un rumbo diferente. Ha considerado que al no contener su sistema positivo autónomo una regla similar al artículo V.1 (e) de la CNY 1958 esto implicaba que el sistema francés no conocía como causa de denegación la anulación del laudo en el Estado de origen. La consecuencia es que Francia reconoce y ejecuta laudos a pesar de que éstos hayan sido anulados en la sede del arbitraje. Así, en el conocido asunto *Hilmarton*, un laudo dictado en Suiza en 1988 en una disputa entre una firma francesa y una firma inglesa liberando a la primera del pago de los honorarios reclamados por la segunda por servicios prestados en relación con

una operación en Algeria fue posteriormente anulado en Suiza en 1990 pero reconocido en Francia por la *Cour de Cassation* en 1994⁽³²⁾.

La jurisprudencia francesa viene a entender que el laudo, una vez pronunciado, no se integra en el orden jurídico del Estado de la sede y por lo tanto su existencia persiste a pesar de su anulación. En la metodología del reconocimiento, diríamos que la continua validez del laudo en su Estado de origen es un presupuesto del reconocimiento: reconocer es “dejar valer”, no “hacer valer”; sin embargo esto último es lo que de hecho hacen los tribunales franceses, que de este modo transforman sus normas de reconocimiento en auténticas “normas de producción jurídica”.

En todo caso, lo que aquí importa señalar que tal construcción no combina bien con los principios de la CNY 1958, por cuanto elimina el papel de la jurisdicción primaria y con ello provoca una disminución de la seguridad jurídica general. Basta ver los resultados: el laudo anulado fue reconocido en Francia pero, puesto que la disputa no estaba resuelta en el Estado de origen, Suiza, se dictó en este país un segundo laudo con el resultado justamente contrario, obligando a la firma francesa al pago de los honorarios en

la anulación del laudo. El Consejo rechazó la demanda de anulación señalando que Colombia no tenía competencias para ello: la sede del arbitraje estaba en París.

⁽³⁰⁾ Por buenas razones: “*Situs review (...) enhances efficient arbitration by furthering respect for awards abroad. Without a right to have procedurally unfair awards vacated at the situs, victims of injustice must prove an award's illegitimate character de novo wherever it might be presented for recognition*”. PARK. *Why Courts Review Arbitral Awards*. En: *Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Liber Amicorum KH Böckstiegel*, 2001. p. 599.

⁽³¹⁾ Los argumentos paternalistas que algunos autores manejan del tipo de que las partes “no saben lo que hacen” cuando eligen la sede, o que “no son conscientes” de la trascendencia que puede tener, o el que “el más poderoso se impone” a la contraparte en la fijación de la sede, no tienen justificación en el ámbito comercial.


⁽³²⁾ Sentencia de 23 marzo 1994, XX YBCA 1995. p. 663.

cuestión. Este laudo obtuvo el reconocimiento en Gran Bretaña⁽³³⁾. La consecuencia es clara: la solución de la jurisprudencia francesa provoca inevitablemente decisiones y resultados contradictorios y por esta misma razón consigue lo contrario de lo que pretendía: en lugar de lograr un resultado universalmente reconocible (que el objetivo de la CNY 1958) consigue territorializar necesariamente la solución a la disputa jurídica y de hecho (al haber dos laudos potencialmente ejecutables) la cronifica sin posibilidad de solución final⁽³⁴⁾. En el caso real, al parecer, las partes llegaron finalmente a una transacción.

La elección de la sede es un riesgo jurídico cuyas consecuencias deben las partes aceptar en virtud del principio de auto-responsabilidad; y no se ven las ra-

zones para proteger a las partes frente a su propia libertad de elección⁽³⁵⁾.

10. EPÍLOGO

La interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 que se hace en el texto no es la única posible. Sus normas, como las de cualquier convenio internacional, no están exentas de ambigüedades y lagunas. Sin embargo, esta interpretación proporciona un modelo normativo sencillo y comprensible del fenómeno del arbitraje comercial internacional, que explica tanto el éxito de la Convención como, por esta misma razón, el papel que ha llegado a adquirir de infraestructura legal del arbitraje internacional. Por eso también nos parece preferible a sus alternativas. 

(33) Queen's Bench Division, decisión de 24 de marzo de 1999, XXIVa YBCA, 1999. p. 777.

(34) El sistema francés es asimétrico: sus tribunales anulan y dejan sin efecto laudos dictados en Francia en arbitrajes internacionales (ver artículo 1504 NCPC), pero reconocen y ejecutan como válidos y eficaces laudos anulados dictados en otros estados. Así estructurada la solución francesa no es susceptible de universalización ni, por lo tanto, susceptible de elevarse a rango de patrón general en la materia.

(35) Diferente de la posición francesa es la de quienes sostienen que la CNY 1958 otorga discreción al Estado de ejecución para rechazar el reconocimiento del laudo anulado, pues el Artículo V no utiliza el imperativo ("se denegará"), sino el potencial ("se podrá denegar"), y que, en consecuencia, los Estados pueden utilizar esta discreción para limitar las causas de anulación que reconocerán. El reconocimiento de un laudo anulado por razones que se apartan de los estándares internacionales en la materia (e.g. los previstos en la Ley Modelo UNCITRAL) operaría así como un instrumento de presión sobre el Estado de origen o sus tribunales. Para un resumen reciente sobre estas cuestiones, PETROCHILOS. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford, 2004. pp. 299 - 337.

FRANCIA

PROBLEMAS DEL CONTROL DE LOS LAUDOS BAJO EL ORDEN PÚBLICO, EN PARTICULAR EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA (*)

Por: ALEXIS MOURRE (**)

SUMARIO: 1. *Observaciones de carácter general.* 2. *Análisis de la jurisprudencia.* 2.1. *Derecho comparado.* 2.2. *Un paradigma de los problemas planteados por el control de laudos bajo el derecho comunitario de la competencia: el caso Thalès y sus desarrollos.* 2.3. *Vías posibles en el futuro.*

Como es notorio, las causas de denegación del reconocimiento y la ejecución de los laudos se hallan previstas de manera taxativa en el artículo V del Convenio de Nueva York. Entre ellas, la violación del orden público que es sin duda alguna la más problemática. En efecto, el concepto de orden público se remite al derecho del foro y siendo un concepto sumamente subjetivo, cuyo contenido dependerá de las políticas legislativas de cada Estado y de los intereses que cada parte en el convenio crea necesario proteger, puede potencialmente anular las ventajas que el convenio persigue: la circulación internacio-

nal de laudos para asegurar su ejecución y la eficacia del arbitraje. Según la interpretación dada por cada país al concepto de orden público, se puede llegar, tanto a una aplicación adecuada a los objetivos del Convenio como a una aplicación que lo vacíe de sus efectos. Es por lo tanto, necesario, para cualquier reflexión sobre el futuro del Convenio de Nueva York, analizar la manera en la cual este concepto de orden público ha sido aplicado en el marco del control de laudos. Al respecto, el derecho de la competencia es un paradigma de los problemas planteados por la noción de orden público y una excelente

(*) Este artículo es un desarrollo de la ponencia del autor en el III Congreso del Club Español del Arbitraje el 1 de julio de 2008.

(**) Profesor en la Universidad de Versailles y en la Universidad de Santo Domingo, República Dominicana. Miembro de la Comisión de Competencia en Francia, de la Comisión de Arbitraje Internacional y de la Comisión Internacional de Competencia de la CCI. Socio Fundador de Castaldi Mourre & Partners, París.

ilustración de los riesgos que la ausencia de interpretación uniforme y la remisión al derecho nacional implican para la eficacia del Convenio.

1. OBSERVACIONES DE CARÁCTER GENERAL

En los últimos 20 o 30 años, hemos asistido a una notable proliferación de normas imperativas en el derecho de los principales países industrializados, y este fenómeno es particularmente notable en el ámbito del Derecho económico. En Francia, por ejemplo, no pasa un año sin que se adopten verdaderos y propios “paquetes” de reglas de orden público, cuya verdadera utilidad a veces no se comprende muy bien. Asistimos, entonces, a una expansión notable de la esfera del orden público sustancial en materia de derecho económico, y este fenómeno encuentra indudablemente un potente aliciente en la actividad –por no decir la hiperactividad– de la Unión Europea y en el relativo imperialismo del orden público comunitario.

El Derecho de la Competencia tiene sin duda un carácter imperativo. Como es bien conocido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha determinado claramente en su sentencia *Eco Swiss*, lo referente al Derecho comunitario de la competencia, el cual debe ser considerado en los Estados miembros como de orden público. En la práctica, las cuestiones antimonopolio representan la mayoría de los casos en los que un laudo arbitral puede ser atacado por motivos sustanciales frente a un Tribunal estatal. En efecto, la casi totalidad de los casos en los que un laudo arbitral ha sido impugnado por pretendida incompatibilidad con el orden público sustancial se refieren al

derecho de la competencia y más particularmente, al Derecho comunitario de la competencia. Así ocurrió en el caso *Thalès* en Francia, en el caso *Tensaccai* en Suiza; en el caso *Marketing Displays* en Holanda, en el caso *Cytec* en Bélgica; y en Italia en los casos *Nuovo Pignone* y *Tensaccai* (éste último habiendo dado lugar a un contencioso en Suiza, como sede del arbitraje, así como en Italia donde se había comenzado un procedimiento relativo a la ejecución).

El derecho de la competencia tiene entonces una importancia fundamental en materia de control de laudos, sea que se trate de los Tribunales de la sede del arbitraje, o del país de ejecución, en el contexto del Convenio de Nueva York. No podemos abstraernos, al analizar este fenómeno, de considerar la evolución, y aún más, el profundo cambio del derecho antimonopolio en los últimos años, no solamente en Europa sino también en los Estados Unidos. ¿En qué consiste este cambio? Hemos asistido a una verdadera revolución en el sentido de una absoluta primacía del análisis económico en el derecho de la competencia. Ello obviamente, a cambio de la certeza y previsibilidad de las soluciones. Quien haya leído, por ejemplo, la reciente proposición de la Comisión Europea sobre el artículo 82 TCE se habrá dado cuenta de la enorme subjetividad que se ha introducido en el análisis de los comportamientos unilaterales. En síntesis, el análisis de la competencia se ha hecho mucho más complejo y ha dejado de fundarse en el planteamiento formal consistente en la aplicación de una norma de derecho preexistente y suficientemente precisa, basándose hoy en día en una indagación prospectiva de la situación del mercado, siempre evolutiva por definición. Es posible llegar, según el

modelo de análisis económico adoptado en cada caso, a soluciones diversas y potencialmente divergentes. Por ejemplo, en materia de comportamientos unilaterales, los modelos de análisis económicos a los cuales uno puede referirse son al menos cuatro o cinco, y ellos conducen a resultados posiblemente divergentes para una misma situación de hecho. Esto obviamente es válido para todo lo que se refiere a comportamientos y acuerdos que no estén prohibidos *per se* como los llamados cárteles *hard-core*, respecto a éstos últimos tanto la ilicitud como la solución se nos presentarán con mayor evidencia.

El contexto en el cual se inserta la problemática del orden público ha cambiado sustancialmente, como también lo ha hecho la realidad del arbitraje comercial internacional, el cual se ha convertido, gracias a la importante expansión producida en la esfera de la arbitrabilidad, en el modo “normal de solucionar los conflictos de comercio internacional” según una expresión cuasi-ritual hoy en día.

De manera general, el problema del control de laudos en la esfera del orden público sustancial es doble:

- Problema 1: ¿El juez debe anular el laudo en el caso de una violación de cualquier norma imperativa del foro, o se debe considerar que el concepto de orden público es más restringido que el conjunto de las leyes imperativas del foro?
- Problema 2: ¿Qué tipo de investigación deberá llevar a cabo el juez para determinar la existencia de una violación que atente contra el orden público y justifique por tanto que el laudo sea anulado?

Estos dos problemas son distintos, y presentan un perfil que no debe situarse en el mismo nivel.

Sobre el primero, me parece evidente la relativa convergencia de la jurisprudencia en casi todos los países desarrollados, en limitar el objeto del control a un número restringido de principios fundamentales. Se excluye entonces el principio de una equivalencia total entre el orden público en el sentido del derecho del arbitraje y las leyes de policía o reglas imperativas. Como se verá a continuación, esta evolución ha encontrado su expresión en el derecho estadounidense, asimismo en Suiza con la sentencia *Tensaccai*, en Italia y Francia, así como también, de manera interesante, en la jurisprudencia comunitaria en materia de circulación de sentencias europeas, en este sentido puede citarse la sentencia *Maxicar* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el que éste último estableció claramente que sólo tratándose de una violación manifiesta de los principios fundamentales, es posible justificar el no reconocimiento de una sentencia.

Obviamente, el orden público no cambia de naturaleza y su fuente continúa siendo nacional, pero se puede notar que de cierta manera su rol se internacionaliza, y este fenómeno refleja el hecho de que el orden público no es un concepto uniforme y monolítico, sino una noción funcional que se utiliza diferentemente en el contexto del derecho civil, del derecho internacional privado o en el del derecho del arbitraje y particularmente en el ámbito del control de laudos.

Sobre el segundo problema, parece evidente la evolución hacia una limitación de la investigación del Juez del control en cuanto a posibles violaciones del orden

público materializadas por el laudo arbitral. En este sentido deben concretarse tres elementos de reflexión.

El primero es de tipo práctico. Tratándose de ciertas regulaciones complejas, como lo son las relativas al derecho antimonopolio, para poder evaluar la adecuación de las soluciones adoptadas por los árbitros frecuentemente es necesario indagar sobre el fondo. En este sentido, no creo que sea suficiente un simple examen del contrato. Ciertamente, en presencia de una cláusula prohibida *per se*, como en el caso de un cártel, no será necesario adentrarse en el fondo. Pero en muchos casos, el análisis de la compatibilidad de un contrato con el derecho antimonopolio deberá hacerse en base al análisis económico e implicará un cálculo de las cuotas del mercado, la individualización del mercado relevante, la existencia de barreras en el mercado, etcétera. Todo ello supone una investigación del fondo, y desde este punto de vista, hay buenas razones para que los tribunales, en particular los franceses, hagan referencia al principio de interdicción de la revisión.

Cuando se dice que el control del laudo no debe implicar una revisión de fondo, se afirma simplemente que el control del laudo encuentra su límite en la prohibición para el juez de sustituirse a la jurisdicción competente para examinar el mérito, es decir el tribunal arbitral. Este principio de interdicción de la revisión se justifica por razones prácticas y también por razones de efectividad. El caso *Cytec* es un ejemplo muy interesante de revisión de fondo, en el que el Tribunal de Bruselas anuló un arbitraje CCI basándose en una evaluación según la cual la cuantificación del daño hecha por los árbitros luego de la cancelación de un contrato

de suministros fue excesiva y conducía de hecho a dar efecto al contrato anulado. Ahora bien, para evaluar si el daño cuantificado por los árbitros no es excesivo, si corresponde o no a un perjuicio realmente sufrido, es evidentemente necesario entrar en el mérito del asunto, es decir realizar una revisión de fondo del proceso arbitral.

Segundo elemento de reflexión: en materias como la regulación antimonopolio, en las cuales prevalece el análisis económico, no existe una verdad absoluta en la que pueda resguardarse el juez. ¿A qué título deberá considerarse que la decisión adoptada por el juez, en temas como la determinación de una cuota de mercado, es más correcta que aquella adoptada por el árbitro? En esta materia, el juez puede equivocarse de la misma manera que el árbitro. Es interesante al respecto constatar que las dos únicas decisiones que hasta ahora han anulado laudos fundándose en los artículos 81 y 82 TCE, son la del Tribunal de Bruselas en el caso *Cytec* y la del Tribunal de Apelaciones de Ámsterdam en el caso *Marketing Displays*, las cuales han adoptado soluciones debatibles desde el punto de vista de la doctrina antimonopolio. En el caso holandés, debido a que se juzgó como ilegal una cláusula de exclusividad, que probablemente era válida en consideración a la “exención en bloque” aplicable. El caso *Cytec* es incluso más flagrante, porque el derecho comunitario, como lo decidió el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el caso *Manfredi*, no era aplicable a la cuantificación del daño. La cuantificación del daño impuesta por los árbitros a *Cytec* no tenía nada que ver con el orden público comunitario. Queriendo rehacer lo que habían hecho los árbitros, retomar, verificar y controlar la aplicación del derecho comu-

nitario hecha por ellos, dichas jurisdicciones llegaron sin embargo a resultados cuestionables. No es cierto, entonces, que el Juez del control llegue a una solución más correcta que los árbitros desde el punto de vista del orden público. Al contrario, la probabilidad de que el árbitro llegue a una decisión acertada es mayor, pues dispone de más tiempo, ha podido hacer un examen más detallado de los hechos, habrá tenido acceso a la opinión de expertos, interrogado numerosos testigos, etcétera.

Se podría entonces considerar que para asegurar la protección del orden público, es suficiente que el juez del control verifique que las reglas imperativas han sido aplicadas y tomadas en cuenta por los árbitros, sin que sea necesario verificar que la solución adoptada sea correcta. Así lo decidieron, la *Supreme Court* estadounidense en el caso *Mitsubishi*, y aun más claramente, el Tribunal de Apelaciones del 7mo Circuito de los EE.UU. en el caso *Baxter*. Esta sería ciertamente la solución más deseable, al menos en aquellos casos en los que para discernir la violación del derecho de la competencia sea necesario proceder a un análisis económico. Sin embargo, cabe también mencionar que algunos autores consideran que la posición norteamericana tiene el inconveniente de abandonar el control del orden público a la diligencia de las partes.

Tercer elemento de reflexión: al ordenamiento interno realmente no le interesa verificar que el árbitro aplicó correctamente las leyes imperativas, especialmente cuando se trata de normas de naturaleza técnica. En este sentido, no deberían situarse al mismo nivel los casos de violación del derecho de la competencia, al menos cuando no se trate de cárteles *hard core*, y aquellos de fraude o corrup-

ción como los que tuvo que enfrentar el Juez del control francés en los casos *Westman* y *Thomson*. El propósito del control de orden público de los laudos no es tanto el de verificar que la decisión adoptada sea técnicamente correcta, sino el de asegurar que el reconocimiento y la ejecución del laudo no afectarán efectivamente el orden público. Es evidente que un laudo arbitral que reconozca y admita un cártel *hard-core* y ordene a una parte, bajo penalidad, efectuar una prestación manifiestamente ilícita, constituiría una violación material del orden público. El mismo análisis, sin embargo, no será correcto cuando, por ejemplo, se anule un contrato válido, como fue en el caso *Cytec*, en el cual los árbitros anularon un contrato que probablemente debió haber sido exentado. Anular un contrato válido constituye una incorrecta aplicación del derecho imperativo, pero ciertamente no constituye una violación del orden público.

En otros términos, la violación del orden público debe entenderse como la violación concreta y efectiva del interés protegido por la norma imperativa, y no únicamente como una violación abstracta de la norma. El problema consiste entonces en encontrar el equilibrio entre la legítima necesidad de protección del ordenamiento jurídico y la política de promoción del arbitraje. No hay razones para dar prioridad a una u otra de estas dos intenciones, pues tanto la política de favor al arbitraje como la necesidad de aplicación de las leyes imperativas responden al interés público.

La otra consideración general que se puede hacer antes de pasar a analizar la jurisprudencia es que la anulación del laudo no es la única vía de la que disponen los Estados para proteger su orden público. Existe cierta flexibilidad en la tutela

del ordenamiento, la cual se expresa en derecho comunitario a través del principio fundamental de la autonomía procesal. Y la anulación del laudo ciertamente no es la única vía disponible para evitar la prosecución de prácticas anti-competitivas. En materia de competencia, existen autoridades que pueden iniciar investigaciones sin importar la decisión de los árbitros; hay Tribunales que no estarán vinculados por el laudo; los terceros legitimados siempre pueden denunciar una situación ilegal, demandar por daños, etcétera. Por lo tanto, se puede llegar a ponderar la protección del orden público y el interés en la promoción del arbitraje, encontrando así un punto de equilibrio que no conlleve a perturbar la efectividad y finalidad de este mecanismo de resolución de conflictos del comercio internacional.

2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

2.1. Derecho comparado

La jurisprudencia en materia de control de laudos en cuanto al derecho de la competencia es generalmente presentada haciendo la distinción entre una “tendencia maximalista” y una “tendencia minimalista”. En realidad estos términos son engañosos. Ellos quieren indicar que entre una y otra existe una diferencia de graduación, pero al examinarlos, se puede notar que en realidad el control del orden público es rechazado, en la mayoría de los casos, en nombre de la prohibición de revisión. Las sentencias sujetas al principio de la prohibición de la revisión de fondo recurren, para ello, a diversos métodos.

Un primer método, adoptado en la jurisprudencia americana, consiste en no ejercer el control a menos que la regla

imperativa en cuestión no haya sido tomada en cuenta por los árbitros. Un segundo, que encontramos en la jurisprudencia francesa, consiste en limitar el control a la solución adoptada por los árbitros. Un tercero, al cual se aproxima la sentencia francesa *Thalès*, consiste en sancionar únicamente las violaciones más flagrantes del orden público. Finalmente, también se puede internacionalizar el concepto de orden público, como lo hace la jurisprudencia suiza.

Las decisiones que se acogen a la primera de estas tres tendencias plantean una exigencia de naturaleza procesal: corresponde a los árbitros, si ninguna de las partes lo ha hecho, invocar de oficio la “ley de policía” que pudiera aplicarse. Si esta Ley ha sido invocada, cualquiera que sea la solución aportada al problema, ésta no podrá ser nuevamente apreciada por el Juez de la anulación. La solución se basa en la autoridad de cosa juzgada que la Ley del foro otorga al laudo. La *Cour D’appel* de París, confirmada por la *Cour de Cassation*, rechazó de esta manera un recurso en anulación fundado en el pretendido desconocimiento por parte del árbitro del derecho comunitario de la competencia, limitándose a constatar que el árbitro había estimado que el contrato no era contrario al mismo (CA París de 16 de abril de 1996, *Gallay v. Fabricated Metals*, confirmado por, C. Casación, 1° civ. de 5 de enero de 1999: *Juris-Data* número 1999-000042; *Rev. arb.* 2001, p. 805, nota de Yves Derains).

Tal enfoque parece ser conforme al punto de vista adoptado por los jueces americanos en la sentencia *Mitsubishi* de 1986, según la cual el control ejercido por el Juez tiene por objeto verificar que “*the legitimate interest in the enforcement of*

the anti-trust laws has been addressed" (US Supreme Court, Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.: YIA 1986, p. 555).

Otro ejemplo de este enfoque nos viene dado por otra sentencia estadounidense, la cual rechazó un recurso dirigido contra una decisión que ordenaba la ejecución de un laudo arbitral condenando a un licenciante a indemnizar a su licenciado en razón de las ventas hechas en violación de la protección territorial que le había sido concedida, y ello no obstante, el argumento del otorgante según el cual esta protección territorial era contraria a la Sherman Act. La decisión fue motivada de esta manera: "*the initial question is whether Baxter is entitled to reargue an issue that was resolved by the arbitral tribunal. We think not; a mistake of law is not a ground to set aside an award (...) All what matters today is that the arbitrators have concluded that the antitrust laws (...) do not diminish Abbott's contractual rights -and that decision is conclusive between these parties*" (US Court of Appeals, 7th Circuit, de 16 de enero de 2003, Baxter International Inc. v. Abbott Laboratories, número 02-2039. – igualmente, US Court of Appeals, 7th Circuit, de 16 de abril de 2001, George Watts & Son Inc. v. Tiffany & Co., 248 F.3d 577; así como la decisión de la High Court of New Zealand, Gvnt. Of New Zealand v. Mobil, 1987: YIA, 1988, p. 638, en donde, a propósito de un laudo pretendidamente contrario a la Ley neozelandesa sobre la competencia, se estimó que la Corte no debía controlar la manera en la que los árbitros habían resuelto el litigio).

Dicha decisión en *Baxter* puede aproximarse a otro fallo del Tribunal de apelación del 5th Circuit de los EE.UU.,

en el cual se decidió que el laudo no había violado el derecho antimonopolio en cuanto: "*a review of the arbitration record, including the pleading and exhibits submitted to the arbitrator, transcripts, and the arbitrator's award and findings, indicates that the arbitrator was fully appraised of both parties' arguments, the applicable law, and that he developed an extensive familiarity with the case. The Court concludes that the arbitrators' finding that ACET competes with Duke in the processing market and that ACET suffered antitrust injury is not obviously erroneous, arbitrary or capricious; nor is it evident to this court that the arbitrator purposely ignored the applicable law in making the award*". En otros puntos de su decisión, también relacionados al derecho de la competencia, el Tribunal desestima el recurso decidiendo que "*it is not manifest that the arbitrator disregarded the law*", o que "*the arbitrator, in coming to its finding, was well-versed in the legal elements that constituted exclusionary, anticompetitive conduct, as well as the facts of the case. The Court concludes that a reasonable arbitrator could have found that Duke's conduct was anticompetitive (...)*" (U.S. Court of Appeal for the 5th Circuit, Union Pacific Resources v. Duke Energy Fuels, número 02-41010). Aunque el Tribunal parece haber procedido a un examen bastante detallado del caso, también es cierto que ha evitado cualquier examen de fondo sobre la manera en la cual los árbitros habían resuelto los problemas de competencia planteados, limitándose a verificar tal y como lo hicieron los Tribunales franceses en *Thalès* y en *Cytec*, que el árbitro había aplicado el derecho antimonopolio y que no hubiese cometido ninguna violación flagrante de la Ley.

Las cortes italianas parecen haber adoptado una posición similar, en cuanto a que la decisión de los árbitros en los temas de derecho de la competencia planteados es definitiva y no sujeta a control, en dos recientes decisiones de 21 de marzo de 2006 (Tribunal de Apelación de Florencia, *Nuovo Pignone v. Schlumberger*) y de 21 de julio de 2006 (Tensaccai).

De manera igualmente clara, la Corte de Apelaciones inglesa, en un caso relativo a comisiones ilícitas, rechazó reexaminar la apreciación de los hechos llevada a cabo por los árbitros: *“The court would not normally permit a party to challenge the enforcement of a foreign award on the grounds of fraud unless the evidence establishing the fraud was unavailable for that party at the time of the arbitration hearing. Furthermore, were perjury was the fraud alleged, the evidence had to be so strong that it would reasonably have been expected to be decisive at a hearing, and would necessarily have had that result if unanswered. In the instant case, the arbitrators had heard and rejected the bribery allegation. Moreover, there had been evidence before them that the transaction was a straightforward commercial contract, they had specifically found that the contract was not illegal, there was nothing to suggest that the arbitrators were incompetent, and there was no reason to suspect collusion or bad faith in the obtaining of the award”* (Court of Appeals, Civil Division, *Westacre Investments v. Jugoimport*: (1999) 3 All ER 864). Esta decisión constituye una evolución notable en comparación a la jurisprudencia inglesa anterior, puesto que el Tribunal de Apelaciones había juzgado en 1998, en su sentencia *Soleimany c. Soleimany* (1998: 3 WLR 811), que *“an enforcement Judge, if there is prima facie evi-*

dence from one side that the award is based on an illegal contract, should inquire further to some extent”.

Podemos señalar igualmente una decisión alemana rechazando la anulación de un laudo contrario al Derecho Concursal, basándose en que la cuestión ya había sido debatida frente a los árbitros (Alta Corte de Baviera, de 25 de Agosto de 2004, 4zSch, 13/04: *Cahiers de l'arbitrage 2005/1, panorama de jurisprudence allemande*). Esta última decisión parece conforme a otras decisiones de apelación en Alemania. El 12 de marzo de 1998, el Tribunal Regional de Hamburgo estimó que el Juez de control está vinculado por la valoración de los hechos realizada en el laudo (Oberlandsgericht Hamburg, 6 U 110/97). El 14 de mayo de 1999, el mismo Tribunal Regional de Hamburgo decidió que el principio de prohibición de la revisión de fondo no le permite al Juez sustituir su valoración de los hechos a la que había sido establecida por el tribunal arbitral (Oberlandsgericht Hamburg, 1 Sch 2/99, n°31). Del mismo modo, el 8 de agosto de 2007, el Tribunal Regional de Turingia decidió que no le corresponde al Juez corregir los errores en la aplicación del derecho por parte del Tribunal Arbitral (SchiedsVZ 2008, 44). Sin embargo, en ciertas cortes alemanas esta situación respecto al control de orden público de los laudos, no es aún del todo clara (ver al respecto K. Sachs, *La portée du contrôle exercé par les tribunaux étatiques allemands sur les sentences arbitrales relatives au droit communautaire de la concurrence*, Cahiers de l'arbitrage, 2008-2). El 21 de julio de 2004, el Tribunal Regional de Düsseldorf decidió que, en cuanto al respeto del orden público, el Juez no debe quedar vinculado a la decisión del Tribunal Arbitral (VI-Sch (Kart) 1/02). El

20 de abril de 2005, el Tribunal superior de Dresde tomó una decisión similar (Schieds VZ 2005, 210).

En Suecia, se puede señalar un fallo del 2005 del Tribunal de Apelación de Svea referente al caso Latvijas Gaze (T 6730-03) en el cual se decidió que: “*únicamente en casos obvios puede establecerse que un laudo viola el orden público debido a una infracción del derecho de la competencia*”.

Las decisiones que tienden a excluir toda revisión de fondo en nombre del orden público merecen ser plenamente aprobadas. Reabrir ante el Juez un debate que ya ha tenido lugar frente a los árbitros implica, de hecho, privar de efecto la voluntad de las partes de someter su litigio al arbitraje y vaciar de todo contenido las disposiciones legales –cuando ellas existan, como es el caso en Francia– que reconocen al laudo la autoridad de cosa juzgada desde su pronunciamiento.

Otra manera de excluir el control es limitarlo a verificar la compatibilidad con el orden público de la *solución* aportada por el árbitro al litigio. Esto es lo que ha hecho la *Cour D’appel* de París en un caso en el que juzgó que la conformidad del laudo al derecho comunitario de la competencia debe referirse “*no a la apreciación que los árbitros hicieron del derecho de las partes respecto de las disposiciones de orden público invocadas, sino sobre la solución aportada al litigio; la anulación no se producirá, sino en la medida en que esta solución viole el orden público*” (CA París, 14 de octubre de 1993, *Aplix v. Velcro*: *Juris-Data* 1993-024166; *Rev. arb.* 1994, p. 164, nota Ch. Jarrosson. En el mismo sentido, ver *Cass.* 2 civ. 2ª de febrero de 1991, *Veradour v. Larroche*: *Juris-Data* 1991-700784; *Rev. arb.* 1991, p. 447, nota de L. Idot. – CA

Paris, 27 de octubre de 1994, *LTDC v. Reynolds*: *Juris-Data* 1994-024076, *Rev. arb.* 1994 p. 709. – CA París 23 de febrero de 1996, *Leroy v. Prodim*: *Rev. arb.* 2000, *Lapeyre v. Sauvage*: *Rev. arb.* 2001, p. 806, nota de Y. Derains. – CA París 14 de junio de 2001, *André v. Tradigrain*: *Juris-Data* 2001-177311; *Rev. arb.* 2001 p. 773, nota Ch. Seraglini. – CA París, 17 de enero de 2002: *Juris-Data* 2002 – 184968, *Omenex v. Hugon*: *Cahiers de l’arbitrage, Recueil, Vol. II, 2002-2003*, p. 350 – CA París, 7 de mayo de 2002, *Gautier v. Rougagnou*: *Juris-Data* 2002-196270; *Cahiers de l’arbitrage, Recueil, Vol. II, 2002-2003*, p. 354).

En otro caso, sobre una presunta violación del derecho de la competencia, la *Cour D’appel* de París rechazó el recurso que se intentó contra el laudo, en razón de que la solución adoptada se limitaba a consagrar el derecho a indemnización de una parte debido a la violación de las obligaciones de la otra (CA París, 28 de abril de 1988, *Matra v. Alkan*: *Juris-Data* número 1988-024133; *Rev. arb.* 1989, p. 280, nota de L. Idot – ver igualmente, tratándose de disposiciones de orden público relativas a las penalidades por retraso en los pagos entre empresas, *Cass.* 2 civ., 1 de enero de 2004, *Peinture Normandie v. Olin Lanctuit*: “*La Cour D’appel, después de haber estimado en buen derecho que (...) el control ejercido por ella no concernía sino a la solución dada al litigio, y que no se produce la anulación que en la medida en que esta solución viole el orden público, de esta manera pudo concluir que no se demostró que la solución adoptada por el árbitro fuera contraria al orden público*”: *Juris-Data* 2004-021783; *Cahiers de l’arbitrage* 2004/1, *Gaz. Pal.* 2004, 142-143, p. 21). Las jurisprudencias suiza, alemana e ita-

liana, igualmente parecen haber adoptado esta solución.

Aún cuando la fórmula acogida por estas decisiones no se encuentra libre de ambigüedades, la misma debe entenderse como un rechazo a examinar los casos en cuanto al fondo: para ser sancionada, la violación del orden público debe resultar de la decisión adoptada por los árbitros en el laudo. El Juez no puede, por lo tanto, controlar la calificación dada por el árbitro al contrato (así fue juzgado en un caso relativo a la aplicación del artículo 85 del TCE a un acuerdo cuya calificación de contrato de prestación de servicios o de venta era impugnada: CA París de 7 de julio de 1989, Larroche v. Veradour: *Juris-Data* 1989-026447; *Rev. arb.* 1990, p. 115, y sobre la apelación, Cass. 2° civ., 20 de febrero), ni tampoco la desnaturalización de los actos sometidos a los árbitros (CA París, 20 de mayo de 1994, Danton défense v. Cotelle: *Juris-Data* 1994-022513; *Rev. arb.* 1994, p. 397. –CA París, 20 de abril de 2000, Barbot v. Richrad Ducros: *Juris-Data* 2000-122975, *Cahiers de l'arbitrage*, recueil, volumen I, 2000-2001, p. 358– CA París, 13 de junio de 2002, Addis Abeba Water v. HBT: *Juris-Data* 2002-189580; *Cahiers de l'arbitrage*, Recueil, volumen II, 2002-2003, p. 356. – CA París, 16 de enero de 2003, Thalès v. Ingénierie des technologies nouvelles: *Juris-Data* 2003-206382; *Cahiers de l'arbitrage*, Recueil, vol. II 2002-2003, p. 362). No se trata entonces aquí, como lo destacó pertinentemente un autor, sino de una apariencia de control (E. Loquin, nota sobre Cass. 1° civ., 3 de junio de 1998: *Juris-Data*: 1998-002439; *Rev. arb.* 1999, p. 71). Como lo dice justamente Yves Derains: “Hay que aceptar la evidencia. Al negarse a controlar la interpretación por los árbitros

de las convenciones de las partes, dando por hechos los elementos de hecho o de derecho que han sido acogidos, las jurisdicciones francesas se abstienen deliberadamente de verificar que una regla de orden público eventualmente aplicable haya sido correctamente aplicada a los hechos del caso concreto” (2001).

Otro método de limitar el control de laudos bajo el orden público es el adoptado por el derecho suizo. El Tribunal Federal Suizo decidió, en el caso *Tensacciai v. Terra Armata* (8 de marzo de 2006), que el derecho de la competencia no forma parte del concepto de orden público. En este caso se trataba del derecho comunitario de la competencia, el cual por supuesto no forma parte del derecho suizo. Sin embargo, la decisión procede de una concepción, que ya la jurisprudencia suiza había expresado en el caso *Westland*, según la cual el orden público internacional se limita a aquellos valores universalmente compartidos, entre los cuales no se encuentra el derecho de la competencia. Dicha jurisprudencia procede entonces de una voluntad de transnacionalización del concepto de orden público.

2.2. Un paradigma de los problemas planteados por el control de laudos bajo el derecho comunitario de la competencia: el caso Thalès y sus desarrollos

La decisión Thalès es la primera aplicación por las jurisdicciones francesas de la jurisprudencia *Eco Swiss* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En esta bien conocida decisión (*TJCE*, 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, *aff. C-126/97*; *Europe* 1999, *comm.* 302; *Rev.*

Arb. 1999, p. 639, nota de L. Idot⁽¹⁾, el Tribunal de Justicia había resuelto que el control de laudos en cuanto al orden público debe incluir la verificación de su conformidad con el derecho comunitario de la competencia, y más precisamente con el derecho de los acuerdos ilícitos. La *Cour D'appel* de París añade sin embargo: “a condición que la violación sea flagrante y que el principio de prohibición de la revisión de fondo del asunto, sea respetada”. El Tribunal de Apelación rechaza entonces el recurso, juzgando que: “la violación del orden público internacional en el sentido del artículo 1502-5° del NCPC debe ser flagrante, efectiva y concreta”.

Una motivación parecida había sido empleada anteriormente por la Corte reguladora (Cass. 1° civ. 21 de marzo de 2000, Verhoeft c. Moreau: *Juris-Data* 2000-001195; *Cahiers de l'arbitrage*, recueil. Vol. I, 2000-2001, p. 357). Podemos mencionar igualmente la decisión por la cual la *Cour D'appel* de París permitió la ejecución de un laudo arbitral dado que la recurrente “más que intentar la demostración de una violación flagrante, efectiva y concreta del orden público internacional por la solución contenida en el laudo, retoma finalmente una argumentación que no tuvo éxito frente a los árbitros, como si la Corte juzgara en tanto que segunda instancia en el caso (...) cuando la revisión del fondo le está prohibida” (CA París, 20 de junio de 2002, *Ordartech v. W Management*: *Rev. arb.* 2002, p. 971, nota de J. B. Racine).

La solución según la cual el control se debe limitar tan sólo a las violaciones flagrantes del orden público ha sido apoyada, muy recientemente, en una importante decisión de la *Cour de Cassation* francesa.

En el caso *SNF v. Cytec*, el Tribunal Supremo francés decidió en efecto, en un fallo del 4 de junio de 2008, que sólo se puede anular un laudo arbitral por violación del derecho de la competencia si dicha violación es flagrante: “tratándose de la violación del orden público internacional, sólo el reconocimiento o la ejecución de la sentencia es examinado por parte del juez de la anulación respecto a la compatibilidad de su solución con el orden público, dicho control se limita al carácter flagrante, efectivo y concreto de la violación alegada. La sentencia acoge en principio que anulando el contrato de suministro de 1993, contrario al artículo 81 del tratado CE, y decidiendo que en la ausencia de posición dominante, la Sociedad *Cytec* no había podido declararse culpable de un abuso en el sentido del artículo 82 del tratado, el tribunal arbitral ha hecho aplicación del derecho comunitario de la competencia. La sociedad *SNF* no demuestra ninguna violación flagrante, efectiva y concreta del orden público internacional. Finalmente, la sociedad *SNF* habiendo podido demandar la reparación según la eficacia del derecho comunitario y no entrando dichas reparaciones en el cuadro del control ejercido a título del artículo 1502-5 del Código de Procedimiento Civil para la

(1) POILLOT-PERRUZZETTO. *L'ordre public International en droit communautaire : à propos de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés du 1er juin, 1999*; *JDI* 2000, p. 299; *CMLR* 2000, p. 459, obs. KOMNINOS – MOURRE. *Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de justice des communautés européennes: Cahiers de l'arbitrage. Recueil. Volumen I, 2000-2001. p. 77.*

protección de los principios fundamentales, las conclusiones del Tribunal Arbitral en la sentencia no estaban llamadas a ser nuevamente discutidas ante la Cour D'appel. Esta, quien procedió –dentro de los límites de sus poderes, es decir sin revisión de fondo de la sentencia arbitral– al control del laudo en lo relacionado a la aplicación de las reglas comunitarias de la competencia, dijo exactamente que su reconocimiento y su ejecución no eran contrarias al orden público internacional”. Dicha solución es plenamente conforme a la adoptada en 2004 por el Tribunal de Apelación en el caso *Thalès*, cuyos antecedentes fácticos resulta interesante conocer por su carácter paradigmático. Los hechos del caso *Thalès* pueden resumirse brevemente así: La sociedad *Thalès* estaba unida desde 1992 a la sociedad *Euro-missile* por un acuerdo de licencia de una duración de veinticinco años, incluyendo una doble exclusividad, de fabricación y de venta, sobre sistemas de armas. Este acuerdo de licencia venía acompañado de un protocolo de acuerdo comercial, concluido el año precedente, de una duración de ocho años. En 1998, *Thalès* notifica a *Euro-missile* la resolución unilateral del contrato de licencia, a causa de la violación de una obligación esencial del protocolo de acuerdo, el cual, según *Thalès*, formaba un todo indivisible con el contrato. Seguidamente, *Thalès* acude al Tribunal Arbitral previsto por la cláusula compromisoria CCI convenida entre las partes y exige que se declare que la resolución estaba bien fundada. El Tribunal Arbitral dicta un primer laudo el 5 de octubre de 2000, en el cual juzga la ruptura injustificada y rechaza las peticiones indemnizatorias fundadas sobre el protocolo del acuerdo. Este primer laudo fue sometido al exequátur y no fue objeto de recurso. El Tribunal Arbitral dicta pos-

teriormente, el 23 de octubre de 2002, un segundo laudo sobre la evaluación del perjuicio sufrido por *Euro-missile. Thalès* entonces incoa ante la *Cour D'appel* de París un recurso en anulación, dirigido contra este segundo laudo, en el marco del cual invoca por primera vez la nulidad del contrato de licencia basado en el artículo 81 del Tratado CE.

Habiendo aceptado la admisibilidad del recurso, al Tribunal de Apelación de París le quedaba la tarea de decidirlo. En otros términos, le correspondía sopesar la necesaria aplicación de las disposiciones imperativas de derecho comunitario y el carácter limitado del control ejercido sobre los laudos. Como se ha dicho, este equilibrio es especialmente delicado y difícil de conseguir en materia de orden público económico, y particularmente en materia de derecho comunitario de los acuerdos restrictivos de la competencia. Como lo indica el Tribunal de Apelación, para apreciar la conformidad del acuerdo litigioso al artículo 81 del Tratado le hubiera sido necesario “*verificar si es de tal naturaleza que tenga efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación, la diversidad o calidad de los productos en el mercado pertinente, que deberán definirse, evaluando la naturaleza de los productos, la posición en el mercado de las partes, de los compradores y de la competencia, la existencia de competidores potenciales y el nivel de barreras a la entrada, el carácter necesario y proporcionado de las restricciones accesorias, etcétera*”. Semejante análisis hubiera conducido al Tribunal a entrar a conocer el fondo del asunto y por lo tanto a desnaturalizar la esencia misma del control ejercido sobre los laudos.

El razonamiento adoptado por el Tribunal de Apelación de París tiene una

doble significación. Al afirmar que la violación debe ser efectiva y concreta, las jurisdicciones francesas se niegan a censurar un error sin consecuencias reales, como una aplicación de la regla imperativa cuando no debía haber sido tomada en cuenta, o una aplicación errónea de la regla que lleve a un resultado idéntico a aquel que hubiese sido alcanzado por los Tribunales del foro (por ejemplo, la sentencia de 2 de octubre de 1989 del Tribunal de Apelación de Versalles rechazando la censura del laudo por el motivo de que la violación alegada era “*puramente formal*”, y que esta no menoscababa “*concreta y efectivamente, en el caso particular, los resultados buscados y los objetivos perseguidos por una reglamentación interna de orden público*”: Rev. arb. 1990, p. 115, nota de L. Idot). Lo cual es absolutamente lógico. Por el contrario, al exigir que la violación sea flagrante, los jueces instalan un verdadero filtro, que puede entenderse de dos maneras diferentes. Primeramente, el carácter flagrante de la infracción puede referirse al contenido del laudo: será entonces considerada como flagrante una violación del orden público cuya existencia pueda deducirse de las constataciones del árbitro, tal y como han sido expuestas en el laudo. Es en este sentido que Yves Derains ha interpretado la decisión de 21 de marzo de 2000 de la *Cour de Cassation* (nota sobre la decisión de 21 de marzo de 2000: Rev. arb. 2001, p. 817: “*la solución susceptible de violar el orden público es entonces aquella dada a un litigio en el que los elementos constitutivos sean delimitados por las constataciones de hecho del árbitro y su apreciación de los derechos de las partes*”). Pudiéramos también interpretar la fórmula de manera más literal: lo que es flagrante debe ser evidente: haría falta entonces,

como lo sugería el autor del recurso en el caso *Thalès*, que la violación del orden público “salte a la vista”. Sin embargo, como ya lo hemos dicho, el carácter económico y complejo del derecho comunitario de la competencia hace que sea raro que el carácter ilícito de un acuerdo “salte a la vista”.

Sólo dos decisiones francesas, en el período más reciente, se han comprometido abiertamente en favor de la revisión de fondo. Se trata de la sentencia de la *Cour D’appel* en el caso *Westman*, donde se decidió que “*el poder reconocido al árbitro, en materia de arbitraje internacional, de apreciar la legalidad de un contrato en relación a las reglas de orden público internacional y de sancionar la ilicitud, pronunciando en particular su nulidad, implica, en el marco de un recurso en anulación fundado sobre la contrariedad del reconocimiento o de la ejecución del laudo arbitral al orden público internacional, un control del laudo por el Juez de la anulación, considerando en hechos y derecho, todos los elementos que le permitan justificar la aplicación o no, de la regla de orden público internacional, y en caso afirmativo, de apreciar, en vista de ésta, la licitud del contrato*” (Trib. Ap. París, 30 de septiembre de 1993, Thomson CSF v. Brunner: Cahiers de l’arbitrage, Recueil, volumen I, 2000-2001. p. 348). Sin embargo, pudiéramos pensar que estas soluciones aisladas se explican por el hecho de que en estos dos casos se trataba de actos de corrupción o de tráfico de influencias.

Evidenciamos entonces una notable consistencia de la jurisprudencia en su rechazo a entrar en un examen de fondo del caso en nombre del control del orden público. Las soluciones así adoptadas son

conformes a los textos (según el artículo 1498 del NCPC, los laudos son reconocidos en Francia, “*si este reconocimiento no es manifiestamente contrario al orden público internacional*”, y sin que sea absurdo interpretar el artículo 1502-5 del NCPC a la luz de esta disposición.), y a la naturaleza, necesariamente limitada a la verificación de la validez del título mismo del control. Según esta jurisprudencia, sólo una violación manifiesta a un valor fundamental puede justificar que sea re-examinada la solución adoptada por los árbitros. La sentencia *Thalès* se sitúa en el hilo de la jurisprudencia francesa e internacional cuando juzga que: “*el Juez de la anulación no podrá, bajo pena de desobedecer el carácter final de la decisión de los árbitros sobre el fondo del proceso (la violación de una ley de orden público no autoriza ninguna inaplicación de la regla procesal de interdicción de una revisión de fondo), efectuar en la ausencia de fraude o, como ha sido dicho, de violación manifiesta, un examen de la aplicación de las reglas de la competencia al contrato litigioso, ninguna anulación se produce simplemente porque los árbitros (...) no alegaron de oficio las cuestiones de derecho comunitario de la competencia*”. Añadiremos que la violación no será manifiesta a menos que resulte de las enunciacines del laudo mismo, sin que necesite que se realice una investigación para poder ser advertida. Como lo ha dicho la *Cour D’appel*, el control no le permite apreciar sino únicamente: “*los elementos que se encuentran en el laudo sometido a su control*”.

¿Es compatible con el derecho comunitario la limitación al control así instaurada? Las soluciones *Thalès* y *SNF* ciertamente no provocarán la adhesión de quienes estimen que la aplicación del de-

recho comunitario debe prevalecer sobre toda otra consideración. Nosotros estimamos sin embargo que al limitar, como ellas lo hacen, el control ejercido sobre los laudos, la *Cour D’appel* de París y luego el Tribunal Supremo francés no contravienen el derecho comunitario manteniéndose dentro de los límites que le permite la autonomía procesal de los Estados.

Recordaremos al respecto que, en materia de reconocimiento y de ejecución de decisiones emitidas por un país de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha admitido que una decisión que hubiese aplicado incorrectamente el derecho comunitario no puede, por éste solo hecho, oponer un rechazo al reconocimiento bajo el fundamento de la reserva de contrariedad al orden público de que trata el artículo 27 de la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Sólo, según el Tribunal de Justicia, constituyen violaciones del orden público en el sentido de esta disposición, las violaciones manifiestas de los valores mas fundamentales del foro: “*a fin de respetar la prohibición de la revisión a fondo de la decisión extranjera, la lesión deberá constituir una violación manifiesta de una regla de derecho considerada como esencial dentro del orden jurídico del Estado requerido o de un derecho considerado como fundamental en este orden jurídico*” (TJCE, 11 de mayo de 2000, aff. C-38-98, Renault v. Maxicar: Europe 2000, com. 230). Esta decisión concernía a una cláusula de protección territorial y al principio de libre circulación, y la violación alegada se refería al artículo 82 TCE. Podemos además constatar que el artículo 34 del Reglamento CE 44/2001 restringe el control al carácter “manifiestamente” contrario al orden público de la decisión extranjera (el

artículo 27-1 de la Convención de Bruselas preveía anteriormente que las decisiones no sean reconocidas “*si el reconocimiento es contrario al orden público del Estado requerido*”), y esta noción debe ser comprendida, a la luz de la sentencia que viene de ser citada, como haciendo referencia únicamente a los valores más fundamentales del foro. El derecho comunitario excluye entonces que las jurisdicciones de los Estados puedan controlar la correcta aplicación de las reglas de competencia por las jurisdicciones de otros Estados miembros. ¿Por qué la misma solución no podría ser adoptada para ejercer el control de los laudos arbitrales? Algunos dirán que no se pueden trasponer al arbitraje las soluciones del derecho judicial privado europeo, dado que este reposa sobre la confianza que se otorgan mutuamente los Estados miembros. La objeción no es completamente convincente.

Antes que nada, el TJCE se fija el objetivo de asegurar la libre circulación de decisiones judiciales así como de laudos (artículos 65 y 293 TCE). Si admitimos que el control de sentencias extranjeras se limite en el orden comunitario a las violaciones manifiestas de los valores más fundamentales del foro, no hay ninguna razón para pensar que este orden no pueda tolerar un control semejante sobre los laudos. Seguidamente, al igual que la Convención de Bruselas se funda en la confianza que los Estados miembros tienen en las jurisdicciones nacionales de los otros Estados miembros, la Convención de Nueva York se basa en la confianza acordada por los Estados firmantes a los árbitros. No existe además ninguna razón para que el foro otorgue menos confianza a un árbitro que a un juez extranjero para proteger el orden público. El hecho de que en los procedimientos judiciales se apli-

que generalmente una doble instancia tampoco es susceptible de justificar una diferencia de régimen en la intensidad del control al que son sometidos sentencias y laudos, puesto que una sentencia puede perfectamente no haber sido objeto de apelación o la corte de apelaciones puede, ella misma, haber evadido o aplicado incorrectamente el derecho comunitario.

La sentencia *Eco Swiss* parece sin embargo, aparentemente, oponerse a esta apreciación de las cosas, al menos en lo que concierne al Derecho comunitario de la competencia. Al afirmar que una “*jurisdicción nacional que conozca de una demanda en anulación de un laudo arbitral debe acoger esta demanda cuando estime que el laudo es efectivamente contrario al artículo 81 CE (ex artículo 85), dado que ella debe, según las reglas de procedimiento interno, admitir las demandas de anulación fundadas en el desconocimiento de las reglas nacionales de orden público*”, el Tribunal de Justicia parece prohibir que el orden público internacional pueda excluir las reglas europeas relativas a los acuerdos ilícitos: según el Tribunal de Justicia, o bien el control del orden público es autorizado por el foro, y debe en tal caso necesariamente incluir el derecho comunitario, o bien no lo es. A primera vista, la solución es lógica: el derecho comunitario de la competencia es imperativo, y debe ser considerado como de orden público dentro del marco del control de los laudos; la solución fue entonces aprobada por la doctrina (ver L. Idot, en *Rev. arb.* 1999, p. 644, para quien “*el carácter de orden público de las reglas comunitarias de competencia prevalece sobre el principio de autonomía procesal*” – y A. Komminos, en *CMLR* 2000, p. 472, para quien “*this fundamental character of EC competition law, in casu of Article 81 EC, is balanced*

against the Member States interests of a limited review of arbitral awards and, as a result of this balancing act, it is accorded precedence”).

No podemos; sin embargo, abstenernos de señalar la contradicción entre la decisión Eco Swiss y la solución adoptada en materia de sentencias judiciales en el caso Maxicar: ¿cómo conciliar una decisión según la cual una incorrecta aplicación del artículo 82 del TJCE no constituya una violación del orden público del Estado requerido (sentencia Maxicar) con otra según la cual una incorrecta aplicación del artículo 81 por los árbitros deberá ser censurada (sentencia Eco Swiss)? ¿Hay alguna razón para pensar que el derecho de los acuerdos ilícitos reviste a los ojos de la Unión una importancia superior de la lucha contra los abusos de posición dominante? Igualmente, no podemos evitar señalar la contradicción entre la sentencia Eco Swiss, según la cual el artículo 81 forma parte del orden público de los Estados miembros, y la sentencia Maxicar, según la cual “*no corresponde a la Corte definir el contenido del orden público de un Estado miembro*” (§ 28 de la sentencia). Un autor ha tratado de explicar esta contradicción resaltando que “*el Tribunal arbitral no tiene la posibilidad de presentar cuestiones prejudiciales al Tribunal de justicia, de manera que la aplicación del derecho comunitario por el Tribunal arbitral puede ser errónea. Por el contrario, según la sentencia Renault v. Maxicar, los Tribunales del Estado de origen estarían obligados a respetar el derecho comunitario y tendrían la posibilidad de solicitar una interpretación imperativa de la Corte de justicia según*

el artículo 234 CE”⁽²⁾. La explicación no parece satisfactoria. En efecto, las cuestiones prejudiciales se refieren a la interpretación del Tratado mismo, y no dan ninguna garantía sobre la correcta aplicación del derecho comunitario de los acuerdos ilícitos cuando éste depende —como generalmente es el caso— del análisis económico. Además, existen casos en los que esta opción tampoco es posible para las jurisdicciones nacionales que deciden sobre el fondo, como en materia de derecho judicial privado comunitario; no podemos entonces considerar que la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo sea indispensable para asegurar una buena aplicación del derecho comunitario por las jurisdicciones del foro. Finalmente, esta posibilidad es facultativa (el reenvío es obligatorio para las jurisdicciones que deciden en última instancia) y sabemos que numerosas jurisdicciones lo utilizan raramente, incluso nunca. No hay entonces ninguna razón para suponer que las jurisdicciones arbitrales se mostrarían menos rigurosas que los Tribunales ordinarios al tomar en cuenta el derecho comunitario aunque no puedan plantear cuestiones prejudiciales.

En realidad la pregunta pertinente no es la de saber si los tribunales arbitrales pueden o no presentar cuestiones prejudiciales al tribunal de justicia, sino la de saber, por una parte, si el tribunal de justicia ha querido *imponer* a los Estados miembros el control de las sentencias en materia de orden público comunitario y, por otra parte, si tal intrusión del derecho comunitario en el derecho del arbitraje de los Estados miembros sería justificada.

(2) BASEDOW, J. *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence*. Dans: *Le droit International privé, esprit et méthodes, études offertes à Paul Lagarde*. Dalloz, 2005. p. 70.

Desde este punto de vista, no se puede hacer decir a la sentencia *Eco Swiss* lo que ella misma no declara. Al contrario de lo que a veces ha sido afirmado (A. Komninos, en CMLR 2000, p. 468, escribió así: “*National Courts being bound by article 10 EC to ensure the effectiveness of Community law are precluded from enforcing arbitral awards which are contrary to EC competition law*”), no es cierto que *Eco Swiss* imponga a los Tribunales de los Estados miembros el control de la conformidad del laudo con lo que el Tribunal de justicia define como “el orden público comunitario”. La interpretación según la cual el artículo 10 del Tratado impone a las jurisdicciones de los Estados controlar en toda circunstancia si el derecho comunitario de la competencia ha sido correctamente aplicado ha sido desmentida por el derecho comunitario mismo, y concretamente por la sentencia *Maxicar*. Podemos además observar que el reglamento CE 805/2004 (sobre este texto, ver A. Mourre y Y. Lahlou, *Le règlement CE 805/2004 portant création d'un titre exécutoire européen*, RDAI 2004, p. 538) prevé la obligación para los Estados miembros de ejecutar, sin ningún control respecto al orden público de fondo, las decisiones de justicia dictadas por las jurisdicciones de otro Estado miembro cuando la deuda no haya sido rechazada por el deudor. No es entonces de ninguna manera inconcebible, desde el punto de vista del derecho comunitario, que una decisión que haya ignorado o violado el Derecho de la Competencia sea reconocida y ejecutada. En realidad, la sentencia *Eco Swiss* se limita a establecer, conforme al principio de equivalencia, la premisa según la cual, cuando las jurisdicciones nacionales deben controlar una sentencia en vista del orden público, esta noción incluye el derecho comunitario de la competencia.

Por criticable que pueda ser la asimilación hecha por el Tribunal de Justicia del orden público comunitario al orden público en el sentido de la Convención de Nueva York, ello no implica que los Estados deban ejercer necesariamente este control. Tampoco significa que los Estados no puedan elegir controlar únicamente las violaciones manifiestas de los valores más esenciales, y no el conjunto de las reglas imperativas. Recordaremos, en este sentido, las conclusiones del abogado general Reischl en el caso *Nordsee*, según las cuales “*si admitimos que el derecho material nacional no está siendo correctamente aplicado en los laudos arbitrales, y si, por consiguiente, no percibimos ningún peligro para la evolución del derecho en el hecho de que ninguna medida ha sido tomada para su aplicación permanente y exacta, es difícil, en nuestra opinión, en el caso del derecho comunitario, considerar que exigencias más estrictas sean necesarias*” (TJCE, 23 de marzo de 1982, aff. 102/81, *Nordsee*, Rec. 1982, p. 1095 s.). Observaremos igualmente que la *Cour d'appel* de París motivó su decisión en el caso *Thalès* precisamente sobre el fundamento del principio de equivalencia. Ésta estimó en efecto que el derecho comunitario debe “*beneficiar solamente, en los términos de un análisis que pone en la balanza la necesidad de su aplicación con los principios de la seguridad jurídica y el respeto de las reglas fundamentales del arbitraje, de la misma atención y protección que las reglas imperativas de derecho de origen nacional*”. En otros términos, el control se ejerce de la misma manera por lo que respecta a las prescripciones imperativas del derecho interno y por aquellas de origen comunitario; en los dos casos, se limita a una verificación sumaria de la

validez del título y excluye que el Juez pueda librarse a una instrucción sobre el fondo del caso. Semejante motivación no es de ninguna manera contraria a la sentencia *Eco Swiss*, y parece completamente digna de ser aprobada.

Añadiremos que hubiera sido totalmente injustificado por parte del tribunal de justicia europeo el imponer a los Estados las modalidades de control de los laudos en relación al derecho comunitario. En este sentido, conviene resaltar que el foro dispone de otros medios que el control de laudos para asegurar la aplicación de sus prescripciones imperativas, incluidas aquellas de origen comunitario que constituyen parte integrante de su ordenamiento jurídico. La Comisión Europea, así como las autoridades nacionales de competencia y las jurisdicciones nacionales en el marco descentralizado del control de los acuerdos ilícitos, pueden ordenar a las partes cesar sus comportamientos anticompetitivos aún cuando estos comportamientos hubiesen sido considerados lícitos por los árbitros. Pueden constatar la nulidad de un contrato que hubiera sido validado por los árbitros e imponer multas.

En resumen, tomando en cuenta que la posible contrariedad de un laudo al orden público comunitario no obstaculiza ni a la Comisión ni a las autoridades y jurisdicciones nacionales para intervenir de oficio o a solicitud de terceros, no existe razón de imponer a los Estados trastornar los principios de sus derechos del arbitraje para efectuar un control del laudo que implique un examen de fondo. Podemos observar que es precisamente así como ra-

zonó el Tribunal de Apelaciones estadounidense en el caso *Baxter* precitado: “*treating Baxter as bound (frente a Abott) by the tribunal’s conclusion that the licence (as construed to provide strong exclusivity) is lawful, does not condemn the public to tolerate a monopoly. If the three-corner arrangement between Baxter, Maruishi, and Abott really does offend the Sherman Act, the United States, the FTC, or any purchaser of sevoflurane is free to sue and obtain relief. None of them is bound by the award*”.

No desconocemos las ambigüedades de la motivación de la sentencia *Eco Swiss* (particularmente el § 40, según el cual el hecho de que los árbitros no puedan, en virtud de la jurisprudencia *Nordsee*, presentar cuestiones prejudiciales implicaría que las jurisdicciones nacionales que efectúan el control de los laudos tengan esta posibilidad), ni la opinión del abogado general Antonio Saggio, firmemente orientado en el sentido de la exigencia del control de los laudos en cuanto al derecho comunitario (§ 32 y 33 de las conclusiones). Sin embargo nos parece que el necesario respeto a la autonomía procesal de los Estados, y el hecho de que la efectividad del derecho comunitario en caso de violación por el árbitro de las reglas de derecho europeo esté asegurada por otros medios, abogan a favor de una interpretación restrictiva de las exigencias establecidas por el Tribunal de Justicia Europeo⁽³⁾. El Tribunal de Justicia ha admitido, de hecho, que es suficiente, para que la efectividad del derecho comunitario esté asegurada, que el sistema procesal de los Estados miembros haga posible el ejercicio de los derechos y acciones que

⁽³⁾ Ver en este sentido, SHELKOPYLAS, N. *The application of EC law in arbitration proceedings*. En: Europa Law Publishing, 2003. p. 134 y 135.

él prevé (sentencia *Rewa*, aff. 33/76, § 5: “Pertenece al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro el designar las jurisdicciones competentes y regular las modalidades procedimentales de los recursos judiciales destinados a garantizar la protección de los derechos que los justiciables obtengan directamente del derecho comunitario, a condición que estas modalidades no sean menos favorables que aquellas concernientes a los recursos similares de naturaleza interna (...). Sólo en el caso de que estas modalidades y plazos terminen volviendo en la práctica imposible el ejercicio de los derechos, que las jurisdicciones nacionales tienen la obligación de proteger podría no aplicarse este principio”; en el mismo sentido, sentencia *Comet*, aff. 45/76, § 13). Y cuando fue interrogada sobre el punto de saber si la efectividad del derecho comunitario de la competencia imponía, no obstante las reglas neerlandesas relativas a la pasividad del Juez, que éste derecho sea eventualmente invocado de oficio por dicho Juez, el Tribunal de justicia se limitó a responder, respetando el principio de equivalencia, que el derecho comunitario de la competencia es obligatorio y de efecto directo, y que el juez tiene la obligación de invocarlo de oficio si esta obligación le corresponde en lo que se refiere a las otras reglas imperativas del foro (sentencia *Van Schijndel*, aff. C-430/93 y 431/93). En el caso *Peterbroek*, decidido el mismo día (aff. C-312/93), el tribunal de justicia estimó que la regla belga que prohibía al Juez invocar de oficio la incompatibilidad entre una regla nacional y el derecho comunitario era contraria al Tratado, pero esta decisión, inversa a la solución adoptada en el caso *Van Schijndel*, se explica sin duda por el hecho de que no existía según el derecho nacional ninguna otra jurisdicción que pudiera exami-

nar la cuestión e interponer eventualmente una cuestión prejudicial, y que el Tribunal consideró por lo tanto que la regla hacía extremadamente difícil la aplicación del derecho comunitario). La misma *Cour de Cassation* francesa recordó hace no mucho la importancia del principio de autonomía procesal (Cass. Com. 14 de diciembre de 2004, *PharmaLab v. Galxosmithkline*: D. 2005, jurisp. p. 72). Es indudable que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de autonomía procesal está lejos de ser siempre coherente. El Tribunal tiende a decidir caso por caso, y algunas decisiones expresan un intervencionismo más o menos acentuado [ver así, en materia de derecho de las partes a obtener medidas provisionales, la sentencia *Factortame* (aff. 213/89); en materia de invocación de oficio del carácter abusivo de las cláusulas suscritas por un consumidor a la expiración de un plazo de prescripción, la sentencia *Cofidis* (aff. C-473/00); en materia de elección de la ley aplicable, la sentencia *Ingmar* (aff. C-381/98); en materia de cláusulas de prorrogación de foro suscritas por consumidores, la sentencia *Oceano Grupo* (aff. C-240/98 y 244/98); en materia del derecho de una parte en un acuerdo ilícito de obtener de las jurisdicciones nacionales la compensación del perjuicio resultante de su nulidad, la sentencia *Courage* (aff. C-453/99); en materia de validez del convenio arbitral en materia de consumo, la sentencia *Claro* (TJCE 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro v. Centro Movil*, C-168/05, *Clunet* 2007. p. 581, con nota de A. Mourre) en ocasión de la cual el Tribunal de Justicia europeo decidió que se debe anular un laudo proferido contra un consumidor aunque este haya aceptado participar al arbitraje sin formular ninguna objeción], y otras una mayor reticencia [en materia de control

ejercido por las jurisdicciones sobre las decisiones tomadas por una autoridad administrativa, la sentencia *Upjohn* (aff. C-120/97); en materia de prescripción de un derecho, las decisiones *Steenhorst-Neerings* (aff. C-338/91), *Johnson II* (aff. C-410/92), *Edilizia* (aff. C-231/96), *Dilexport* (aff. C-343/96), y *Aprile* (aff. C-125/94)].


El futuro nos indicará si el Tribunal de Justicia mantendrá el principio de autonomía procesal, gracias al cual los Estados podrían mantener una jurisprudencia favorable al arbitraje limitando el control de orden público comunitario, o si, como parece indicar la decisión *Claro*, se orienta hacia un mayor intervencionismo en el derecho procesal de los Estados con miras a lograr y proteger la anhelada efectividad y uniformidad del derecho comunitario.

2.3. Vías posibles en el futuro

El tema del control de orden público de los laudos plantea cuestiones de gran relevancia, que podrían poner en tela de juicio los principios básicos del derecho del arbitraje que son el de resolución definitiva de los laudos y la prohibición de la revisión de fondo. No hay duda de que existe un conflicto entre la lógica del Convenio de Nueva York (prioridad al reconocimiento y a la circulación internacional de los laudos arbitrales) y el reenvío al derecho nacional por lo que respecta al control de la compatibilidad de los laudos con el orden público local. Sin embargo, se observa una gran convergencia, en la jurisprudencia de distintos países, a favor de limitar el control de orden público de los laudos, con el objetivo de evitar toda revisión de fondo. Los Tribunales de los Estados Unidos, Francia, Italia, Sue-

cia, Suiza e Inglaterra, rechazan entrar al mérito de pretendidas violaciones del orden público para anular los laudos.

En definitiva, la solución así alcanzada es satisfactoria. Al limitar el control a las violaciones flagrantes, o manifiestas, se permite al juez anular un laudo que haya violado los principios más importantes o encubierto las violaciones del derecho de la competencia más inadmisibles, como un cártel cuyo objeto sería el reparto de territorios o la fijación de precios. Al mismo tiempo, se le permite rechazar el control en caso de que la supuesta violación necesite un análisis económico del contrato. El análisis económico no puede ni debe ser objeto de revisión en el marco del control de laudos arbitrales. Esta jurisprudencia, además, se adapta muy bien al derecho moderno de la competencia. Existe hoy en día una diferencia fundamental entre las llamadas infracciones *per se* del derecho de la competencia y las infracciones que suponen un análisis económico. Estas últimas, seguramente, deben quedar excluidas del ámbito del control. La limitación del control a las violaciones flagrantes o manifiestas permite que sea así. Y dicha limitación, como se ha visto, es compatible con el derecho comunitario en base al principio de autonomía procesal.

¿Es deseable, en este contexto, imaginar que se modifique el convenio de Nueva York para adoptar un Concepto uniforme de lo que es el orden público? Personalmente, no me parece realista semejante idea. Es seguramente preferible dejar que cada país cumpla su evolución propia, y que así se realice la deseada armonización en la interpretación de un concepto que acertadamente se ha definido como un *unruly horse*. 

ARBITRABILITY, STILL THROUGH A GLASS DARKLY (*)

Por: JAN PAULSSON (**)

SUMARIO: 1. *The problem.* 2. *Arbitrability as reflected in the New York Convention.* 2.1. *The Perspective of an Enforcement Forum.* 2.2. *But the premise is not necessarily correct.* 2.3. *The Perspective of a Competing Judicial Forum.* 2.4. *Summary.* 3. *Conclusions and proposals.*

1. THE PROBLEM

The topic of arbitrability has been addressed comprehensively in recent literature⁽¹⁾. I do not intend here to add to this respectable corpus. Rather, I wish to consider a narrow question: *whose* notion of arbitrability - whatever it may be - should

be applied to determine whether an arbitration agreement or an award should be ignored by a court because it relates to a subject matter forbidden to arbitration?

In the international context it is not easy to determine what rule of arbitrability⁽²⁾ should be applied. As we

(*) First published in the ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1999. pp. 95 - 104.

(**) Presidente de la London Court of International Arbitration. Presidente del Tribunal Administrativo del Banco Mundial, Washington. Miembro del Grupo Consultivo de Expertos sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI. Socio y Jefe del Grupo de Arbitraje y Derecho Internacional Público de Freshfields Bruckhaus Deringer, París.

(1) See, e.g., the collection of reports and materials delivered at the Swiss Arbitration Association's conference held on 19 November 1993 and published as the Association's Special Series Number 6, entitled *Objective Arbitrability - Antitrust Disputes - Intellectual Property* (1994); the special issue of *12 Arbitration International* Number 2, 1996, as well as the four additional articles published *in id.*, Number 4; CRAIG, William, PARK, William and PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Sec. 5.07. 3rd edition, 1998.

(2) U.S. Courts unfortunately use the word arbitrability interchangeably with the word jurisdiction. The Supreme Court set the example in *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 115 S. Ct. 1920 (1995). The fuzziness of the Court's terminology is exposed in William Park, *The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan*, 12 *ARB. INT.* 137 (1996). Before making its choice of words, the Court would have done well to consider REDFERN, Alan and HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 2nd edition 1991, at 138. Of course the law is a field where words often take on whatever meaning may gain acceptance. And one may concede that it is logical to say that if the arbitral tribunal does not have jurisdiction the dispute is not arbitrable. To allow this overlap is however to blur a useful distinction. For our purposes, the

shall see, the New York Convention, for all its merit in other ways, leaves something to be desired in the way it treats this issue, implicitly as well as explicitly. To perceive the parameters of the debate, let us imagine some legal systems which might have an impact on the parties to an arbitration.

- A. the law of the country of which the actual or prospective defendant (in arbitration) is a national;
- B. the law chosen by the parties as applicable to the contract;
- C. the law of the place of performance of the contract;
- D. the law of the place of arbitration;
- E. the law of the enforcement forum.

Now suppose that law B –but none of the others– contains a limitation on arbitrability, e.g. “disputes concerning the scope of a patent may not be arbitrated”. May the defendant pursue *a court action* in its own country A because law B does not permit arbitration of this kind of dispute, despite the fact that under law A –i.e. that of the court seised– the judge would uphold the arbitration agreement and thus refuse to hear the action?

Or may the defendant invoke law B in support of a jurisdictional objection made *to the arbitral tribunal*, even though:

- law B was intended to regulate activities within country B; and
- law C, where the patent license was intended to have its effect, accepts arbitrability?

Alternatively, if only law D considers the dispute non arbitrable, may the losing party obtain an annulment of the award even though the governing substantive law (B) and the law of the place of performance (C) allow arbitration? Or could the defendant convince a judge in another forum to refuse enforcement on that basis even though the law there (E) would accept the award?

Yet again, what if only law E considers the matter non arbitrable? Why in the name of sweet reason should that fact neutralise enforcement when law E had not the slightest ambition to regulate patents in countries B or C (let alone D)?⁽³⁾

These questions –illustrative rather than exhaustive– are not particularly well resolved by the New York Convention⁽⁴⁾.

concept of arbitrability is limited to the inquiry whether the claims raised are prohibited by law from being resolved by arbitration - irrespective of the otherwise undoubted jurisdiction of the arbitral tribunal.

⁽³⁾ And moreover the arbitration clause in no sense ousted the jurisdiction of the courts of E; if the dispute had not been arbitrated, it might have been heard by the courts of A or C, but not those of E. (It is of course a different matter if A and E are the same.)

⁽⁴⁾ Nor is the issue necessarily clarified if the parties have chosen ICC arbitration. Under the ICC Rules, it is clear that parties may choose the rules of procedure [Article 15(1)] and substance [Article 17(1)] to be applied. On the other hand, while the Rules make clear that the arbitral tribunal may decide whether an arbitration agreement is valid (and the tribunal thus has jurisdiction), the relevant Article 6(4) does not define the law or rules to be applied in determining jurisdictional issues. How the arbitral tribunal may and should seek the solution to issues of arbitrability is thus left open.

2. ARBITRABILITY AS REFLECTED IN THE NEW YORK CONVENTION

The Convention does not use the word “arbitrability,” but a series of different expressions that in fact cover the same concept.

First, Article II establishes that agreements to arbitrate shall be recognised insofar as they concern a subject matter *capable of settlement by arbitration* (subparagraph 1) and that courts must accordingly defer to arbitral tribunals unless they find the arbitration agreement to be *null and void, inoperative or incapable of being performed* (subparagraph 3).

The notion of arbitrability appears next in subparagraph 1 of Article V, which defines the possible basis of non-enforcement of an award if the resisting party is able to prove certain defects. One of these defects is defined under (a) as the arbitration agreement’s being:

“not valid under the law to which the parties subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made”.

Finally, subparagraph 2(a) provides that the enforcement forum may refuse enforcement –possibly on its own motion, and without requiring the resisting party to bear the burden of proof – if:

“the subject matter of the differences is not capable of settlement by

arbitration under the law of that country”.

May these diverse references be understood as pointing to a consistent source of arbitrability criteria?

2.1. The Perspective of an Enforcement Forum

The easiest place to begin is Article V(1)(a), because it alone seeks to deal with the matter explicitly. It makes it clear that for its purposes the norms of arbitrability are to be found in the law to which the parties “subjected” the arbitration agreement, or “failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made”.

There may be disagreement as to whether the parties have “subjected” their arbitration agreement to a particular law, especially in cases where their contract has a general applicable-law clause but no specific stipulation with respect to the arbitration clause. On past performance, we may expect that Indian courts would examine an allegation of non-arbitrability under Indian law even if the place of arbitration was outside India, and even if the arbitration clause said nothing about the law specifically applicable to it, as long as the generally applicable law of the contract was stipulated or deemed to be Indian law⁽⁵⁾. Nevertheless, the rule of Article V(1)(a) ought to be reasonably clear to enforcement judges: they should first look for an expression of the parties’

⁽⁵⁾ See KERR, Michael. *Concord and Conflict in International Arbitration*. 13 Arb. Int. 137, 1997. This is the kind of problem the drafters of the WIPO Arbitration Rules had in mind in Article 59(b):

“The law applicable to the arbitration shall be the arbitration law of the place of arbitration, unless the parties have expressly agreed on the application of another arbitration law and such agreement is permitted by the law of the place of arbitration”.

intent, failing which they may examine arbitrability under the law of the place of arbitration.

But Article V(1)(a) is not the end of the enquiry for enforcement jurisdictions. There is also article V(2)(a). As mentioned, this obstacle to enforcement may be raised by the enforcement court itself. Nevertheless, nothing will stop a resisting party from pointing the judge to article V(2)(a). This is indeed the first thing such a party would do if it found no comfort in the law applicable to the contract or the law of the place of arbitration, because article V(2)(a) entitles the enforcement jurisdiction to reject the award if the dispute was not “capable of settlement by arbitration” *under its own law*. (Naturally one would in this connection be attuned to the possibility that that law permitted a larger domain of arbitrability in cases of an international nature than in purely domestic ones).

One might wonder whether article V(2)(a) needs to preoccupy us at all, since an award which offended the enforcement jurisdiction’s notions of arbitrability is also likely to offend its public policy under Article V(2)(b). Indeed that is how the US courts would act under the *Mitsubishi* approach; an antitrust claim under US law may be arbitrable even if the arbitral tribunal sits in foreign country X and applies foreign law Y, but the resulting award would be unenforceable in the US if the

combined effect of the forum/applicable-law clauses had been to operate as a prospective waiver of a statutory remedy, such as treble damages. US Courts understandably reject such waivers. (Otherwise they would proliferate, and undermine the foundations of American antitrust law.) An award refusing to accord treble damages on the basis that the contractually stipulated law Y prohibited them would thus likely run into a judicial brick wall in the US. But this is a matter falling under Article V(2)(a).

Professor Philippe Fouchard has suggested that the simple elimination of Article V(2)(a) would not alter the substantive effect of the New York Convention and would have the salutary effect of avoiding possible confusion⁽⁶⁾. If his premise is correct [i.e. problems under Article (2)(a) may be subsumed under (b)], he is doubtless right that we would be better off without (a). One cannot remain comfortable with the notion that “(a), properly understood, adds nothing to (b)” because of the obvious counterargument: *ut res magis valeat quam pereat*.

2.2. But the premise is not necessarily correct

In one of the episodes of Atlantic Richfield’s attempt to enforce an award arising out of Libya’s nationalisation of its concession, a judge of the federal court

⁽⁶⁾ “Cette inarbitrabilité ne doit être sanctionnée dans ce pays (i.e. the enforcement forum) que si elle répond à ses conceptions fondamentales de l'accès à la justice publique et si, dans le cas concret, l'objet même de la sentence porte atteinte à l'ordre public de ce pays ; or la violation de cet ordre public est déjà un grief recevable”, *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*, 1997. Rev. Arb. 329, at 347. Prof. Fouchard notes in this connection that by virtue of the 1986 reform Article 1076 of the Netherlands Code of Civil Procedure eliminated non arbitrability from the list of grounds for refusal to enforce awards.

for the District of Columbia invoked Article V(2)(a) of the Convention to uphold Libya's argument to the effect that the award could not be enforced because it purported to rule on the validity of an act of state⁽⁷⁾. In other words, the judge considered that an act of state could not give rise to an arbitrable claim. Although this judgment was quickly repudiated⁽⁸⁾, and although an amendment in 1988 to the U.S. Foreign Sovereign Immunities Act provides that the act of state doctrine shall not bar the enforcement of arbitration agreements or awards⁽⁹⁾, the fact is that Article V(2)(a) of the New York Convention had the effect of neutralising the award on the basis of a perceived non arbitrability rule being a part of the law of the enforcement forum - without any consideration to whether a similar rule obtained as a matter of the law of the place of performance, the law chosen to apply to the concession agreement, or the law of the place of arbitration. It is debatable whether the same result would have been reached under Article V(2)(b).

To conclude this look at Article V and the enforcement court, one is left with the impression that an irrelevant law (that of the place of enforcement) is given unwarranted importance. *If enforcement is not contrary to the public policy of the enforcement forum (this would fall under Article V(2)(b)), and if the dispute is arbitrable under the law applicable to the contract or in the place of arbitration, why should there be any additional room to prevent enforcement because the dispute*

would not have been arbitrable as a matter of the law of the enforcement forum, which is irrelevant to the underlying transaction and was not intended by the lawmakers to be applied to it?

Professor Fouchard is right that Article V(2)(a) should be eliminated, but not necessarily because it is subsumed under subparagraph (b). There may be some independent life in subparagraph (a). It is deleterious; it should be snuffed out.

As for the desirable importance of the law chosen by the parties or that of the place of arbitration, let us revert to it after looking at the remaining relevant passages of the Convention.

2.3. The Perspective of a Competing Judicial Forum

We now turn to the most difficult of the New York Convention's references to arbitrability. It is doubtless also the most important one in practice, because it arises at the fundamental early stage when a court must decide whether it will hear a claim or yield jurisdiction in favour of arbitration under Article II of the Convention.

Quite simply, Article II does not identify the norm to be applied in determining arbitrability. This raises vexing questions. If the *lex fori* considers the matter to be arbitrable, should the judge nevertheless listen to arguments to the effect that, say, the *lex arbitri* considers the dispute "incapable of settlement by

(7) LIAMCO v. Libya, 482 F. Supp. 1175 (D.D.C. 1980), dismissed as moot, Order, D.C. Cir. Nos. 80 - 1207 and 80-1252 (6 May 1981), summarised in VII ICC Yearbook 382 (1982).

(8) See PARK, CRAIG and PAULSSON, Jan. Op. cit. Note. Sec. 36.03.

(9) S. 2204, 123 Congressional Record S. 17209, 21 October 1988.

arbitration”?(10) Or if to the contrary his own *lex fori* considers the matter to be non arbitrable, should the judge nevertheless be swayed by a demonstration that the arbitration would not be impeded in the place of arbitration, and that therefore the arbitral mechanism was plainly “capable” of settling the dispute?(11)

To demonstrate that this is not a scholastic exercise, one need only consider the very concrete dilemma of the *Tribunal de commerce* of Brussels in the case of *Van Hopplynus v. Coherent Inc.*(12)

The plaintiff had been the exclusive distributor of Coherent’s products under a contract stipulating Californian applicable law and AAA arbitration. The agreement was terminated by Coherent. Van Hopplynus disagreed with Coherent’s proposed manner of dealing with used stock, and sought relief before the *Tribunal de commerce*. When Coherent invoked Article II of the New York Convention, Van Hopplynus referred to the 1961

Belgian Law on Exclusive Distributorships, Article 4 of which provides that in the event of termination the agent “may always initiate court proceedings in Belgium against the principal” and that in such cases the court “shall only apply Belgian law”.

Contemplating Article II, the *Tribunal de Commerce* observed that there were three divergent “currents of thought” as concerns the identification of the norms according to which arbitrability should be assessed for the purposes of deciding whether arbitration should be given precedence.

First, the court pointed to commentary and caselaw to the effect that in light of Article V(2)(a)’s express reference to the law of the enforcement forum, consistency demands that the same law be taken into account for the purposes of Article II.

Secondly, “another current” focuses on Article V(1)(a) and its reference to the law

(10) Under French law, arbitration clauses included in the statutes of legal entities constituted under civil law are null and void (Art. 2061, Civil Code); this applies to law firms (Court of Appeal of Angers, 2 July 1975, *GAZ. PAL.* 1975.2.776). Does this mean that a New York judge faced with a suit brought by a French law firm in the United States against one of its former members should refuse to defer to AAA arbitration in New York, which is a standard feature of US partnership agreements? In fact the Court of Appeal of Paris has upheld an AAA clause in the statutes of a French professional corporation established by US nationals practising as *conseils juridiques* in Paris, on the basis that the dispute comported an “international” element, *Rawlings v. Kevorkian et Partners*, 1 December 1993, 1994 *Rev. arb.* 695.

French law is not alone in considering that otherwise non arbitrable disputes become arbitrable when the context is international; in the words of the US Supreme Court in *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, antitrust claims were held arbitrable “even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context,” 473 US 614, at 629 (1985). 20 years later, the Supreme Court maintained this pro-international arbitration stance in *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer et al.*, 115 S. Ct. 2322 (1995), excerpts in *XXI Yearbook* 773 (1996) and expressed the policy objectives in these terms: “If the United States is to be able to gain the benefits of international accords and have a role as a trusted partner in multilateral endeavours, its courts should be most cautious before interpreting its domestic legislation in such a manner as to violate international agreements”.

(11) In the *Rawlings v. Kevorkian* case described in Note (10) *supra*, the Court of Appeal of Paris relied on a legal opinion (*certificat de coutume*) to the effect that the dispute would be arbitrable under the laws of New York.

(12) 5 October 1994, 1994 *Rev. Arb.* 311; excerpts in English, *XXII Yearbook* 637 (1997).

chosen by the parties, concluding that this should also be the lodestar for Article II.⁽¹³⁾

Finally, “certain authors” maintain that if a law is mandatory - a *loi de police*, of which the 1961 Exclusive Distributorship Law is accepted, at least for purposes of argument⁽¹⁴⁾, as an example - it must immediately and ineluctably override an inconsistent arbitration clause.

There is in fact a *fourth* possible conception, namely that the relevant rule should be sought in the law of whichever forum which happens to have been seised, and not only by reference to its *mandatory* rules. There is considerable intuitive appeal in this notion; since the question is whether the courts of a particular country have jurisdiction, and since the relevant international treaty does not direct them otherwise, why should those courts not apply their own law to determine whether

their jurisdiction has been validly ousted?⁽¹⁵⁾ But this was not one of the three “currents” discussed in the *Van Hopplynus* case.

The Brussels Court gave short shrift to the first conception, saying that it is “hardly coherent” to accept that “the validity of the arbitration clause varies according to the court appreciating it”. It is certainly true that given the express wording of Article V(2)(a) there may be as many applicable rules of arbitrability as there are enforcement fora, so there is no way of ensuring uniformity under Article II by looking to *one* of these possibilities. Moreover, it is difficult (and sometimes impossible without the gift of prophecy) for a judge in country X applying Article II to determine whether a hypothetical enforcement forum would in fact reject an award on the grounds of non-arbitrability⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Article 6(2) of the European Convention of 1961 lists the law chosen by the parties as having the first priority in determining arbitrability. This provision represents an evolution from the Geneva Protocol of 1923, which required in Section 1 that arbitrability be determined by each relevant national system of conflict of laws.

⁽¹⁴⁾ For a suggestion that the 1961 Law is mandatory only in the sense that its substantive provisions may not be varied, but not in the sense of invalidating agreements to arbitrate, see *Pierreux NV v. Transportmaschinen Handelhaus GmbH*, Brussels Rechtbank van Koophandel, 6 May 1993, extracts in XXII Yearbook 631, 1997.

⁽¹⁵⁾ See VAN DEN BERG, Albert Jan. *Consolidated Commentary*, XXI Yearbook 447 (1996):

“The courts in the United States are of the opinion that in principle the law of the forum where the (arbitration) agreement is invoked governs (...). According to the German courts (...), the conflict rules provided in Article V(1)(a) of the Convention should be applied by analogy”.

VAN DEN BERG reports, *id.*, that the German view has been adopted in Italian and Japanese decisions. *But* see the 1994 Genoa decision described in text at Note (20) *infra*, which seems to go the supposedly American way.

In *Petrasol BV v. Stolt Spur Inc.*, 1996 *Tijdschrift voor arbitrage* 35 (number 1), excerpts in XXII Yearbook 762 (1997), a court of first instance in Rotterdam faced with an Article II problem asked for further submissions to be made as to the validity of an arbitration agreement under New York law on the grounds that the choice of New York as the place of arbitration “implies the choice for the law of New York as applicable to the arbitration,” *id.* at 765.

⁽¹⁶⁾ The fact that the issue of the Belgian Law on Exclusive Distributorships is well-known does not make it more predictable; *au contraire*. See HANOTIAU, Bernard. *What Law Governs Arbitrability?* 12 *Arb. Int.* 391, at 392, 1996.

This, in the Brussels Court's analysis, left the choice between upholding the parties' choice (Californian law) and imposing the mandatory law of the forum (the 1961 Belgian Law).

To make the choice, the Court first recalled the supremacy of international law (i.e. the New York Convention) over national law. It then observed that Article V(1)(a) of the Convention recognises the principle of freedom to choose applicable law. It noted that in the case before it, the arbitration clause was valid under the law of California as chosen by the parties. The conclusion: "Article II of the New York convention requires, therefore, that the court recognises the validity of the arbitral clause".

While one must applaud the outcome, which contrasts favourably with a well-known and, it is hoped, outdated decision of the Belgian Supreme Court⁽¹⁷⁾, the reasoning does not have an air of inevitability about it. True it is that Article V(1)(a) acknowledges the authority of the parties' choice of applicable law as the only *foreign* law the enforcement judge needs to examine with respect to an objection of non arbitrability. But this does not mean that the drafters necessarily intended the same choice to be binding

for the purposes of Article II. In fact, the contrary seems plausible; if Belgium would be the obvious place of enforcement of an award against the party raising the objection, and if the 1961 Belgian Law would at any rate ultimately prevent enforcement in perfect conformity with Article V(2)(a), it would seem quite consistent for a Belgian court to make that determination at the outset, and to allow the Belgian court action⁽¹⁸⁾. This may moreover be in the interest of efficient administration of justice.

Two relatively recent Italian decisions reported in the ICCA Yearbook deal with the same issue in ways which are difficult to reconcile. The first one was rendered in 1991 by a court of first instance in Lodi⁽¹⁹⁾. This issue was whether the court action (seeking termination of a license agreement) should be dismissed in favour of ICC arbitration in Geneva. The plaintiffs had entered insolvency proceedings; they argued that on that basis the Italian courts had exclusive jurisdiction. The Court disagreed and stated as follows:

"(...) the validity of the arbitration clause must be ascertained according to the law applicable to the enforceability of the arbitral

⁽¹⁷⁾ See, e.g., Audi-NSU Auto Union A.G. v. S.A. Adelin Petit & Cie, judgment of 28 June 1979, excerpts in V Yearbook 257, 1980.

⁽¹⁸⁾ Cf. the judgment of 18 August 1985 of the Brussels Court of Appeal, involving parties identified only as Company M (Switzerland) and Company M (Belgium), excerpts in XIV Yearbook 618 (1989), holding that arbitrability for purposes of Article II was subject to the "law of autonomy" (i.e. the law chosen by the parties), but arbitrability for the purposes of Article V depended on the law of the enforcement forum. The Court offered as an "explanation" of this dichotomy the fact that awards are "in the majority of cases, executed without the intervention of an enforcement court - either spontaneously or under the pressure of moral or professional sanctions," *id.* at 620. This rationalisation seems naive. How many awards would really be complied with voluntarily if the loser knew the decision would be given no weight by courts asked to enforce it?

⁽¹⁹⁾ Adda Officine Elettromeccaniche e Meccaniche *et al.* v. Alsthom Atlantique SA *et al.*, 28 Rivista di diritto internazionale privato e processuale 340, 1992; excerpts in XXI Yearbook 580, 1996.

award (sic) (...). This is the law to which the parties have submitted it (here, Swiss law, see Art. XVI of the contract) or if the parties have not made such a choice, the law of the place of arbitration (see Art. V(1)(a) of the New York Convention)”.

The Court thus focused on Swiss law, in which it found no impediment to arbitration, and accordingly dismissed the case. This outcome is consistent with that of the Brussels court in *Van Hopplynus*, although one has the uncertain impression that the reasoning could not have been the same.

The contrasting Italian decision was rendered by the Corte di Appello of Genoa in 1994⁽²⁰⁾. Here both reasoning and outcome are plainly at odds with the other cases just described. An Italian shipbuilder brought a court case in Italy against the State of Iraq under a contract which in fact called for arbitration under the rule of the “Paris Chamber of Commerce”. (The imprecise reference to the institution was not at issue.) The shipbuilder alleged that sanctions arising in the aftermath of the Gulf War excluded the possibility of arbitration. The issue thus framed was whether under Article II of the New York Convention the arbitral clause was “null and void, inoperative or incapable of being performed”. To this question, said the Genoa Court:

“The answer must be sought in Italian law, according to the jurisprudential principle that, when

an objection for foreign arbitration is raised in court proceedings concerning a contractual dispute, the arbitrability of the dispute must be ascertained according to Italian law as this question directly affects jurisdiction, and the court seised of the action can only deny jurisdiction on the basis of its own legal system”⁽²¹⁾.

2.4. Summary

What have we seen?

Under Article V of the New York Convention, enforcement courts evaluate arbitrability cumulatively under two sets of criteria, the first of which itself requires a choice between two possible laws. Specifically, enforcement may be denied if the dispute was not arbitrable under:

A1 - the law chosen by the parties
----- OR (if there is no A1)-----
A2 - the law of the place of arbitration AND (in any case)
B - the law of the enforcement forum.

What is wrong with this?

1. Arbitrability under the law of the enforcement forum should not enter the picture (save to the extent it is already covered by the public-policy exception).

2. There may be controversy as to whether parties have indeed chosen a law to govern the arbitration. It would be preferable to make clear that unless the parties have *explicitly* chosen a different

⁽²⁰⁾ Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA *et al.* v. Ministry of Defence of Iraq, 4 Rivista dell'arbitrato 505 (1994), excerpts in XXI Yearbook 594, 1996.

⁽²¹⁾ *Id.* at 599-600.

arbitration law to govern the proceedings⁽²²⁾, the law of the place of arbitration governs⁽²³⁾.

3. In a system that purports to give primacy to the intention of the parties, it seems aberrant that in the absence of a stipulation of applicable law one would be prepared to accept that a rule of non-arbitrability in the law of the place of arbitration would thwart the arbitration, given that:

- if anything is clear, it is that the parties intended for their disputes to be arbitrated⁽²⁴⁾, and
- the law of the place of arbitration has no natural claim to apply to foreign parties or to a contract having no significant local connection.

4. With regard to any of the three particularly applicable legal systems, there

is no indication of the need to give special consideration to upholding arbitration agreements when the underlying transaction is international⁽²⁵⁾. It would be preferable that the relevant standards be explicitly identified as being the norms which apply in the context of *international* transactions.

As for courts asked to hear the dispute notwithstanding the existence of an arbitration clause, the law to be examined to determine arbitrability under Article II of the Convention is undefined, but a review of relevant cases suggests that the array of choices looks similar, although they are not cumulative:

A1 - idem.
----- OR -----
A2 - idem.
----- OR -----
B - the law of the court before which Article II is invoked.

⁽²²⁾ Cf. Article 59(b) of the WIPO Rules, Note (5) *supra*.

⁽²³⁾ The argument that the law of the place of arbitration in many cases has no connection with the parties and no natural title to impose itself on them is overcome by the desideratum of foreseeability.

⁽²⁴⁾ *Accord*, as to the concept of *favor arbitrandum*, see Hanotiau, *supra* Note (16), at 394.

⁽²⁵⁾ As a U.S. federal court put it: "The determination of whether a type of claim is 'not capable of settlement by arbitration' under Article II(1) must be made on an international scale, with reference to the laws of the countries party to the Convention," *Meadows Indemnity Co. Ltd. v. Baccala & Shoop Insurance Services, Inc., et al.*, 760 F. Supp. 1030 (EDNY 1991), excerpts in XVII Yearbook 686, at 691, 1992.

Thus, the fact that a contract between an executive and a company establishing the terms of an assignment in country X is subject to the law of country Y does not mean that a rule of non-arbitrability of employment contracts under the law of Y should defeat the relevant arbitration clause. In disregarding such restrictions, arbitrators and judges often give a theoretical justification founded on the autonomy of the arbitration clause. See e.g. the 1970 landmark judgment of the Court of Appeal of Paris in *Hecht v. Buissons*, 1972 Rev. Arb. 67, holding that the rule under French law to the effect that a commercial agent cannot enter into a binding arbitration agreement may not be invoked to nullify an arbitration clause in a contract between a French agent and a Netherlands company, irrespective that the stipulated proper law of the contract was that of France, because "in international arbitration, the agreement to arbitrate, whether concluded separately or within the legal document to which it relates, always has a complete juridical autonomy, save exceptional circumstances, from the latter". Another way of putting it is that the effect of domestic legislation should be attenuated - if not neutralized - with respect to international transactions to which they were not intended to apply (or in the context of which the domestic legislation may violate international law, which is preeminent even within the national sphere), while the security of contractual stipulations requires an especially high degree of recognition, free of national protectionism, in an international context. For a particularly didactic articulation of this approach by Professor Pierre Lalive, sitting as sole arbitrator, see ICC Case 1512/1970, summarized in V Yearbook 174 (1980); final award held enforceable by the Court of Appeal in England, *National Bank of Pakistan v. Dalmia Dairy Industries Ltd.*, (1978) 2 LLOYD'S REP. 287.

The criticism just voiced under points 3 and 4 may of course be reiterated here. What else is wrong?

5. There is an obvious problem of predictability with respect to the choice to be made among these three alternatives, because the Convention does not give priority to any of them. As we have seen, this has led to inconsistent court decisions - on occasion within the same country.

6. There should be no place for the law of the forum under Article II. Otherwise arbitrability could vary infinitely depending on where a court action might be started, irrespective of the lack of connection between that forum and the contract. This plainly promotes disharmony. It is no answer to say, as the Court of Appeal of Genoa did, that a "court seised of an action can only deny jurisdiction on the basis of its own legal system". For this reasoning is tautologous; it presumes the answer to the question being put - or, if one prefers, ignores it entirely - by failing to see that the issue is what a court should do when "its own legal system" has committed itself to the New York Convention.

3. CONCLUSIONS AND PROPOSALS

One may take the position that the incongruities discussed above do not have

a significant impact on the international arbitral process, which by and large works rather well, and therefore do not justify the considerable effort involved in promoting an international reform.

On the other hand, the international regime of arbitrability is in fact incoherent. We have seen that it is not successfully treated in the New York Convention. Indeed, it is not clarified in the UNCITRAL Model Law, which did no more than repeat the New York Convention's language in the definition of grounds of annulment or refusal of enforcement⁽²⁶⁾. This may have been expedient to familiar language, but did nothing to solve the problem. This is, to say the least, paradoxical in the context of a document designed to promote harmonisation of national laws.

If clarification is thought sufficiently desirable, one must consider both *method* and *substance*.

The question of method might in and of itself occasion a lively debate, but it is beyond the concern of this paper⁽²⁷⁾. Suffice it to say that a protocol to the New York Convention is obviously not the only solution. An amendment to the Model Law would work just as well, since any substantive solution would be by way of

⁽²⁶⁾ Nor did the Model Law propose substantive criteria of respect to arbitrability; Article 1(5) provides that:

"This Law shall not affect any other laws of this State by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this Law".

It is rather ironic in retrospect to read in the UNCITRAL Secretariat's "Analytical Compilation of Government Comments" of 19 March 1985, i.e. just before finalisation of the Model Law, that it was felt that "(...) Article II(1) of the 1958 New York Convention solves (*sic*) the question of arbitrability in a general way," see HOLTZMANN, Howard y NEUHAUS, Joseph. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, at 141, 1989.

⁽²⁷⁾ After a review which includes in particular a summary of the legal position in Latin America, ALTARO, Carlos y GUIMAREY, Flavia. *Who Should Determine Arbitrability? Arbitration in a Changing Economic and Political Environment*, 12 *Arb. Int.* 415 (1996), conclude as follows at page 427:

purposive clarification to the Convention, and not variance from it.

As to the substance of a desirable clarification, the starting point should be to accord decisive importance to the intention of the parties. That this is already a dominant trend may be inferred by reference to the fact that a majority of reported decisions follows the logic that Article II should be consistent with Article V(1)(a), which states that arbitrability shall be determined in accordance with the law chosen by the parties. [Since Article II says nothing about the applicable criteria, one cannot violate Article II by applying those defined in Article V(1)(a)].

But what is the law the parties intended to have applied to issues of arbitrability? I have never seen a contractual clause stipulating that “issues of arbitrability shall be decided in accordance with the law of (country X)”. Even a more general formulation concerning the law applicable to the arbitration agreement is exceedingly rare. It may be handy to conclude that the parties intended that issues of arbitrability should be decided under the law applicable to their contact overall, but that would be not only a fiction - it is a patent falsehood. Similarly, while it may be convenient to fall back on the idea that the parties intended issues of arbitrability to be resolved by reference to the law of the place they chose as the arbitral venue, that too would be a demonstrable

falsehood. *For what the parties obviously intended above anything else - because that is what the arbitration clause says - was that the disputes arising under this contract should be arbitrable.* To put it polemically, if one really has to look for a national law as a foundation of arbitrability, the answer must be that as long as there is a single law somewhere in the world which upholds arbitrability in the relevant circumstances, the appropriate fiction must be that the parties be deemed to have wanted that law to apply.

The desired effect however seems largely attainable with a more orthodox approach, based on the following premises:

- the parties could not have intended for a law to apply to issues of arbitrability if that law deems this dispute non-arbitrable;
- although the *national* law of the place of arbitration often has no natural reason to apply to issues of arbitrability with respect to an *international* contract having no connection with the country, in the interest of predictability it is useful to make it a law of reference; the risk of running afoul of local peculiarities should be attenuated by establishing:
 - (i) that the law shall be applied to the extent it is intended to relate to specifically *international* transactions, and

“Because arbitrability rules vary from country to country - when they are not altogether absent from arbitration statutes - a multilateral agreement concerning arbitrability rules should include a detailed list of the non-arbitrable matters that will be left for the exclusive jurisdiction of the courts”.

Although the proposals made in this paper - motivated by considerations of practicality and feasibility - would not require such an inventory by consensus, the authors' perception of a need for such an ambitious project is itself revealing.

- (ii) at any rate arbitrability is ensured if the resisting party fails to demonstrate non-arbitrability under a law stipulated by the parties.
- a court faced with an Article II problem has no business applying its domestic notions of non-arbitrability; fundamental societal interests, such as the proscription of *fraude à la loi*, may be ensured at the stage of enforcement by virtue of Article V(2)(b).

Bearing these elements in mind, the way to deal with arbitrability may be seen more clearly if the following principles were established - by whatever type of instrument may be chosen - to direct national courts when they examine the issue in the context of the New York Convention.


1. For the purposes of Articles II and V(1)(a), an arbitration agreement shall be considered effective in causu unless the party resisting arbitration, or opposing recognition and enforcement of the award, proves to

the satisfaction of the court that the agreement is invalid under both:

- (a) the law chosen by the parties to govern their agreement, and
- (b) the law of the country where the place of arbitration is located,

it being understood that reference will be made only to such provisions of these laws as are applicable to arbitration of an international character.

If no place of arbitration has been selected, reference shall be to the country in which is situated the authority charged with the appointment of the presiding arbitrator in the absence of party agreement thereto.

2. *Subparagraph V(2)(a) shall not prevent recognition and enforcement unless the non arbitrability of the subject matter is a matter of such fundamental importance that recognition and enforcement would also violate subparagraph V(2)(b).* 

ARBITRATION AGREEMENTS AND NON-SIGNATORIES

Por: NOAH RUBINS (*)

SUMARIO: 1. *Overview: Privity, predictability, and the New York Convention.* 2. *The “in writing” requirement of the New York Convention and non-signatories.* 3. *Overview of group of companies doctrine.* 3.1. *The Group of Companies Approach: “An Arbitration Agreement is More Easily Extended than a Contract”.* 3.2. *The Contractual Approach: “An Arbitration Clause Can Be Extended Like Any Other Contract”.* 3.3. *The Formal Approach: “An Arbitration Clause is More Difficult to Extend than a Contract”.* 4. *The choice of law problem.* 5. *Conclusion: Implications for reform and the New York Convention.* 5.1. *Is there a need to reform?* 5.2. *Harmonization of Rules on the Binding of Non-Signatories.*

1. OVERVIEW: PRIVACY, PREDICTABILITY, AND THE NEW YORK CONVENTION

There is possibly no principle more fundamental to the institution and practice of arbitration than the consent of the parties. Arbitration is an emanation of contract⁽¹⁾, one of the more complex and far-reaching constructions to which people

and corporations arrive by the “meeting of the minds” that the law of nearly all legal systems recognizes as binding obligation entered into by choice⁽²⁾. In the arbitral context, consent carries particular significance, since the choice of private dispute resolution implies the exclusion of adjudication by national courts. The right to judicial recourse is widely recognized as a fundamental human right, and

(*) Profesor en la Universidad de Dundee - Escocia, y en Georgetown Law Center en Washington, DC. Consejero de Freshfields Bruckhaus Deringer, París.

(1) *United Steelworkers of America v. Warrior and Gulf Navigation Co.*, 36 U.S. 574, 582 (1960) (“*arbitration is a matter of contract and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed so to submit*”). The consensual nature of arbitration is absent from certain “mandatory” forms of ADR, particularly in the United States, in areas such as labor law, traffic accidents, and family disputes. HAGEN, Catherine and KATLEEN, *Hayward. The Issues Concerning Mandatory Arbitration*, 50(4) *Dispute Res. J.* 23 (1995); ORENSTEIN, Morton. *Mandatory Arbitration: Alive and Well or Withering on the Vine?*, 54(3) *DISPUTE RES. J.* 57 (1999).

(2) ICC Case Number 9302, Final award (1998), 28 *YBK. COMM. ARB.* 54 (2003), paragraphs 21, 36 - 37 (arbitral tribunal had no jurisdiction where there was no “meeting of the minds” in respect of a contract containing the arbitration clause invoked by the claimant).

therefore not lightly to be dispensed with⁽³⁾. As a result, courts and arbitral tribunals generally give effect to arbitration agreements –and the awards engendered by them– only with respect to entities that are “in privity” with each other by medium of the agreement itself⁽⁴⁾.

At the same time, it has long been recognized that contractual “consent” is not purely subjective, nor wholly fixed and formalistic. Over a century ago, the American jurist Oliver Wendell Holmes, Jr. explained the “meeting of the minds” as it must function in practice:

“We talk about a contract as a meeting of the minds of the parties, and thence it is inferred in various cases that there is no contract because their minds have not met; that is, because they have intended different things or because one party has not known of the assent of the other. Yet nothing is more certain than that parties may be bound by a contract to things which neither of them intended, and when one does not know of

the other’s assent. Suppose a contract is executed in due form and in writing to deliver a lecture, mentioning no time. One of the parties thinks that the promise will be construed to mean at once, within a week. The other thinks that it means when he is ready. The Court says that it means within a reasonable time. The parties are bound by the contract as it is interpreted by the court, yet neither of them meant what the court declares that they have said⁽⁵⁾”.

Over the past century, international commerce has evolved, both in terms of modes of operation and structural complexity. At the same time, many judicial systems have abandoned their traditional hostility towards arbitration⁽⁶⁾, yielding to the realization that private dispute resolution is an essential part of cross-border trade and economic development. As a result, decision-makers are today more willing to view arbitration agreements in the same way as other contracts, attempting objectively to ascertain the will

⁽³⁾ Universal Declaration of Human Rights, article 10; European Convention on Human Rights, article 6; International Covenant on Civil and Political Rights, article 14. See *generally More Harm than Good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration*, 20 J. Int’l Arb. 523 (2003). A number of jurisdictions therefore limit parties’ ability to limit by contract all judicial recourse against arbitral awards. KNOLL, William. III and RUBINS, Noah *Betting the Farm on International Arbitration: Is it Time to Offer an Appeal Option?* 11 AM. REV. INT’L Arb. 531, 545 - 546 (2000); *Société Binat Maghreb v. Soc Screg Routes*. Paris Court of Appeal, 12 December 1989, 1990 REV. Arb. 863.

⁽⁴⁾ Investment treaty arbitration is often described as “arbitration without privity”. PAULSSON, Jan. *Arbitration Without Privity*, 10 ICSID Rev. – F.I.L.J. 232 (1995). However, there is in fact no less attention paid in investor-State cases to the issue of party consent. The “meeting of the minds” in investment treaty arbitration is simply contained in two separate documents, with an offer to arbitrate extended by the State in the treaty itself, and acceptance of that offer proffered by the investor in his request for arbitration. Indeed, this “meeting of the minds” is sometimes more formal and carefully scrutinized than commercial arbitration agreements, given that the arbitration of investment disputes involves a serious derogation of national sovereignty.

⁽⁵⁾ WENDELL HOLMES, Oliver Jr. *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457 (1897).

⁽⁶⁾ On the traditional hostility of national courts to arbitration, see *Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.*, 126 F.2d 978 (2d Cir. 1942); GRIGERA NAÓN, Horatio. *Arbitration in Latin America*, 5 Int’l Arb. 137 (1989); SALEH. *Commercial Arbitration in the Arab Middle East* 49 - 50 (1984).

and expectation of the parties as to the proper forum for the resolution of their contractual disputes.

In many ways, the New York Convention represents the culmination of this evolutionary process. By creating an objective minimum standard for the recognition of arbitration agreements and awards, the Convention offered contracting parties a modicum of standardization and predictability in their dealings with commercial partners in other countries. Today, with over 130 signatories, the New York Convention forms the bedrock of the international arbitration system, supporting the myriad of member State legal regimes with basic assurances that the parties' preferred dispute resolution method will be respected⁽⁷⁾.

At the same time, the Convention has not resulted in the complete harmonization of judicial and arbitral practice, even among the legal systems of member States. First, this is because the Convention provides only a "floor" for the treatment of arbitral agreements and awards, and is not seen to prevent national courts from adopting a position *more favorable* to arbitration than that mandated by the treaty.

Second, the text of the Convention is sufficiently broad to allow a range of interpretations, even of its most central provisions⁽⁸⁾.

One of the most persistent and complex areas of variation relates to the extension of arbitration agreements to entities that have not signed them. One prominent response to this problem has been dubbed the "Group of Companies" doctrine, primarily in deference to the reasoning of one of the first publicly available awards to confront the issue directly⁽⁹⁾. As will be explained in more detail below, many tribunals and courts in a range of jurisdictions have chosen other names for the solutions they devise⁽¹⁰⁾. This article will address the various approaches to non-signatories as parties to arbitration agreements, regardless of whether they are neatly subsumed within the group of companies doctrine. It will not focus exclusively on the impact of the New York Convention on the issues under review. As will become clear from the analysis to follow, the New York Convention has had only a limited impact on the evolution of group of companies doctrine. Moreover, it is unlikely that the solution to the lingering unpredictability in the area of non-signa-

⁽⁷⁾ See generally DI PIETRO, Domenico; PLATTE Martin and STURZENEGGER, Marc. *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958*, 9(4) J. Int'l Arb. 173 (1992); GLOSSNER, Ottoamdt. *The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - Some Thoughts after 30 Years - 1958/1988*, 4 ICCA Cong. Series 275 (1989).

⁽⁸⁾ ALVAREZ, Guillermo. *Article II (2) of the New York Convention and the Courts*, 9. ICCA CONGRESS SERIES 68 (1999); Bomar Oil N.V. v. Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières, Versailles Court of Appeal, 23 January 1991, 1991 Revue de l'arbitrage 291. On the Indonesian courts' particularly creative interpretation of Articles II and V of the New York Convention, see Noah Rubins. *The Enforcement and Annulment of International Arbitration Awards in Indonesia*, 20 Am. U. Int'l L. Rev. 359 (2005).

⁽⁹⁾ Dow Chemical Co. et al v. Isover Saint Gobain. ICC Case Numéro 4131, Interim Award of 23 september 1982, 110 J. D. I. 899 (1983).

⁽¹⁰⁾ Indeed, in his recent seminal work on complex arbitration, Bernard Hanotiau refers to the problem as the "So-Called Group of Companies Doctrine". HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations* 49 (2005). He points out that the existence of a group of companies is merely a factual circumstance commonly faced by courts and arbitral tribunals deciding whether to extend arbitration agreements to non-signatories, rather than a central component of legal analysis. *Ibidem.* at 50 - 51.

tories' obligation (or right) to arbitrate will be achieved through the framework of the New York Convention.

2. THE "IN WRITING" REQUIREMENT OF THE NEW YORK CONVENTION AND NON-SIGNATORIES

The New York Convention requires the recognition and enforcement of arbitral agreements and awards only where the arbitration agreement in question meets certain minimum "formal" requirements⁽¹¹⁾. Article II of the Convention provides:

- (1) Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.
- (2) The term 'agreement in writing' shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

- (3) The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

Thus, Article II grants protected status only to arbitral agreements concluded "in writing"⁽¹²⁾. However, as noted above, the New York Convention does not restrict state courts from giving effect to arbitration agreements that do not satisfy the formal requirements of Articles II and IV⁽¹³⁾. Therefore, whether the effect of an arbitration agreement can be extended to non-signatories ultimately remains largely one of national law. Nevertheless, given that the group of companies doctrine involves situations where putative parties to the arbitration have not actually signed the agreement to arbitrate, the wording of Article II is relevant. In this regard, judicial authority is rather unclear. Certain commentators have opined that courts in most jurisdictions do not view all parties' signatures as essential to an "agreement in writing" in the sense of Article II of the

⁽¹²⁾ See generally MANN, F.A. *An Agreement 'In Writing' to Arbitrate*, 3(2) Arb. Int'l 171 (1987); FRIEDLAND, Paul. *U.S. Courts' Misapplication of the "Agreement in Writing" Requirement for Enforcement of an Arbitration Award Agreement Under the N.Y. Convention*, Mealey's Int'l Arb. Rep., May 1998 at 21; HILL, Richard. *The Writing Requirement of the New York Convention Revisited: Are There Black Holes in International Arbitration?* Mealey's Int'l Arb. Rep., november 1998 at 17.

⁽¹²⁾ For a time, certain Italian courts considered that an arbitration clause itself had to bear the signature of the parties to be valid, *in addition* to the signatures on the contract.

⁽¹³⁾ AGUILAR ALVAREZ, Guillermo. *Article II(2) of the New York Convention and the Courts*, 9 ICCA Congress Series 67, 68 - 71 (1999). See, e.g., *Oil N.V. v. Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières* (Versailles Ct. App.), 17 Ybk. Comm. Arb. 490 (1992) ("a French court, when faced with an application to set aside an arbitral award, may have to put aside the provisions of the New York Convention if French domestic law is more favourable than the New York Convention").

Convention⁽¹⁴⁾. Indeed, a number of courts in important jurisdictions have held that only the agreement itself need be in writing, while the scope of an arbitration clause is a question to be resolved as part of the merits of the case⁽¹⁵⁾. However, these courts have most frequently applied national arbitration statutes, which may establish less stringent formal requirements for the validity of an arbitration agreement than does the New York Convention⁽¹⁶⁾.

Jurisprudence in the United States is divided on this issue⁽¹⁷⁾. Because the U.S. Federal Arbitration Act incorporates the New York Convention by reference, rather than establishing a separate national law standard of validity for international arbitration agreements⁽¹⁸⁾, the U.S. position is particularly revealing. Several older cases in leading jurisdictions had established that U.S. federal arbitration law did not require that an arbitration agreement bear the signature of all of the parties to be valid and enforceable under the New York Convention⁽¹⁹⁾. In 1999, the federal Court of Appeals for the Second

Circuit rendered one of the few recent appeals court decisions regarding the proper application of the “in writing” requirement of Article II of the New York Convention. In *Kahn Lucas Lancaster v. Lark International*⁽²⁰⁾, a dispute arose between Kahn, a New York garment distributor, and Lark, its Hong Kong buying agent. The parties’ longstanding practice had been for Kahn to issue purchase orders to Lark, which would then arrange to have them filled by Asian manufacturers in exchange for a commission fee. Kahn had issued two garment purchase orders containing arbitration clauses, which stated that the clothes were “ordered from” Lark. The orders were filled, and Lark issued a commission invoice to Kahn. After Kahn found the clothes to be defective, it refused to pay the commission and sought to compel arbitration against Lark in New York federal district court. That court granted the motion to compel, holding that Article II(2) of the New York Convention does not require that an arbitration clause in a contract be signed by the parties, so long as the contract is in writing⁽²¹⁾. The

(14) BERNARD HANOTIAU. *Complex Arbitrations*. pp. 52 - 54 (2005).

(15) X. S.A.L., Y S.A.L. and A v. Z, SARL, Swiss Federal Tribunal, Decision of 16 October 2003, DFT 129 III 736. For commentary, see POUURET, Jean-François *Un statut privilégié pour l’extension de l’arbitrage aux tiers*, 22 ASA Bull. 290, 2004.

(16) *Tracom S.A. v. Sudan Oil Seeds Co. Ltd.*, Swiss Federal Tribunal, Decision of 5 November 1985, 12 Ybk. Comm. Arb. 511 (1987).

(17) HOSKING, James. *Non-Signatories and International Arbitration in the United States: the Quest for Consent*, 20 Arb. Int’l 289, 298-99 (2004). But see generally *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 638-40 (1985) (federal policy favors the liberal enforcement of arbitration clauses, particularly in international disputes).

(18) 9 U.S.C. § 201 (incorporating the New York Convention into U.S. law by reference).

(19) *Fisser v. Int’l Bank*, 82 F.2d 231, 233 (2d Cir. 1960); *Interocean Shipping Co. v. Nat’l Shipping and Trading Corp.*, 523 F.2d 527, 539 (2d Cir. 1975).

(20) *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*, 186 F.3d 210 (2d Cir. 1999).

(21) *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark Int’l Ltd.*, 1997 WL 458785, *8 (S.D.N.Y. 1997). In *Kahn*, the district court adopted the approach of the only other appellate decision to have confronted the issue at the time, *Sphere Drake Ins. PLC v. Marine Towing, Inc.*, 16 F.3d 666, 669 (5th Cir. 1994) (an arbitral clause in a contract need not be signed by the parties to be valid under NYC Article II).

Second Circuit disagreed. After a detailed grammatical analysis of Article II(2) (including review of the Spanish, French and Russian versions), it held that:

“the definition of ‘agreement in writing’ in the Convention requires that such an agreement, whether it be an arbitration agreement or an arbitral clause in a contract, be signed by the parties or contained in a series of letters or telegrams⁽²²⁾”.

It is interesting to note that the definition of “agreement in writing” contained in the New York Convention is not exhaustive. Rather, Article II(2) provides that such agreement “shall include” written agreements and exchanges of communications signed by the parties. To give meaning to the word “include,” one might presume that some *other* forms of arbitration agreement could satisfy the formal requirements of the New York Convention, so long as they fall within the plain meaning of the phrase “agreement in writing”⁽²³⁾. An interpretation allowing the enforcement of arbitral agreements made in writing but not signed by a putative party could be acceptable under this view,

in light of the pro-arbitration purpose of the Convention. Little attention has been given to this line of argument, however.⁽²⁴⁾

National laws governing international arbitration establish a range of approaches to the formal requirements necessary to render an arbitration agreement enforceable. Nearly all require an agreement “in writing”⁽²⁵⁾. However, most national statutes do not expressly require that all parties to the resulting arbitral procedure have *signed* the arbitration agreement. Indeed, proposed revisions to the UNCITRAL Model Law eliminate any mention of signed documents, providing that: An arbitration agreement is in writing if its content is *recorded in any form*, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded *orally, by conduct, or by other means (...)* The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference⁽²⁶⁾.

The English Arbitration Act (1996) is even more explicit in this regard, providing that formal requirements of an arbitral agreement are satisfied “whether or

(22) 186 F.3d at 210, 218. Somewhat surprisingly, this result does not appear to have affected U.S. jurisprudence in the “group of companies” context.

(23) Vienna Convention on the Law of Treaties, article 31(1).

(24) But see U.K. Lord Chancellor’s Dept., Fifth Report of the Private International Law 26 (1961) (“The definition of ‘agreement in writing’ is not exhaustive”).

(25) French law may provide a rare exception. ICC Cases 7604 and 7610 (1995), 4 COLL. ICC AWARDS. 510 (2001) (French law does not impose formal requirements upon arbitration agreements). Most commentators agree that the 1981 *Decree on International Arbitration* eliminates any express requirements as to the form of an arbitration agreement. See *Dalico*, CA Paris, Decision of 26 March 1991, 6 MEALEY’S INT’L ARB. REP., at B8. In addition, some more modern national arbitration regimes, such as the 1999 Swedish Arbitration Act, eliminated written form requirements. See SÖDERLUND, Christer. *A Comparative Overview of Arbitration Laws: Swedish Arbitration Act 1999, English Arbitration Act 1996 and Russian Federal Law on International Commercial Arbitration*, 1993, 20 Arb. Int’l 73 (2004).

(26) Revised articles of the UNCITRAL Model Law, article 7 (emphasis added).

not it is signed by the parties”⁽²⁷⁾. English law, like many other jurisdictions, directs judges and arbitrators to seek “written evidence” of an agreement to arbitrate, rather than limiting the jurisdiction of tribunals to cases where an agreement in writing exists. The Swiss Private International Law Act, for example, provides that “as regards its form, an arbitration agreement shall be valid if made in writing, by telegram, telex, teletypewriter or *any other means of communication which permits it to be evidenced by a text*”⁽²⁸⁾. The Netherlands Arbitration Act seems to take an even more liberal stance, providing that while “the arbitration agreement must be proven by an instrument in writing,” such instrument “is sufficient” as long as it is “expressly or impliedly accepted by or on behalf of the other party”⁽²⁹⁾.

Somewhat surprisingly, the wording of national arbitration statutes appears to have had only limited impact on the decisions of courts and tribunals deciding whether to extend arbitration clauses to non-signatories. Some of the more expansive arbitration statutes, such as that of the Netherlands, have given rise to jurisprudence limiting the effect of arbitration clauses on non-signatories. Rather than focusing upon whether a signature has been affixed, most courts and tribunals appear to inquire primarily whether the parties and the non-signatory expected that the latter would have the benefit, and bear the burden, of the dispute

resolution provisions of the contract. It is in part a difference in presumption in this regard—in favor, against, or neutral—that creates the diversity of jurisprudence described below.

3. OVERVIEW OF GROUP OF COMPANIES DOCTRINE

As already noted, judges and arbitrators around the world have viewed the extension of arbitration agreements to non-parties in a variety of ways. Naturally, the result of most cases depends to a large degree on the facts in the dispute, and in particular the position of the non-signatory as the party invoking arbitration or seeking to avoid it⁽³⁰⁾. Setting aside factual diversity, however, three broad approaches to the non-signatory problem emerge. The first perspective, and the one most closely identified with support of the group of companies doctrine, is dominant in French jurisprudence and focuses upon (...). The second approach, adopted in most common-law jurisdictions, relies upon general theories of contract, and focuses upon both the intent of the parties *ex ante* and the possible impact of arbitration upon equity after the contract is signed. The third broad approach is common in Continental jurisdictions, where the absence of a party’s signature imposes a heavy (and perhaps unsustainable) burden of proof on the party seeking to extend application of an arbitration clause to a non-signatory.

⁽²⁷⁾ Arbitration Act (1996), article 5(2).

⁽²⁸⁾ Switzerland PILA, article 178(1).

⁽²⁹⁾ Netherlands Arbitration Act (1986), article 1021.

⁽³⁰⁾ Hanotiau identifies at least twelve distinct fact patterns commonly encountered in non-signatory cases. Hanotiau, *Op. cit.* 54 - 96.

There are naturally a great many nuances to each of these approaches to related entities and arbitration agreements, and limited space necessarily prevents thorough treatment of them all. The basic facts of a given case can radically alter the reasoning and conclusion of a judge or an arbitrator acting within a single system of law. Most important in this regard is the procedural posture of the non-signatory as claimant or respondent. Many observers consider that *requiring* a non-signatory to arbitrate is less problematic than *allowing* a non-signatory to participate in arbitration against a party that has consented to arbitrate disputes with related entities⁽³¹⁾. Another potential complicating factor is the multitude of possible relationships between the non-signatory and the party to the arbitration clause (parent-subsidiary, subsidiary-parent, shareholder-corporation, corporation-shareholder, affiliate-affiliate, State-government agency or corporation, etcétera). The particular relationship in question may be decisive in determining that the parties to the dispute intended that the related party bear rights and obligations under the ar-

bitration clause despite the absence of its signature on the contract⁽³²⁾.

These more subtle gradations of the issue at hand have been amply addressed elsewhere⁽³³⁾. Here the point is simply to outline the nature of the fundamental diversity that remains around the world in respect of the extension of arbitration agreements to non-signatories, and to consider whether this diversity should and can be corrected. As a starting point, each of the three broad approaches to group of companies situations is illustrated with leading court decisions and arbitration awards. This overview will reveal a fundamental divergence in view about the arbitration agreement as something more than a contract, less than a contract, or precisely in the nature of any other contractual relation.

3.1. The Group of Companies Approach: *An Arbitration Agreement is More Easily Extended than a Contract*

The approach to non-signatories most closely identified with the group of companies doctrine is not actually a legal

⁽³¹⁾ Several ICSID tribunals whose jurisdiction was based upon contract (rather than investment protection treaty) have rejected respondent State objections that the claimant company was a non-signatory and therefore not permitted to invoke the arbitration clause. *Holiday Inns v. Morocco*, ICSID Case Number ARB/74/1, described in Pierre Lalive, *The First World Bank Arbitration (Holiday Inns v. Morocco): Some Legal Problems*, 51 Br. Ybk. Int'l L. 123 (1998) (permitting non-signatory parent company to bring arbitration where subsidiary had not been incorporated when contract was negotiated and parties showed flexibility regarding the particular entity that would perform under the contract); *Amco Asia v. Indonesia*, ICSID Case Numéro ARB/81/1, Decision on Jurisdiction of 25 September 1983, 23 I.L.M. 351 (1984) (permitting parent company to arbitrate under license signed by subsidiary).

⁽³²⁾ Hanotiau identifies seven different relationships that have been adjudicated by courts and tribunals determining whether to bind a non-signatory as a respondent in arbitration. *Op. cit.* pp. 54 - 83.

⁽³³⁾ SANDROCK, Otto. *Group of Companies and Arbitration*. 2005. *Tijdschrift voor Arbitrage* 3; SIGVARD, Jarvin. *Extending the Scope to Non-Signatories: The Group of Companies Doctrine*. *The Arbitration Agreement: Its Multifold Critical Aspects* 181 (1994); JARROSSON, Charles. *Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés*. *The Arbitration Agreement: Its Multifold Critical Aspects* 209 (1994); PLOUDRET, Jean-François. *L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et Suisse*, 122 J.D.I. 893 (1995); HOSKING, James. *Non-Signatories and International Arbitration in the United States: the Quest for Consent*, 20 Arb. Int'l 289 (2004).

rule based exclusively upon the structure of related corporations⁽³⁴⁾. Rather, the approach has developed over the past two decades on the basis of an analysis of the full panoply of facts in each given case. Ostensibly, this analysis is an attempt to ascertain whether the parties to the contract and the non-signatory intended *ex ante* that the non-signatory be implicated in arbitration proceedings⁽³⁵⁾. However, some courts and tribunals applying the group of companies doctrine have sought to conform the arbitration agreement to the non-signatory's role in the facts surrounding a given contract's signature, performance, and/or termination, even in the absence of direct evidence concerning the parties' *ex ante* expectations.

The most oft-cited reflection of the group of companies doctrine came in the *Dow Chemical ICC arbitration*⁽³⁶⁾. In that case, certain subsidiaries of US chemical giant Dow Chemical Corp. (*DCC*) had entered into a contract with the predecessor-in-interest of French company Iover Saint Gobain (*ISG*)⁽³⁷⁾. When a dispute arose under that contract, the signatories and *DCC* initiated ICC arbitration against

ISG. The arbitral tribunal assessed the respondent's objection that *DCC* could not be party to the arbitration as a non-signatory, examining in detail the circumstances surrounding the conclusion and performance of the parties' contracts. Central to the tribunal's decision was *DCC*'s active role in the performance of the contract according to its terms, which made *DCC* "the pivot of the contractual relationship"⁽³⁸⁾. Also important in this regard was the tribunal's conclusion that *DCC*:

(exercised) absolute control over its subsidiaries having either signed the relevant contracts or, like Dow Chemical France, effectively and individually participated in their conclusion, their performance, and their termination.

On this basis, and "by reference to the common intent of the parties (...) such as it appears from the circumstances that surround the conclusion and characterise the performance and later the termination of the contracts", the tribunal permitted *DCC* to maintain its claim under the contract that its subsidiaries had signed⁽³⁹⁾.

⁽³⁴⁾ ICC Award N° 5721 of 1990, 117 J.D.I. 1020, 1023 - 24 (1990) ("the mere fact that two companies belong to the same group, or that they are dominated by a single shareholder, will not automatically justify lifting the corporate veil"). See generally SANDROCK, Otto. *Arbitration Agreements and Groups of Companies*. Etudes de Droit International en l'honneur de Pierre Lalive 625 (Helbing & Lichtenhahn eds, 1993); SANDROCK, Otto. *The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories: An Enigma Still Unresolved*, Corporations, Capital Markets and Business in the Law 461 (Theodor Baums et al. eds, 2000).

⁽³⁵⁾ HANOTIAU, Bernard. *Op. cit.* 296 and 297.

⁽³⁶⁾ *Dow Chemical Co. et al v. Iover Saint Gobain*, ICC Case N° 4131, Interim Award of 23 Sept. 1982, 9 YBK. COMM. ARB. 131 (1984). The tribunal was composed of SANDERS, Pieter (Chairman), GOLDMAN, Berthold and VASSEUR, Michel. See generally Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration 285-286 (Gaillard and Savage eds. 1999).

⁽³⁷⁾ Redfern & Hunter, at para. 3 - 31.

⁽³⁸⁾ *Dow Chemical*, at 134.

⁽³⁹⁾ The tribunal based its reasoning "in particular" upon French case law relating to international arbitration, and also took account of "usages conforming to the needs of international commerce, in particular, in the presence of group of companies". *Dow Chemical*, at 133.

It is important to note that the *Dow Chemical* tribunal dealt with the relatively less problematic issue as to whether non-signatories may be *claimants* in arbitration. Indeed, cited in support of its application of group of companies doctrine was the decision of a U.S. arbitral tribunal that explicitly limited its reasoning to cases where an arbitral clause is to be extended to *claimant* non-signatories⁽⁴⁰⁾. In such an instance, it is not necessary to decide whether the parties to the dispute intended to submit to arbitration their differences under the particular contract. The question is simply whether the respondent intended that it would be haled before a tribunal by the particular non-signatory claimant, rather than (or in addition to) the contract signatories.

Nevertheless, the group of companies doctrine has been applied in a variety of circumstances by a range of different courts and tribunals. While French judges have generally been particularly open to expanding arbitral jurisdiction on this basis⁽⁴¹⁾, they have certainly not been alone⁽⁴²⁾. In adopting this approach, most decision-makers have focused upon facts suggesting that the parties (including the non-signatory) understood *ex-ante* that the non-signatory would benefit from the contract.

Otherwise put, the intimation of group of companies doctrine is that had the parties reflected sufficiently, and had it been practical to do so, they would have had the non-signatory affix its signature to the contract. The most important factual circumstances supporting this somewhat counter-intuitive conclusion include:

- (i) the non-signatory is part of a group of companies including at least one signatory entity;
- (ii) the companies within the group are so intertwined in their activities and (more importantly) responsibilities that they constitute a single economic reality; and
- (iii) the non-signatory played an active role in the conclusion, performance, and/or termination of the contract.

3.2. The Contractual Approach: An Arbitration Clause Can Be Extended Like Any Other Contract

Most common-law legal systems have come to view the question of binding non-signatories as one of general contract law, permitting the application of a wide range of exceptions to the rule of

⁽⁴⁰⁾ *Society of Maritime Arbitrators Partial Final Award* 1510 of 28 November 1980, 7 Ybk. Comm. Arb. 151 (1982) ("it is neither sensible nor practical to exclude from arbitral jurisdiction *the claims of companies who have an interest in the venture and who are members of the same corporate family*") (emphasis added).

⁽⁴¹⁾ See, e.g., *Société Kis France et autres v. Société Générale et autres*, Cour d'appel de Paris (1e Ch. suppl.), Decision of 31 October 1989, 1992(1) *Revue de l'arbitrage* 90.

⁽⁴²⁾ ICC Case 4972 and 6519 (arbitration clause extended to subsidiaries where only parent company had signed); ICC Case 5730 and 5721 (arbitration clause extended to parent company where only subsidiary had signed). In *Caparo Group Ltd v. Fagor Arrasate Sociedad Cooperativa*, the English Commercial Court did not exclude the possibility that group of companies doctrine could be applied under English law, but declined to do so in the case at hand. QBD (Commercial Court), 7 August 1998 (Clarke, J.). Likewise, in *Zurich Chamber of Commerce Case 273/95* (Decision of 31 May 1996, unpublished), a tribunal applied group of companies doctrine, but declined to extend the arbitration clause to certain non-signatories, because they did not form part of a group with the signatory.

privity. According to the majority view under U.S. law, for example, there are six primary bases upon which a non-signatory may be deemed to fall within the scope of an arbitration clause: (a) incorporation by reference; (b) assumption; (c) agency⁽⁴³⁾; (d) veil-piercing/alter ego⁽⁴⁴⁾; (e) estoppel⁽⁴⁵⁾ and (f) third party beneficiary⁽⁴⁶⁾. This contractual approach seems to focus as much on equitable considerations *after* the conclusion of the contract as on discerning the intent of the parties *ex ante*⁽⁴⁷⁾.

The most widely-discussed recent case reflecting the contractual approach is the English High Court judgment in *Peterson Farms*⁽⁴⁸⁾. In that case, Peterson Farms, an Arkansas corporation, had contracted to sell chickens to C & M Farming, an Indian company, pursuant to a Sales Agreement. The contract was governed by Arkansas law, and called for the resolution of disputes by ICC Arbitration in London. C & M initiated arbitration against Peterson after discovering that the chickens were infected with an avian vi-

rus. C & M sought compensation for separate heads of damages suffered both by C & M itself, and by other members of the C & M group of companies, which were not parties to the Sales Agreement⁽⁴⁹⁾. C & M's primary justification for the award of damages suffered by its sister companies was the group of companies doctrine. Peterson, meanwhile, argued that the group of companies doctrine could not apply because the agreement was governed by Arkansas law, which did not recognize such a theory. The arbitrators rejected this argument, and concluded that the circumstances surrounding negotiation, execution, and termination of the Sales Agreement reflected the parties' common intention that the entire C & M group of companies would fall within the scope of the arbitration clause.

Peterson subsequently petitioned the English High Court to set aside the award with respect to all claimants except C & M itself, arguing that there was no legal basis upon which other companies in the

(43) *Arnold v. Arnold Corp.*, 920 F.2d 1269, 1282 (6th Cir. 1990, if parties "can avoid the practical consequences of an agreement to arbitrate by naming non-signatories as (defendants) (...) the effect of the rule requiring arbitration, would, in effect, be nullified").

(44) *Kaplan v. First Options of Chicago, Inc.*, 115 S. Ct. 1920 (1995) ("The alter ego concept is a tool of equity that is appropriately utilized when the court must prevent fraud, illegality or injustice, or when recognition of the corporate entity would defeat public policy or shield someone from public liability for a crime"); *Adams v. Cape Industries* (1990) 1 Ch. 433.

(45) *Deloitte Neraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells, U.S.*, 9 F.3d 1060, 1064 (2d Cir. 1993).

(46) *Spear, Leeds & Kellogg v. Central Life Assur. Co.*, 85 F.3d 21 (2d Cir. 1996). See also Frederic Cann, *Conflicting Post-Award Enforcement Litigation in National Courts; Problems with Non-Parties to Arbitration Clauses*, 7(5) Int. A.L.R. 145, 149 (2004).

(47) *Trident General Insurance Co Ltd v. McNiece Bros Pty Ltd*, (1988) 165 CLR 107 (High Ct. Aus.) ("the doctrine of privity sometimes produces unjust results and that this court should re-examine it in the light of the criticisms the doctrine has attracted").

(48) (2004) EWHC 121, Judgment of 4 February 2004. See also PATIL WOOLHOUSE, Sarita. *Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law*, 20(4) Arb. Int'l. 435 (2004); also William Leadley, *Peterson Farms: There Is No Group Of Companies Doctrine In English Law*, www.bakernet.com/NR/rdonlyres/5780A31F-14DE-4FD2-B1A5-F6DCA447CD6B/34239/petersonfarms.pdf; GAFFNEY, John. *The Group of Companies Doctrine and the Law Applicable to the Arbitration Agreement*, Mealey's Int'l Arb. Rep., July 2004; Michael E. Davis, *Observations on Peterson Farms*, 2004(1) Stockholm Arb. Rep. 302.

(49) The tribunal consisted of Julian Lew, Abraham Gaffney, and Joe Hershaw.

C & M group could benefit from the arbitration clause of a contract they had not signed⁽⁵⁰⁾. Justice Langley granted Peterson's petition, finding the tribunal's award to be "seriously flawed in law" and without jurisdictional basis⁽⁵¹⁾. The court began from the proposition – upon which the parties had agreed – that Arkansas law, which governed the contract in question, did not differ substantially from English law. Langley dismissed C & M's argument that the group of companies doctrine could result in the extension of the award's effect to non-signatories, as the doctrine "forms no part of English law"⁽⁵²⁾. There is very little discussion of the court's basis for this conclusion, or a description of the group of companies doctrine as the court understood it.

Justice Langley then turned to alternative, contractual theories that could have allowed C & M group members to invoke the arbitration clause under English (or Arkansas) law⁽⁵³⁾. First, C & M argued that it had signed the contract as an agent on behalf of the other companies in its group, as well as on its own behalf. The tribunal disagreed on the basis of the facts presented, because (1) the contract was signed "in terms of an agreement between the two named companies"; (2) the contract prohibited the assignment of rights to any other entity; and (3) C & M actually sold

chickens to the other group member companies of its group, suggesting a buyer/seller relationship rather than agent/principal⁽⁵⁴⁾. On this point, the Court concluded with language reflecting the general presumption of the "contractual approach" against binding non-signatories:

"In commercial terms the creation of a corporate structure is by definition designed to create separate legal entities for entirely legitimate purposes which would often if not usually be defeated by any general agency relationship between them"⁽⁵⁵⁾.

Next, C & M argued that estoppel should prevent opposition to involving non-signatories in arbitration where "the claims against the non-signatory are fundamentally intertwined with or arise out of and relate directly to the agreement containing the arbitration clause"⁽⁵⁶⁾. The court rejected this position, since C & M had not demonstrated that Peterson took a position during the parties' dealings that was inconsistent with a narrow view of the arbitration clause. Langley's conclusion in this regard crystallizes the heavy burden of proof weighing upon a party seeking to involve non-signatories on an estoppel theory:

⁽⁵⁰⁾ Peterson's petition was submitted pursuant to Section 67 of the Arbitration Act (1996), which permits a party to ask the court for "an order declaring an award made by the tribunal on the merits to be of no effect, in whole or in part, because the tribunal did not have substantive jurisdiction".

⁽⁵¹⁾ (2004) 1 Lloyd's Rep. 603; 2004:1 Stockholm Arb. Rep. 283.

⁽⁵²⁾ Peterson Farms, para. 62.

⁽⁵³⁾ The court here as well assumed that Arkansas law and English law were identical. Peterson Farms, para. 63.

⁽⁵⁴⁾ Peterson Farms, para. 64.

⁽⁵⁵⁾ Peterson Farms, para. 65.

⁽⁵⁶⁾ Peterson Farms, para. 52.

“(T)hat the Agreement clearly names the parties to it and that C & M was not acting as an agent in making it are themselves inconsistent with a case that Peterson represented that the Agreement was made with other group entities or that such entities or C & M relied on any representation or suffered any detriment in doing so⁽⁵⁷⁾”.

Despite the *Peterson Farms* court’s adamant refusal to give special consideration to “group of companies” circumstances, the contractual approach that dominates common-law jurisprudence has allowed a number of courts and tribunals to extend arbitration clauses to non-signatories. One of the most recent –and complex– such instances arose in the U.S. federal court challenge of the arbitral award in *Bridas v. Turkmenneft*. That case involved the relationship between a non-signatory State and a government-owned enterprise that was party to an agreement to arbitrate.

An increasing proportion of commercial arbitration cases involve state parties⁽⁵⁸⁾. In the context of these disputes, the question of binding non-signatories to arbitration agreements frequently arises, since contracts with private parties are often entered into not by the State themselves, but by separate legal entities, such as government-owned corporations crea-

ted under local law. At the same time, these entities often hold limited assets outside their home territory, creating potential problems of enforcement in the event an arbitral award is rendered against them. Private parties to State contracts therefore frequently attempt to extend the scope of the arbitration clause to the State, anticipating that this will provide a broader range of enforcement possibilities after the close of the arbitration proceedings⁽⁵⁹⁾. Courts and tribunals have frequently analogized such situations to the extension of arbitral agreements to non-signatory members of a corporate group.

In *Bridas*, Turkmenistan had solicited bids in 1991 to attract Western capital and technology to explore and develop its hydrocarbon resources. Bridas, an Argentine corporation, was the successful bidder on the Yashlar concession in eastern Turkmenistan, and signed an agreement with Production Association Turkmengeologia creating Joint Venture Yashlar. Two years later, before any substantial work had begun on the Yashlar concession, Bridas prevailed in a second tender, for the Keimir Block. In 1993, Bridas signed the Keimir joint venture agreement with Production Association Turkmenneft. Both agreements provided that any disputes between the Parties would be submitted to arbitration before the ICC, and were governed by the laws of England. The Government of Turkmenistan, although actively invol-

⁽⁵⁷⁾ Peterson Farms, para. 67.

⁽⁵⁸⁾ See, e.g., SILVA-ROMERO, Eduardo. *ICC Arbitration and State Contracts*, 13(1) ICC Court Bull. 34 (2002); LEBOULANGER, Philippe. *Some Issues in ICC Awards Relating to State Contracts*, 15(2) ICC Court Bull. 93 (2004); ROSENBERG, George. *State as Party to Arbitration*, 20 ARB. INT’L 387 (2004).

⁽⁵⁹⁾ For similar reasons, some private parties have sought to extend arbitration clauses to non-signatory government-owned corporations, where the State itself executed the contract. See, e.g., *Société Swiss Oil v. Société Petrogab et République du Gabon*, Cour d’appel de Paris (1re Ch. suppl.), Decision of 16 June 1988, 1989(2) Rev. de l’arbitrage 309.

ved in the bidding process, was not a party to either joint venture agreement, nor did Bidas seek to make it one. Bidas insisted on adding to both agreements a clause conditioning the effectiveness of the agreement on receipt of written confirmation from the Government that all of the rights granted to the joint venture were effective without further licenses or other actions. Having expended some US\$150 million without locating oil, Bidas suspended operations at Yashlar in December 1995. Meanwhile, the company encountered difficulties at Keimir as well, and disagreements developed in relation to budget overruns. In November 1995, exports from Keimir ceased.

In April 1996, Bidas initiated the first of two arbitrations, arising out of Joint Venture Keimir⁽⁶⁰⁾. Its claims related to Yashlar followed in June of the same year⁽⁶¹⁾. Pursuant to the respective arbitration clauses, the *Yashlar* proceeding was sited in Stockholm; the *Keimir* arbitration took place in Houston, Texas. In the *Yashlar* arbitration, Bidas filed its claim against the Turkmenistan Ministry of Oil & Gas, which had acceded to the contract, and the Government of Turkmenistan, which had not signed the agreement. Likewise, in *Keimir*, Bidas brought claims against the Government, as well as Turkmenneft. In response, Turkmenistan objected in both cases to jurisdiction on grounds that it had not agreed to arbitrate any claims with Bidas.

The two panels reached opposite conclusions as to whether the Government was subject to arbitral jurisdiction. The panels agreed on the starting point: both concluded that the Government had not been a party to the joint venture agreements or their respective arbitration clauses. The *Yashlar* panel found that it had no jurisdiction to hear claims against the Government:

“The Government of Turkmenistan obviously chose not to become a party to the JV Agreement, but rather to authorise an agreement to be entered into by a body which was a legal entity in its own right having its own separate funds. Nor can it have escaped the notice of Bidas that the Government itself did not appear in the JV Agreement as their contracting partner. Whatever was said at the bidding round about the role of the Government, the Government did not become a signatory to the agreement and obviously must have made a deliberate decision not to do so. Nor is this surprising. The activities of the Turkmenian Party in the Joint Venture are commercial rather than sovereign activities. It need hardly be added that the Government’s acts of authorisation and approval and its acts of control, however far reaching, do not of themselves make it a party to the JV Agreement⁽⁶²⁾”.

⁽⁶⁰⁾ Bidas SAPIC, Bidas Energy International Ltd and Intercontinental Oil and Gas Ventures Ltd v. Government of Turkmenistan and Concern Balkanbebitgazsenagat (Keimir), ICC Case 9058, First Partial Award of June 25, 1999.

⁽⁶¹⁾ Joint Venture Yashlar and Bidas SAPIC v. Government of Turkmenistan (Yashlar), ICC Case 9151, Interim Award of June 8, 1999.

⁽⁶²⁾ Yashlar, at para. 569.

In the *Keimir* award, meanwhile, a different tribunal found that multiple references in the project contracts to necessary government decrees⁽⁶³⁾ created a legitimate expectation in the foreign investor that Turkmenistan itself would be bound to arbitrate should it fail to supply such decrees. The tribunal held that:

“Taken in isolation, none of these provisions would be conclusive support for the proposition that it was the intention of the parties for the Government to be bound by the provisions of the contract, but cumulatively they constitute a significant involvement of government powers and interests in the contractual relationship

(...)

The legitimate expectation of a party can translate into intention. That is, the legitimacy of the expectation reflects the intention of the representor for the representee to have an expectation. The expectation reflects the intention of the representee. The Claimants were entitled to have a legitimate expectation that what was represented and guaranteed to them in the JV Agreement would be fulfilled. Only the Government could fulfil those requirements. It saw fit to have them included in the JV Agreement, by Presidential Decree it confirmed that the requisite approvals and consent were in place to conduct

operations ‘based on the conditions established in the (JV Agreement)’ and it saw fit to have the most important of them guaranteed with its consent. It cannot now resile from these facts or from the conclusion to which they lead: the Government is bound by the contractual commitments that only it could perform⁽⁶⁴⁾”.

Ultimately, Turkmenistan sought set aside the *Keimir* award in U.S. federal court. The Texas federal district court declined Turkmenistan’s motion and confirmed the award, finding that Turkmenistan was bound by the JVA arbitration clause on the basis of both agency and estoppel. This decision was appealed to the Court of Appeals for the Fifth Circuit. The appeals court examined the relationship between the parties on a strictly contractual basis, reviewing theories of agency, alter ego, estoppel, and third-party beneficiary⁽⁶⁵⁾. Under all of these contractual theories except one –alter ego– the Court held that the *Keimir* panel had exceeded its powers by extending the arbitration clause to the Government of Turkmenistan:

“(W)e are simply unable to conclude that the parties, one, a multinational corporation who has negotiated joint venture agreements in the past, and the other, a sovereign nation, both represented by able Counsel, intended Turkmenneft to sign the JVA as an agent of the Go-

⁽⁶³⁾ These decrees included tax rebates, customs benefits, and the rights to use of government-owned land.

⁽⁶⁴⁾ *Keimir*, at 16 - 20.

⁽⁶⁵⁾ *State Concern Turkmenneft v. Bidas S.A.P.I.C.*, 345 F.3d 347 (5th Cir. 2003) (*Bidas I*). *Bidas* had waived two additional contract-based theories on appeal, namely incorporation by reference and assumption.

vernment in the absence of clearer language to that effect⁽⁶⁶⁾”.

At the same time, the Court concluded that there was an insufficient factual record to determine whether Turkmenneft was the alter ego of Turkmenistan, resulting in the extension of the arbitration clause to the government, and remanded to the district court for adjudication of this final issue. The district court rejected the alter ego theory, holding that there was “an insufficient showing of complete domination or extensive control”⁽⁶⁷⁾. The case was again appealed to the Fifth Circuit, this time on Bidas’ motion⁽⁶⁸⁾. The appeals court first noted that the application of alter ego doctrine, whether with respect to arbitral clauses or any other contracts, requires a showing that *both* (1) the signatory is completely dominated by the non-signatory, and (2) the non-signatory has used this control to commit a fraud or other wrong on the party seeking to pierce the corporate veil⁽⁶⁹⁾. The Court examined the second prong first, noting that

the record showed that Turkmenistan had used Turkmenneft as a weapon against Bidas, shifting corporate forms and undercapitalizing its companies in order to shield itself from the effects of those entities’ actions⁽⁷⁰⁾. As to control, the Court pointed out that the district court below had been charged with assessing no less than *twenty-one* factors to determine whether Turkmenneft was sufficiently “dominated” by Turkmenistan to support application of the alter ego doctrine⁽⁷¹⁾. It then found that the district court had erred in its analysis, by giving more weight to “formal” factors rather than those reflecting the economic reality of the Bidas transaction. Central to this conclusion was that “(t)he Government manipulated Turkmenneft legally and economically to repudiate the contract with Bidas and then render it impossible for Bidas to collect damages⁽⁷²⁾. Thus, after over five years of appeals, the *Keimir* panel’s decision to extend the arbitration clause to the non-signatory State was upheld under U.S. law⁽⁷³⁾. While arbitrators have

⁽⁶⁶⁾ Bidas I, at 357 - 358.

⁽⁶⁷⁾ State Concern Turkmenneft v. Bidas S.A.P.I.C., Case 04-20842, Judgment of 21 April 2006 (Bidas II), at 5.

⁽⁶⁸⁾ Bidas II.

⁽⁶⁹⁾ Bidas II, at 7; *In re Multiponics, Inc.*, 622 F.2d 709, 724-725 (5th Cir. 1980).

⁽⁷⁰⁾ Bidas II, at 8-9.

⁽⁷¹⁾ Bidas II, at 9. These factors were: (1) common stock ownership; (2) common directors or officers; (3) common business departments; (4) consolidated financial statements; (5) the parent finances the subsidiary; (6) the parent caused the incorporation of the subsidiary; (7) grossly inadequate capitalization; (8) the parent pays the subsidiary’s expenses; (9) all of the subsidiary’s business comes from the parent; (10) commingling of property; (11) no separation of daily operations; (12) failure to observe corporate formalities; (13) subsidiary’s directors act in the parent’s interest; (14) guarantee of the subsidiary’s debts; (15) lack of arm’s length relationship; (16) lack of independence under local law; (17) source of the entity’s funding; (18) entity’s degree of local autonomy; (19) entity’s local vs. state-wide responsibility; (20) authority to sue and be sued; and (21) right to hold and use property.

⁽⁷²⁾ Bidas II, at 13.

⁽⁷³⁾ The Bidas experience may reflect some general relaxation of the strict contractual view in the context of State contracts, in light of the common confusion regarding the independence of ministries, government agencies, and other State organs. See *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organisation for industrialisation*,

shown some flexibility in this regard where a State-controlled agency or corporation has presented itself as representing the State, courts in various countries have readily annulled such awards, requiring express consent of the State to be bound to arbitration.

3.3. The Formal Approach: *An Arbitration Clause is More Difficult to Extend than a Contract*

The debate surrounding the extension of arbitration agreements to non-parties is far from universal, and appears to have had little impact on the strict formal approach maintained in many civil-law jurisdictions. Under this traditional view, privity to the arbitration agreement by signature is normally the central concern in determining which parties will be subject to its provisions.

This approach to arbitral clauses is epitomized in recent Dutch jurisprudence. In a 2001 NAI arbitration, for example⁽⁷⁴⁾, corporations C and T concluded a contract that included an arbitration clause. C, its parent company C Inc., and A instituted proceedings against T and its subsidiary M. The contract mentioned M as a subcontractor under the contract, and

M was involved in the performance of the contract. T and M contested jurisdiction, arguing that only the signatories to the contract (C and T) were covered by the arbitration clause. The tribunal agreed, stating simply that neither C, Inc. nor M were parties to the contract, and therefore could not be subject to the tribunal's jurisdiction⁽⁷⁵⁾. It appears that the only theory proposed by the parties, or considered by the arbitrators, was the possibility that one of the contracting parties had formally assigned its rights to non-signatories under the contract.

In 2006, the Dutch courts considered an action to set aside an award rendered in favor of two companies (one German and one Dutch) against a Dutch company, Sargo⁽⁷⁶⁾. The German firm, Grünland, was the sole shareholder of the Dutch company Greenworld. Grünland and Sargo concluded a contract with an arbitration clause. Sargo performed pursuant to the contract and to an order letter referring to payment by Greenworld. Sargo stated in correspondence that its performance was on condition that Grünland would guarantee payment by Greenworld. A dispute arose, and Sargo commenced arbitration against both Grünland and Greenworld. The arbitral tribunal ruled

et al., Award of April 19, 1994 28 ILM 688 (1989); SPP (Middle East) Ltd. Southern Pacific Properties Ltd v. Arab Republic of Egypt and General Company for Tourism and Hotels, ICC Case N° 3493, Award of 16 February 1983. The ICC Court apparently applies a stricter test in its scrutiny of awards where the nonsignatory in question is a State, as opposed to a corporation. SCHWARTZ, Eric and DERAINS, Yves. *A Guide to the ICC Rules of Arbitration* 92 (2d ed. 2005). But compare national court decisions annulling such awards, e.g. Southern Pacific Properties, Ltd. v. Arab Republic of Egypt (France Cour de Cassation), Decision of Jan. 6, 1987, 13 Yak. Comm. Arb. 152 (1988); Westland Helicopters v. Arab Republic of Egypt et al. (Switz. Sup. Ct.), Decision of July 19, 1988, 16 Yak. Comm. Arb. 174 (1991).

(74) *NAI Case Interim Award of 30 July 2001*, 2004 Tijdschrift van Arbitrage 154-156 (Barendrecht, Hooykaas and Gerretsen, arbitrators).

(75) *Ibidem*, para. 5.1.4.

(76) *Sargo Aannemingsmaatschappij Zeeland B.V.v. ASB Greenworld B.V and ASB Grünland, Helmut Aurenz GMBH & Co KG*, Dutch Court of Cassation, Judgment of 20 January 2006, N° C04/174HR.

that it had jurisdiction over both respondents, because Greenworld had consented to arbitration through the parties' correspondence. Greenworld subsequently challenged the decision in the Court of Appeal in the Hague. The Court set aside the arbitral award as against Greenworld on the ground that there was no valid arbitration agreement⁽⁷⁷⁾. In its judgment, the Court declared that "in principle only the parties to the arbitration agreement are bound by that agreement". It further emphasized the human rights implications of renouncing the right to court access, insisting that "the choice for arbitration must therefore be clear and unambiguous". The Court of Appeal noted that under Dutch law, only formal transfers of rights (such as assignment, subrogation, or acquisition of debt) can result in binding a non-signatory to an arbitration agreement. This decision was later upheld by the Dutch Court of Cassation⁽⁷⁸⁾.

The Dutch courts are not alone in their view that arbitral agreements should be limited in their reach to the parties that sign them. For example, the majority of courts and commentators in Germany agree that the group of companies doctrine plays no role in German law, as it has no basis for application⁽⁷⁹⁾. Similarly, the law of the Russian Federation (like that of a number of CIS countries) seems

to take a rather rigid view of non-signatory status under arbitration agreements⁽⁸⁰⁾. The decision of the Moscow District Court to set aside an arbitral award because the party seeking to enforce it was a non-signatory reflects the general trend in that country:

"The term 'agreement in writing' shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams... Oral or tacit consent does not effectuate the conclusion of an arbitration agreement(...)"⁽⁸¹⁾.

Thus, there remains a significant number of legal systems where arbitration agreements may prove more difficult to enforce against non-signatories than other forms of contract. Whether this is the result of lingering hostility to arbitration as an alternative to national courts, or of a narrow reading of applicable legislation on arbitration, the impact on outcomes can be important in light of the more "liberal" approaches described above.

4. THE CHOICE OF LAW PROBLEM

As already explained, the New York Convention neither requires the enforce-

⁽⁷⁷⁾ Dutch Code of Civil Procedure, article 1065.

⁽⁷⁸⁾ The courts in the Netherlands may be influenced in their formal approach to non-signatories by the express provision of the Dutch Constitution protecting the right to access national courts absent clear consent. Netherlands Constitution, article 17 ("Nobody can against his will be denied access to the judge that the law grants him").

⁽⁷⁹⁾ LACHMANN, Ludwig. Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis 138 - 139 (2nd. edition 2002). However, a minority of German jurists take the view that in cases where a group of companies was involved in contract negotiations, and gave counterparties the impression that they would be bound by the contract, it may be possible to bind non-signatory group members to the arbitration agreement on a quasi-estoppel theory. *Id.*

⁽⁸⁰⁾ O. SKVORTSOV. Treteiskoe razbiratel'stvo predprinimatel'skikh sporov v Rossii 300 - 301 (2005).

⁽⁸¹⁾ *IMP Group (Cyprus) Ltd. v. Aeroimp*, YB Comm. Arb. XXIII (1998). pp. 745 - 749.

ment of arbitration agreements (and resulting awards) against non-signatories, nor restricts national courts from doing so pursuant to what they deem to be the applicable law. Given that different legal systems have taken varying approaches to the question of extending arbitration clauses to non-signatories, the particular approach to selecting the law applicable to this issue deserves particular attention⁽⁸²⁾.

Most contracts containing an arbitration clause also provide for a particular system of substantive governing law. It is often assumed that the applicable substantive law chosen in the contract determines both the parties' substantive rights under the contract as a whole, and their rights and obligations pursuant to an arbitration clause contained in the contract⁽⁸³⁾. At the same time, the widely accepted doctrine of separability provides that the law applicable to the existence and validity of the arbitration clause may differ from the rules chosen by the parties to govern the contract in which it is found⁽⁸⁴⁾. This issue may arise in various fora at different stages of the proceedings, and may be crucial for the determination of the scope of arbitral jurisdiction or for the enforcement of a final award. This is especially true in relation to contracts implicating non-signatory members of a group of companies, given the wide range of possible approaches to the scope of the

arbitration clause depending on the system of law chosen to determine the issue.

The practice of international arbitration tribunals and national courts has yet to produce a unified solution to the problem of designating the law applicable to the determination of the scope of an agreement to arbitrate⁽⁸⁵⁾. Indeed, Marc Blessing has identified as many as nine different approaches to the choice-of-law issue:

“(a) locus regit actum (more precisely: locus regit formam actus), meaning that the validity of the arbitration clause is governed by the law of the place where the arbitration agreement has been concluded or, more practically, where the arbitration clause deploys its effects, i.e., the law of the country where the arbitral tribunal has its seat; (b) the law of the seat of the arbitral tribunal (or of the place of arbitration), i.e., the lex arbitri; (c) the proper law of the arbitration agreement, to the extent that such proper law was chosen by the parties or can be established under the circumstances; (...) (d) the proper law of the substantive contract in which the arbitration clause is embedded (lex causae). (...) (e) the law of the parties, or of one of them; (f) the law of the country whose cour-

⁽⁸²⁾ See generally GAFFNEY, John. *The Group of Companies Doctrine and the Law Applicable to the Arbitration Agreement*, Mealey's Int'l Arb. Rep., July 2004.

⁽⁸³⁾ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine. *Law and Practice of International Commercial Arbitration* 125 (3d ed. 2004).

⁽⁸⁴⁾ CRAIG, Laurence, PARK, William and PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration* 52 - 54 (3rd edition 2000); LEW, Julian, LOUKAS, Mistelis and KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration* 107 (2003); REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel and Constantine PARTASIDES. *Law and Practice of International Commercial Arbitration* 126 (3d ed. 2004).

⁽⁸⁵⁾ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials* 95 (2d ed. 2001).

ts would have jurisdiction absent an arbitration clause; (g) the law of the country where the arbitral award is (most likely) to be enforced (which of course leaves us with the uncertainty and indeed speculation where enforcement proceedings might take place); (h) a combination of laws which may be contemplated under any one of the foregoing seven solutions; (i) an a-national or denationalized approach, according to which the arbitration clause should be governed by common and fundamental principles of law”⁽⁸⁶⁾.

Of these various solutions, those most commonly applied by courts and tribunals include: (i) the substantive law of the contract; (ii) the law of the seat of arbitration; (iii) the law of the place of enforcement; and (iv) the law with the closest connection to the underlying transaction⁽⁸⁷⁾. Some countries’ arbitration laws also contain substantive rules of private international law to help courts and arbitrators resolve the issue⁽⁸⁸⁾.

Another view of the choice of law problem that has gathered support in some quarters calls for the detachment of the question of the validity of the arbitra-

tion clause from any particular system of national law, in favor of decision on the basis of “international practice” and the common intent of the parties⁽⁸⁹⁾. Several authors have referred to this approach to choice of law as “substantive,” since rather than opting for a national law as indicated by the applicable choice of law rule, the decision maker examines the parties’ conduct directly to ascertain their intent⁽⁹⁰⁾.

Recent case law in the United States is in stark contrast with the general assumption that the parties’ choice of governing law determines the reach of the arbitration clause to non-signatories, and demonstrates the variety of possible outcomes in this regard. In *Sarhank Group v. Oracle Corp.*, the claimant, an Egyptian company, initiated arbitration in Cairo against its contracting partner, Oracle Systems, a Cypriot company. Sarhank also named the U.S. parent company of Oracle Systems, Oracle Corp., as a respondent. Oracle Corp. had not signed any contract with Sarhank. The Cairo-based tribunal found that pursuant to Egyptian law, which was the law governing the contract, Oracle Corp. was subject to arbitration. The arbitrators rendered an award holding Oracle Systems and Oracle Corp.

⁽⁸⁶⁾ BLESSING, Marc. *The Law Applicable to the Arbitration Clause*, 9 ICCA Congress series 168, 169 (1999).

⁽⁸⁷⁾ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials* 107 *et seq.* (2nd ed. 2001).

⁽⁸⁸⁾ Article 178 (2) Swiss PIL; Section 48 Swedish Arbitration Act.

⁽⁸⁹⁾ CRAIG, PARK and PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration* 52 (3rd ed. 2000); LEW, MISTELIS and KROLL. *Comparative International Commercial Arbitration* 123 (2003); BERNARDINI, Piero. *Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause*, 9 ICCA Congress series 199 (1999); *Municipalité de Khoms El Mergeb v Société Dalico*, Cour de Cassation, Judgment of 20 December 1993, *Dow Chemical Co. et al v. Isover Saint Gobain*, ICC Case 4131, Interim Award of 23 Sept. 1982, 110 J. D. I. 899 (1983), *ICC Case 2375*; *ICC Case 2138 of 1974*, 1975 J.D.I. 934.

⁽⁹⁰⁾ BLESSING, Marc. *The Law Applicable to the Arbitration Clause*, 9 ICCA Congress series 169, 171 (1999); BERNARDINI, Piero. *Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause*, 9 ICCA Congress series 200-201 (1999); FOUCHARD, GAILLARD and GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration* 218, 228 *et seq.* (2003).

jointly and severally liable to pay Sarhank about US\$2 million. Sarhank moved to enforce the award in New York, and the federal district court there confirmed the award. The U.S. Court of Appeals for the Second Circuit overturned this decision. It found that the court below had erred in relying upon the arbitral tribunal's finding *under Egyptian law* that Oracle Corp. was bound to arbitrate as a non-signatory. Rather, the Court of Appeals concluded,

“It is American federal arbitration law that controls. An American non-signatory cannot be bound to arbitrate in the absence of a full showing of facts supporting an articulable theory based on American contract law or American agency law⁽⁹¹⁾.”

When the question of formal or substantive validity and scope of the arbitration agreement arises before arbitral tribunals, it could be argued that there are valid reasons to apply the law of the place of arbitration. Since the parties' choice of the law applicable to the (separable) arbitration agreement is seldom clear and, in most cases, cannot easily be determined⁽⁹²⁾, the arbitrators should at least make sure that the law which they apply leads to an effective result. Most importantly, this means protecting the award

from annulment under the national law at the arbitral seat, but also securing recognition for the award in other countries pursuant to the New York Convention⁽⁹³⁾. To ensure the enforceability and integrity of the award in the courts of the arbitral situs, tribunals may prefer to assess the substantive validity of the arbitration agreement by reference to the requirements established in that jurisdiction's law – regardless of the law governing the contract's other provisions. The same applies to enforceability abroad under Article V(1)(a) of the New York Convention, which requires validity under “the law of the country where the award was made,” where the parties' choice cannot be determined⁽⁹⁴⁾.

There is also some force to the position that the law most closely related to the transaction in question should govern the validity of the arbitration clause, regardless of the contracting parties' choices of substantive governing law and place of arbitration. In a group of companies context, this approach may be particularly apt, especially where a party seeks to extend the arbitration clause to an objecting non-signatory respondent. In such cases, even where the parties' choice of law and arbitral seat are clear, it may be unreasonable to apply that law

⁽⁹¹⁾ Sarhank Group v. Oracle Corp., 404 F.3d 657, 662 (2d Cir. 2005) [citing Interbras Cayman Co. v. Orient Victory Shipping Co., S.A., 663 F.2d 4, 7 (2d Cir. 1981)]. See also GARFINKEL, Barry and David IHERLIHY, *Looking for Law in All the Wrong Places*, Mealey's Int'l Arb. Rep., June 2005, at 12.

⁽⁹²⁾ CRAIG, PARK and PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration* 53 (3d ed. 2000); FOUCHARD, GAILLARD and GOLDMAN. *International Commercial Arbitration* 222 (2003).

⁽⁹³⁾ See also ICC Rules, article 35 (arbitrators are instructed to ensure that their awards will be enforceable at law).

⁽⁹⁴⁾ See LEW, MISTELIS and KROLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. 124 - 125 (2003). It has been pointed out that because the situs of the arbitration is also the place where the agreement to arbitrate is to be performed, the *lex arbitri* may be seen to be the most closely related to that contract, and therefore most appropriate from a traditional conflict-of-laws perspective in any event. BERNARDINI, Piero. *Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause*, 9 ICCA Congress Series 201 (1999).

to the respondent who disputes any adhesion to the terms of the contract.

It may be that selecting the law applicable to “group of companies” issues is less difficult in practice than in theory. Many arbitral tribunals that have confronted the extension of an arbitration agreement to non-signatories appear to have resolved the issue on the basis of the law and precedent of the arbitral seat, while often not recognizing this choice explicitly⁽⁹⁵⁾. For example, the “substantive approach,” which ostensibly bypasses any particular system to arrive at the parties’ intent, and which underpins the group of companies doctrine, does not actually differ from the majority position in French law⁽⁹⁶⁾.

5. CONCLUSION: IMPLICATIONS FOR REFORM AND THE NEW YORK CONVENTION

5.1. Is there a need to reform?

The foregoing overview reveals that the binding of non-signatories to arbitration agreements remains an area of substantial variation in the practice of arbitral

tribunals and national courts. This is not unexpected. Judges faced with a variety of factual situations suggesting the possible intent of the parties to bind a non-signatory can draw little guidance from most national arbitration statutes (including those based upon the UNCITRAL Model Law). Moreover, whether a court decides to limit the scope of arbitration clauses or to take a more liberal approach, it does not risk running afoul of the New York Convention. As explained at the outset of this chapter, the “agreement in writing” provision of the Convention has not been viewed to require the signature of all parties, nor in any event to prevent the recognition of foreign agreements and awards on a more permissive basis.

Variation in arbitral practice, or in the standards of review of arbitral awards, is not a harmful circumstance *per se*. As a product of the parties’ choice, differences in procedural rules, substantive law, legal norms at the place of arbitration, and other aspects of the dispute resolution process permit sophisticated businesses to craft, *ex ante*, the system that best corresponds to the exigencies of their particular relationship⁽⁹⁷⁾. At the same time, variation

⁽⁹⁵⁾ ICC Case N° 4402, 8 Ybk. Comm. Arb. 204 (1983) (Swiss law); ICC Case N° 4504, 1986 CLUNET 1118; ICC Case N° 7604 and 7610, 4 Coll. ICC Awards. 510 (2001) (French law); ICC Case N° 7626 (English law), ICC Case N° 2375, 1976 J.D.I. 973 (autonomy of the agreement from any particular State legal system), ICC Case N° 7155 (French law).

⁽⁹⁶⁾ Société Sponsor A.B. v Lestrade, 26 novembre 1986 - Cour d'appel de Pau, KIS France SA v. SA Société Générale (France) 31 Octobre 1989 - Cour d'Appel de Paris, Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico, 20 décembre 1993 - Cour de Cassation (1re Ch. civ.). See also CRAIG, PARK and PAULSSON. International Chamber of Commerce Arbitration 53 (3rd ed 2000) (Concerning *Dow Chemical*, “It may be queried whether application of French law as such would have led to a different result, since reference to the common intent of the parties and to trade usages are consistent with, and indeed encouraged by, French law”). For examples, see FOUCHARD, GAILLARD and GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration* 228 *et seq.* (2003).

⁽⁹⁷⁾ See, e.g., H. KNULL, William. III and Noah D. Rubins. *Betting the Farm on International Arbitration: Is it Time to Offer an Appeal Option?*, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 531 (2000) (suggesting that the absence of an appeals “module” that can be incorporated into arbitration clauses deprives contracting parties of the opportunity to create a dispute resolution system that corresponds to their preferences).

that cannot be foreseen by the parties *ex ante*, and incorporated into their arbitration agreement, should be viewed as detrimental to the goals of arbitration itself. A lack of predictability in the rules to be applied to a dispute, particularly in such fundamental areas as the parties to that dispute, increase transaction costs and the probability that disputes will arise in the first place⁽⁹⁸⁾.

The variety of approaches among courts and tribunals to “group of companies” situations raises two problems of predictability. First, within many important jurisdictions, there remains a great deal of uncertainty about the possibility of compelling non-signatories to arbitrate. Second, and perhaps more fundamentally, there is a striking level of heterogeneity in the *choice of law* procedure applied to arrive at the system of law that will be applied by courts and tribunals to resolve such issues⁽⁹⁹⁾. With regard to both of these areas, neither contracting parties nor their counsel are likely to be able to predict the impact upon related non-signatories of a particular choice of substantive law or of a given arbitral situs⁽¹⁰⁰⁾. Even where national jurisprudence is relatively settled with regard to binding non-signatories, the lack of uniformity in the choice of law may lead to the appli-

cation of a completely unforeseen legal system to the issue, as perhaps occurred in the *Sarhank* case, described above. In the view of Professor Sandrock, choice of law lies at the heart of the group of companies problem:

“the exceptions to the principle of privity of contract have to be derived from precise, well-defined largely recognised rules of the respective domestic law to which the arbitration agreement in question is subject⁽¹⁰¹⁾.”

The difficulty of predicting outcomes in this area is particularly worrisome, in that it disproportionately affects a particular type of contracting entity in a very fundamental way. The principle of contractual privity, after all, is not simply an avatar from the days of judicial hostility to arbitration. Rather, it is rooted in the most basic notions of contractual rights and obligations, and in the need to protect the integrity of separate corporate entities in the interest of efficient and predictable commercial relations⁽¹⁰²⁾. In the words of Justice Cardozo:

“The whole problem of the relation between parent and subsidiary

⁽⁹⁸⁾ BÜHRING-UHLE, Christian. *Arbitration and Mediation in International Business* 403 (1996) (study of corporate counsel revealed that many business avoid arbitration because they view it as less predictable than litigation).

⁽⁹⁹⁾ BLESSING, Marc. *The Law Applicable to the Arbitration Clause*, 9 ICCA Congress Series 167, 174 - 177 (1999) (identifying “group of companies” situations as a problematic area of choice-of-law analysis, with a number of different approaches adopted by courts and tribunals).

⁽¹⁰⁰⁾ RUBINS, Noah. *The Arbitral Seat Is No Fiction*, Mealey's Int'l Arb. Rep., January 2001, at 23.

⁽¹⁰¹⁾ Otto Sandrock, *Extending the Scope of Arbitration Agreements to Non-Signatories*, ASA SPECIAL SERIES 165 (December 1994).

⁽¹⁰²⁾ *Saloman v. Saloman* (1897) A.C. 22 (“it seems to me impossible to dispute that once the company is legally incorporated it must be treated like any other independent person with its rights and liabilities appropriate to itself”).

corporations is one that is still enveloped in the mists of metaphor. Metaphors in law are to be narrowly watched, for starting as devices to liberate thought, they end often by enslaving it⁽¹⁰³⁾.”

Therefore, while one should not necessarily condemn the more “liberal” approaches to non-signatories on this basis, it is important to ensure that the parties to a contract understood (or at least could have understood, given competent counsel) that their selection of an applicable system of substantive law and of arbitral situs may expand the scope of rights and obligations to others.

5.2. Harmonization of Rules on the Binding of Non-Signatories

a. Reforming the New York Convention?

It has already been explained that the New York Convention currently has a limited impact on the decisions of courts in reviewing arbitral awards involving the obligation (or right) of non-signatories to arbitrate. First, the Convention deals exclusively with the *recognition and enforcement* of foreign arbitration agreements and awards. The drafters of the Convention left the issue of *vacatur* of arbitral awards to the national

arbitration law of member States, an authority implicitly affirmed in the wording of Article V(1)(e)⁽¹⁰⁴⁾. Second, in the areas where it operates, the Convention only provides baseline rules for the treatment of foreign agreements and awards by national courts, and not a ceiling. As a result, while courts may not *deny* recognition and enforcement to agreements and awards that fall within the Convention’s scope, they may enforce such documents even where the Convention does not so require⁽¹⁰⁵⁾.

Nevertheless, the Convention is an extremely influential document. Its provisions provide guidance to courts and arbitrators even when not directly applicable. In particular, many arbitrators tend to decide “in the shadow” of the Convention⁽¹⁰⁶⁾, viewing legal questions—particularly those of a jurisdictional or procedural nature—in light of their potential effect on the ultimate enforceability of the resulting arbitral award. Nor can there be any doubt that many States have had reference to the New York Convention when drafting and adopting new statutes on international arbitration. The Convention therefore appears to have had a harmonizing impact beyond the direct application of its provisions.

Some commentators have suggested that the New York Convention should be reformed, as its provisions are now “out-

⁽¹⁰³⁾ *Berkey v. Third Avenue R. Co.*, 244 N.Y. 84 (1926).

⁽¹⁰⁴⁾ Also relevant in this regard is article VII(1), which the United Nations Commission on International Trade Law, on 7 July 2006 at its thirty-ninth session, recommended “should be applied to allow any interested party to avail itself of rights it may have, under the law or treaties of the country where an arbitration agreement is sought to be relied upon, to seek recognition of the validity of such an arbitration agreement”.

⁽¹⁰⁵⁾ *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arab Rep. of Egypt*, (D.D.C. 1996); *Hilmarton*. But compare *Baker Marine* for the contrary view.

⁽¹⁰⁶⁾ R. Mnookin and L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 *Yale L. J.* 950 (1979).

dated” and “unpredictable”⁽¹⁰⁷⁾. In particular, there has been widespread suggestion that the formal requirements of the Convention should be “modernized,” and perhaps removed altogether, either through adoption of a Protocol or the negotiation of a new, supplemental convention on the enforcement of arbitral agreements and awards⁽¹⁰⁸⁾. Indeed, beginning in 1976, there have been periodic suggestions to revise the New York Convention in the form of a Protocol or otherwise⁽¹⁰⁹⁾. However, these suggestions have rarely met with enthusiasm⁽¹¹⁰⁾. The New York Convention’s near-universal acceptance, and the general uniformity of application in the courts of most member States seem far too great a benefit to the institution of international arbitration and the development of cross-border commerce to risk the confusion and divisiveness of alteration.

With regard to the first area of unpredictability described above, the varied national practice in the area of groups of companies, these arguments are convincing reasons to leave aside the New York Convention as a means of harmonization. But it does not necessarily rule out addressing the problem of choice of law through international treaty. In certain other spe-

cific areas, States have come to the conclusion that international commerce requires uniformity, at least in the method used to determine which country’s law will determine various issues⁽¹¹¹⁾.

Indeed, the European Convention on International Commercial Arbitration (the *Geneva Convention*) establishes precise and predictable choice-of-law rules for national court judges in relation to the determination of whether an arbitration agreement is valid and binding⁽¹¹²⁾. The Geneva Convention provides that:

In taking a decision concerning the existence or the validity of an arbitration agreement, courts of Contracting States shall examine the validity of such agreement with reference to the capacity of the parties, under the law applicable to them, and with reference to other questions:

- (a) under the law to which the parties have subjected their arbitration agreement;
- (b) failing any indication thereon, under the law of the country in which the award is to be made;

⁽¹⁰⁷⁾ Hamid Gharavi, Chromalloy: Another View, Mealey’s Int’l Arb. Rep., Jan. 1997.

⁽¹⁰⁸⁾ HERRMANN, Gerold. *The 1958 New York Convention: Its Objectives and its Future*, 9 ICCA Congress Series 15, 21-22 (1999); REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine. *Law and Practice of Int’l Comm. Arb.* 69 (4d ed. 2005) (New York Convention is “showing its age”, particularly “in the definition of an ‘agreement in writing’”); Neil Kaplan, *Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?*, 12 Arb. Int’l 27 (1996).

⁽¹⁰⁹⁾ U.N. Asian African Legal Consultative Committee, Recommendation to UNCITRAL on Revision of the New York Convention, U.N. Doc. A/CN.9/127 (1976).

⁽¹¹⁰⁾ UNCITRAL Tenth session, U.N. Doc. A/32/17, Ann. II, para. 31 (1977).

⁽¹¹¹⁾ See, e.g., Inter-American Convention on Conflict of Laws concerning Bills of Exchange, Promissory Notes and Invoices (1975); Inter-American Convention on Conflict of Laws concerning Cheques (1975).

⁽¹¹²⁾ European Convention on International Commercial arbitration, article VI(2), 484 U.N.T.S. 364, N° 7041 (1963).

(c) *failing any indication as to the law to which the parties have subjected the agreement, and where at the time when the question is raised in court the country in which the award is to be made cannot be determined, under the competent law by virtue of the rules of conflict of the court seized of the dispute.*

Thus, the Geneva Convention dictates that the law chosen by the parties specifically to govern their agreement to arbitrate should determine the validity of the arbitration agreement, and the law of the place of arbitration is to fill that role where no such choice of law has been made⁽¹¹³⁾.

At the same time, non-signatories may argue that the Geneva Convention rule, in many cases applying the law of the arbitral situs, is not appropriate for determining whether they are bound to arbitrate. After all, to the extent such entities seek to establish that they are not parties, their argument is based *by definition* on the presumption that they did not consent to the contract, including its choice of place of arbitration. The parties, meanwhile, may have selected a seat that is completely divorced from the facts underlying the transaction, such as the parties' origin, the place of performance, and so forth. Un-

der this view, a traditional conflict of laws analysis may yield a more equitable result. The existence of this clause in the Geneva Convention raises an additional problem, however. Any new treaty or modification of the New York Convention may have to repeat this same rule, in order to avoid conflict with the still-binding Geneva Convention.

b. Reforming the UNCITRAL Model Law

The UNCITRAL Model Law emerged (in part) precisely from the understanding that in the eternal balancing act of international treaties, the New York Convention had necessarily been drafted to favor universality over specificity⁽¹¹⁴⁾. In light of the New York Convention's limited scope and "lowest common denominator" approach, many important aspects of the arbitration process continue to be governed by national law. Given these concerns and the popularity of the UNCITRAL Model Law, it may prove more expedient to achieve harmonization through modification or amendment of the Model Law⁽¹¹⁵⁾.

As noted above, the Model Law already contains more flexible formality requirements for arbitration agreements

⁽¹¹³⁾ Given that France is a member of the Geneva Convention, it is somewhat puzzling that the Paris Court of Appeal in *Dow Chemical* made no reference to Article VI(2) in upholding the arbitration award rendered in that case. However, since the *Dow* tribunal determined that non-signatories were covered by the arbitration agreement on the basis of both "international arbitration practice" and French law (which, according to the tribunal, would yield the same result), the court may have deemed it unnecessary to apply the choice-of-law provisions of the Geneva Convention.

⁽¹¹⁴⁾ HOLTZMANN, Howard and Joseph NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* 9 - 15 (1989).

⁽¹¹⁵⁾ Indeed, VAN DEN BERG, Albert Jan. Insists that the problem of extending arbitration clauses to third parties, including due to the non-signatory's membership in a group of companies "can scarcely be resolved in an international treaty such as the New York Convention and are typically to be dealt with on the basis of the applicable national law or other international instruments". VAN DEN BERG, Albert Jan. *The 1958 New York Arbitration Convention Revisited*. ASA/IBA Conference, Zürich, 28 January 2000, at 14.

than does the New York Convention⁽¹¹⁶⁾. At the same time, the Model Law is ambiguous in relation to non-signatories. On the one hand, the use of the phrase “*other means* of telecommunication that provides a record of the agreement” suggests that the primary area of flexibility should be in terms of the *medium* of the communication evidencing an agreement (video recording, email, text messaging, Internet website forms, etcétera), rather than in the need to name the parties to arbitration in that agreement. On the other hand, on a literal reading, the Model Law text could provide that any “communication evidencing an agreement” may be a valid expression of an agreement to arbitrate, even as to parties not mentioned therein. It is perhaps this lack of clarity that has created apparent discrepancies in some jurisdictions between the wording of national statutes and the decisions of courts regarding the status of non-signatories.

If the Model Law is to be reformed, it would seem a worthy area of attention to separate issues of *form* and questions of *consent*. The issue of *form* could be solved with relative ease, altering the current language to indicate that *any written evidence* may suffice to establish the existence of an agreement to arbitrate. This would serve to elevate arbitral agreements to the same level as other international contracts in most jurisdictions. With regard to *consent*, achieving consensus may prove more difficult, as the foregoing overview suggests. As noted above, there does appear to be a trend in national legislation that non-signatories may be bound to an arbitral agreement to the extent there is unambiguous written eviden-

ce that this was the intent of the parties. Language to this effect in the UNCITRAL Model Law could therefore facilitate further harmonization in this regard, while leaving national courts flexibility to determine what sort of written evidence is sufficient to satisfy the standard.

As stated with regard to the New York Convention, codification of choice-of-law rules in relation to the validity of arbitration agreements would perhaps do more to improve predictability in this regard than the creation of uniform substantive rules on the extension of arbitration agreements to non-signatories. Once again, diversity of national laws on arbitration is not *per se* detrimental to party autonomy, as long as contracting parties have full information about the distinctions between different legal systems, and can easily choose between them in their contracts. Clearly, further discussion is necessary to explore the different possibilities for a uniform clause on the law applicable to the validity and scope of arbitration clauses. Perhaps the simplest solution would be to provide that the substantive law of the contract governs this issue as well. As already noted, from the perspective of non-signatories a more traditional conflicts analysis could be more equitable, calling for the application of the system of law most closely related to the parties’ agreement.

c. Reforming Arbitration Clauses?

This chapter began from the proposition that arbitration is a creature of contract. In this regard, the entire undertaking of binding non-signatories to an

⁽¹¹⁶⁾ UNCITRAL Model Law, article 7.


arbitration agreement would seem a poor substitute for a contract that clearly and exhaustively identifies the parties who are to be bound. Indeed, reading cases in which courts or tribunals agreed to bind non-signatories because they formed “one economic reality” with the contracting entities, one wonders why the contract’s drafters would have omitted such an essential “reality” from the text of their contract.

Many observers have noted the difficulty of drafting detailed arbitration clauses⁽¹¹⁷⁾. *Ex ante*, the parties generally pay relatively little attention to dispute resolution provisions, focusing instead on negotiating their substantive rights under the contract. Nevertheless, if contracting parties knew that courts and tribunals may interpret silence expansively under a group of companies or contractual theory, they might choose specifically to define the scope of non-signatory rights and obligations. This would be in line Thomas Carbonneau’s observation that: “as the law of arbitration develops, there is a need to consider engaging in more complex arbitration agreements. (...) Custom-fitting arbitration to the parties and the transaction, while maintaining the functionality of the process, is the cardinal objective”⁽¹¹⁸⁾. The decision to get specific may be particularly compelling for contracting parties that are part of large company groups, or for entities that are State agencies or instrumentalities.

From the perspective of the *counterparty* of an entity that is a member of a group, it is important to consider which related entities may have a role in the per-

formance of the contract in question. While it may be impractical to include such companies as signatories, express mention can be made in the contract of the signatories’ intent that such entity be bound to participate in dispute resolution. However, the simplest solution to the “group of companies” problem is specifically to exclude its application by contract. For example, an arbitration clause might contain the following concluding language:

“The Parties agree that only the entities specifically defined as Parties under this Agreement shall be subject to this arbitration clause, and that no other entities (including but not limited to parent companies, subsidiaries, affiliates, shareholders, or directors) shall be required to submit disputes to arbitration pursuant to this arbitration clause, nor shall have the right to initiate arbitration against any entity thereunder”.

Agreeing to a clause of this type introduces a separate kind of risk: arbitral jurisdiction over a non-signatory may be excluded even if a party later abuses the corporate form to avoid liability for breach of the contract. It is not entirely clear whether an express limitation such as the one proposed above would prevent a court from applying otherwise applicable equitable principles, such as alter ego, estoppel or piercing of the corporate veil, but additional language could theoretically be added to specify that the parties do not intend to prevent the binding of additional parties if doing so is necessary to avoid injustice. 

⁽¹¹⁷⁾ See, e.g., FRIEDLAND, Paul. *Arbitration Clauses for International Contracts* (2000).

⁽¹¹⁸⁾ CARBONNEAU, Thomas. *The Law and Practice of Arbitration* 502 (2004).

ITALIA

EL ORDEN PÚBLICO COMO OBSTÁCULO A LA EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS. EXPERIENCIA ITALIANA

Por: GIORGIO MEO (*)

1. Después de la derrota de la Segunda Guerra Mundial, Italia ha emprendido un decidido camino, a partir de la caída del régimen corporativo sobre el que se regía el orden nacionalista de la época fascista y de la entrada en vigor de la Constitución Republicana del 1948, hacia una plena y leal entrada del país en la comunidad internacional y la acogida de los principios y de las aspiraciones del orden mundial y de sus valores en el entramado de la vida civil de su pueblo y de la construcción de su ordenamiento jurídico.

Italia, puede decirse que hoy, se encuentra situada a la vanguardia en la elaboración científica y en la aplicación jurisprudencial en materia de circulación de las sentencias y de los laudos extranjeros. El legislador italiano del 1995, con la reforma del sistema del Derecho Internacional Privado, haciendo suya la tendencia –utilizando palabras de la Corte Constitucional italiana (sentencia 428 de 18 de

octubre del 2000)– “en la descentralización de la jurisdicción que se manifiesta en los usos del comercio internacional, en la normativa pactada y en los ordenamientos sobrenacionales ha pretendido expresa y legítimamente favorecer el desarrollo de la autonomía privada en la elección de la jurisdicción siempre mayor y más libre” (en el caso examinado por los jueces constitucionales: en materia de tutela del consumidor). Esta tendencia se ha desarrollado también en el sector del arbitraje, que no viene ya visto desde hace mucho tiempo como una injerencia que hay que tolerar por parte de la jurisdicción estatal, sino como un instrumento fiable y eficaz en la resolución de las controversias internacionales.

Esta tendencia, por otra parte, se ha acentuado con la entrada de Italia entre los países fundadores –es mas, entre los que surgió la idea misma– de la Europa política y económica, cuyo ordenamiento

(*) Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Roma – “Universitas Mercatorum” y de la Università degli Studi di Napoli “Parthenope”. Socio fundador de Giorgio Meo Abogados, Roma.

jurídico integra, nutre y se funde con el estrictamente nacional.

2. Naturalmente Italia no ha renunciado al control sobre las decisiones judiciales y arbitrales desde el punto de vista de límite del orden público.

El artículo 16 de la Ley de 31 de mayo de 1995, 218, que contiene la nueva disciplina del Derecho Internacional Privado, plantea expresamente la contradicción al orden público como límite a la aplicación de la norma extranjera y el artículo 64, letra g, impide la producción de efectos contrarios al orden público en relación al reconocimiento de sentencias extranjeras. El artículo 34, 1 del Reglamento CE 44/2001 permite no reconocer las decisiones judiciales emitidas en otro Estado miembro si el reconocimiento es manifiestamente contrario al Orden Público del Estado en el que se ha solicitado el reconocimiento. También en base a la Convención de Lugano de 16 de septiembre de 1988, ratificada en Italia con la Ley de 10 de febrero de 1992, 198, en materia de competencia jurisdiccional y de ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, las decisiones no serán reconocidas si el reconocimiento es contrario al orden público del Estado en el que se ha solicitado (artículo 27, 1).

3. Como Estado que ha adherido a la Convención de New York, también Italia se vale del poder de negar el reconocimiento del laudo extranjero y el exequátur. Sin embargo, la afirmación del arbitraje como instrumento eminente de solución de controversias transnacionales, especialmente en el campo de las relaciones económicas, y la creciente confianza en la justicia de las decisiones arbitrales y en las instituciones que presiden los procedimientos, ha ganado im-

portantes sostenedores a favor de una extensión de los poderes de los árbitros en materia de orden público, de una reducción de las cuestiones por las que poder controlar las decisiones e, incluso, de una restricción en la interpretación misma del ámbito abarcado por el orden público y de los límites dentro de los cuales éste puede hacerse valer.

4. Italia ha adherido a la Convención de New York en el 1968 (Ley de 19 de enero de 1968, 62). A partir de este momento, la Convención se aplica directamente, dado el carácter completo y autosuficiente de su disciplina sobre las condiciones de reconocimiento de los laudos extranjeros (Casación, 10 noviembre de 1992, 12093, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, 1934).

Los comentaristas italianos no se muestran de acuerdo en considerar que por “laudo extranjero” sujeto a la disciplina del reconocimiento de la Convención deba entenderse cualquier laudo que no pueda calificarse como “italiano” según el criterio de la sede del arbitraje, válido para la disciplina italiana. Se ha sostenido que para la calificación como “extranjero” no sea suficiente este criterio negativo, es decir la “no italianidad”, sino que sea necesario también, uno positivo: que el laudo sea vinculante y anulable según la ley de otro Estado, o porque la sede del arbitraje se encuentra en este Estado o porque sea de dicho Estado la ley aplicable. En definitiva, no sería susceptible de reconocimiento en Italia el laudo que no se relacione con algún ordenamiento y que no tenga por eso la eficacia “originaria” que parecería que presupone el artículo V, párrafo 1), letra e) de la Convención de New York y el artículo 840, párrafo 3, 5 del Código de Procedimiento

Civil italiano⁽¹⁾. Otros autores mantienen una posición opuesta. Estos reconocen relevancia exclusivamente a la alternativa entre laudo “italiano” y “no italiano” y someten a la Convención de New York cualquier laudo que no presente los caracteres nacionales⁽²⁾.

Naturalmente esta distinción tiene relevancia exclusivamente en relación al ámbito de la disciplina cubierta por la Convención de New York y no se refiere a los arbitrajes ni a los respectivos laudos en sí “anacionales”, como los emitidos por el *International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* en base a la Convención de Washington de 18 de marzo de 1965 en virtud del reglamento de las controversias en materia de inversiones entre Estados y ciudadanos de otros Estados, que son emitidos totalmente fuera de un Estado y se fundan exclusivamente en esta Convención. Para éstos, es necesario tener en cuenta, que no se pone ni siquiera el problema del reconocimiento, dado que en base a los artículos 53 y 54 de la Convención de Washington son eficaces directamente frente a los Estados que han adherido, sin necesidad de un acto judicial que los acoja y, añadido, sin posibilidad de negar la admisión, ni siquiera por razones de contraste con el orden público del Estado “receptor”: sobre este punto⁽³⁾; manifiesta algunas dudas y ciertas críticas⁽⁴⁾.

5. Italia ha adherido a la Convención de New York en relación a todo el texto, es decir sin valerse de la reserva prevista en el artículo I, párrafo 3 de la misma. Las reglas convencionales en materia de reconocimiento de laudos extranjeros se aplican por lo tanto en Italia también a los laudos emitidos en territorio de Estados que no sean parte de la Convención de New York y a todas las controversias, y no solo a las “nacidas en relaciones de derecho, contractuales o no contractuales, que son consideradas mercantiles por la propia legislación nacional”. Este último aspecto, es importante subrayar, se encuentra relacionado con la eliminación que en el sistema civil italiano se ha producido, a partir del Código Civil unitario del 1942, de cualquier tipo de relevancia de la distinción –sobre la que se basaba el sistema del ochocientos– entre la “materia mercantil” y la “materia no mercantil”. No existe por tanto ninguna razón para discriminar los laudos extranjeros, por lo que se refiere al reconocimiento, sobre la base de lo que ha dejado de ser hoy un criterio de distinción.

La ratificación de la Convención de New York ha dejado obsoleta la disciplina precedente del código procesal civil en materia de procedimiento de reconocimiento del laudo extranjero, la cual ha sido efectivamente derogada y sustituida en 1994 (Ley de 5 de enero de 1994, 25).

(1) E. RICCI. *La nozione di lodo straniero dopo la legge*. En: *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, 342; F. AULETTA. *L'efficacia dei lodi stranieri*. En: *Diritto dell'arbitrato rituale*. Dirigido por G. Verde. Torino, 2000. pp. 396 y siguientes.

(2) M. BOVE. *Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e codice di procedura civile*. En: *Rivista dell'arbitrato*, 2006. pp. 23 y siguientes; A. BRIGUGLIO. *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali*. Padova, 1999. p. 39.

(3) Véase: L. LAUDISA. *Arbitrato internazionale e ordine pubblico*. En: *Rivista dell'arbitrato*, 2004. pp. 957 y siguientes.

(4) L. BERGAMINI. *La controllabilità interna ed esterna dei lodi ICSID*. En: *Rivista dell'arbitrato*, 2002. pp. 139 y siguientes.

El sistema precedente preveía un juicio de homologación, considerado incompatible con la Convención de New York en cuanto imponía condiciones sensiblemente más rigurosas y gastos de justicia notablemente más elevados⁽⁵⁾. Este sistema ha sido sustituido por un procedimiento en dos fases: la primera, ante el Presidente de la Corte de Apelación competente en el lugar de la residencia de la demandada o, en su defecto, la de Roma; la segunda (solo eventual) de oposición, da lugar a un juicio contencioso entre las partes, que tiene por objeto obviamente sólo los requisitos para el reconocimiento y no el examen del fondo del asunto del laudo.

6. El reconocimiento es esencial para que el laudo extranjero produzca en Italia cualquier tipo de efecto⁽⁶⁾ y no solamente desde el punto de vista de su ejecución, o mejor, de la aptitud para ser ejecutado forzosamente con el apoyo del poder público. El laudo extranjero no reconocido (o no reconocido todavía) no tiene por tanto ni siquiera eficacia declaratoria, a diferencia de los laudos “anacionales” antes citados y de las sentencias estatales extranjeras, que en base al artículo 64, ley 218/1995, exigen un procedimiento interno únicamente para obtener la ejecución.

Consecuencia importante de todo ello es que la compatibilidad con el orden público es esencial para la posibilidad misma de considerar el laudo extranjero capaz de producir efectos en el ordenamiento italiano, tanto que el juez nacional, si lo considera contrario al orden público, puede declararlo de modo definitivo “*tamquam non esse*” para el sistema italiano.

7. El orden público reviste por tanto un papel determinante, tanto mayor cuanto más amplia es, por un lado, la extensión de la noción de orden público sostenida, y, por otro, el grado de intensidad con el que se permite al juez entrar a valorar el contenido del laudo.

Son estas, en Italia, las dos teclas sobre las que los intérpretes juegan para buscar un equilibrio razonable entre las exigencias estatales de control de la decisión de los árbitros y las exigencias de efectividad de la justicia arbitral.

8. Partiendo del tema de la extensión del orden público relevante, éste incide sobre dos aspectos:

- a) Sobre la posibilidad misma de comprender la materia tratada por los árbitros, o sus aspectos específicos, dentro de la noción de orden público: consecuencia de ello será la posibilidad misma para el juez nacional de examinar el laudo. Podríamos denominar ésta la “cuestión prejudicial de relevancia de orden público” de la materia deducida en el juicio de reconocimiento ante el juez nacional;
- b) Sobre la existencia de un contraste entre el laudo y el orden público en relación a la materia efectivamente relevante para el orden público: de ello se desprende el deber para el juez nacional de negar el reconocimiento del laudo. Podríamos denominar éste “el fondo sustancial de la cuestión del contraste con el orden público”.

⁽⁵⁾ G. GAJA. *L'arbitrato in materia internazionale tra la legge 25/1994 e la riforma del diritto internazionale privato*. En: *Rivista dell'arbitrato*, 1996. p. 497; M. BOVE. *Op. cit.* p. 26.

⁽⁶⁾ BOVE. *Op. cit.*

Los dos aspectos se encuentran a menudo sobrepuestos uno al otro. No obstante, son diferentes. El juez nacional puede detenerse en el primero, con una sentencia que niegue desde el principio la relevancia de orden público de la materia objeto del laudo y, por tanto, si no existen otros obstáculos, conceder a éste el exequátur. O puede examinar el contenido de la cuestión relativa al contraste y resolverla negativamente, o positivamente, según que el laudo que toca la materia de orden público haya o no provocado un *vulnus* inaceptable para el ordenamiento. En el primer caso el laudo obtendrá el exequátur aunque afecte a materias de orden público. Solo en el segundo caso será rechazado.

He querido subrayar esta distinción, aunque pudiera parecer obvia, para llamar la atención sobre el hecho que el primer tipo de juicio (el que da acto de que la materia es ajena a la esfera del orden público), en cuanto prejudicial no exige otro análisis más que el de la relevancia abstracta del contenido del laudo para el orden público. El segundo, sin embargo, (el que, una vez determinado que se trata de una materia efectivamente de orden público, examina si subsista o no un contraste con éste) es un juicio que se debe hacer en concreto, al menos en la medida en que incida sobre el proceso de decisión de los árbitros: es como he dicho, un juicio sobre “el fondo” de la cuestión del contraste y, como tal, exige “releer” la decisión de los árbitros precisamente desde el punto de vista de este contenido. Sobre todo, es un juicio más complejo del primero, porque postula un análisis actualizado de la concreta evolución del orden público nacional y de los límites de tolerancia, una verificación *in itinere* de la evolución del ordenamiento y un proceso de reconstrucción actual, desde el entra-

mado normativo y de los principios, de los valores que fundan el sistema en el sector afectado y en el momento histórico determinado, y que representa uno de los deberes más complicados y difíciles para el intérprete jurídico.

9. Esto explica, a mi forma de ver, por qué doctrina y jurisprudencia, no solo italianas, prefieran trabajar sobre la primera de las dos direcciones, sobre la de la naturaleza misma de orden público de la materia tratada, que resolvería el problema del reconocimiento en su raíz, y por qué se esfuercen en consolidar tesis restrictivas del área del orden público relevante al fin del reconocimiento de los laudos extranjeros sometidos a la Convención de New York.

Se proponen, en este sentido, en Italia, como en otros países, construcciones –cuyo fundamento normativo suscita ciertas dudas– que aspiran a distinguir entre el orden público “interno” y el orden público “internacional”, para limitar a éste último la valoración de un eventual contraste que impida el reconocimiento. Resultaría excluida, por el juez nacional, la posibilidad de rechazar el reconocimiento a laudos que contradigan principios de orden público, incluso los reflejados en normas imperativas, reconocidos como válidos por la comunidad nacional, pero que no son expresión de valores esenciales a los que el ordenamiento interno no esté dispuesto a renunciar en las relaciones internacionales.

Se han sostenido, a veces (pero con menos éxito), teorías sobre el orden público internacional todavía más restrictivas, dejando fuera incluso una parte de los valores considerados esenciales por el ordenamiento que recibe la solicitud de exequátur, limitando el área del orden

público que impide el reconocimiento sólo a las violaciones de los principios esenciales sobre los que se funda la convivencia civil entre las naciones.

No se observa en cambio un esfuerzo interpretativo análogo en relación a la segunda vertiente, la del contraste concreto con el orden público nacional en un determinado contexto histórico en relación a la específica materia tratada. En la doctrina italiana desde hace mucho tiempo la reflexión sobre los principios generales del ordenamiento y sobre el orden público languidece y a ambas categorías se hace referencia a menudo en modo translaticio para sostener con mayor énfasis una o la otra tesis que podrían ser demostradas a través de un uso riguroso de otros criterios hermenéuticos.

Y la misma jurisprudencia en tema de Convención de New York y de reconocimiento de sentencias judiciales extranjeras tiende a resolver las cuestiones “en vía prejudicial”, delineando el área del orden público “internacional” relevante y excluyendo a priori el tener que entrar en un juicio sobre el contraste concreto, sobre la base del hecho que la materia afrontada no entra en dicha área de relevancia.

10. Veamos algunos ejemplos:

La Corte de Casación (sentencia 23 febrero de 2006, 4040) en materia de contrato de trabajo ha establecido que “la noción de orden público (...) no puede quedar definida teniendo en cuenta exclusivamente el orden interno (...). Los parámetros de conformidad al orden público internacional no coinciden con las normas inderogables del ordenamiento italiano

puestas para la tutela del trabajador, pero tienen que ser acogidas como exigencias (comunes a los distintos ordenamientos estatales) de garantía de tutela de los derechos fundamentales del hombre, o como valores fundamentales del sistema del ordenamiento”. Y ha deducido el principio en virtud del cual la prohibición de interposición en la relación de trabajo no puede considerarse parte integrante del orden público, porque no afecta a principios fundamentales del ordenamiento.

Sobre la base de un razonamiento idéntico la Casación (sentencia 19 julio de 2007, 16017) ha llegado a una solución opuesta, considerando contrastante con el orden público internacional italiano la previsión extranjera que no reconoce al trabajador, en caso de despido, el derecho a una indemnización por preaviso de tal manera que le permita buscar otra colocación distinta.

En otra sentencia (6 diciembre de 2002, 17349) en materia de cuantificación lícita de los intereses moratorios la misma Corte de Casación italiana ha establecido que el concepto de orden público válido para el reconocimiento de sentencias extranjeras en base a la disciplina italiana de Derecho Internacional Privado no coincide con el denominado orden público interno –es decir, con cualquier norma imperativa del ordenamiento civil– sino con el orden público internacional, constituido sólo por los principios fundamentales y caracterizadores de la tendencia ético-jurídica del ordenamiento en un determinado periodo histórico.

La Corte de Apelación de Florencia⁽⁷⁾ ha considerado que el principio del orden

(7) Sentencia 30 enero de 2006. En: *Rivista dell'arbitrato*, 2006. pp. 73 y siguientes.

público del derecho a la defensa no cubre el área de las reglas procesales concernientes al desarrollo concreto del contradictorio dentro del proceso. De ello ha deducido como consecuencia que no implica un límite insuperable de orden público procesal italiano el reglamento arbitral, acogido en la relativa convención, que prevea que las partes no puedan ser representadas por abogados en las audiencias ante los árbitros, siendo la prohibición limitada solo a las audiencias y a la representación, y no siendo por tanto impedida la asistencia defensiva en el resto del procedimiento (ni, quizás, en las audiencias mismas, puesto que el veto se refería a la “representación” y no también a la “defensa” de la parte).

Siempre en materia procesal la Corte de Casación (sentencia de 22 marzo del 2000, 3365) ha establecido que no se refieren al orden público las simples deformidades, respecto del ordenamiento interno, de las normas que en el sistema extranjero disciplinan la carga de la prueba y el libre convencimiento del juez, con la consecuencia que puede ser reconocida la sentencia extranjera (pero un principio análogo debe valer también para el laudo emanado en el derecho extranjero) que haya considerado probados los hechos alegados por el actor como base de su demanda en aplicación del principio vigente en la normativa extranjera.

En materia societaria la Casación había considerado que las características peculiares de las sociedades extranjeras como la indeterminación de los fines, la ductilidad de la reglamentación interna, el secreto sobre la persona del fundador, las facilitaciones de diversos tipos concedidas para la transmisión de los derechos sobre las cuotas no son contrarios a los

principios de orden público interno e internacional (Cass., Secciones Unidas, 11 abril 1981, 2112; Cass., 14 abril 1980, 2414; Cass., 7 junio 1990, 5454).

11. El orden público entendido como sistema de valores esenciales e irrenunciables del ordenamiento italiano en un determinado momento histórico se amplía necesariamente por efecto de la participación de Italia en el ordenamiento comunitario europeo y debe acoger en su seno también los principios y los valores considerados primarios e irrenunciables por las Instituciones comunitarias, según la interpretación jurisdiccional de la Corte de Justicia.

Con la sentencia fundamental de 1 de junio de 1999, en causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, dedicada al tema específico del reconocimiento de los laudos externos en aplicación de la Convención de New York, la Corte de Justicia ha establecido el principio vinculante también para el juez nacional, en base al cual el artículo 81 del Tratado CE en materia de libre competencia debe considerarse una disposición de orden público en cuanto “*disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de los deberes atribuidos a la Comunidad y, en particular, para el funcionamiento del mercado interno*”. La importancia de la disposición ha inducido a los redactores del Tratado Constitutivo a sancionar directamente con la nulidad de pleno derecho cualquier acuerdo o decisión prohibidos en virtud de dicho artículo. En la homologación del laudo extranjero con finalidad de conceder el exequátur el juez nacional está obligado por tanto a considerar el artículo 81 del Tratado CE como una disposición de orden público y a negar el reconocimiento en caso de contraste.

El principio –aplicado también en el caso de reconocimiento de las sentencias extranjeras por la Corte de Justicia misma, 11 mayo 2000, causa C-38/98, *Régie Nationale des Usines Renault/Maxicar s.p.a.*– se apoya sobre la afirmación que “corresponde al juez nacional garantizar con la misma eficacia la tutela de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico nacional y la de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario”.

La Corte de Justicia, en otras palabras, no pone en discusión, obviamente, el principio de que corresponde al juez nacional competente del reconocimiento definir el ámbito de los principios y de las materias que forman parte del concepto de “orden público”. Sin embargo, establece ella misma cuales son las materias que se deben considerar de esta manera, incluso para el juez nacional, cuando hagan referencia a disposiciones esenciales del Tratado. Como sucede en materia de libre competencia, es razonable, pues, atribuir la misma relevancia de orden público comunitario a otros principios cardinales del entramado normativo comunitario, como el principio de no discriminación, el de la libertad de circulación y el de prohibición de las ayudas de Estado⁽⁶⁾.

12. La materia relevante del orden público comunitario no se deduce sólo del Tratado CE. En la reciente sentencia de 26 de octubre de 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium S.L.*, en base a la cuestión prejudicial elevada por la Audiencia Provincial de Ma-

drid ante la Corte de Justicia (con conclusiones concordantes con las del Abogado general, profesor Tizzano) ha aplicado la Directiva del Consejo 93/13/CEE del 5 de abril de 1993, concerniente las cláusulas abusivas en los contratos estipulados con los consumidores. En base a la previsión del artículo 6, 1 de la Directiva las cláusulas abusivas contenidas en un contrato concluido entre un consumidor y un profesional “no vinculan al consumidor”. La Corte ha considerado que con esto se expresa un principio de orden público comunitario que se impone al juez nacional cuando debe de decidir si reconocer o no el laudo extranjero de acuerdo con la Convención de New York. También esto, por efecto de los principios proclamados en la sentencia *Benetton*, antes citada, constituye derecho vigente hoy en Italia.

13. Una breve consideración para completar el cuadro de la relevancia, prejudicial del examen desde la perspectiva del orden público del reconocimiento y que puede llevar a resolver el problema sin que el juez tenga que analizar en concreto la compatibilidad o el contraste, merece hacerse en relación a un tema cercano, que de todas maneras suscita algunas reflexiones también en la materia que ahora examinamos.

Me refiero al tema de la denominada “arbitrabilidad” de las controversias relativas a materias de orden público, problema que puede constituir, si viene resuelto negativamente, un punto más (y prejudicial) en el que se manifiesta el orden público en la cuestión del reconocimiento de los efectos del laudo extranjero.

⁽⁶⁾ En este sentido, L.G. RADICATI DI BROZOLO. *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*. En: *Rivista dell'arbitrato*, 1999. p. 680.

Es necesario decir inmediatamente, sin embargo, que hoy por hoy se considera generalmente que no hay lugar para esta cuestión, después de algunas (en realidad ni siquiera demasiado convencidas) reticencias, puede decirse finalmente adquirido en Derecho italiano que no existe ningún obstáculo a que los árbitros traten y decidan en orden a controversias que afectan a principios y normas de orden público. Vencidas las resistencias del postulado –duramente y eficazmente contrastada por la doctrina científica– del monopolio del juez estatal para juzgar las materias de orden público, y aceptada la diferencia entre derecho disponible (y por tanto materia arbitrable) y disciplina del derecho disponible (que puede pertenecer al área del orden público e imponerse por tanto al árbitro cuando decide sobre los derechos disponibles), ninguna seria objeción ha logrado oponerse a la plena competencia de los árbitros para decidir sobre tales materias.

Hoy el punto puede considerarse pacífico también por lo que se refiere a la aplicación en Italia, como en la de los otros países europeos (ya desde hace tiempo en Francia, Suiza, Austria): se ha establecido que los árbitros pueden decidir, por ejemplo, controversias en las que venga aplicado el derecho de la competencia, la normativa sobre la corrupción en el sector público, la disciplina sobre el embargo internacional establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁽⁹⁾; y en esta línea ya se había pronunciado antes el Tribunal de Génova, con una sentencia que fue sucesivamente modificada por la Corte de Apelación de

Génova con sentencia de 7 de mayo de 1994 –*Rivista dell'arbitrato*, 1994, página 505– es necesario tener en cuenta que el razonamiento de la Corte de Apelación genovesa fundaba el convencimiento de la falta de poder de los árbitros no directamente sobre la pretendida naturaleza de orden público de la materia de la controversia, sino sobre el efecto del acto del Consejo de Seguridad de privar a la autonomía privada del poder de disciplinar libremente sus propias relaciones y, por tanto, sobre una invalidez sobrevenida de la cláusula compromisoria).

Se ha observado justamente por parte de los comentaristas que la arbitrabilidad de las controversias que conciernen materias de orden público, incluso cuando no se ha afirmado expresamente, parece sin embargo presupuesta indudablemente por la misma Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en sus recientes sentencias (casos *Almelo* y *Benetton*), en las cuales ha afrontado respectivamente el problema de la relación entre arbitraje y aplicación del derecho comunitario y el de la obligación para el juez nacional de oponer la norma de orden público comunitario en el ámbito del *exequatur* al laudo extranjero en el territorio nacional.

No pueden no subrayarse, sin embargo, señales de relevancia del orden público en la cuestión de la arbitrabilidad de las controversias, en relación a todos esos casos en los que pudiera considerarse que la norma de orden público pueda hacer nula la cláusula arbitral en cuanto impide, por su propio contenido preceptivo inmediato, producir efectos a un acto dispositivo de autonomía válido. En estos

⁽⁹⁾ En este sentido, Tribunal de Busto Arsizio, 17 octubre de 2003. En: *Rivista dell'arbitrato*, 2003. pp. 477 y siguientes.

casos no es el hecho de tratarse de una materia de orden público lo que paraliza el acceso a los árbitros sino el hecho diferente de que la norma (de alcance de orden público) impida directamente que las controversias “horizontales” se decidan a través del arbitraje. Este es el intento de la Corte de Apelación de Génova del 1995 (no compartido con otras autoridades judiciales que han tratado el tema, en particular la Corte de Apelación de París) en relación a los efectos sobre la cláusula compromisoria del embargo decretado por el Consejo de Seguridad de la ONU contra Irak.

Es evidente que este efecto no dependería solamente del orden público. Podría tener un alcance idéntico la norma de prohibición directa y suficientemente preceptiva. Es éste, en la jurisprudencia italiana, el caso afrontado por las Secciones Unidas de la Corte de Casación (sentencia de 30 junio de 1999, 369), que ha considerado inderogables las disposiciones italianas (artículo 1751, párrafo último, código civil, introducido con decreto legislativo de 10 de septiembre de 1991, 303, en actuación de la Directiva 86/653/CEE) sobre reparación del perjuicio sufrido por el agente mercantil con exclusividad, en caso de receso del comitente, y ha considerado, en consecuencia, que se debiese apreciar una nulidad sobrevenida, dada la entrada en vigor de la directiva citada, de la cláusula compromisoria contenida en el acuerdo existente entre el comitente y el agente⁽¹⁰⁾.

14. Pasando a analizar la segunda clave a través de la cual los interpretes italianos intentan circunscribir el impacto del orden público sobre el reconocimiento de los laudos extranjeros, la de la “profundidad”⁽¹¹⁾ del control admitido sobre el contenido del laudo, Italia ha asumido siempre un comportamiento muy riguroso y restrictivo en orden a la posibilidad para el juez nacional de poner en discusión la decisión arbitral.

La Corte de Casación (sentencia 8 abril de 2004, 6947) ha declarado incluso el principio según el cual, para comprobar la compatibilidad con el orden público, al juez no le es posible más que analizar el dispositivo del laudo, con la consecuencia de que cada una de las cuestiones concernientes el examen realizado sobre el problema de compatibilidad con el orden público por parte de los árbitros, de la existencia y del carácter razonable de la motivación perderían todo valor a los fines del reconocimiento. El juez nacional debería exclusivamente medir el alcance dispositivo del laudo en relación al conjunto de los principios esenciales del sistema a los que el ordenamiento italiano no puede renunciar.

Ya habían puesto de manifiesto principios análogos antes de la modificación realizada al Código Procesal Civil para adecuarse a la Convención de New York, por una parte, la Corte de Apelación de Milán⁽¹²⁾, según la cual, para conceder el exequátur, la contrariedad con el orden

⁽¹⁰⁾ A estas mismas conclusiones ha llegado, en tiempos más recientes, Tribunal Génova, 7 agosto del 2006. En: *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, pp. 1089 y siguientes; en relación con una decisión análoga de la Casación belga, 28 mayo 1979, ver. por último J. VAN DEN BERG. *New Convention of 1958: Refusals of Enforcement*. In: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. Volumen 18/2, 2007. p. 33.

⁽¹¹⁾ En estos términos L.G. RADICATI DI BROZOLO. *Op. cit.* p. 687.

⁽¹²⁾ Sentencia 4 diciembre de 1992. En: *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994. p. 873.

público del laudo extranjero debe examinarse sólo en relación a los efectos de éste y, por otra parte, en materia de juicio de homologación de sentencias extranjeras, la Corte de Apelación de Roma, sentencia 30 junio de 1981 –*Diritto ecclesiastico*, 1982, II, 231–, según la cual el “requisito concerniente la no contrariedad al orden público italiano de una sentencia de homologación debe referirse sólo a la parte dispositiva que contiene el *decisum*”⁽¹³⁾.

Contemplado a la luz de este precedente de la Corte Suprema el problema del grado de “revisión” del laudo a la luz del orden público parecería que pierde importancia en Italia. Quedaría admitido –no tendría dudas– un examen de la motivación con la única y exclusiva finalidad de comprender el alcance dispositivo real y completo del laudo, en los casos en los que el dispositivo no resulte claro o sea, por la medida adoptada, neutro (por ejemplo: condena al pago de una suma) desde el punto de vista de la situación jurídica subjetiva que éste pretende realizar. En este caso, en efecto, no nos encontraremos frente a un juicio sobre la motivación sino a un examen histórico de la motivación con la finalidad de comprender el dispositivo, que sería lo único sometido al juicio de compatibilidad con el orden público.

15. Resulta singular que en un contexto tan riguroso como el italiano, en el que el respeto del laudo se lleva hasta la última consecuencia de tal manera que no se admite ninguna revisión relativa al fondo de la cuestión sustancial decidida y que se limita el examen a lo que sería objeti-

vamente la parte dispositiva de la decisión, se haya abierto camino recientemente una interpretación más prudente, favorable a un cierto control, incluso entre los intérpretes que tradicionalmente más sensibles a las exigencias de protección del arbitraje internacional. La culpa, creo yo, es del derecho comunitario y de la rigurosa posición asumida por la Corte de Justicia a defensa de las normas preceptivas consideradas esenciales. El “lugar de los hechos” es el del derecho a la libre competencia, en el que, como se ha recordado, la sentencia Benetton de 1999 ha atribuido, sin medias palabras, a los jueces nacionales la obligación de impedir que puedan obtener el reconocimiento los laudos extranjeros contrastantes con disposiciones comunitarias que prevean la nulidad como sanción.

La sentencia de la Corte de Justicia no se preocupa de poner límites “de profundidad” al examen del juez nacional. Y esto se comprende, porque no era su deber ponerlos. Sin embargo, estos límites condiciona intensamente pues el aplica el principio que impide la recepción del laudo que contradice una norma comunitaria. Entonces no hay más espacio para discutir si el juez nacional pueda realizar el propio control sólo sobre el dispositivo o también sobre toda o parte de la motivación. Lo que cuenta es el resultado al que el laudo llega en concreto. Y si este resultado choca contra la disposición de orden público comunitario –definido como tal una vez por todas, siempre y de todas formas, por la Corte– no hay límite que pueda discutirse: el laudo no viene reconocido.

(13) Para un comentario ver T. TAMPIERI. *Poteri del giudice nazionale, compatibilità con l'ordine pubblico e divieto di riesame del merito nel riconoscimento di lodi arbitrali stranieri*. En: *Rivista dell'arbitrato*, 2005. pp. 646 y siguientes; L. G. RADICATI DI BRONZOLO. *Op. cit.* pp. 687 y siguientes; *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*. In: *Rivista dell'arbitrato*, 2006. pp. 632 y siguientes.

La Corte de Justicia ha sorprendido incluso a los más firmes defensores de las teorías conocidas como minimalistas, favorables a reducir el control del juez nacional a los datos meramente extrínsecos y formales y, sobre todo, por lo que se refiere al control desde la perspectiva del orden público, sólo a los efectos del dispositivo del laudo.

16. La disciplina comunitaria de la competencia, por lo tanto, ha dado lugar a un debate teórico, el de los límites del control, de dudoso fundamento normativo y dogmático, resuelto, en la mayoría de los casos, en base a las posiciones ideológicas sostenidas a favor de uno (defensa a toda costa del orden público comunitario) o de otro (defensa del arbitraje) de los valores en cuestión o, lo que es peor, con fórmulas que intentan mediar entre los dos extremos sin ninguna posibilidad de concretar la frontera y el por qué sería oportuno fijarla en ese punto determinado.

En este sentido, la Corte de Apelación de París (sentencia 23 de marzo de 2006, en la causa SNF sas v. Cytec Industries BV) –que ha tenido el mérito de haber intentado eliminar los efectos más radicales del precepto de la Corte de Justicia– resuelve la controversia (en el caso tratado, la inercia de la parte demandada en el proceso venía muy bien para este fin) afirmando que “*en ausencia de la demostración de una fragante violación, efectiva y concreta del orden público internacional, no existe ninguna razón para sustituir con la valoración de la Corte*” el laudo extranjero. Es evidente que, actuando así, la Corte de París ha limitado el propio examen del laudo a un nivel, que podríamos decir, más superficial. Pero, si la parte interesada se hubiese defendido

con mayor precisión y hubiese demostrado una efectiva y concreta contrariedad del laudo con el orden público, no habría podido evitar tener que examinar plenamente la sustancia de la decisión arbitral. A menos que se pueda decir, como ha hecho alguno, que el control del orden público tenga que limitarse siempre y en cualquier caso únicamente al examen de si los árbitros se han planteado el problema, han utilizado el material normativo de orden público y han decidido sin evidentes omisiones o errores. Sin embargo, la Corte de Apelación de París no sólo no dice esto, sino que presupone precisamente lo contrario cuando examina, en concreto, la exactitud de la valoración realizada por los árbitros sobre la calificación de la hipótesis de hecho y de la aplicación a ella de las normas comunitarias.

No comparto por tanto el entusiasmo con que ha sido acogida por muchos autores la sentencia de la Corte de Apelación de París, como eminente *leading case* de un juez particularmente sensible a las exigencias del arbitraje internacional. La sentencia supone un compromiso provocado por el planteamiento comunitario. Muy lejos del rigor del *dictum* de la Casación italiana sobre la imposibilidad de controlar el laudo y sobre la necesidad de acoger la decisión tal y como es y de valorar exclusivamente si la actuación de su dispositivo colisiona con los valores esenciales del ordenamiento nacional (completado también por los comunitarios).

17. Del mismo modo, suscitan poco entusiasmo en mi dos recientes decisiones italianas –ambas en tema de contrariedad del laudo extranjero con las normas comunitarias sobre libre competencia– que siguen el mismo itinerario metodológico de la Corte parisina.

La Corte de Apelación de Florencia en la sentencia 21 marzo de 2006 –*Rivista dell'arbitrato*, 2006, páginas 741 y siguientes– ha reconocido un laudo extranjero en materia de libre competencia respecto al cual la parte demandada había denunciado el error, por parte de los árbitros, al invocar un determinado reglamento de exención de los límites a la libre competencia en lugar de otro. La Corte se ha negado a controlar el fondo de la sustancia de la decisión de los árbitros y ha dirigido su mirada a la motivación considerando “suficiente que los árbitros hayan tenido en consideración y hayan motivado acerca de los temas del litigio” y han excluido que de dicho laudo pudiese derivar “una lesión evidente de una regla de derecho considerada esencial en el ordenamiento jurídico o de un derecho reconocido como fundamental en el mismo ordenamiento”. La Corte de Apelación de Florencia introduce pues el criterio de la “no evidente” lesión del orden público (que ya venía del caso diferente del artículo 27, punto 1, de la Convención de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 sobre ejecución de sentencias extranjeras, tal y como lo interpreta la Corte de Justicia en repetidas sentencias), lo que se tiene que comprobar con un examen, en cierto sentido extrínseco, de la motivación. De este modo, la Corte misma pone el límite a su propio control, sin que éste se deduzca de ningún fundamento normativo y mucho menos de la Convención de New York. Además, establece este límite, en mi opinión, de forma arbitraria, porque se da cuenta, pero omite examinar, que el tribunal arbitral podría haberse pronunciado considerando aplicable una exención al límite de la competencia que no era, sin embargo, aplicable en ese caso concreto (lo que querría decir: conside-

rando erróneamente que no se aplicase el principio general de orden público de libertad de competencia).

También la Corte de Apelación de Milán en la sentencia de 15 de julio de 2006 –*Rivista dell'arbitrato*, 2006, página 744– reconoce un laudo extranjero pues no lo considera en contraste con las normas de “orden público económico” de derecho antitrust comunitario o italiano, pero para llegar a esta conclusión realiza un amplio examen de la motivación y termina por fundar su decisión en la exhaustividad y la exactitud del camino lógico-deductivo seguido por los árbitros en base a los elementos de hecho y de derecho disponibles. Todo ello plantea algunos interrogantes: ¿qué hubiera sucedido si este camino hubiese presentado algún aspecto dudoso o, lo que es peor, algún defecto? ¿Se habría negado el reconocimiento? ¿Qué intensidad tendría que tener el defecto para perjudicarlo? ¿Cuánto habría podido profundizar el juez en el examen del fondo del asunto del laudo?


Creo poco en interpretaciones que, para justificar la autonomía del laudo respecto al juicio de homologación sin perjudicar el filtro del orden público, postulan por lo menos una cierta medida de control y no obstante al mismo tiempo sostienen que la medida del control tiene que ser limitada. Es decir: “Controlemos sí, pero poco”. Pero ¿quién establece la regla? Y sobre todo, ¿quién garantiza, llegados a este punto, la certeza del derecho, que en la circulación internacional de los laudos no constituye un principio menos importante que el de su control?

18. Quizás ha llegado el momento de que el tema se plantee sobre nuevas bases lógicas y dogmáticas y que se profundice

la diversidad de funciones del orden público como “norma”, es decir como criterio normativo de valoración de las relaciones entre privados (y de las decisiones que aplican la justicia entre ellos) y del orden público como “bien”, es decir, como “valor” del ordenamiento, que puede quedar perjudicado, en caso de que venga actuada la decisión, creando un *vulnus* en el entramado de la conciencia civil, de los comportamientos y de los principios del derecho que sostienen un sistema.

En esta óptica podría afrontarse el tema de las nuevas fronteras del orden público italiano, entendido como el conjunto de reglas y principios irrenunciables de las relaciones civiles en materia económica y contractual. De esta manera podría responderse a la pregunta de si forma parte de

este orden público, por ejemplo, la inadmisibilidad de la exoneración de responsabilidad por dolo del deudor⁽¹⁴⁾; la imposibilidad de cubrir con seguro de responsabilidad civil el daño provocado por un acto ilícito civil intencional; la necesaria prescriptibilidad del derecho⁽¹⁵⁾; la decadencia de la titularidad de los signos distintivos por el no uso; la imposibilidad de una eliminación de un sistema de control sobre la administración en las sociedades anónimas; en materia procesal, la inadmisibilidad de una reducción del derecho de valerse de una defensa; el respeto del principio del contradictorio; el principio de imparcialidad del árbitro respecto al sujeto legitimado a su nombramiento⁽¹⁶⁾, etcétera.

Pero esto, me doy cuenta, es otro tema. 

(14) C. FIORAVANTI. *Ordine pubblico e “incompatibilità manifesta” per le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme*. En: *Annali Università Ferrara - Scienze Giuridiche*. Nuova Serie. Volumen V, 1991. p. 52.

(15) C. FIORAVANTI. *Op. cit.*

(16) En relación a estos otros aspectos M. BOVE. *Op. cit.* p. 31.

MÉXICO

EL ARTÍCULO VII DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ANULADOS EN EL ESTADO DEL LUGAR SEDE DEL ARBITRAJE

Por: JAMES A. GRAHAM (*)
LEONEL PEREZNIETO CASTRO (**)

SUMARIO: 1. Francia. 2. Estados Unidos. 3. Conclusiones. 3.1. Las desventajas. 3.2. Las ventajas.

1. Hoy en día se pueden distinguir dos concepciones doctrinarias diametralmente opuestas sobre el lugar sede del arbitraje y sus efectos. Por un lado, la posición clásica considera que la justicia arbitral es una delegación del Estado que otorga a los particulares la facultad de resolver sus controversias e implica que el arbitraje está anclado en un Estado sede. Por otro lado, hay una doctrina moderna y liberal que afirma que el arbitraje es un modo de solución de disputas realmente transnacional, con existencia propia, desconectado de cualquier marco estatal.

Las dos posiciones doctrinales antes mencionadas, derivan de una diferente lec-

tura del artículo VII de la Convención de Nueva York. No se trata de un problema de ambigüedad del texto, simplemente, de la habilidad que tuvieron sus redactores para prever diferentes alternativas y al mismo tiempo, una demostración más de que la Convención de Nueva York es un instrumento internacional de una calidad excepcional ya que plantea la posibilidad de adaptar este texto con más de 50 años, a las nuevas exigencias del siglo 21.

2. *A priori* la Convención de Nueva York parece consagrar la visión clásica –con un sistema de Estado de origen y un Estado de recepción; pero permite otra lectura a la que dedicaremos este trabajo.

(*) Profesor en la Universidad Monterrey. Presidente del Club de Arbitraje Internacional de Monterrey. Socio fundador de Lobo & Graham, Monterrey, México.

(**) Profesor en la Universidad Nacional de México. Miembro de la London Court of International Arbitration. Consejero de Jauregui, Navarrete y Nader, México.

El artículo VII, en su primer fracción, dispone que:

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

3. En una primera lectura, un laudo anulado por los tribunales del Estado del lugar sede del arbitraje, se considera que cesa jurídicamente de existir y por lo tanto no puede ser ejecutado en otro país. Sin embargo, la segunda lectura permite, sobre los mismos hechos, la posibilidad de ejecutar el laudo anulado, en un Estado diferente del Estado que lo anuló. El precedente histórico es el fallo francés Hillmarton que afirma esta posibilidad conforme al siguiente razonamiento:

“un laudo rendido en materia internacional en un Estado extranjero no queda integrado en el orden jurídico de ese Estado, y por lo tanto su

existencia permanece no obstante su anulación en el Estado de sede del arbitraje, y consecuentemente tiene que ser ejecutado, siempre y cuando su reconocimiento en Francia no sea contrario al orden público”.

Recientemente, la misma Corte francesa fue un paso más allá, estableciendo que “un laudo arbitral no está integrado en ningún orden jurídico nacional”⁽¹⁾, y por lo tanto puede ser ejecutado en base del derecho común más favorable que el Convenio neoyorkino, no obstante el pronunciamiento de la nulidad del laudo en el Estado-sede del arbitraje.

4. Veamos a continuación dos aspectos centrales de esta cuestión: la posición francesa (I) y, la situación sobre el tema, más confusa, en el caso de los Estados Unidos (II), mientras que otros países no se han pronunciado —a nuestro conocimiento— sobre la cuestión, no obstante una amplia literatura sobre el tema⁽²⁾. Al final formularemos nuestras propias conclusiones (III).

1. FRANCIA

5. Desde 1984, la Corte de Casación aceptó ejecutar en Francia un laudo anulado en el extranjero⁽³⁾. Se trató de la decisión Hilmarton de 1994⁽⁴⁾, de la cual la

(1) Civ, *Putrabali*, 29/6/2007. English versión in: *Arbitration International*, 2008.293.

(2) Por ejemplo: VAN DEN BERG. *L'exécution d'une sentence arbitrale en dépit de son annulation*. In: *Bulletin CCI*, 1998. Número 2. p. 15; Gaillard. *L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine*. *JDI*, 1998.645; Enforcement of awards set aside in the country of origin : the French experience. In: *ICCA CONGRESS SERIES* 1999.505; Giardina. The international recognition and enforcement of arbitral awards nullified in the country of origin. In: *Rivista Di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2001.265; Paulsson, *L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL)*. In: *Bulletin CCI*, 1998. Número 1. p. 14.

(3) Civ, *Norsolor*, 9/10/84, *R.arb.*, 1985.431, GOLDMAN; *Journal of International Arbitration*, 1985.68, Thompson.

(4) 23/3/1994, *R.arb.* 1994.327, Jarrosson; *JDI*, 1994.701, GAILLARD. Ver también : BESSON and PITTET. La reconnaissance à l'étranger d'une sentence annulée dans son Etat d'origine. In: *Bulletin ASA*, 1998.

máxima autoridad judicial francesa derivó el principio que ya hemos mencionado y que contiene los siguientes principios:

El laudo rendido internacionalmente conserva su autonomía (es un instrumento jurídico de naturaleza internacional) y por tanto no se integra al orden jurídico del Estado donde el laudo fue rendido. Esta autonomía, le da existencia jurídica, no obstante que el laudo haya sido anulado por los tribunales del lugar sede del arbitraje y, su reconocimiento, solo queda sujeto a los principios del orden público internacional.

6. Otra precisión sobre los principios arriba mencionados, fue dada en el caso *Bechte*⁽⁵⁾. Los hechos fueron los siguientes: el árbitro único en el momento de iniciar la audiencia de desahogo de pruebas, tomó el juramento a los testigos según las formalidades locales que exigen un juramento basado en la ley islámica. La sede del arbitraje fue en los Emiratos Árabes y sus tribunales locales por esta omisión, anularon el laudo. Sin embargo, se presentó una solicitud de ejecución ante los tribunales franceses. La Corte de Apelación de París confirmó la orden de exequátur y su razonamiento para admitir los efectos del laudo fue el siguiente: “La decisión de la Corte de Casación de Dubai confirmando la nulidad del laudo no puede ser reconocida en Francia porque esa decisión no produce efectos internacionales, en la medida que se refiere únicamente a una soberanía determinada en

el territorio donde se ejerce y que no se puede apreciar esta decisión (de la Corte de Casación de Dubai) en un proceso indirecto”. Quizá el laudo no hubiera podido ser ejecutado en Francia, si la parte condenada hubiera solicitado el reconocimiento de la sentencia de anulación del laudo de la Corte Suprema de Dubai. Pero como no se hizo de esta forma conforme a la cual, no hubiera existido ninguna razón para rechazar la exequátur del laudo. Es decir, el reconocimiento de la sentencia de anulación hubiera implicado la violación de un requisito esencial de procedimiento conforme a las leyes de Dubai y probablemente este hecho hubiera bastado para reconocer la sentencia. Sin embargo, lo que se presentó para ejecución fue el laudo. Cuando la parte condenada argumentó la violación de un procedimiento no previsto en las reglas arbitrales, la Corte francesa desechó el argumento y reconoció el laudo. Esta actitud muestra cómo un mismo tribunal tiene una actitud diferente cuando está frente a una sentencia estatal que cuando se encuentra ante una decisión de carácter internacional que implica el laudo.

2. ESTADOS UNIDOS

7. El *leading case* en los Estados Unidos de América en relación con artículo V de la Convención de Nueva York que nos ocupa, es el conocido como *Chromalloy*⁽⁶⁾. El origen del asunto fue un procedimiento arbitral acerca de una disputa

498; FOUCHARD. *La portée internationale de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine*. In: *Rev. arb.*, 1997. 329; Poudret. *Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton?*. Réponse à Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1998.7.

(5) Paris, 1ère C, 29/9/2005, RG 2004/07635; ver también: PARIS. *Bargues Agro Industries*, 0/6/2004. In: *R.arb.* 2006, 154.

(6) *Chromalloy Aeroservices v. Egypt*, 939 F.Supp. 907 (DDC 1996). PAULSSON. *Rediscovering the N.Y. Convention: Further reflections on Chromalloy*. In: *International Arbitration Report*, 1997.20; Sampliner, *Enforcement of foreign arbitral awards after annulment in their country of origin*, *International Arbitration Report*, 1996.22.

sobre un contrato de suministro militar celebrado entre la empresa estadounidense Chromalloy y la Fuerza Aérea de Egipto, contrato que fue rescindido por el gobierno egipcio. Las partes habían acordado que la ley aplicable al arbitraje fuese la ley egipcia y que la sede del arbitraje fuera el Cairo. El gobierno egipcio demandó ante los tribunales egipcios la nulidad del laudo arbitral, alegando que la ley egipcia no había sido correctamente aplicada por los árbitros. La nulidad fue otorgada. No obstante, Chromalloy buscó el reconocimiento del laudo ante los tribunales estadounidenses. El gobierno egipcio se opuso conforme a lo establecido en el inciso e) del artículo V de la Convención de Nueva York. No obstante la petición del gobierno egipcio, el Juez de Distrito del Distrito de Columbia otorgó el reconocimiento al laudo, porque consideró que el artículo V de la Convención de Nueva York establece en su párrafo inicial que el juez al que se le pide el reconocimiento tiene facultades discrecionales para denegar o no el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, si concurren una o más de las causales establecidas en dicho artículo V. Efectivamente, el verbo “podrá denegar” el reconocimiento, es una disposición de carácter facultativo en la Convención de Nueva York que el Juez usó de forma expresa. El juez hizo suyo el argumento de Chromalloy según el cual, el artículo VII de la Convención de Nueva York permite acoger un laudo en condiciones más favorables que las que establece la propia Convención. Más precisamente, la empresa invocó el derecho que le asistía en el sentido de que el laudo fuera reconocido conforme a la Ley de Arbitra-

je Federal de los Estados Unidos. Dicho en otras palabras, el juez, no obstante constatar que el laudo había sido anulado por los tribunales egipcios porque según estos hubo una aplicación incorrecta por parte de los árbitros del Derecho egipcio como derecho aplicable, consideró que no debía entrar al fondo porque “en el peor de los casos –dijo– un error en la aplicación de ley designada aplicable por las partes, no es causa para entrar en la revisión del laudo”, revisión que hubiera sido necesaria para conocer, en qué medida y bajo qué circunstancias, el tribunal arbitral no aplicó correctamente la Ley egipcia. Como anécdota, hay que recordar, que este laudo anulado por los tribunales del Estado sede del arbitraje, también fue reconocido por los tribunales franceses⁽⁷⁾.

8. Sin embargo, no es posible afirmar que en los Estados Unidos se haya establecido principio alguno sobre el reconocimiento y la ejecución de un laudo anulado. Efectivamente, en el caso *Lapine*, que se decidió un año después por los tribunales estadounidenses⁽⁸⁾, el juez consideró que la nulidad del laudo que había dictado el juez del lugar sede del arbitraje, la hizo sin analizar correctamente la ley aplicable, por lo que había que volver a revisar esta. A diferencia de *Chromalloy* en el que no importó si la ley Egipcia había sido aplicada correctamente o no, porque el laudo fue anulado en el lugar sede y por tanto, el tribunal estadounidense sólo se limitó a constatar que el laudo cumplía con las disposiciones legales americanas; en *Lapine*, al contrario, se decidió que se debía tomar en cuenta la decisión judicial extranjera que anuló el

(7) París, 14/1/97.

(8) *Lapine Technology Corp. v. Kyocera Corp.*, 130 F.3d 884 (9th Cir. 1997).

laudo, aunque fuese para revisarla en el fondo. Dos años después, en el Segundo Circuito, al contrario del tribunal en Chromalloy, se decidió no ejecutar el laudo anulado en la medida en que, en el asunto no había ninguna referencia directa al derecho americano⁽⁹⁾. Sin embargo, como lo observó a justo título un autor, dicho razonamiento (de la Corte) es contrario a una correcta interpretación de la Convención de Nueva York (...) puesto que nada exige que las partes hayan designado el derecho arbitral del lugar de ejecución como aplicable para que puedan “prevalerse” de una disposición más favorable, al amparo del artículo VII de la Convención de Nueva York⁽¹⁰⁾. El criterio de los tribunales estadounidenses, como lo confirmaremos enseguida, no se basa en una concepción amplia e internacional como la suelen tener los jueces franceses. La concepción estadounidense es indefinida y errática porque los jueces de los Estados Unidos suelen tener una visión muy corta en asuntos de naturaleza internacional.

9. Esta concepción indefinida y errática de los tribunales estadounidenses se confirmó en el asunto TermoRío⁽¹¹⁾. En este caso, la Corte de Apelación del Distrito de Colombia rechazó la ejecución de un laudo anulado en Colombia, basada en los siguientes hechos. En junio de 1997 dos compañías, TermoRío y Electranta celebraron un contrato de compra y venta de energía; la primera se obligó a generarla y la segunda a comprarla. En dicho

contrato fue pactada una cláusula compromisoria en la que se estableció que toda controversia que se llegase a suscitar entre las partes, sería dirimida mediante el arbitraje en la ciudad de Barranquilla, Colombia; y conforme a las leyes colombianas. En 1998, el Gobierno colombiano anunció la venta de las acciones de la compañía Electranta como parte de un plan de privatización del sector eléctrico. Electranta incumplió con el contrato celebrado con TermoRío y las partes acudieron el 21 de diciembre del 2000, a un tribunal arbitral conformado por tres árbitros y aplicando las reglas de la CCI. El laudo fue condenatorio para Electranta, obligándola al pago de 60.03 millones de dólares a favor de TermoRío. En diciembre 23 del 2000, Electranta interpuso un recurso de apelación ante un Tribunal en la ciudad de Barranquilla solicitándole la nulidad del laudo. El juez otorgó la nulidad basándose en que el procedimiento arbitral no se celebró en concordancia con las leyes colombianas, ya que la cláusula compromisoria contenida en el contrato, era violatoria de las leyes colombianas. La decisión se basó en que las leyes colombianas no permitían expresamente el uso de las reglas del CCI para regular el proceso arbitral. Sin embargo, TermoRío solicitó ante los tribunales federales en los Estados Unidos el reconocimiento de la sentencia arbitral. En su solicitud, TermoRío alegó que los Tribunales colombianos habían actuado a favor sus nacionales, alegando con ello una violación al principio de legalidad e invocó la compe-

(9) Baker Marine v. Chevron, 191 F3d 194 (2d Circuit 1999).

(10) GRAHAM. *Guía práctica para la ejecución de sentencias y laudos comerciales internacionales*. Monterrey: Lazcano, 2007. 145; GONZÁLEZ DE COSSIO. *Arbitraje*. México D.F.: Porrúa, 2004. p. 437.

(11) US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 17 mai 2007, TermoRío SA E.S.P. et al. v. Electranta S.P. et al., 2007 U.S. App. LEXIS 12201.

tencia de las cortes estadounidenses para reconocer y ejecutar la sentencia arbitral. Lo anterior, de acuerdo con el artículo V (1) (e) la Convención de Nueva York, conforme al argumento de que, a pesar de haber sido anulado el laudo por autoridad competente del país emisor, su reconocimiento o ejecución “podría ser” (o no) rechazado por el Estado al que se le solicite su reconocimiento. La Corte de Apelación del Distrito de Colombia invocó el principio de cortesía (*Comity*). Es decir, ni siquiera tomó en cuenta la Convención de Nueva York de la que es Estado parte los Estados Unidos, sino que recurrió a un principio decimonónico. Retomando las palabras del juzgador, dijo que: “*una autoridad competente de un país distinto al de donde se llevó a cabo el arbitraje no puede reconocer un laudo que haya sido rechazado o anulado por una autoridad competente del país emisor*”. Por lo tanto, negó la solicitud de TermoRío.

10. TermoRío menciona el caso Chromalloy, declarando que éste y TermoRío no se presentaron bajo las mismas circunstancias. En el caso Chromalloy, las partes acordaron que la parte condenada por el laudo no promovería recurso legal alguno en busca de la nulidad de la sentencia. De este modo, la Corte de Apelación americana estableció que si bien es cierto que la autoridad competente egipcia había anulado el laudo, basándose en la existencia de violaciones a las leyes de aquél país durante el proceso, se debía reconocer en los Estados Unidos el laudo anulado en uso de la facultad otorgada por el artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York, puesto que se derivaba de una violación contractual y de no ha-

cerlo, hubiera violado el orden público estadounidense. Por el contrario, en el caso TermoRío no puede aludirse a una afectación del orden público de los Estados Unidos (como fue mencionado por el solicitante), ya que “*las partes estuvieron de acuerdo en someterse a las leyes colombianas, y el Consejo de Estado es jerárquicamente la más alta corte administrativa de Colombia, de tal manera que su fallo no puede ser determinado como erróneo por una corte extranjera*”. Es importante señalar que la Corte de Apelación mencionó que no había sido proporcionada prueba alguna que demostrara ilegalidad en los procesos anteriores y que el expediente no mostraba irregularidades en los procesos anteriores al del Consejo de Estado de Colombia, y que este último, no se había pronunciado en el sentido que lo hizo sin faltar al derecho. Esta argumentación es correcta y se fundamenta en el principio de la “*Comity*” pero nada tiene que ver con lo establecido en la capacidad facultativa que la Convención de Nueva York otorga a los jueces nacionales para reconocer o no cualquier laudo que se les presente para su reconocimiento, incluyendo un laudo anulado en los tribunales del país sede del arbitraje.

3. CONCLUSIONES

3.1. Las desventajas

11. El asunto Hilmarton ilustra con claridad los múltiples problemas que resultan del reconocimiento y ejecución de laudos anulados al extranjero. El primer laudo liberatorio rendido en Suiza fue reconocido en Francia no obstante su anulación por los tribunales suizos⁽¹²⁾. El se-

(12) Civ, 23/3/94.

gundo laudo, esta vez condenatorio, y confirmado por los jueces suizos, y también reconocido en Inglaterra⁽¹³⁾, no ha podido ser ejecutado en Francia en razón del carácter de cosa juzgada de la sentencia judicial que ordenó el reconocimiento del primer laudo anulado en Suiza⁽¹⁴⁾. De la misma manera, es factible que se dé la coexistencia de dos decisiones contradictorias en el orden jurídico nacional, si un tribunal reconoció el laudo anulado, y otro tribunal confirmó la nulidad dictada sobre el laudo arbitral.

3.2. Las ventajas

12. La formulación del principio de la deslocalización se explica de la siguiente manera: Como lo escribe Pierre Mayer, los laudos no son actos que pertenecen a un orden jurídico determinado, sino son actos privados como lo son los contratos⁽¹⁵⁾. Y su validez –o invalidez– se encuentra basada en el sistema jurídico del Estado donde se solicita su ejecución. Una posición similar se plantea en materia de contratos internacionales. Hay varios autores todavía que sostienen, junto con tribunales estatales, que un contrato necesariamente tiene que ser vinculado a un orden jurídico⁽¹⁶⁾. Por otro lado, hay quien opina –y nosotros nos unimos a este punto de vista– en que el contrato puede ser vinculado únicamente al foro donde se

reclama su ejecución⁽¹⁷⁾. Un ejemplo de esta última afirmación es el siguiente: el contrato se formó internacionalmente y las partes acordaron que se regiría por los principios generales del comercio internacional. El contrato no tiene, en estas circunstancias ningún contacto o vínculo nacional. Si el contrato se cumple, como sucede con la gran mayoría de los contratos, el contrato así formado conserva de principio a fin su carácter internacional sin ningún vínculo nacional. Solo en el caso excepcional de que el contrato no se cumpla y deba ejecutarse, entonces surge la necesidad de encontrar un vínculo nacional en la medida que la parte incumplida pueda ser ejecutada en el lugar de su residencia, residencia habitual, domicilio, lugar de sus negocios o lugar de ubicación de sus bienes.

13. Sin embargo, el tiempo ha pasado y nuevas necesidades han surgido. Lo que en otra época se afirmó ya no sigue necesariamente vigente. En efecto, recordemos que quienes defendieron al positivismo en el derecho partían de una jerarquía de normas donde cada una deriva su validez de una norma superior. Al extremo de la pirámide se encuentra una norma ficticia –la famosa *Grundnorm* kelseniana, que no es nada más que un postulado teórico para evitar un *regressio in infinitum*. Verdross recordó que cada orden

(13) Q.B. (1999) 2 *Lloyd's Rep.* 222; *Bul. ASA* 1999.368.

(14) Civ. 10/6/97.

(15) Pierre Mayer. *Op. cit.* 4. Ahora bien, es a subrayar que en la mencionada decisión *Putrabali*, la Corte de casación equipara el laudo a una "decisión judicial internacional", posición que por el momento no nos convence plenamente. Para la discusión, ver: PINSOLLE. *The Status of Vacated Awards in Fance*. In: *International Arbitration*, 2008.277, 284.

(16) Desde el famoso (*¿obiter?*) *dictum* de la CPJI, *Emprunts serbes*, 12/7/1929.

(17) MAYER, Le mythe de l' "ordre juridique de base" (ou Grundlegung), *Mélanges Goldmann*, Paris, 1987.199, 215; GRAHAM y GRUNDLEGUNG. *Lex contractus en los contratos estatales*. En: *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2001. p. 18.

jurídico llamado “positivo” postula una norma meta-positiva al origen⁽¹⁸⁾. No se requiere que “el intercambio de los consentimientos sea civilmente obligatorio por si mismo” para de ahí derivar que necesariamente una ley positiva se aplica al contrato⁽¹⁹⁾. El intercambio es obligatorio en razón de una norma meta-positiva! La *Grundnorm* constituye la base del orden jurídico positivo; el *pacta sunt servanda* es el fundamento del contrato en la medida que ese pacto esté fundamentado en el derecho nacional. Paradójicamente este argumento puede ser utilizado a contrario ya que el mismo principio que manifiesta la obligatoriedad de lo pactado, no se refiere a la necesidad de su validez a partir de un derecho nacional y por tanto, válida por si mismo cualquier contrato. Esto, por otro lado, refuta el “argumento apodéctico” del profesor Heuzé, según el cual si la voluntad es tan poderosa en un primer estadio al querer ligarse, nada podría impedirle en un segundo estadio, para no ser más ligada⁽²⁰⁾. Los positivistas olvidan con frecuencia que todo or-

den jurídico, sea internacional o nacional, no nació de un *vacuum*⁽²¹⁾, sino a partir de un encuentro de voluntades para luego someterse a un *corpus juris*⁽²²⁾. Es esta auto-limitación el fundamento del *pacta sunt servanda*.

14. Hoy en día puede observarse que el contrato desvinculado de los derechos nacionales constituye su propia *Grundlegung*. De la misma manera que conforme a la *lex contractus*, las partes pueden elegir otro derecho, el contrato sin referencia a un derecho nacional, constituye también la *lex contractus*. Difícilmente hoy en día alguien podría afirmar que por el hecho de que las partes no designaron derecho aplicable a su contrato, éste carece de validez⁽²³⁾. Con respecto a la exigencia de prescripciones precisas, señalada por Batiffol⁽²⁴⁾, nada impide a un contrato prever de manera detallada varias hipótesis, y que las hipótesis que falten serán resueltas por vía de interpretación. Por cierto, como subrayaron los profesores Daillier et Pellet, “todas las dificultades no pueden ser previstas”⁽²⁵⁾, pero

(18) *Op. cit.* p. 641.

(19) *Op. cit.* Número 32.

(20) *Op. cit.* Número 131.

(21) Al menos de considerar que los ordenes jurídicos derivan de un derecho natural establecido por un poder superior a los hombres (...) pero esto es un otro debate.

(22) Según Hobbes, en el estado de naturaleza nadie es *per se* sometido a la autoridad de prójimo y cada tiene un derecho sobre todo - *natura dedit omnia omnibus* (*De Cive*, I §10). Sin embargo, el teorema de la razón hace comprender a los individuos de no hacer cualquier cosa que dañe a su vida (*Léviathan*, XIV). De esto se deduce un cálculo pragmático que conduce los individuos a celebrar entre ellos un convenio previendo que cada traspasa su derecho sobre todo para fundir una sociedad civil representada por el Estado (ver, ANGOULVENT. *Hobbes et la morale politique*, Paris, 1999, número 2867; DERATHÉ. *Rousseau et la science politique de son temps*. 2nd. edition. Paris, 1995) y consecuentemente por su orden jurídico. Este convenio inicial se basa sobre el *pacta sunt servanda* y la auto-limitación es respetada por una necesidad social. Es así también para la hipótesis del contrato sin derecho.

(23) La regla 17, dos primeros párrafos de las reglas CCI sobre arbitraje es elocuente sobre este punto ya que establece que a falta de acuerdo entre las partes para designar el derecho aplicable, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas y que en todos los casos, independientemente de si se ha designado un derecho aplicable o no, “el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes”.

(24) *Ibidem*. Número 33.

(25) P. 1048.

¿podremos decir que el Código Civil, por ejemplo, a pesar de sus tres mil setenta y cuatro artículos, ha previsto todas las dificultades susceptibles de presentarse en materia contractual? ¡Seguramente que no! Y es por interpretación de las disposiciones existentes que el juez va a buscar la solución. ¿Por qué no pensar en el mismo método en el contrato sin derecho aplicable? Como lo subraya el profesor Mayer, “las reglas son útiles, pero cuando de todas maneras se debe inventarlas, es indiferente que sea en el nombre de un orden jurídico o de manera autónoma”⁽²⁶⁾.

15. No obstante lo anterior, parece que los árbitros en el fallo Salini Construttori no estaban listos para ir tan lejos porque insisten en:

“Of course, this is not to say that a contract, including an arbitration agreement, has a validity that is independent of any legal order. Indeed, a contract derives its binding force from its recognition by one or more legal orders. However, an agreement to submit disputes to international arbitration is not anchored exclusively in the legal order of the seat of the arbitration. Such agreements are validated by a range of international sources and norms extending beyond the domestic seat itself”⁽²⁷⁾.

16. Tiempo después, el Presidente del Tribunal en el caso Salini Construttori, E. Gaillard, escribió que no se requiere de la

ley del Estado sede porque en realidad “todas las leyes son igualmente aptas para decidir sobre la validez de un laudo”⁽²⁸⁾, defendiendo así a lo que Oppetit llamó la “multilocalización” del laudo en contra del concepto de la “deslocalización”⁽²⁹⁾. Sin embargo, ¿por qué recurrir a una ley estatal, si el arbitraje y su laudo pueden ser válidos por sí mismo? ¿por qué no admitir de una vez su “a-localización”? Evidentemente la respuesta no es fácil porque en muchas mentes sigue vigente hoy en día la idea positivista del derecho y sobre todo, en países latinoamericanos donde por decenas de años en el siglo pasado, una gran cantidad de juristas vivieron fascinados por el mundo perfecto que les ofrecía por un lado, el territorialismo jurídico que era su barrera hacia el exterior y la vía para pensar y hacer en lo interno, lo que se les ocurriera y por el otro, el formalismo jurídico, pese a que su realidad les dictaba una dirección diferente. En México se debió desmoronar la economía en 1986 y con ello sucederse una catástrofe nacional, para que el Gobierno, el Poder Legislativo y más tarde, el Poder Judicial, entendieran que la realidad imperante es la internacional y que México no se encuentra aislado en medio del mundo.

17. Sin entrar en detalles, nos parece, que a diferencia del laudo citado en el párrafo anterior, la idea que sostenemos fue plenamente adoptada por las jurisdicciones francesas, en particular por la *Cour de Cassation* en el asunto Dalico⁽³⁰⁾ mediante la adopción de una regla material que enuncia que el acuerdo arbitral

⁽²⁶⁾ La neutralisation du pouvoir (...). *Op. cit.* Número 25.

⁽²⁷⁾ Número 129.

⁽²⁸⁾ L'interférence. *Op. cit.* p. 88.


⁽²⁹⁾ *Teoría del arbitraje*. Legis, 2006. p. 192.

⁽³⁰⁾ Civ, 20/12/93, *JDI*, 1994.432, Gaillard; *Rev.crit.*, 1994.663, Mayer. También ver: Civ, *Omenex*, 25/10/2005, *R.arb.*, 2006.103, Racine.

es siempre válido bajo reserva del orden público internacional. Recientemente, esta misma Corte Suprema tuvo la oportunidad de precisar que “*el principio de validez consagra la licitud de la cláusula arbitral independientemente de cualquier referencia a una ley estatal*”⁽³¹⁾. En relación con el orden público internacional, éste se define para los altos magistrados de la Corte de Apelación de París como “un orden público de esencia verdaderamente internacional y de aplicación universal”⁽³²⁾.

18. Estas manifestaciones judiciales son definitivamente alentadoras, abren una gama de posibilidades que pueden ser exploradas. Confirman de inicio nuestra idea en el sentido de la internacionalidad del contrato y consecuentemente, del reconocimiento del carácter universal de la autonomía de la voluntad. Si esto es aceptado –y no se requiere demasiado esfuerzo– entonces podemos hablar de un arbitraje no necesariamente vinculado a un derecho nacional lo que, a su vez, nos lleva a la posibilidad de que el laudo puede ser reconocido donde los intereses de las partes lo recomienden y por tanto, olvidarnos del recurso de nulidad ya que un laudo anulado puede ser finalmente reconocido en una jurisdicción diferente como hoy en día ha quedado demostrado, al menos ante los tribunales franceses donde sus jueces saben que

su país juega un papel destacado en la mundialización del derecho.

19. Uno de los logros de la Convención de Nueva York fue eliminar el sistema del doble exequátur. Sin embargo, la posibilidad de tener un recurso de nulidad ante los tribunales del Estado de la sede del arbitraje y la oposición a la ejecución del laudo en el lugar donde se busca su reconocimiento y ejecución, resulta en el mismo problema del doble exequátur⁽³³⁾? En otras palabras, según la interpretación del artículo VII del Convenio neoyorkino que uno adopte, puede aceptarse un sistema antiguo que no hace nada más que consagrar una visión del siglo pasado, o bien, puede establecerse un sistema orientado hacia el futuro, instaurando un verdadero mecanismo transnacional de solución de controversias, respondiendo a una real necesidad de la *societatis mercatorum* internacional. Obviamente, eso tendría como consecuencia lógica la eliminación del recurso de nulidad, que ha dejado de tener utilidad. En este sentido, siempre hemos insistido en la desaparición de este recurso⁽³⁴⁾. De ahí que, la interpretación liberal del artículo VII de la Convención de Nueva York, tal como lo propone la Corte de Casación francesa orienta, en nuestra opinión, en el camino a seguir. Ojalá que otras jurisdicciones, en especial las de América Latina, no se demoren demasiado en tomar este mismo camino. 

⁽³¹⁾ Civ, *Copropriété maritime Jules Verne*, 7/6/2006.

⁽³²⁾ Paris, *Fougerolle*, 25/5/1990, *Rev. crit.*, 1990.753, Oppetit.

⁽³³⁾ Ver por ejemplo: Paris, *Unichips Finanziaria v. Gesnoin*, *R. arb.* 1993, p. 255 (3 espèce).

⁽³⁴⁾ *¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?, estudios de arbitraje*. En: *El arbitraje en el Perú y en el mundo*, Santiago. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008. p. 745; *Hacia una verdadera justicia arbitral*. En: *Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales*, #11, 2007; *¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?, estudios de arbitraje*. En: *Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 595; *La muerte programada del Estado sede del arbitraje?*, 2006. En: *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2006. p. 197.

NOTAS SOBRE LA COEXISTENCIA DE LAS CONVENCIONES DE NUEVA YORK Y PANAMÁ EN MATERIA DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (*)

Por: JULIÁN TREVIÑO MEIXUEIRO (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Antecedentes generales de la Convención Interamericana.* 3. *La CIDIP I.* 4. *Principales diferencias entre ambas convenciones* 5. *Posibles conflictos entre ambas convenciones.*

1. INTRODUCCIÓN

De los trabajos preparatorios de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, mejor conocida como la “Convención de Panamá”⁽¹⁾, puede llegar a afirmarse que dicha Convención tiene antecedentes propios y una fuente de inspiración distinta a la Convención de Nueva York⁽²⁾.

Sin embargo, ello puede ser cierto respecto de los primeros proyectos que de dicha convención se discutieron, pero no resiste una comparación entre el texto finalmente aprobado y el articulado de la Convención de Nueva York, particularmente en relación con el tema central de ambas convenciones, es decir, las causas limitativamente señaladas para denegar la ejecución de un laudo arbitral⁽³⁾.

(*) Ponencia presentada el 9 de abril de 2008 en el seminario “50 años de la aplicación de la Convención de Nueva York: Acuerdos Arbitrales y Ejecución de Laudos”, organizado por el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional (ICC México).

(**) Profesor en la Universidad Iberoamericana. Miembro de la Comisión de Arbitraje de ICC México. Socio de Borda y Quintana, SC., México.

(1) Adoptada en la Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975. Conforme a la propia Convención (artículo 10) entró en vigor el 16 de junio de 1976. En México, vigente a partir del 26 de abril de 1978 (publicada en el D.O.F. el 26 de abril de 1978).

(2) Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita el 10 de junio de 1958. Vigente en México a partir del 13 de julio de 1971 (publicada en el D.O.F. el 22 de junio de 1971).

(3) Ver artículo V de la Convención de Nueva York y artículo 5 de la Convención de Panamá.

Es verdad que cada una de dichas convenciones tiene ciertos rasgos distintivos y, en tal virtud, el potencial de conflicto en su aplicación, pero la parte medular en ambos instrumentos es prácticamente idéntica. De ahí que no pocos especialistas en el ámbito del arbitraje comercial internacional cuestionen la utilidad real de la Convención de Panamá hoy en día, especialmente cuando la vasta mayoría de los países que han ratificado la Convención de Panamá, lo han hecho también respecto de la de Nueva York. Ésta última goza de un alcance verdaderamente mundial y no únicamente regional, como sucede con la primera⁽⁴⁾. En relación con esto, cabe apuntar que a pesar de que la Convención de Panamá está abierta a la ratificación de países fuera del continente americano, ningún país fuera del ámbito de la OEA la ha ratificado⁽⁵⁾.

Sin embargo, no es el caso restarles mérito a los redactores de la Convención de Panamá en el desarrollo regional del arbitraje. No hay que perder de vista que en los años en que se discutió y aprobó, un número considerable de países optaron por suscribir o ratificar la Convención de Panamá en lugar de la de Nueva York. No sabemos si ello obedeció en todos los casos a un afán de fortalecimiento de identidad regional, o razón similar, pero, en cualquier caso, se trató de un paso significativo en la evolución del arbitraje en Latinoamérica. También debe señalarse

que su aprobación fue un factor en las reformas legislativas internas que en materia de arbitraje han aprobado varios países latinoamericanos en las últimas décadas. Un caso notable fue Brasil, quien fuera uno de los signatarios originales de la Convención de Panamá, pero que no ratificó la Convención de Nueva York sino hasta junio del 2002. Durante años, el único instrumento internacional al alcance de quien pretendiera ejecutar un laudo arbitral en el gigante sudamericano, era la Convención de Panamá.

2. ANTECEDENTES GENERALES DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA

El alcance que originalmente se ideó para la convención interamericana, era mucho mayor que el texto finalmente aprobado en 1975. Inicialmente, se pretendió crear un sistema interamericano uniforme en materia de arbitraje, abarcando no sólo aspectos relacionados con la ejecución de laudos o aspectos de procedimiento, sino también de regulación sustantiva. Los trabajos iniciales apuntaban a la creación de una legislación regional uniforme en la materia.

En 1953, el Comité Jurídico Interamericano (CIJ)⁽⁶⁾ elaboró un proyecto de "Ley Uniforme" en materia de arbitraje. El proyecto fue modificándose hasta que el texto definitivo fue aprobado durante

(4) A la fecha del presente trabajo, dieciocho países han ratificado la Convención de Panamá, mientras que ciento cuarenta y dos lo han hecho respecto de la Convención de Nueva York.

(5) Artículo 9 de la Convención de Panamá: "La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado".

(6) "El Comité tiene como finalidad servir de cuerpo consultivo de la Organización (OEA) en asuntos jurídicos; promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente" (artículo 3 del Estatuto del CIJ).

la reunión del CIJ en México en el año 1956, con el título “Proyecto de Ley Uniforme Interamericana sobre Arbitraje Comercial”. El propio título sugiere la intención de alcanzar una unificación de legislaciones nacionales en la región, con mayor alcance incluso que el una ley modelo.

Debe hacerse notar que, aunque el proyecto de ley uniforme nunca fructificó como tal, varias de sus disposiciones sobrevivieron, e incluso, acabaron por recogerse en el texto de la Convención de Panamá. Tal es el caso, con algunas variantes, de los artículos 1 al 4 de la Convención.

3. LA CIDIP I

Un proyecto alternativo al de ley uniforme de 1956 fue elaborado posteriormente, impulsado principalmente por las delegaciones de Brasil, Estados Unidos y México. Dicho proyecto se convertiría en 1967 en la propuesta de Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional, la cual, con algunas modificaciones, fue introducida como tema de discusión en la primera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (la CIDIP I), celebrada en la Ciudad de Panamá en 1975.

Hay que señalar que el texto que inicialmente se puso sobre la mesa de la CIDIP I, fue sustituido, durante la propia conferencia, por un proyecto distinto elaborado por varias delegaciones, incluyendo las de Brasil, México y Estados Unidos⁽⁷⁾. Fue este proyecto el que se inspiró en buena medida en la Convención de

Nueva York, y cuyo texto definitivo se convirtió, el 30 de enero de 1975, en la Convención de Panamá.

4. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE AMBAS CONVENCIONES

Más que diferencias, diversos autores las subrayan como importantes omisiones en la versión interamericana⁽⁸⁾. Destacan entre los puntos no contemplados por la Convención de Panamá, los siguientes:

- (i) No define su ámbito de aplicación (confrontar artículo I, Convención NY);
- (ii) No señala nada respecto a la ejecución del acuerdo de arbitraje (confrontar artículo II(3), Convención NY); y
- (iii) Omite señalar los documentos y demás condiciones que deben satisfacerse para obtener el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral (confrontar artículo IV, Convención NY);

Entre otras particularidades de la Convención de Panamá, debe subrayarse su artículo 3, el cual dispone que a falta de acuerdo entre las partes, el arbitraje se sustanciará conforme a las reglas el procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). No obstante, esta disposición colisiona con lo señalado en el artículo 5(d) de la misma convención, al establecer como causa de denegación de ejecución del laudo arbitral, el que el procedimiento no se hubiera

⁽⁷⁾ SANTOS BELANDRO, Rubén B. *Arbitraje Comercial Internacional, Tendencias y Perspectivas*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 1988. p. 183.

⁽⁸⁾ VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981. p. 102.

ajustado a la *Ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje*.

Esta evidente contradicción obedece, en opinión de algunos autores, a que la Convención de Panamá copió, en forma casi idéntica, el artículo V de la de Nueva York, olvidando sus redactores armonizar los artículos 5 y 3 de la misma.

5. POSIBLES CONFLICTOS ENTRE AMBAS CONVENCIONES

El análisis de los posibles conflictos entre ambas convenciones será analizado en detalle por los siguientes expositores. Sirva por ahora señalar que, de acuerdo con reglas generales de aplicación de normas concurrentes, los posibles conflictos pueden resolverse aplicando los siguientes criterios: (i) norma posterior deroga a la anterior (*lex posterior derogat priori*), (ii) la norma especial deroga a la general (*lex specialis derogat generali*), o bien (iii) el que establece que debe prevalecer la norma más favorable o de máxima eficacia (*favor negotii* o *règle d'efficacité maximale*).

En nuestra opinión, la tendencia en la doctrina y práctica internacionales, respecto del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, se inclina por la tercera opción, es decir, que deba prevalecer aquella norma que favorezca en mayor medida la ejecución del laudo arbitral.

La Convención de Nueva York opta por la aplicación de la norma de mayor eficacia, tanto para el caso de la legisla-

ción interna del país de ejecución, como para el caso de posible aplicación de otro tratado o convención.

El artículo VII(1) de la Convención de Nueva York establece, como regla general, que la misma no afectará la validez de acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, que sean celebrados por los Estados contratantes de la Convención de Nueva York, ni privarán a ninguna parte interesada de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer un laudo arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país en donde dicho laudo se invoque.

Aplicado al caso concreto de ejecución de laudos, puede decirse que el principio de máxima eficacia significará que si un laudo resulta no ejecutable conforme a un tratado, pero ejecutable conforme a otro, este otro instrumento deberá aplicarse, sin que sea relevante cuál de ellos es de adopción posterior o de aplicación especial⁽⁹⁾.

Resulta importante señalar que, conforme a los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York, y en virtud de la interdependencia de sus disposiciones, no puede concebirse una combinación de reglas contenidas en otros tratados o en la legislación doméstica con miras a la ejecución de un laudo arbitral. Es decir, si tras la aplicación de alguno de los criterios arriba apuntados para determinar la aplicación de normas concurrentes, se llegase a la conclusión de que la


⁽⁹⁾ Mención especial merece la regla establecida al respecto en la ley por la que se instrumentó en los Estados Unidos la Convención de Panamá, que dispone que cuando se cumplan los requisitos para la aplicación tanto de una y otra convención, si la mayoría de las partes involucradas son nacionales de un Estado o Estados que han ratificado la Convención de Panamá y son Estados miembros de la OEA, se aplicará esta última sobre la de Nueva York (§305 *United States Arbitration Act*).

Convención de Nueva York debe prevalecer (el mismo caso sería si se concluye que la norma interna u otro tratado debe prevalecer), ésta deberá aplicarse en su totalidad, con exclusión de las demás normas o reglas.

En nuestra opinión, si se trata de solicitar la ejecución de un laudo extranjero en México, dictado en un país miembro de ambas convenciones, bastará con hacer referencia a la Convención de Nueva York, además de que nuestra legislación relativa a la ejecución de laudos refleja las disposiciones de la Ley Modelo de

UNCITRAL, la que a su vez las toma de la Convención de Nueva York.

En vista de lo anterior, no parece claro el futuro de la Convención Interamericana, ni la utilidad o su razón de ser hoy en día. Es por ello que no pocos autores o usuarios del arbitraje incluso han sugerido su desaparición.

Si ese llegase a ser el caso algún día, habría que darle honrosa despedida, pues sin duda contribuyó a la evolución del arbitraje comercial internacional en nuestro continente, y ese, es mérito suficiente. 

PANAMÁ

DE LA ACTUALIDAD Y APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 A LOS ARBITRAJES TRANSNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIONES INTERNACIONALES

Por: MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ (*)

SUMARIO: 1. *Motivos que justifican la denegación de una sentencia arbitral y su aplicación a la materia de inversiones internacionales.* 1.1. *La no validez de la Convención de arbitraje.* 1.2. *La contravención de una regla de procedimiento del arbitraje.* 1.3. *El exceso de poder.* 1.4. *La violación del Orden Público Internacional.* 2. *Reconocimiento de las sentencias arbitrales durante o después de un recurso de anulación.* 3. *La inmunidad de ejecución de los Estados en materia de inversiones internacionales.* 4. *Conclusión.*

En materia de inversiones internacionales, el papel preponderante del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), establecido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI), también conocido como “la Con-

vención de Washington de 1965”, es un hecho indiscutible⁽¹⁾. En efecto, la Convención de Washington, complementada por las disposiciones de su Reglamento de arbitraje y de las reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro, crea todo un nuevo sistema para la resolución de conflictos en materia de inversiones internacionales⁽²⁾.

(*) Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Doctora en Derecho Internacional por la Universidad de París II.

(1) Convenio elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), adoptado a Washington el 18 de marzo de 1965 y en vigor desde el 14 de octubre de 1966 con la ratificación de 20 países. Al 4 de noviembre 2007, 155 Estados han firmado el Convenio, de los cuales 143 lo han ratificado.

(2) Todos los textos referentes al CIADI, así como una gran parte de las sentencias arbitrales rendidas bajo los auspicios del CIADI, son consultables sobre el sitio de Internet del Centro: www.worldbank.org/icsid

Este sistema incluye una sección referente al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados conforme al Convenio (Sección 6 del Convenio CIADI), independiente a la aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras⁽³⁾.

A través del sistema CIADI, todo Estado contratante está en la obligación de reconocer el laudo dictado conforme al Convenio y de hacer ejecutar las obligaciones impuestas por el laudo, dentro de sus territorios, “como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado” (artículo 54.1 del Convenio CIADI). En este sentido, la parte que inste el reconocimiento o la ejecución del laudo en los territorios de un Estado contratante, deberá simplemente presentar una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General del Centro. La ejecución se efectuará de acuerdo a las normas sobre ejecución de sentencias en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda, lo cual no deroga las normas vigentes relativas a la inmunidad en materia de ejecución (artículo 55 del Convenio). A pesar de todas las ventajas que este sistema pueda ofrecer, su aplicación resta limitada importancia a los laudos que han sido dictados en aplicación a la Convención de Washington, de ahí que la gran mayoría

de laudos en materia de inversión, incluyendo aquéllos dictados de acuerdo al Mecanismo Complementario del CIADI, sean regidos a la Convención de Nueva York, hasta ahora la más grande Convención que rige el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras⁽⁴⁾. Con el fin de establecer la aplicación práctica de la Convención de Nueva York al contencioso relativo a las inversiones internacionales, procederemos a analizar los motivos de denegación de la sentencia arbitral, a la luz de la jurisprudencia reciente en materia de inversiones.

Pero este no es el único aspecto relevante a analizar, ya que independientemente del hecho que la parte “ganadora” en el arbitraje solicite el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral en un Estado determinado, la otra parte puede a su vez solicitar su anulación en el Estado de origen de la sentencia, es decir, en cuyo territorio ésta ha sido dictada. A estos efectos cabe hacer la clara distinción entre el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, es decir, con un carácter internacional, y los recursos a los cuales dichas sentencias pueden ser sometidas en su país de origen. Al respecto, cabe señalar que el conjunto de legislaciones nacionales puede prever diversos recursos contra las sentencias arbitrales, con plazos distintos para interponerlos. A esta problemática se adjunta el

(3) Convención sobre el Reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptada a Nueva York el 10 de junio de 1958. 50 años después de su adopción, la Convención cuenta con 142 Estados partes. El texto es consultable sobre el sitio de Internet de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI): www.uncitral.org

(4) El Mecanismo complementario del CIADI fue adoptado el 17 de septiembre de 1978, a fin de cubrir los vacíos de competencia existentes con respecto a los Estados que no son parte del Convenio CIADI. De esta manera, siempre y cuando el Estado receptor de la inversión o el Estado de la nacionalidad de la inversionista sea parte al Convenio, las partes al litigio podían optar por un mecanismo cuyo arbitraje se lleva a cabo bajo los auspicios del Centro. No obstante, este Mecanismo excluye la aplicación del Convenio (artículo 3 del Reglamento aplicable al Mecanismo Complementario, cuya última versión adoptada el 10 de abril de 2006 es consultable sobre el sitio del CIADI: www.worldbank.org/icsid).

hecho de que los motivos que pueden ser invocados pueden ser numerosos y muy diferentes según los sistemas jurídicos: acuerdo de arbitraje no válido, violación de los principios procesales (debido proceso o *due process*), violación del campo de competencia del tribunal (*infra, extra o ultra petita*), no cumplimiento de las reglas sobre la nominación de los árbitros o del procedimiento arbitral, no validez de la sentencia (defecto de motivación, falta de la firma de los árbitros), orden público (incluyendo la no *arbitrabilidad* del litigio), error de derecho, entre otros.⁽⁵⁾ Esta disparidad entre los diferentes ordenamientos jurídicos dificulta así la armonización de la legislación en materia de arbitraje internacional.

Una cierta “uniformidad” en los sistemas jurídicos ha podido sin embargo lograrse gracias a la adopción de la Ley modelo de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional de 1985 (enmen-

dada en 2006), por una gran pluralidad de países; ya que en ella se enuncian motivos uniformes de impugnación del laudo y plazos bien delimitados para ejercitar el recurso⁽⁶⁾. En concreto, la petición de nulidad se consagra como el único recurso admisible, a la exclusión de todo otro tipo recurso aplicable a los arbitrajes internos previsto por la ley procesal del Estado de que se trate (artículo 34 de la Ley Modelo). En cuanto a los motivos contenidos en la Ley Modelo y que pueden ser invocados para hacer anular una sentencia, cabe señalar que su enumeración coincide esencialmente con el párrafo 1) del artículo 36 de la ley modelo, referente a los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, independientemente del país en donde este haya sido dictado; lista de motivos que a su vez ha sido tomada del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958⁽⁷⁾.

(5) Para un estudio comparativo del tema ver, VAN DEN BERG, Albert. *Annulment of awards in international arbitration*. In: *International arbitration in 21st Century towards “judicialization” and uniformity*, 1994. p. 133 - 162. El autor compara varias leyes sobre arbitraje. A título de ejemplo, podemos citar el artículo 68 de l’*Arbitration Act* de 1996, que corresponde a una tradición de control estrecho del juez inglés sobre las sentencias arbitrales; *Rev. Arb.*, 1997. p. 125.

(6) La Ley Modelo de la CNUDMI es consultable sobre el sitio de la Comisión: www.uncitral.org. Confrontar; sin embargo, la opinión de J. PAULSSON para quien la ley tipo de la CNUDMI no prevé un estándar “uniforme” para la anulación de las sentencias arbitrales pero al contrario, ella define solamente un estándar “mínimo” para el rechazo del reconocimiento de las mismas. PAULSSON, Jan. *Towards minimum standards of enforcement: feasibility of a Model law*. In: *Improving the efficiency of Arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. Kluwer law international, 1999. p. 574 - 582. PAULSSON, Jan. *L’exécution des sentences arbitrales en dépit d’une annulation en fonction d’un critère local (ACL)*, *Bull CCI*, 1998. pp. 14 - 32, p. 18; contra E. Schwartz que habla de un objetivo ulterior de la Convención de Nueva York, en el sentido en que ésta daría un “tratamiento internacional armonioso y uniforme a las sentencias arbitrales”; SCHWARTZ E. *A commentary on Chromalloy: Himaltron à l’américaine*, *JIA*, 1997. pp. 125 y 128. Lo que es cierto en todo caso, es que el objetivo de la Convención de Nueva York de 1958, sobre la base del cual las causales de anulación de las sentencias arbitrales son fundadas, es de facilitar la ejecución de las sentencias extranjeras mediante el establecimiento de un límite a partir del cual esta ejecución es obligatoria, y no de establecer un régimen único para regir todos los aspectos de la ejecución.

(7) Según el artículo 36§1 de la ley tipo de la CNUDMI: la incapacidad de una de las partes para concluir una convención de arbitraje o la no validez de la convención de arbitraje; defecto de notificación de la designación de un árbitro o del procedimiento de arbitraje o imposibilidad para una parte de hacer prevalecer sus derechos; sentencias que abarcan cuestiones no previstas en el compromiso; constitución del tribunal arbitral o conducta del procedimiento arbitral no conforme a la convención efectivamente concluida entre las partes o, en ausencia de una convención, a la ley tipo; *in arbitrabilidad* del litigio y contrariedad al orden

El paralelismo que existe entre los motivos de nulidad del laudo en virtud de la Ley Modelo y los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York nos recuerda el paralelismo con la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Ginebra de 1961) y con la Convención de Panamá sobre el Arbitraje Comercial Internacional de 1975. En efecto, según la Convención de Ginebra de 1961, el recurso de anulación es limitado a los motivos enumerados al artículo V de la Convención de Nueva York de 1958⁽⁸⁾. De esta manera, la decisión de un tribunal extranjero que anule una sentencia por otra causa a las del artículo V, no constituiría en otro Estado, una causal para rechazar la ejecución de la sentencia. La Convención de Panamá de 1975 va en esta misma dirección, al enumerar de manera idéntica las causas de anulación que pueden ser alegadas delante de la autoridad competente del Estado de origen⁽⁹⁾.

Por otro lado, según el artículo VI de la Convención de Nueva York, la autoridad delante de la cual la anulación es invocada puede, si ella lo estima apropiado, suspender la ejecución de la sentencia hasta que se resuelva sobre el buen fundamento de la demanda en anulación; igualmente, puede, a la demanda de la parte que solicita la ejecución de la sentencia, ordenar a la otra parte de asegurar la ejecución futura de la sentencia (por ejemplo, mediante el depósito de un monto de dinero). Al respecto, cabe tener en cuenta que la anulación o la suspensión de una sentencia arbitral por una autoridad competente del país de origen (es decir, en el cual o según la ley del cual la sentencia ha sido rendida), puede impedir el reconocimiento o la ejecución de la sentencia⁽¹⁰⁾. Esta norma es en contraste con el artículo VII de la Convención, que exige al juez del exequátur de aplicar toda legislación nacional o internacional en virtud de la cual la sentencia sería susceptible de ser ejecutada en la ausencia de la Convención de Nueva York⁽¹¹⁾. La

público, lo cual comprendería las faltas graves al respecto de las normas fundamentales de la equidad procesal.

- ⁽⁸⁾ El artículo IX de la Convención europea sobre el arbitraje comercial internacional del 21 de abril de 1961 enumera igualmente los motivos de anulación, los cuales son virtualmente idénticos a los de la Convención de Nueva York. Esta posición se aleja del cuadro internacional anterior previsto en el Protocolo de Ginebra sobre las convenciones de arbitraje de 1923, en donde el artículo 2 disponía que el procedimiento de arbitraje "es regido por la voluntad de las partes y por la ley del país sobre el territorio del cual el arbitraje ha tenido lugar", y de la Convención de Ginebra de 1927 sobre la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras que se aplicaba a las sentencias fundadas sobre las convenciones de arbitraje cubiertas por el Protocolo de 1923.
- ⁽⁹⁾ Los motivos del artículo 5 de la Convención de Panamá del 30 de enero de 1975 llamada también "Convención interamericana sobre el arbitraje comercial internacional", son exactamente los mismos que los contenidos al artículo V de la Convención de Nueva York. Por otro lado, la Convención interamericana sobre la validez extraterritorial de las decisiones judiciales y de las sentencias arbitrales del 5 de agosto de 1979, creada para facilitar la cooperación administrativa de la justicia entre los Estados de América, es aplicable a todos los sujetos no abordados por la Convención de Panamá. Textos consultables en inglés y español sobre el sitio www.sice.oas.org
- ⁽¹⁰⁾ Artículo V.1.(e) de la Convención de Nueva York de 1958 y 5.1(e) de la Convención de Panamá de 1975 sobre el arbitraje comercial internacional.
- ⁽¹¹⁾ De acuerdo a la Recomendación adoptada por la CNUDMI el 7 de julio de 2006 en su 39 período de sesiones (Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del

facultad de la parte ganadora para demandar la ejecución de la sentencia en varios Estados (lo que pudiera interpretarse como un verdadero “*forum shopping*”), hace interesante el estudio sobre el alcance de la ejecución de las sentencias arbitrales durante o después un recurso en anulación, y es lo que vamos a contemplar en una segunda parte.

Finalmente, hemos decidido de evocar el problema de la inmunidad de ejecución de los Estados en materia de inversiones internacionales, ya que consideramos que ésta puede representar en la práctica, un impedimento a la ejecución de las sentencias transnacionales y un desafío al cual posiblemente van a confrontarse los jueces nacionales.

1. MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA DENEGACIÓN DE UNA SENTENCIA ARBITRAL Y SU APLICACIÓN A LA MATERIA DE INVERSIONES INTERNACIONALES

Por razones prácticas hemos decidido de reagrupar los motivos que pueden ser alegados para denegar una sentencia arbitral en materia de inversiones en cuatro rubros, a saber: 1) la no validez de la convención de arbitraje, 2) la contravención de una regla de procedimiento, 3) el exceso de poder y 4) la violación del orden público internacional. Debemos sin embargo tomar en cuenta del hecho de que

el reconocimiento y la ejecución de una sentencia puede también ser rechazada o denegada si ella ya ha sido anulada o suspendida en su país de origen. De igual forma puede ocurrir que la sentencia no sea todavía obligatoria con motivo a que la ley aplicable exige un periodo antes de demandar su reconocimiento y ejecución.

Podemos citar en ese sentido el artículo 1136 del Tratado de Libre Comercio Norteamericano (TLCN) que exige un periodo de 120 días para los arbitrajes CIADI y tres meses para los arbitrajes regidos por el Reglamento del Mecanismo complementario del CIADI o por las reglas de arbitraje de la CNUDMI, luego de la fecha en la cual la sentencia ha sido rendida. Si durante dicho periodo, una de las partes interpone una demanda en revisión o en anulación de la sentencia, habrá que esperar que el recurso en cuestión se termine, para que la parte interesada pueda solicitar la ejecución de la sentencia. Esto tiene evidentemente el objetivo de evitar decisiones contradictorias entre los tribunales del Estado de la ejecución y los tribunales del Estado donde la revisión o la anulación es solicitada (normalmente el Estado de origen de la sentencia).

1.1. La no validez de la Convención de arbitraje

En materia de inversiones internacionales, la no validez de la Convención de arbitraje, incluyendo la incapacidad de

artículo VII de la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958, consultable sobre el sitio de Internet www.uncitral.org), el artículo VII debería aplicarse de forma que permita a toda parte interesada de acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje. Ver en doctrina, GAILLARD. *The relationship of the New York Convention with other treaties and with domestic law*. In: GAILLARD and DI PIETRO (editores). *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards. The New York Convention in practice*. Cameron May, 2008. pp. 69 - 87.

una de las partes al arbitraje en virtud de la ley aplicable, trata concretamente el problema de la capacidad del Estado a someterse al arbitraje transnacional; en otros términos, el problema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados⁽¹²⁾. En primer lugar, conviene de mencionar que este motivo de anulación se encontraba ya presente en la Convención de Ginebra sobre la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1927, aunque no como una incapacidad de las partes para someterse al acuerdo de arbitraje, sino como un problema procesal sobre la representación legal de una parte durante el procedimiento de arbitraje, lo cual no afecta *a priori* la ejecución del acuerdo de arbitraje⁽¹³⁾.

Tal y como lo reconoce la doctrina internacional, la validez de la convención de arbitraje es la “piedra angular” del arbitraje, y como tal, es esencial a la eficacia de la sentencia; sin embargo, cabe señalar que la anulación de una sentencia a causa de su no validez (ausencia de convención o convención nula o expirada) es un motivo que deviene cada vez más raro, en la medida en donde los árbitros tienen ciertamente la ocasión de poder juzgar sobre su propia competencia y sobre la validez de la convención. Lo mismo va para lo que respecta a la capacidad del Estado de comprometerse al arbitraje. Por otro lado, podemos constatar que la jurisprudencia estatal ha remarcado la aplica-

ción del derecho interno más favorable para el reconocimiento de la validez de una convención de arbitraje. En este sentido, podemos citar la Corte de Casación francesa, según la cual:

“El principio de validez de la convención de arbitraje internacional y el principio según el cual corresponde al árbitro de estatuar sobre su propia competencia son dos reglas materiales de derecho francés del arbitraje internacional, que consagran, de una parte, la licitud de la cláusula de arbitraje independientemente de toda referencia de una ley estatal, y de otra parte, la eficacia del arbitraje, al permitir al árbitro, cuyo poder jurisdiccional ha sido contestado, de resolver este tema con prioridad. La combinación de los principios de validez y de competencia sobre la competencia prohíbe por vía de consecuencia, al juez francés estatal de proceder a un examen substancial y profundo de la convención de arbitraje y esto, cualquiera que sea el lugar donde el tribunal arbitral tiene su foro; el único límite en el cual el juez puede examinar la cláusula de arbitraje antes de que sea llevado a controlar su existencia o validez en el cuadro de un recurso contra la sentencia, es el de su nulidad o de su inaplicabilidad manifiesta”⁽¹⁴⁾.

(12) Sobre el tema, SUAREZ ANZORENA. *The “incapacity” defence in international arbitration*, artículo publicado en el sitio: www.cameronmay.com; www.lexmercatoria.com

(13) Sobre los motivos de anulación retenidos por la Convención Europea de 1961, HASCHER. *European Convention on international commercial arbitration Act of 1961, A commentary*. In: YBC. Volumen XX, 1995. pp. 1006 - 1041. Una lista de las decisiones estatales y de las sentencias arbitrales rendidas en aplicación de la Convención es publicada luego del comentario (pp. 1042 - 1950).

(14) Nuestra traducción. Corte de casación, 1era Cámara civil, 7 de junio de 2006, Copropriété maritime Jules Verne et autre v. American Bureau of Shipping et autre (ABS, Rev: Arb., 2006. pp. 945 - 953, nota Gaillard.

En una variedad de países, el derecho interno aplicable a la capacidad del Estado y de las entidades públicas puede sin embargo prohibir o restringir esta capacidad. Esas limitaciones pueden tener además un carácter personal (*ratione personae*) o material (*ratione materiae*), según que éstas traten de la *arbitrabilidad* subjetiva o bien de la *arbitrabilidad* objetiva del caso. Al respecto, podemos afirmar que la capacidad de las partes puede verse comprometida con respecto de la *arbitrabilidad* del litigio, en conformidad con el artículo V(2)(a) de la Convención de Nueva York. A esto se suma el hecho de que ni la Convención de Nueva York ni la Convención de Ginebra de 1961 o la Convención de Panamá de 1975 sobre el arbitraje comercial internacional, definen el término “incapacidad”, y en consecuencia, la noción de capacidad puede variar de un país al otro.

Para ilustrar este análisis, podemos citar la decisión de la Corte de Casación italiana con respecto al caso SAEPA - SIAPE v. Gemanco Srl.⁽¹⁵⁾ En este caso, las dos sociedades de Túnez (SAEPA - SIAPE), buscan a ejecutar la sentencia rendida a su favor y en contra de una sociedad italiana (Gemanco Srl.), quien era la parte demandante en el procedimiento de arbitraje. En la especie, la Corte de Apelación de Bari había negado el reconocimiento de la sentencia con motivo a que las dos sociedades de Túnez eran entidades públicas y que según la ley de Túnez ellas no podían comprometerse al arbitraje. La Corte

de Casación, contradice esta decisión al tomar en cuenta de que se trataba de un contrato internacional y que la prohibición del derecho interno no era aplicable a los casos de arbitraje comercial internacional. En sentido contrario, en el caso Fougerolle S.A. v. el Ministerio de la defensa de la República Árabe de Siria, los tribunales de Siria deciden no reconocer la sentencia arbitral regida por el Reglamento de arbitraje de la CCI, dictada en favor de la sociedad francesa Fougerolle S.A.⁽¹⁶⁾ En la especie, la sociedad francesa había concluido un contrato con el Ministerio de la Defensa de Siria, para la construcción de un hospital en Siria. A la hora del exequátur, Siria solicita el rechazo del reconocimiento de la sentencia sobre la base del artículo 44 de la Ley número 55 de 1959 del Consejo de Estado, según el cual la sentencia debería haber sido rendida con la opinión anterior del Comité del Consejo de Estado. Para el Tribunal Administrativo de Dammas, la ley implicando la capacidad del Ministerio para someterse a un arbitraje internacional, era de aplicación necesaria y relevaba del orden público; en otras palabras, ella no podía ser ignorada por las partes.

A la evidencia, todo va a depender de la ley aplicable a la convención de arbitraje (en la ocurrencia a la ley del país donde la sentencia ha sido rendida si las partes no han decidido de otra manera) y de la ley aplicable a la capacidad de las partes, según del caso en que se trate. Además, tal y como lo podemos constatar, la autoridad competente del país en

(15) Corte di Cassazione, decisión del 9 de mayo de 1996, reformando la decisión de la Corte di Appello de Bari del 2 de noviembre de 1993 (número 811). Caso número 4342, Société Arabe des Engrais Phosphates et Azotes (SAEPA) et Société industrielle d'acide Phosphorique et d'engrais (SIAPE) v. Gemanco Srl., Yb.CA. Volumen XXII, 1997. pp. 737 - 743.

(16) Tribunal Administrativo de Damas, decisión del 31 de marzo de 1988, Fougerolle S.A. v. Ministerio de la Defensa de la República Árabe de Siria, YBCA. Volumen XV, 1990. pp. 515 - 517.

donde el reconocimiento y la ejecución son solicitados, puede determinar *ex officio* la contrariedad entre el orden público de ese país con respecto a las leyes sobre la capacidad del Estado a comprometerse. A pesar de ello, tratándose de materias que relevan del Derecho internacional, es normal de asumir que el Estado, al acordar una convención de arbitraje con una parte privada, ha renunciado a la aplicación de normas de Derecho interno contrarias, salvo que las partes al litigio hayan acordado lo contrario. Aparece entonces que la renunciación a los impedimentos previstos por la ley interna del Estado sea aún más importante desde que éste ha aceptado de someterse a un arbitraje transnacional, en virtud de un tratado relativo a las inversiones internacionales⁽¹⁷⁾. A pesar de que esta regla que debería imponerse en el plano internacional, podemos constatar que según ciertas leyes, la sumisión al arbitraje acordada por el Estado así que por otras entidades estatales, corre todavía el riesgo de verse afectada por un vicio de nulidad.

A título de ejemplo, podemos citar el artículo 7-A de la ley sobre arbitraje de Panamá, reformado en 2006, el cual prevé que en caso en donde no haya una convención de arbitraje acordada a través de un contrato de inversión, la sumisión del Estado al arbitraje va a requerir la aprobación del Consejo de Gabinete y el visto del Procurador General de la Nación:

“Es válida la sumisión al arbitraje acordada por el Estado, por las entidades autónomas y semi-autónomas, así como por la Autoridad del Canal de Panamá, respecto de los contratos que suscriban en el presente o en lo sucesivo. El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo.

Igualmente, podrán acudir al arbitraje internacional cuando la capacidad del Estado y demás personas públicas resulte establecida por Tratado o Convención internacional.

En los casos en que no se haya pactado el convenio arbitral en los contratos suscritos por el Estado y surja litigio o pleito sometido a tribunal, para someterlo a arbitraje se requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación”⁽¹⁸⁾.

De la lectura de dicho texto podemos deducir que la distinción entre el ofrecimiento de arbitraje dado por un contrato de inversión y aquél dado a través de un tratado de inversión impone una condición adicional para los casos en donde no hay una relación contractual entre las partes. En otras palabras, aún cuando estamos frente a un ofrecimiento de arbitraje contenido en un tratado de inversión, la ley impone la aprobación del Consejo de Gabinete y el visto del Procurador

⁽¹⁷⁾ Conviene de notar que Turquía ha tenido que modificar su Constitución a fin de que la controversia constitucional sobre la exclusividad de la competencia de la Corte Suprema Administrativa en Materia de Contratos de Concesiones y la conformidad de esta norma con el ofrecimiento de arbitraje expresado en varios TBI. Sobre el tema: KREINDLER R.H. and KAUTZ, T.J. *Issues in drafting and performance of arbitration agreements in the context of Bilateral investment treaties and energy projects: the example of Turkey*, Mealey's IAR, 1997, pp. 25 - 32; YESILIRMARK, Ali. *Jurisdiction of the ICSID over Turkish concession contracts*. ICSID Rev. – FILJ, Número 2, 1999. pp. 391 - 420.

⁽¹⁸⁾ Ley número 15 del 22 de mayo de 2006, modificando el Decreto Ley 5 de 1999 sobre el régimen general de arbitraje, conciliación y mediación, G.O. del 24 de mayo de 2006, número 25,551. pp. 3 - 4.

General de la Nación, sin los cuales la sentencia rendida por un tribunal en virtud de un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) o un Tratado Multilateral de Inversión (TMI) pudiera ser anulada con motivo a la invalidez de la cláusula arbitral⁽¹⁹⁾.

1.2. La contravención de una regla de procedimiento del arbitraje

En primer lugar, conviene de distinguir entre la contravención de una regla fundamental de procedimiento, es decir, de una “norma substancial de justicia natural” de una magnitud importante, como por ejemplo la regla que consagra el principio del contradictorio o principio del debido proceso (*due process*), sin el cual la sentencia sería de nulidad absoluta; y la contravención de ciertas reglas de procedimiento no fundamentales para el desarrollo del proceso arbitral y que pueden ser renunciadas por las partes en el transcurso de dicho proceso⁽²⁰⁾. Solamente en el primer caso pudiéramos hablar de un “orden público procesal”.

En términos generales, se trata por un lado, del derecho de las partes que el arbitraje sea desarrollado de la manera en el cual ellas han acordado (lo que incluye la constitución del tribunal arbitral) y por otro lado, del poder de participar y de defender sus posiciones (derecho a ser “escuchado” por el tribunal), en un ambiente imparcial, neutro y en equidad. En consecuencia, podemos afirmar que el principio contradictorio, según el cual las partes tienen el derecho de hacer valer sus pretensiones es estrechamente ligados al de la igualdad de las partes. Por otro lado, hay que tener en cuenta del hecho que la Convención de Nueva York hace una referencia expresa a ciertos derechos procesales de la parte contra la cual la sentencia es invocada. Concretamente, se trata de: 1) del derecho a ser debidamente informado de la designación del árbitro (en otras palabras, del comienzo del arbitraje); y 2) del derecho a participar al procedimiento de arbitraje y de hacer valer esos medios.

(19) Un caso similar lo encontramos en la última modificación del artículo 67 del Código de incitaciones a las inversiones de Túnez, según el cual: “*Los tribunales de Túnez son competentes para conocer de todo litigio entre el inversionista extranjero y el Estado de Túnez salvo acuerdo previsto por una cláusula compromisoría o que permita a una de las partes de recurrir al arbitraje según procedimientos de arbitraje ad hoc o en aplicación de procedimientos de conciliación o de arbitraje previstas en una de las convenciones (firmadas por la República de Túnez)*” (nuestra traducción). Ley número 93-120 del 27 de diciembre de 1993, llamada Código de incitación a las inversiones. Sobre el tema, ABED. *Les garanties de l'investissement étranger en Tunisie, où vont les sources du droit de l'investissement?* In: HORCHANI, F. (director). *Où va le droit de l'investissement*, 2006. pp. 127 - 137. Según este autor, la norma traduce un cambio en la política de los poderes públicos de Túnez en materia de protección judicial de las inversiones extranjeras pero ella retira el consentimiento del Estado de Túnez a recurrir automáticamente a los procedimientos supranacionales de resolución de conflictos relativos a inversiones.

(20) En este caso se habla de preceptos “no imperativos” o “de libre disposición” (“*non mandatory provisions*”), los cuales permiten a las partes adoptar sus propios acuerdos. El juego de estas disposiciones al momento del reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales ha sido remarcado por la Corte de Distrito de Nueva York en el caso Shaheen, según la cual la parte habría debido presentar su objeción al tribunal arbitral: “*To deny recognition and enforcement to the arbitration award (...) at this stage would be violate the goal and the purpose of the Convention, that is, the summary procedure to expedite the recognition and enforcement of the arbitration process*”. Sociedad Nacional de Hidrocarburos v. Shaheen National Resources Inc. (585 F. Supp. 57, S.D.N.Y., 1983). Confrontar en doctrina, VERBIST (H). *Challenges on grounds of due process pursuant to article V(1)(b) of the New York convention*. In: GAILLARD and DI PIETRO (editores). *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards. The New York Convention in practice*. Cameron MAY, 2008. pp. 679 - 756.

Puede sin embargo suceder que luego de haber sido notificado del arbitraje, la parte defensora se haya abstenido de hacer valer sus derechos en el momento del procedimiento arbitral. En este caso, aún cuando la parte no se ha conformado a las pretensiones de la parte demandante, se admite que su ausencia de participación al proceso de arbitraje no tenga por efecto de paralizar todo el procedimiento y que el tribunal arbitral puede en todo caso rendir su sentencia⁽²¹⁾. En este sentido, podemos afirmar que para que las exigencias de la igualdad de las partes y del contradictorio sean respetadas, es suficiente que “cada parte haya tenido la oportunidad de presentar su argumentación en condiciones comparables”⁽²²⁾. Los términos en los cuales el tribunal debe proceder van a depender de las reglas de procedimiento aplicables en la especie. Así por el ejemplo, en el caso de un arbitraje CIADI, el artículo 45 de la Convención de Washington de 1965 permite al tribunal arbitral de

rendir su sentencia aun cuando una de las partes no ha participado al arbitraje.

Como en el caso del arbitraje CIADI, en un arbitraje transnacional regido por otro reglamento de procedimiento arbitral (tal como el Reglamento de Arbitraje de la CCI, de la Cámara de Arbitraje de Estocolmo, del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), las partes al arbitraje tienen el deber de presentar sus objeciones sobre el mal desarrollo del procedimiento dentro de un tiempo “oportuno”, ya que una actitud contraria, e incluso errónea, de la parte defensora puede disminuir la eficacia del arbitraje, lo cual sería contrario al objeto de la convención de arbitraje⁽²³⁾. En otros términos, la parte que se estime víctima de la violación de los derechos de defensa debe haber reaccionado desde el momento en donde ella ha tenido conocimiento de esta irregularidad⁽²⁴⁾. Esto además forma parte del principio de buena fe procesal que se impone en el arbitraje internacional.

(21) Confrontar el artículo 25 de la ley tipo de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional de 1985 que dispone que en caso de una falta no justificada por un impedimento legítimo “el tribunal puede continuar de seguir el procedimiento y de resolver sobre la base de los elementos de prueba que dispone”. La base de esta norma podemos encontrarla en el artículo 28 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976.

(22) FOUCHARD, Ph.; GAILLARD, E. and GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Litec, 1996 pp. 757.

(23) En este sentido, DI PIETRO, D. and PLATTE, M. *Enforcement of international arbitration awards. The New York Convention of 1958*. Cameron may, 2001. en particular p. 158 et s. Sobre el tema en general, CADIET, L. *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale*. En: *Rev. Arb.* Número 1, 1996. pp. 3-38.

(24) Esta norma es consagrada por la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985 sobre el arbitraje comercial (versión 2006). En efecto, según el artículo 4 de la Ley Modelo (tomado de la base del artículo 30 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976), si una de las partes del procedimiento arbitral participa sin objetar a) la competencia objetiva o material del tribunal arbitral, b) la inadecuación del desarrollo del procedimiento arbitral, c) el incumplimiento del convenio arbitral, o d) la existencia de irregularidades de procedimiento imputables al tribunal arbitral o que afecten el procedimiento, dentro de cierto plazo conferido por el convenio arbitral o estimado oportuno por el tribunal arbitral, esa parte no podrá formular tales objeciones posteriormente ni ante el propio tribunal, ni ante el juez competente, salvo en casos muy excepcionales en que se demuestre que en el momento en que se personó en el procedimiento o participó en el mismo ignoraba, sin poderlo descubrir con la diligencia razonable, la existencia de algunos de los motivos para la objeción. BINDER, P. *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL model law jurisdictions*. 2nd edition. Thomson, Sweet & Maxwell, 2005.

Corresponde en todo caso al tribunal estatal de decidir sobre la pertinencia del motivo alegado. A título de ejemplo podemos citar que la Corte Suprema de Hong Kong ha decidido que la parte demandando el rechazo de la sentencia no puede invocar la regla sobre la no compatibilidad de la constitución del tribunal arbitral a lo acordado precedentemente por las partes teniendo en cuenta que esta parte no había jamás contestado la competencia del tribunal arbitral⁽²⁵⁾. Encontramos así una importancia remarcable de la aplicación de la doctrina del estoppel (reflejada por la máxima latina *non concedit venire contra factum proprium*), la cual impide que una parte se prevalezca de un motivo de anulación que ella misma no ha oportunamente contestado.

Por otro lado, en un caso entre un inversionista francés y el Gobierno panameño, la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha decidido de anular la sentencia rendida por un tribunal *ad hoc*, con sede en el Centro de Resolución de Conflictos de la Cámara Panameña de la Construcción (CAPAC), por el hecho, entre otros motivos, que el procedimiento de arbitraje establecido en el TBI entre Francia y

Panamá del 5 de noviembre de 1982, no había sido respetado en la especie⁽²⁶⁾. En efecto, la sociedad “Terminal nacional de transporte terrestre de pasajeros para la provincia de Colón” de Derecho panameño (donde M. Jean-Marc Parienti de nacionalidad francesa tenía el 49.9% de las acciones), había concluido un contrato de concesión con la Autoridad de Tránsito y de Transporte Terrestre (ATTT), para la construcción y la operación en Panamá de una Terminal de transporte a la provincia de Colón; sin embargo, resulta del análisis formal efectuado por la Corte Suprema, que el tribunal arbitral no ha aplicado el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI de 1976, el cual estaba indicado como aplicable por el artículo VIII del TBI franco-panameño⁽²⁷⁾. En su lugar, el tribunal arbitral aplica el Reglamento de arbitraje de la CAPAC, sin además respetar el periodo fijado para la nominación de los árbitros ni notificar al Estado panameño como tal, tan sólo a la ATTT. La parte demandante pretendía argumentar que como la ATTT era una entidad estatal, la notificación de ésta valía para la notificación del arbitraje al Estado, en respeto al TBI celebrado entre Francia y Panamá. Esta alegación no fue; sin embargo, aceptada

(25) Corte Suprema de Hong Kong, decisión del 13 de julio de 1994, número MP 2411, *China Nanhai Oil Joint Service Corporation, Shenzhen Branch v. Gee Tai Holding Co. Ltd YBC*. Volumen XX, 1995. pp. 671 - 680. El arbitraje fue regido según las reglas de la Comisión China en Arbitraje Comercial y Económico Internacional (CIETAC), a Shenzhen. Técnicamente se trataba de un error sobre la lista de los árbitros.

(26) Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, decisión del 20 de septiembre de 2006, Jean-Marc Parienti v. Autoridad de Tránsito y de transporte terrestre (ATTT) y el Estado panameño. Sentencia arbitral del 27 de enero de 2005 rendida por el Centro de Solución de controversias (CESCON) de la CAPAC. Por un comentario del caso, BOUTIN, G. *La anulación del laudo arbitral por desnaturalización de su carácter internacional*. En: *Revista DECITA*. Número 7/8, 2007. pp. 436 - 440.

(27) Según el artículo 1.3 del Tratado sobre el tratamiento y la protección de las inversiones, celebrado entre Francia y Panamá, el 5 de noviembre de 1982, el término “sociedades” designa toda persona jurídica constituida en el territorio de una de las partes contratantes (...) o que sea controlada directamente o indirectamente por los nacionales de una de las Partes contratantes o por personas jurídicas teniendo su domicilio social en el territorio de una de las partes contratantes. Además, el artículo 1.1.b) toma en consideración las acciones y otras formas de participación societaria, aún minoritarias o indirectas en las sociedades incorporadas en el territorio de una parte contratante constituyen “inversiones” según los términos del TBI. A nuestro parecer, esto es suficiente para que el tratado se vea aplicado en el presente caso.

por la Corte Suprema con motivo a que según la Ley panameña, la ATTT era una entidad descentralizada del Estado con una personalidad jurídica propia.

Estos ejemplos muestran la libertad en como se manejan los tribunales estatales para examinar el bien fundado de la demanda de anulación, a la vez que se garantiza que el análisis de la sentencia arbitral sea limitado a una revisión de forma y no de fondo. Para terminar, conviene mencionar que el no respecto de una regla de procedimiento fundada en el principio del debido proceso había sido ya considerada por el Tribunal Irano-americano. En este sentido, dentro del caso *Iran aircraft industries v. AVCO Corp.*, una corte americana había denegado la ejecución de una sentencia rendida por el tribunal irano-americano, con motivo a que éste supuestamente había violado el derecho de una de las partes a presentar las pruebas necesarias para su defensa⁽²⁸⁾; en sentido contrario, el Tribunal Irano-americano (dentro del posterior proceso presentado por la República de Irán), ha considerado que el rechazo emitido por la Corte Americana del Segundo Circuito violaba las obligaciones de los Estados Unidos contenidos en las declaraciones de Alger, las cuales obligan a los Estados partes a asegurar el carácter obligatorio de la sentencia y su posterior ejecución dentro de sus territorios⁽²⁹⁾. Aún más importante que esta constatación nos parece la afirmación del tribunal sobre la rela-

ción de la Convención de New York con este tipo de casos:

“It is difficult for the tribunal to believe that any of its awards could fall within the scope of Article V. In any event, the fact that the mechanism chosen by the United States to enforce this Tribunal’s awards is the New York Convention does not exempt the United States from liability if its courts err by denying enforcement of an award that should, by virtue of the Algiers Declarations, have been enforced (...).”

Al respecto, debemos subrayar que la Convención de New York debe interpretarse como un todo, lo cual comanda la aplicación de las leyes y de las convenciones internacionales que sean más favorables a la ejecución de la sentencia (en virtud del artículo VII de la Convención).

1.3. El exceso de poder

El exceso de poder es un motivo de anulación “multiforme”. En particular, podemos señalar que la Convención de Nueva York hace referencia a la “extralimitación” de las funciones de los árbitros por el hecho en que la sentencia trataría sobre un conflicto no previsto en el compromiso arbitral o no entrado en las disposiciones de la cláusula compromisoria (decisión *extra petita*), o bien, que la sentencia contiene decisiones que sobre-

⁽²⁸⁾ *Iran aircraft industries v. AVCO Corp.* 980, F2d 141 (2d Cir. 1992). XVIII, YBCA, 1993, pp. 596 - 601. Según la Corte: “by so misleading Avo, however unwittingly, the Tribunal denied Avco the opportunity to present [its] claim in a meaningful manner” and accordingly, Avco was “unable to present [its] case within the meaning of Article V(1)(b)”. Para la Corte, la aplicación de las declaraciones de Alger no excluían la aplicación de los medios de defensa conferidos al artículo V de la Convención de New York.

⁽²⁹⁾ Tribunal Irano-americano, *República de Irán v. Estados Unidos*, caso número A27 (586-A27-FT), sentencia del 5 junio de 1998, XXIV. YBCA, 1999. pp. 512 - 521.

pasan los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria (decisión *ultra petita*). Conviene subrayar que la norma no comprende las decisiones *infra petita*, es decir aquéllas en las cuales el tribunal no hubiera resuelto sobre todas las pretensiones de las partes (a causa de una mala interpretación del alcance de su competencia) o no hubiera motivado su decisión con respecto a todas las cuestiones que son sometidas a su competencia. Esto se explica por el hecho en que el tribunal estatal corre el riesgo de sobrepasar su función de juzgar sobre el reconocimiento y la ejecución de las cuestiones sometidas al arbitraje y de entrar a analizar sobre el fondo del litigio para determinar si ciertas cuestiones no han sido tratados por el tribunal arbitral.

En efecto, hay que guardar en la mente que la misión del tribunal estatal es de verificar si los árbitros se han o no conformado a su misión, en función de los temas en donde las partes han criticado su misión, sin apreciar el bien fundado de su decisión en el fondo. La importancia de este motivo de anulación reside en el respeto de la voluntad de las partes, a lo largo de todo el procedimiento arbitral, pero igualmente en relación al campo material sometido al arbitraje y definido concretamente a través de las pretensiones de las partes. Así, toda otra cuestión que vaya más allá de las previstas por las partes, sobrepasaría la competencia de los árbitros y los poderes que le han sido confiados por las partes; lo cual justificaría el rechazo de la sentencia, en todo o en parte.

Al respecto, conviene mencionar que la Convención de Nueva York (artículo V.1.c) permite el reconocimiento parcial de las sentencias en los casos en donde las disposiciones que tratan ciertas cuestiones sometidas al arbitraje pueden ser disociadas de aquéllas que tratan cuestiones que no han sido sometidas al arbitraje. En este sentido, la Corte de apelación italiana, en un caso sobre una entidad estatal de Siria y una sociedad privada italiana, ha determinado que solamente una parte de la sentencia rendida bajo la competencia de la CCI era susceptible de reconocimiento y ejecución, mientras que otra parte debía ser rechazada con motivo a que sería de naturaleza *ultra vel extra compromissum* (más allá o fuera de la sumisión de arbitraje)⁽³⁰⁾.

Sobre la necesidad de que los árbitros se conformen al derecho escogido por las partes para regir el litigio, aún cuando este motivo no se encuentra concretamente especificado como formando parte del “exceso de poder” de los árbitros, la Corte de apelación de Suecia ha tenido la ocasión de afirmar, con propósito al caso CME v. la República Checa, que la ejecución de una sentencia arbitral debe ser rechazada si los árbitros no han aplicado la ley que ellos debieron haber aplicado en virtud del acuerdo de las partes, al tener en cuenta que actuando de esta manera los árbitros habrían “excedido sus poderes”⁽³¹⁾. En la especie, el TBI entre los Países Bajos y la República Checa aplicable al caso, nombraba cuatro fuentes de derecho sin ningún orden de preferencia:

⁽³⁰⁾ Corte di appello, Section of Trento, 14 de enero de 1981, General Organization of Commerce and Industrialization of Cereals of the Arab Republic of Syria (GOCIC) v. Società delle Industrie Meccaniche di Rovereto Spa (SIMER). YBCA. Volumen VIII, 1983. pp. 386 - 388.

⁽³¹⁾ Decisión de la Corte de apelación de Suecia (Svea Court) del 15 de mayo de 2003, República checa v. CME. In 42, *ILM*, 2003. pp. 919 - 971; con una nota introductoria de Th. Wälde. pp. 915 - 918.

la ley en vigor del Estado contratante parte al litigio; las disposiciones del TBI y otros acuerdos en vigor entre las Partes contratantes; las disposiciones de un eventual acuerdo especial teniendo en relación con la inversión; los principios generales del derecho internacional. Al respecto, la Corte de Apelación ha estimado, al contrario de lo alegado por la República Checa, que el tribunal arbitral no había excedido su competencia a causa de la ley aplicable ya que a su parecer, el tribunal arbitral había cumplido la misión dada por las partes, al señalar que en función del TBI, era suficiente “(...) *to clarify whether the arbitral tribunal applied any of the sources of law listed in the choice of law clause or whether the tribunal has not base its decision on any law at all but, rather, judges in accordance with general reasonableness*”.

En el cuadro del Tratado de Libre Comercio Norteamericano (TLCNA), la anulación de la sentencia arbitral rendida a propósito del caso Metalclad había sido demandada en anulación por la República de México con motivo a que el tribu-

nal arbitral habría excedido sus poderes de competencia (artículo V.1.v. de la Convención de Nueva York)⁽³²⁾. En particular, México estimaba que un error no razonable en la interpretación de los hechos dentro de la interpretación del TLCNA, constituía un exceso de competencia capaz de fundar el rechazo de la sentencia. Al respecto, la Corte Suprema de la Columbia Británica, subraya que según ciertas decisiones judiciales precedentes un error no razonable puede constituir un “abuso de autoridad” contrario al orden público. No obstante, la Corte rechaza este motivo al considerar que en la especie un tal error no había sido probado⁽³³⁾. Somos de la opinión que si la Corte se hubiera puesto en la tarea de analizar el fundamento del error de interpretación realizado por el tribunal arbitral, hubiera desnaturalizado el motivo de anulación ya que el rechazo por exceso de poder no permite al tribunal del exequátur de analizar el fondo del litigio sino más bien de constatar simplemente si el tribunal arbitral se ha conformado a resolver sobre las pretensiones de las partes sometidas a su competencia⁽³⁴⁾. En este mismo caso

(32) Metalclad Corp. v. Estados Unidos de México, ICSID Case número ARB(AF) 97/1, Sentencia del 30 de agosto de 2000, *ICSID Rev. – FILJ*, 2001. Volumen 16, número 1. pp. 165 - 202; Estados Unidos de México v. *Metalclad Corp.*, B.C. Sup. Ct., 2 de mayo de 2001, BCSC 622; *Maely's IAR*, mayo 2001. Volumen 16. Número 5. pp. 7 - 11. En la especie, el tribunal arbitral había determinado que el rechazo de otorgar un permiso para la explotación de un sitio de tratamiento de basura era contrario a las disposiciones del TLCNA sobre el tratamiento justo y equitativo y la expropiación indirecta.

(33) México argumentaba que ciertos testimonios habían sido obtenidos por corrupción. Además, conviene de mencionar que la República canadiense así como la Provincia de Québec han puesto demandas delante de la Corte Suprema de la Columbia Británica solicitando la permisión de intervenir. En su memoria escrita, Canadá hace prevalecer que toda interpretación del tratado debe promover los objetivos del mismo, tomados globalmente y dejar a los gobiernos el margen necesario para proteger sus intereses de derecho público. Canadá ha alegado además que según la decisión del tribunal sobre las disposiciones sobre la norma mínima de tratamiento y la exportación del tratado, los gobiernos se obligaban a levantar toda duda o incertidumbre sobre las prescripciones legales aplicables a los inversionistas del TLCNA, lo cual sobrepasaba la obligación prevista por los redactores del tratado.

(34) En este mismo sentido, la Corte de Apelación de Suecia, ha rechazado el motivo presentado por Letonia para oponerse al exequátur solicitado por un inversionista sueco. En la especie, la Letonia argumentaba que la sentencia rendida bajo los auspicios de la Cámara de Comercio de Estocolmo, bajo el fundamento del TBI entre la Suecia y la Letonia de 1992 no podía ser reconocido con motivo a que la operación litigiosa

litigioso, México argumentaba la no conformidad del procedimiento arbitral a lo que había sido acordado por las partes (artículo V.1.d de la Convención de Nueva York) en razón a que el tribunal arbitral no hubiera respondido a todas las cuestiones que le habían sido sometidas, lo cual a su vez hubiera podido afectar el resultado del procedimiento. Y es sobre este motivo que la Corte británica acepta el rechazo de la sentencia pero solo parcialmente con respecto a las faltas que resultarían de una reducción de los daños y perjuicios conferidos a Metalclad Corporation. Una vez más, la jurisprudencia nos da muestras de la utilidad práctica de la Convención de Nueva York en la materia.

1.4. La violación del Orden Público Internacional

Desde que vemos contestar el reconocimiento de una sentencia internacional a causa del orden público internacional, de qué orden público estamos hablando. El primer aspecto a tener en cuenta es el carácter internacional del litigio, que puede diferir del carácter dado por el derecho interno. En este sentido, los tribunales americanos han observado esta distinción en los términos siguientes:

“We conclude that concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties agreement, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context”⁽³⁵⁾.

Dentro de esta misma perspectiva, el Derecho francés distingue entre el orden público “verdaderamente” internacional y el orden público “internacional” de derecho interno (es decir, siguiendo las normas de Derecho privado interno), tal y como ha sido observado por la Corte de Apelaciones de París:

“La violación del orden público interno – a suponer que el sea establecido– no constituye un caso abierto a la apelación de la decisión que acuerda la ejecución en Francia de una sentencia arbitral extranjera, el artículo 1502.5 no prevé que el caso en donde el reconocimiento o la ejecución de esta sentencia son contrarios al orden público internacional”⁽³⁶⁾.

no constituía una inversión en el sentido del tratado y que el tribunal, al decidir de otra manera, había sobrepasado los términos del acuerdo de arbitraje. La corte de apelación ha sin embargo considerado que la sociedad demandante era bien un inversionista en el sentido del TBI y que el litigio en cuestión era previsto por el artículo 7 del tratado que expresaba el consentimiento de arbitraje, a la vez que remarca que la naturaleza de la operación litigiosa no era una cuestión que derivaba de la competencia del juez del exequátur. Sobre el caso, consultar el comunicado de prensa del 8 de enero de 2003, en el sitio del gobierno sueco www.sweden.gov.se; CCS, *Institute Annual Report 2002*. p. 2; o en el sitio del Instituto de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo www.sccinstitute.com.

⁽³⁵⁾ *Mitsubishi motors corporation v. Soler Chrysler- Plymouth Inc.*, 87 L.Ed.2d 444, Yb. CA. Volumen XI, 1986, US número 59. pp. 456 - 566.

⁽³⁶⁾ *Intrafor Coñor v. Gagnant*, París 12 de marzo de 1985. *Rev. Arb.* 1985. pp. 299, comentario de Loquin. De manera similar, en un caso entre la República Árabe de Egipto y la Sociedad Chromalloy Air Services Ltd., la Corte de apelación ha subrayado que la sentencia rendida en Egipto era por definición una sentencia internacional, no integrada a ningún sistema jurídico de ningún Estado, razón por la cual su existencia prevalece a pesar de su anulación en Egipto, y que en consecuencia, su reconocimiento en Francia no era

El orden público internacional capaz de justificar la anulación de una sentencia internacional es a veces catalogado como “realmente internacional” o llamado “orden público transnacional” en el sentido en que éste sería derivado de la comparación entre las exigencias fundamentales de diversos derechos estatales y del derecho internacional público, e incluso del conjunto de la comunidad de Estados. Pero, ¿cuál es el contenido y el alcance de éste Orden? Según la resolución de la Asociación de Derecho Internacional (ADI/ILA - “*International law association*”) sobre el recurso al orden público como motivo de rechazo al reconocimiento o de ejecución de las sentencias arbitrales internacionales, la expresión “orden público internacional” es utilizada para designar:

“El conjunto de principios y de reglas en vigor en un Estado, que por su naturaleza, pueden ser la causa del fracaso del reconocimiento o de la ejecución de la sentencia rendida en el contexto de un arbitraje comercial internacional, desde que el reconocimiento o la ejecución de esta sentencia entrañaría su violación, ya sea en razón del procedimiento al

término de la cual la sentencia ha sido rendida (orden público internacional procesal) o en razón del contenido de la sentencia (orden público internacional relativo al fondo)”.

Según la ADI, los principios y reglas que conforman el orden público internacional comprenden: 1) principios fundamentales relativos a la justicia y a la moral, que el Estado desea proteger, aún cuando no sea directamente afectado; 2) reglas destinadas a servir los intereses políticos, sociales y económicos del Estado, conocidos con el nombre de “*lois de police*” o leyes de orden público o normas de aplicación necesaria; 3) el deber del Estado de respetar sus obligaciones con respecto a otros Estados u organizaciones internacionales. Conviene así de distinguir entre el orden público transnacional o “realmente internacional” previsto al artículo V.2.b) de la Convención de Nueva York, el cual reposa sobre principios generales de derecho internacional del arbitraje, y los límites fijados por los órdenes jurídicos a la arbitrabilidad del litigio, los cuales pueden ser alegados por la parte defensora a título del artículo V.2.a) de dicha Convención.

contrario al orden público internacional. París, 14 de enero de 1997. Rev. Arb. 1997. pp. 395 - 401. Más recientemente, a propósito del caso *Thalès v. Euromissile*, en materia de derecho comunitario de la competencia, la Corte de Apelación de París ha expresado que el recurso a la cláusula de evicción del orden público internacional no es se podía concebir más que dentro de la hipótesis donde la ejecución de la sentencia violaría de manera inaceptable el orden público del foro: “debiendo constituir una violación manifiesta de una regla de derecho considerada como esencial o de un principio fundamental (...) la violación del orden público internacional (...) debe haber sido flagrante, efectiva y concreta”. Cour d'appel de París, 18 de noviembre de 2004, JDI, 2005, p. 349 - 378, nota Mourre; RCDIP, 2006. p. 104, nota Bollée S., JCP éd. E., 2005, número 18. pp. 759 - 760, nota Seraglini. Algunos comentarios adicionales: SERAGLINI (Ch.), *L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation)*; RADICATI DI BROZOLO, L. *L'illicéité qui crève les yeux : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)*. Rev. Arb., 2005. pp. 529 - 560; RADICATI DI BROZOLO, L. *L'insoutenable légèreté de l'ordre public (encore à propos du droit de la concurrence)*, nota sobre la decisión del T. Suizo del 8 de marzo de 2006. En: Rev. Arb., 2006 pp. 763 - 785.

En cuanto a los principios generales aplicables a la materia de la inversión internacional (y además al arbitraje en materia comercial internacional implicando la participación de una entidad estatal), los cuales forman parte del orden público transnacional, podemos citar aquéllos que consagran la imposibilidad para el Estado (o para una entidad estatal) contratante de prevalecerse: de una incapacidad para comprometerse, de una ausencia de poderes especiales para contestar la validez del compromiso de arbitraje, de romper unilateralmente una cláusula de arbitraje transnacional (por ejemplo, a través de una ley retroactiva), de su inmunidad de jurisdicción con el objeto de entrañar la invalidez de la cláusula arbitral, de invocar la soberanía del Estado para justificar la interpretación restrictiva del compromiso de arbitraje, y de manera general, de renegar su compromiso al arbitraje sobre la base de su propia legislación.

Al respecto, podemos citar el caso Gatoil, a propósito del cual la Corte de Apelación de París ha señalado que el orden público internacional prohibía a una entidad iraní (NIOC) de prevalecerse de las “*disposiciones restrictivas de su derecho nacional para sustraerse posteriormente al arbitraje convenido entre las partes*”. Lo contrario hubiera ido contra el principio de autonomía de la cláusula compromisoria, la cual consagra la licitud de la convención de arbitraje, fuera de toda referencia al sistema de conflicto de leyes. En la especie, la sociedad Gatoil de Derecho panameño, objetaba el acuerdo de arbitraje sobre la base de que NIOC no había obtenido la autorización del Parlamento, necesaria para someter-

se al arbitraje, de acuerdo con el artículo 139 de la Constitución de 1979. La Corte de Apelación ha igualmente señalado a éste propósito que Gatoil no podía fundar la constitución de la capacidad y de los poderes de NIOC sobre las disposiciones del derecho iraní, “*cuando al orden público internacional no le interesaba las condiciones fijadas en este campo por el orden interno*”.

Esta decisión ha sido confirmada por otra decisión de la Corte de Apelación de París, en el caso Bec Frères, el cual implicaba un contrato suscrito entre un Ministro de Túnez, una sociedad francesa y una sociedad local (incorporada en Túnez):

“La prohibición para un Estado de comprometerse es limitada a los contratos de derecho interno; esta prohibición no es en consecuencia de orden público internacional; para validar la cláusula compromisoria incluida en el mercado, es suficiente la existencia de un contrato internacional suscrito para los fines y dentro de las condiciones conformes a los usos del comercio internacional”⁽³⁷⁾.

En particular, tomando en cuenta que el arbitraje transnacional opone un Estado a un inversionista extranjero, el principio de buena fe se impone a las obligaciones recíprocas con respecto del Estado receptor de la inversión, dentro de un estándar de lealtad y de garantía de la inversión, así como con respecto al inversionista en la medida en que éste debe conformarse al sistema aplicable dentro de la administración local. Este principio

⁽³⁷⁾ París, 24 de febrero de 1994, *Bec Frères*. *Rev. Arb.* 1995. p. 275. Nota Y. Gaudmet.

de lealtad en materia de inversiones prohíbe en la práctica la corrupción en los negocios internacionales. Por otro lado, desde que somos en presencia de un tratado de inversión, regido en consecuencia por el principio de *pacta sunt servanda*, es lógico que el Estado receptor de la inversión sea llamado a respetar los compromisos convencionales que ha pactado con el Estado de la nacionalidad del inversionista, bajo la premisa que su responsabilidad internacional puede verse afectada si contraviene con dichos compromisos.

En lo que respecta a la *arbitrabilidad* del litigio, hay que tener en cuenta que un Estado con una concepción diferente podría rechazar de reconocer una sentencia rendida en otro Estado donde la materia objeto del arbitraje ha sido perfectamente admitida. Este es precisamente el caso en donde la no *arbitrabilidad* del litigio debe distinguirse de la noción de “orden público”⁽³⁸⁾. Como con respecto al orden público internacional, en materia internacional, la no arbitrabilidad del litigio debería al menos estar restringida a las solas causales que son consagradas como políticas esenciales del Estado en cuestión, lo que hace que una materia no arbitrable según un derecho interno determinado pueda ser susceptible de arbitraje en la esfera internacional transnacio-

nal. En realidad, esto explica que en materia administrativa, los contratos con el Estado no sean susceptibles de arbitraje interno, mientras que en el contencioso relativo a las inversiones internacionales, los contratos de Estado o contratos de inversión pueden ser sometidos regularmente a un arbitraje transnacional⁽³⁹⁾. Una posición contraria tendría por consecuencia un control profundo de la sentencia, incompatible con la prohibición de la revisión en el fondo de la sentencia durante la fase de anulación o del exequátur.

En el cuadro del TLCNA, Canadá había demandado el 8 de febrero de 2001, ante la Corte Federal de Canadá, la anulación de una sentencia parcial emitida el 13 de noviembre de 2000, por un tribunal arbitral en el caso *SD Mayers*, con motivo a que ésta sería contraria al orden público de Canadá⁽⁴⁰⁾. En la especie, Canadá estimaba que el tribunal arbitral había excedido su competencia y que había actuado contra el orden público de Canadá, y solicitaba la suspensión del procedimiento de determinación de daños y perjuicios mientras que se esperaba el examen de la Corte con respecto a la anulación. Al respecto, la Corte nota que la decisión del tribunal arbitral no había obligado a Canadá una modificación de sus leyes sobre el medio ambiente, incluyendo los reglamentos que trataban sobre el

(38) FOUCHARD, Ph. GAILLARD, E. y B. GOLDMAN. *Op. cit.* pp. 1010 y 1011. Sobre la arbitrabilidad como una excepción a la jurisdicción estatal, LEVEL, P. *L'arbitrabilité*. *Rev. Arb.* 1992. pp. 213 - 240.

(39) Sobre la cuestión del arbitraje en materia administrativa, GAUDMET, Y. *L'arbitrage: aspects de droit public. L'état de la question*. En: *Rev. Arb.*, 1992. pp. 241 - 257.

(40) *SD Mayers v. Canadá*, Sentencia del 13 de noviembre de 2000, consultable sobre el sitio www.dfait-maeci.gc.ca. Según el tribunal arbitral, la decisión de interdicción de la exportación de PCB hacia los Estados Unidos de América violaba las disposiciones del capítulo 11 del Alena sobre el tratamiento nacional (1102) y el estándar mínimo de tratamiento (1105). Según esta decisión, Canadá no había violado el capítulo 11 en lo que respecta a la prescripción de resultados (1106) ni a las reglas sobre la expropiación (1110).

control de PBC; y que además, la decisión no atentaba contra la capacidad del Canadá de reglamentar el movimiento y la eliminación segura de los desechos peligrosos, incluyendo aquéllos que contenían PBC⁽⁴¹⁾. Mientras tanto, el tribunal arbitral acuerda una suma por daños y perjuicios a favor de la sociedad Mayers, por medio de una decisión parcial rendida el 21 de octubre de 2002. Subsiguientemente, la Corte Federal de Canadá rechaza la demanda de Canadá el 13 de enero de 2002.

Luego de este breve análisis de la jurisprudencia arbitral, en el contexto del contencioso tanto comercial como en materia de inversiones internacionales, podemos concluir que la cuestión de la intensidad del control de la conformidad de las sentencias arbitrales al orden público internacional es lejos de ser resuelta, en particular a causa de los criterios locales que pudieran llevar al juez de anulación a la anulación de una sentencia arbitral. Esto nos lleva a preguntarnos sobre las ventajas de una posible “armonización” de los motivos de anulación de las sentencias, es decir, tomando en cuenta un criterio internacional por encima de los criterios locales. Esta armonización puede sin embargo parecer poco realista ya que implicaría no solamente una definición internacional de los motivos de

anulación en los países de origen sino también obligación de alinearse sobre tales anulaciones que pesaría sobre los jueces del exequátur (a pesar del artículo VII de la Convención de Nueva York)⁽⁴²⁾.

2. RECONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES DURANTE O DESPUÉS DE UN RECURSO DE ANULACIÓN

Tal y como podemos observar, el control judicial de una sentencia arbitral internacional transnacional, puede ejercerse en dos ángulos: ya sea por medio de un recurso directo de anulación en el país de origen (normalmente el lugar donde la sentencia ha sido rendida o excepcionalmente en el país según la ley del cual la sentencia ha sido rendida); ya sea indirectamente al momento del exequátur, y esto dentro de cada país donde la ejecución forzada de la sentencia ha sido solicitada por la parte que se beneficia de la misma. En los dos casos, hablamos de un control nacional (o estatal); de allí el riesgo de divergencia en la actitud de los jueces de cada Estado, en particular en los casos donde un doble exequátur sea exigido (en el país de origen y luego en el país donde el beneficiario buscaba a hacer ejecutar la sentencia). La Convención de Nueva York de 1958 suprime la exigencia de un

(41) En efecto, la sentencia trataba solamente sobre la Orden temporal dada por Canadá el 20 de noviembre de 1995 y abrogada el 4 de febrero de 1997: decisión sobre la exportación de los desechos que contienen PCB.

(42) Según el artículo VII (1) de la Convención: “Las disposiciones de la presente Convención no atentan la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales concluidos por los Estados contratantes en materia de reconocimiento y de ejecución de las sentencias arbitrales (...)”. Confrontar PAULSSON. *L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL)*. *Op. cit.* pp. 30. El autor sugiere no tener en cuenta de los reenvíos incidentales al derecho local figurando en los alineas a y d del artículo V(1) de la Convención de Nueva York y del artículo 36(1)(a) de la Ley Tipo de la CNUDMI. Así, toda decisión que no sería fundada en una regla material no sería más que una anulación hecha en función de un criterio local, y por lo tanto susceptible de tener un efecto limitado al país en donde la anulación ha sido pronunciada.

doble exequátur, pero mantiene sin embargo la posibilidad de que una anulación en el país de origen sea la causa del rechazo de su ejecución en otro país⁽⁴³⁾. ¿Cómo se explica esto? Al parecer, los autores de la Convención de Nueva York han querido dejar cierta libertad a los Estados contratantes en la interpretación y la aplicación de los objetivos reconocidos por la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras, lo que explica en realidad su éxito (más de 140 Estados contratantes del mundo entero); la uniformidad de las normas siendo al contrario poco realista a la época⁽⁴⁴⁾.

Es así que los diferentes tribunales estatales se han puesto en la tarea de interpretar el alcance de la anulación de una sentencia arbitral al momento de la demanda de exequátur. Al respecto, convie-

ne de recordar que según el artículo VI de la Convención de Nueva York, el juez del exequátur es en plena libertad de decidir sobre la conveniencia o no de suspender su decisión sobre la ejecución de la sentencia cuando su anulación haya sido solicitada ante la autoridad competente del país en cual ella ha sido dictada, o de acuerdo a la ley de la cual ha sido rendida. Si analizamos esta norma, esto quiere decir que una sentencia arbitral puede, en ciertos casos, ser ejecutada no obstante el carácter suspensivo del recurso ejercido contra ella. En la práctica, quiere decir también que el otorgamiento del exequátur y la ejecución provisional de la sentencia puede afectar el carácter suspensivo de un recurso en anulación y permitir una solución eficaz contra un recurso dilatorio ejercido por la parte contra la cual se ha dictado la sentencia⁽⁴⁵⁾.

(43) Confrontar artículos V.1e) y VII de la Convención de Nueva York de 1958. Sobre la no exigencia de un doble exequátur, la Corte de Apelación de Bélgica ha confirmado una orden de exequátur de una sentencia arbitral rendida en Amman, la cual había condenado la Compañía inter-árabe de garantía de las inversiones, y a la cual ésta se oponía al invocar la falta de autoridad de la sentencia en Jordania. Al respecto, la Corte de Apelación ha subrayado que la exigencia de una homologación de la sentencia no parecía abarcar más que la ejecución de la sentencia en Jordania; además, que el carácter obligatorio de la sentencia no era más determinado por la ley de la Jordania, puesto que la sentencia era definitiva y obligatoria para las partes inmediatamente luego que ella ha sido rendido, con lo cual la sentencia no puede ser el objeto de una apelación o revisión. Juzgamiento de un tribunal de primera instancia de Bélgica, Cámara 15, 25 de enero de 1996, *Compañía inter-árabe de garantía de las inversiones v. Banco Árabe e Internacional de las Inversiones*.

(44) Sobre el conjunto de la cuestión, BOISSESON M. *Enforcement in action: Harmonization versus Unification*. In: *Improving the efficiency of Arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. Kluwer law international, 1999. pp. 593 - 598.

(45) Esta posibilidad ha sido reconocida tanto por la jurisprudencia francesa como por la jurisprudencia americana: CANN, F. *United States: 2003 decisions under the New York Convention: conflicting Post-Award enforcement litigation in national courts*. IALR, número 5, 2004. pp. 145 - 149; ORTSCHIEDT, J. *L'octroi et l'arrêt de l'exécution provisoire des sentences arbitrales en France*. En: *Rev. Arb.*, 2004. pp. 9 - 46; PINSOLLE, Ph. *L'exécution provisoire des sentences rendues en matière internationale en dépit d'un recours en annulations*, *Gazette du Palais, Recueil mai-juin 2004*, mercredi 19, jeudi 20 mai 2004. pp. 1585 - 1591. Sobre la posibilidad de reconocer una sentencia luego de haber sido anulada en su país de origen: FOUCHARD, Ph. *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*. En: *Rev. Arb.*, 1997. pp. 327 - 352; GAILLARD. *L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine*. *JDI*, 1998. pp. 645 - 674; GAILLARD. *Enforcement of awards set aside in the Country of origin: the French experience*. In: *Improving the efficiency of Arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. Kluwer law international, 1999. pp. 505 - 527; PAULSSON. *L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL)*, *Bull CCI*, mai 1998. pp. 14-33; RIVKIN. *The enforcement of awards nullified in the Country of origin: the American experience*. In: *Improving the efficiency of Arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. Kluwer

Por otro lado, el artículo VII de la Convención afirma expresamente que la parte interesada puede prevalecerse de una sentencia arbitral de la manera y en la medida en que la legislación o los tratados del país donde la sentencia es invocada lo permite. Al respecto, cabe mencionar que la Convención de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional aporta un límite al rechazo de las sentencias arbitrales que han sido suspendidas o bien anuladas en el Estado de origen. Se trata de limitar el efecto internacional de anulación a los motivos de procedimiento y substanciales contenidos en la Convención de Nueva York y que deben ser probados por la parte que los invoca (no validez de la Convención, contravención de una regla de procedimiento, exceso de poder), sin tomar en cuenta los motivos *ex officio* ejercidos por la autoridad competente sobre la *inabitabilidad* del litigio según su propia ley, o por la contrariedad al orden público internacional. Esta limitación es muy lógica en la medida donde esos motivos no requieren la prueba de una falta del tribunal arbitral a sus

deberes con respecto a una buena administración de justicia en los negocios transnacionales, mas al contrario, ellos responden a simples concepciones nacionales que pueden no coincidir con las concepciones del juez del exequátur.

Sobre la posibilidad de acordar el exequátur a una sentencia arbitral considerada como inexistente en el país de origen en aplicación del artículo V.1e) de la Convención de Nueva York, podemos citar que en el caso *SEEE v. la República Yugoslava*, la Corte Suprema de los Países Bajos ha estimado que esta norma no impone al juez del exequátur de buscar la conformidad de la sentencia rendida en Suiza con la Ley suiza. En la especie, la sentencia había juzgada contraria al orden jurídico suizo por el Tribunal del Cantón de Vaud, y por el Tribunal Federal suizo⁽⁴⁶⁾. En ese mismo sentido, la Corte de Casación francesa, en el caso *Norsolor*, ha decidido sobre la casación de la sentencia rendida por la Corte de Apelación de París, afirmando que el juez no podía rechazar el exequátur desde que el Derecho nacional lo autoriza⁽⁴⁷⁾. En la espe-

Law International, 1999. pp. 528-543. Confrontar al contrario la posición del Derecho alemán, según la cual la sentencia anulada en su país de origen no posee la base legal para ser reconocida: SACHS. *The enforcement of award nullified in the country of origin: the German perspective*. In: *Improving the efficiency of Arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. Kluwer law international, 1999. pp. 552 - 556.

(46) Sociedad Europea de Estudios y de Empresas (SEEE) v. la República Yugoslava. Corte Suprema de los Países Bajos, decisión del 26 de octubre de 1973. En: *Rev. Arb.* 2da edición, 1974. p. 311, nota BATIFFOL, H. Las decisiones del Tribunal cantonal de Vaud del 12 de febrero de 1957 y del Tribunal Federal Suizo del 18 de septiembre de 1957, p. 358, nota Aubert. Conviene de precisar que el Tribunal Cantonal se había declarado incompetente para conocer del recurso en nulidad formado contra la sentencia arbitral, es decir que en principio ella no se pronuncia su nulidad, teniendo en cuenta que la decisión tomada por el tribunal no corresponde a una sentencia arbitral a los términos de la ley suiza. A propósito de este mismo caso, la Corte de apelación de Rouen, estima que el Estado no podía invocar la inmunidad de jurisdicción ni para criticar a los árbitros de haber decidido ni para rechazar la competencia del juez del exequátur, y ha considerado que los árbitros podían hacer aplicación pura y simple del tratado.

(47) *Société Pabalk Ticaret Sirketi v. Société Norsolor*, Corte de Casación, 1era Cámara, 9 de octubre de 1984. En: *Rev. Arb.* 1985. p. 431, nota Goldman; *JDI*, 1985. p. 679. Para un comentario de la decisión rendida por la Corte de apelación de París, el 19 de noviembre de 1982, GOLDMAN. *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria: l'affaire Norsolor*. In: *Rev. Arb.*, 1983. pp. 379 - 409. El autor distingue claramente entre la

cie, la sentencia arbitral había sido rendida en Austria bajo el fundamento de la *lex mercatoria* internacional, y había sido parcialmente anulada por la Corte de Apelación de Viena el 29 de enero de 1982, con motivo a que el tribunal arbitral había sobrepasado los límites de su misión al no determinar el Derecho nacional aplicable al fondo del litigio “según la regla de conflicto que le parece la más apropiada”⁽⁴⁸⁾. Es en vista de esta anulación que la Corte de Apelación de París había retirado la orden de exequátur anteriormente ordenada y mantenida por el Tribunal de Grande Instance de París; decisión que finalmente fue casada por la Corte de Casación⁽⁴⁹⁾.

En esta misma óptica favorable al reconocimiento y a la ejecución de sentencias arbitrales, la Corte de Apelación de París confirma la orden de exequátur dada por el Presidente del Tribunal de Grande Instance de París, a la demanda

de la sociedad OTV en el caso *Hilmarton v. OTV*; a pesar del hecho que la Corte de Justicia del Cantón de Ginebra, y luego el Tribunal Federal suizo, habían anulado la sentencia rendida en Suiza el 19 de agosto de 1988, estimando que la violación del orden público de Alger no chocaba con las buenas costumbres según el Derecho suizo⁽⁵⁰⁾. En efecto, la Corte de Apelación de París, ha estimado que la anulación rendida en Suiza por las jurisdicciones de ese país no constituían un motivo para rechazar su exequátur, y ha afirmado que las disposiciones del artículo V.1.e) de la Convención de Nueva York no deberían tomarse en cuenta desde que el derecho del país donde la ejecución de la sentencia es solicitada permite esta ejecución. Posteriormente, el procedimiento de arbitraje fue retomado en Suiza, a la iniciativa de *Hilmarton*, y la nueva sentencia rendida conforme a las decisiones judiciales suizas ha condenado esta vez a la sociedad OTV al pago de los honorarios

lex mercatoria, (conjunto de reglas de derecho) y la equidad, ésta última siendo “el justo equilibrio de los resultados que la actividad humana puede producir, al mismo tiempo que la aspiración hacia este equilibrio y la búsqueda del mismo”.

- (48) El tribunal arbitral de la CCI se refería en realidad a la *lex mercatoria* internacional. Sentencia CCI número 3131. En: *Rev. Arb.* 1983. pp. 525-531. El caso de la Corte de apelación de Viena reformaba la decisión del Tribunal de comercio de Viena que había declarado la sentencia válida. Esta decisión fue censurada por la Corte Suprema de Austria, *Norsolor c. Pabalk*, Tribunal del Comercio de Viena, decisión del 29 de junio de 1981; Corte de Apelación de Viena, decisión del 29 de enero de 1982; Corte Suprema de Austria, Decisión del 18 de noviembre de 1982. In: *Rev. Arb.* 1983. pp. 513.
- (49) Tribunal de Grande Instance de París, decisión del 4 de marzo de 1981; Corte de Apelación de París, 19 de noviembre de 1982. En: *Rev. Arb.* 1983. p. 513.
- (50) El caso trataba el pago de una comisión acordada por una sociedad francesa (OTV) en vista de obtener un mercado público en Alger y según esta sentencia, el contrato traspasaba la Ley de Alger que prevenía la interdicción de todo tráfico de influencia y en consecuencia, el orden público internacional de Alger. Según el Tribunal Federal suizo, la Corte Cantonal ha tenido razón de considerar que la violación probada del derecho de Alger no sería en ningún caso una violación de las buenas costumbres según el Derecho suizo; por el contrario, la sentencia arbitral, fundada sobre la consideración opuesta, aparecía “manifiestamente insostenible, en la medida donde ella viola la evidencia del derecho suizo”. Sentencia CCI número 5622 rendida a Ginebra el 19 de agosto de 1988. En: *Rev. Arb.*, 1993. pp. 327 - 341; Corte de justicia del Cantón de Ginebra, decisión del 17 de noviembre de 1989 y el Tribunal Federal suizo, decisión del 17 de abril de 1990. *Rev. Arb.* En: 1993. pp. 315 - 325; Corte de Apelación de París, decisión del 19 de diciembre de 1991. En: *Rev. Arb.*, 1993. pp. 300 - 302. Por algunos comentarios del caso: GHARAVI, H. *A nightmare called Hilmarton*. *Mealey's IAR*. Volume 12. Número 9, September 1997. pp. 20 - 24; POUURET, J-F. *Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton*. In: *Rev. Arb.* 1998. pp. 7 - 23.

contractuales reclamados. Luego de esta decisión, es entonces la sociedad Hilmarton quien solicita y obtiene el exequátur de la sentencia ante el Presidente del Tribunal de Grande Instance de Nanterre. No obstante, la Corte de Casación francesa, por decisión del 23 de marzo de 1994, rechaza la demanda de Hilmarton al estimar que OTV podía prevalecerse de las reglas francesas de Derecho común sobre el exequátur y que en la especie, la sentencia rendida en Suiza era una sentencia internacional de suerte que “*su existencia permanecía establecida a pesar de su anulación y que su reconocimiento no era contrario al orden público internacional*”⁽⁵¹⁾.

La decisión de la Corte de Casación es criticable en el sentido en que tanto la segunda sentencia arbitral como la posterior decisión del Tribunal Federal suizo contradicen lo que había sido decidido anteriormente por el primer tribunal arbitral; no obstante, no debemos olvidar que la primera sentencia rendida en Suiza poseía ya la autoridad de la cosa juzgada en Francia (puesto que el exequátur de esta sentencia había sido reconocida por los tribunales franceses), y que su reconocimiento se oponía al exequátur en Francia de la segunda sentencia. Eso es precisamente lo que ha afirmado la Corte de Casación francesa mediante una decisión del 10 de junio de 1997, al casar sin reenvío

las dos decisiones rendidas por la Corte de Versailles, las cuales habían confirmado el exequátur en Francia de la segunda sentencia arbitral y de la decisión del Tribunal Federal suizo, al juzgar que el orden público internacional francés no se oponía al reconocimiento en Francia de las dos decisiones ulteriores. Contrariamente a esas decisiones, la Corte de Casación ha remarcado que “*la existencia de una decisión francesa irrevocable sobre el mismo objeto entre las mismas partes hace obstáculo a todo reconocimiento en Francia de una decisión judicial o arbitral rendida al extranjero que sea incompatible con ella*”⁽⁵²⁾. Una solución contraria, a pesar del buen fundamento que pueda tener la demanda presentada por la sociedad Hilmarton, hubiera permitido tener dos decisiones contradictorias en un mismo sistema jurídico, lo que sería contrario al orden público del país del exequátur.

En los Estados Unidos, la decisión rendida por la Corte de Distrito del Distrito de Columbia, en el caso *Chromalloy Aeroservices v. la República Árabe de Egipto*, ha atraído igualmente la atención de la doctrina internacional con respecto a la eficacia de las sentencias arbitrales internacionales que han sido anuladas en los países de origen y la reafirmación del carácter opcional que caracteriza el rechazo del exequátur⁽⁵³⁾. En la especie, la Corte

(51) Corte de Casación Francesa, 1era Cámara Civil, 23 de marzo de 1994. En: *Rev. Arb.* 1994. p. 327, nota Jarroson; *JDI*, 1994. p. 701, nota Gaillard; *RCDIP*, 1995. p. 356, nota Oppetit.

(52) Corte de Apelación de Versailles, decisiones del 29 de junio de 1995. En: *Rev. Arb.* 1995. p. 638, nota Jarroson; *JDI*, 1996. p. 120, nota Gaillard; Corte de casación, decisión del 10 de junio de 1997, *OTV c. Sociedad Hilmarton*. *Rev. Arb.*, 1997. p. 376 - 379, nota Fouchard.

(53) Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia, decisión del 31 de julio de 1996 (939 F. Supp. 907, D.D.C. 1996). En: *Rev. Arb.*, 1997. pp. 439 - 450. Para algunos comentarios del caso: HULBERT, R. *Further observations on Chromalloy a contract misconstrued, a law misapplied and an opportunity foregone*. *ICSID Rev. -FILJ*, volumen 13, número 1, 1998. pp. 124 - 149; PAULSSON, J. *Rediscovering the New York Convention: further reflections on Chromalloy*. *Mealey's IAR*, abril 1997. Volumen 12.

de Apelación del Cairo, por medio de una decisión del 5 de diciembre de 1995, decide de anular la sentencia arbitral que había sido rendida en Egipto a propósito de la rescisión contractual ejercida por la República Árabe de Egipto, de un contrato de dotación militar establecido con la sociedad americana Chromalloy⁽⁵⁴⁾. No obstante, el tribunal americano, fundándose en el artículo VII de la Convención de Nueva York, ha estimado que el orden público americano imponía el respeto de las convenciones de arbitraje y que el juez del exequátur no podía rechazar una sentencia que hubiera cometido “en el peor de los casos”, un error de derecho, no susceptible al control de la parte del juez americano del exequátur⁽⁵⁵⁾. En ese mismo sentido, la Corte de Apelación de París ha igualmente declarado ejecutable en Francia la sentencia arbitral rendida en Egipto, a la vez que ha afirmado que una ausencia o contradicción de motivos pue-

de eventualmente justificar el rechazo del exequátur⁽⁵⁶⁾. Esas decisiones judiciales sobre el exequátur de la sentencia Chromalloy han sido aprobadas por la doctrina, en razón a que ellas son en todo caso favorables al reconocimiento de las sentencias arbitrales internacionales en el cuadro de la Convención de Nueva York, aún cuando dejan sin efecto de *res judicata* internacional, las decisiones judiciales que hubieran podido anular la sentencia en el país de origen, desde que esas decisiones han sido tomadas sobre la base del derecho interno de ese país⁽⁵⁷⁾.

La jurisprudencia americana ha sido confirmada por una decisión de la Corte de Apelación del Quinto Circuito de los Estados Unidos, rendida en 2003 en el caso *Karaha Bodas Co. (KBC) v. Pertamina*, por medio de la cual la Corte describe el alcance de la Convención de Nueva York y la posibilidad de tener múltiples proce-

Número 9. pp. 20 - 24; SAMPLINER, G. *Enforcement of nullified foreign arbitral awards – Chromalloy revisited*. *JIA*. Número 3, 1997. pp. 141 - 165; SCHWARTZ, E. *A commentary on Chromalloy: Himaltron à l'américaine*, *JIA*. Número 2, 1997. pp. 125 - 135.

- (54) Sentencia rendida en Egipto el 24 de agosto de 1994; Corte de Apelación del Cairo, decisión del 5 de diciembre de 1995. La Corte de Apelación se ha fundado en el artículo 53.1d) de la Ley de Egipto número 24 del 21 de abril de 1994, según el cual la acción de anulación es admisible si la sentencia arbitral a rechazado la aplicación de la ley convenida por las partes al fondo del litigio, para anular la sentencia. En la especie, el tribunal arbitral habría aplicado por error el Derecho Civil de Egipto en lugar del Derecho Administrativo de Egipto. En: *Rev. Arb.* 1994. pp. 665 y 763.
- (55) El tribunal subraya al respecto que la jurisprudencia americana no condena más que un desconocimiento “manifiesto” de la ley. Según la jurisprudencia americana, un desconocimiento manifiesto de la ley puede ser constatado si los árbitros han comprendido y enunciado correctamente la ley pero han decidido ignorarla. Confrontar *First Options of Chicago v. Kaplan*, Anuario de las Decisiones de la Corte Suprema Americana, Volumen 115, 1995. pp. 1920 - 1923; *Kanuth v. Prescott, Ball et Turbe, Inc.*, Anuario Federal, 2da serie, Volumen 949, 1991. pp. 1175 - 1179; Corte de Apelación de Circuito del Distrito de Columbia.
- (56) París, decisión del 14 de enero de 1997, *República Árabe de Egipto v. Sociedad Chromalloy Aeroservices*. En: *Rev. Arb.*, 1997. pp. 395 - 401, nota Fouchard. En la especie, se ha considerado que los motivos alegados no estaban fundados (en particular la ausencia o contrariedad de motivos), al estimarse que los árbitros no se habían contradicho al decidir que ellos podían decidir el litigio sin calificar el contrato (es decir, al determinar si el contrato tenía un carácter civil o comercial o al contrario, un carácter administrativo), y luego resolver las dificultades jurídicas por medio de la referencia a las disposiciones contractuales y a las reglas de Derecho Civil de Egipto que en toda hipótesis eran las solas a poderse aplicar.
- (57) Confrontar Los reportes de GAILLARD y de RIVKIN, así que los comentarios de EL-KOSHERI y ROGERS. *Improving the efficiency of Arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. Kluwer law international, 1999. pp. 505 - 551.

dimientos en los diferentes países miembros, teniendo resultados a veces contradictorias sobre una misma base legal:

“When the Convention was drafted, one of its main purposes was to facilitate the enforcement of arbitration awards by enabling parties to enforce them in third countries without first having to obtain either confirmation of such awards or leave to enforce them from a court in the country of the arbitral site. Under the Convention, a court maintains the discretion to enforce an arbitral award even when nullification proceedings are occurring in the country where the award was rendered. Furthermore, an American court and courts of other countries have enforced awards, or permitted their enforcement, despite prior annulment in courts of primary jurisdiction⁽⁵⁸⁾”.

El caso trataba de un contrato entre la Sociedad de Islas Caimán (KBC), controlada por un grupo de sociedades americanas, y por la empresa estatal de Indonesia (Pertamina), el cual implicaba el desarrollo de un proyecto eléctrico en Indonesia por un billón de dólares americanos; el cual se vio afectado por la crisis asiática de 1997. Gracias al hecho que el contrato contenía una cláusula de arbitra-

je regida por el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, KBC ha obtenido una sentencia arbitral en Suiza en diciembre del 2000 y ha enseguida buscado a ejecutarla tanto en los Estados Unidos, como en Hong Kong, Canadá y Singapur⁽⁵⁹⁾.

En los Estados Unidos, la Corte de Distrito del este de Texas (Houston) había acordado la fuerza ejecutoria de la sentencia por medio de una decisión de diciembre 2001; esta decisión fue apelada por Pertamina al mismo tiempo que solicita la anulación de la sentencia ante la Corte del Distrito Central de Yakarta⁽⁶⁰⁾. Es a propósito de esta apelación que la Corte de apelación del Quinto Circuito decide que la decisión de anulación de Indonesia no afectaba la competencia de los tribunales americanos para ejecutar la sentencia:

“Although Indonesia has already purported to annul the Award, such annulment in no way affects the authority of the district court (or this court) to enforce the Award in the United States – which is, after all, the principal task of a U.S. court under the Convention. And, the award can be enforced here with or without the district court’s injunction against Pertamina. Similarly, other enforcement jurisdictions will be forced indepen-

(58) Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, 335, F3d 357 (5th Cir. 2003. www.ca5.uscourts.gov.

(59) Más allá de las decisiones de los tribunales americanos, podemos citar que la High Court de Hong Kong (Región Administrativa especial de primera instancia) ha acordado el exequátur a Hong Kong en marzo de 2003.

(60) Esta demanda de anulación ha sido acompañada de una demanda de inducción contra la sociedad KBC, a fin de prohibirle que continúe el proceso de ejecución de la sentencia arbitral, en particular en los Estados Unidos. Esta *“anti-suit injunction”* ha sido seguido por una Orden de la Corte de Distrito de Texas (*“anti-anti-suit injunction”*) en contra de *Pertamina* a propósito del procedimiento que ésta había comenzado en Indonesia.

dently to weigh the Indonesian annulment with or without awareness of a U.S. court's injunction”.

Más recientemente, la Corte del Distrito de Columbia (U.S. District Court), ha retomado el estándar del orden público establecido por la decisión Chromalloy, pero esta vez para reconocer la anulación extranjera de una sentencia arbitral⁽⁶¹⁾. Se trata en la especie de un caso (TermoRio v. Electrificadora del Atlántico), que mete en causa un litigio entre dos partes colombianas, sobre un contrato de servicios debiendo ser proporcionados en Colombia, y por lo tanto (al menos en principio), “una decisión arbitral colombiana” y un “procedimiento judicial colombiano”⁽⁶²⁾. Concretamente, había dos sociedades demandantes: una, TermoRio, era una sociedad pública colombiana (domiciliada en Barranquilla), la otra, Lease Co. Group LLC, era una sociedad de Oregon, donde su domicilio estaba en Portland. En cuanto a la parte defensora, se trataba de la República Colombiana y de la Sociedad Electrificadora del Atlántico S. A. (Electranta), detenida al 87% por el Estado, con la misión de proveer servicios de electricidad a la ciudad de Barranquilla y sus alrededores. La sociedad TermoRio, era detenida al 99% por la sociedad americana Lease Co., quien había invertido 7 millones de dólares americanos en la construcción de una central

eléctrica y había pasado un contrato con Electranta según el cual ésta última se obligaba a comprar la electricidad fabricada por TermoRio.

A partir de un proyecto de venta de los activos de todas las empresas estatales sobre la costa atlántica, incluyendo los activos de Electranta, a partes privadas, Colombia ha creado una nueva sociedad (Electrocaribe) destinada a recibir y a detener los activos y las obligaciones de Electranta pero sin transferir las obligaciones que ella tenía en virtud del contrato de compra de la electricidad fabricada por TermoRio. En consecuencia, Electranta había violado su obligación contractual y según las partes demandantes, esta violación tenía un efecto directo en los Estados Unidos, afectando tanto la comercialización extensiva de los activos (de Electrocaribe) en los Estados Unidos como el precio de esos activos, lo cual había obligado a los compradores americanos a adquirir una parte substancial de esos activos, y hecho desaparecer toda obligación para Electrocaribe de conformarse al contrato. Es en virtud de la constatación de esta violación, que un tribunal arbitral, en aplicación las reglas de procedimiento de la CCI, ha condenado Electranta a pagar a TermoRio la suma de 60.3 millones de Dólares americanos. Ni la República de Colombia ni la sociedad Electranta han ejecutado la sentencia arbitral; más al

⁽⁶¹⁾ Confrontar el caso Baker Mine (una sociedad en Nigeria), a propósito del cual el Segundo Circuito ha hecho una distinción con el caso Chromalloy para rechazar el reconocimiento de una sentencia arbitral anulada por la Corte Federal de Nigeria (2do Circuito, Baker Mine v. Chevron, 191 F3d, 194, 1999); y Spier v. Calzaturificio técnica, en el cual las jurisdicciones italianas han considerado que los árbitros habían sobrepasado sus poderes al rendir una sentencia sobre la base de un acuerdo que no había sido previsto por todas las partes. En este último caso, el tribunal del Southern District ha concluido que el demandante no daba ninguna razón adecuada para rechazar el reconocimiento de las decisiones de las jurisdicciones italianas. (S.D.N.Y., Spier v. Calzaturificio tecnica S.p.A. 71 F. Supp. 2d, 279, 1999).

⁽⁶²⁾ U.S. District Court, District of Columbia, Termo Rio v. Electrificadora del Atlántico, decisión del 17 de marzo del 2006. En: *Rev. Arb.* Número 3, 2006. pp. 787 - 804, con nota de Jan Paulsson.

contrario, han buscado anular la sentencia en Colombia. Es así que finalmente, el Consejo de Estado colombiano anula la sentencia al afirmar que el arbitraje debía ser regido por la Ley colombiana y que ésta, a la fecha del contrato, no permitía expresamente la utilización de las reglas de procedimiento de la CCI en el arbitraje. Las sociedades demandantes por su parte, han buscado a ejecutar la sentencia arbitral en los Estados Unidos, en virtud de los acuerdos firmados entre Colombia y los Estados Unidos sobre la ejecución de las sentencias arbitrales⁽⁶³⁾. Según el tribunal americano, él no poseía competencia material para juzgar de la demanda de inejecución contractual formada por las demandantes en aplicación de la ley sobre la inmunidad de los Estados extranjeros. Así, aún cuando él consideraba que tenía la competencia material para pronunciarse sobre la pretensión que correspondía la ejecución de la sentencia arbitral, ha decidido de rechazar dicha ejecución por defecto de fundamento, tomando en cuenta que los tribunales colombianos habían anulado la sentencia.

La decisión del tribunal americano rendida en el caso *TermoRio* es criticable si tomamos en cuenta que el juez del

exequátur debe reconocer la anulación extranjera solamente si ella responde a las disposiciones materiales del artículo V de la Convención de Nueva York y que son internacionalmente reconocidas. Al respecto, Jan Paulsson ha subrayado, a justo título, que el hecho que el Reglamento de la CCI no sea explícitamente previsto por la legislación sobre el arbitraje en el país donde la sentencia es rendida, en la especie, la República colombiana, no significa que éste sea un criterio material conforme a la Convención de Nueva York⁽⁶⁴⁾.

La concepción americana en materia de reconocimiento de sentencias arbitrales parece sin embargo limitar el rechazo de una decisión extranjera al sólo motivo que esta haya sido contraria al orden público americano, es decir, “a la incompatibilidad con las nociones fundamentales de honestidad y de justicia en el Estado o la ejecución es buscada”⁽⁶⁵⁾. No obstante, esta concepción presenta el problema de no distinguir entre el reconocimiento de una sentencia arbitral y una decisión que la anula; en sentido contrario, la concepción francesa no hubiera considerado una decisión que anula una sentencia arbitral por motivos que normalmente

(63) Convención interamericana de arbitraje sobre el arbitraje comercial internacional llamada “Convención de Panamá” de 1975, y Convención de Nueva York de 1958.

(64) Comentarios de la sentencia publicada en *Rev. Arb.* Número 3, 2006. pp. 796 - 804, p. 803. Contra la opinión de Albert Jan van den Berg según la cual una decisión anulada en su país de origen no debería ser reconocida a fin de evitar decisiones contradictorias. Según este autor, la tesis de Jan Paulsson pudiera ser catalogada como de “viejo vino metido dentro de barril nuevo”, con la idea de que lo propone no sería más que la introducción del sistema europeo sobre el arbitraje comercial internacional de 1961 en la Convención de Nueva York. VAN DEN BERG, A.J. *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a uniform judicial interpretation*. Kluwer, 1981. p. 355; VAN DEN BERG, A.J. *Annulment of awards in international arbitration*. In: *International arbitration in the 21st. century: towards “judicialization” and uniformity?* Ed. LILICH y BROWER. Transnational publishers, 1994. pp. 133-162; VAN DEN BERG, A.J. *L'exécution d'une sentence arbitrale en dépit de son annulation?* *Bull CCI*, noviembre 1998. pp. 15 - 21, p. 20.

(65) D.C. Cir., *Tahan v. Hodgson*, 662 F.2d, 862 - 864, 1981, citando el Restatement (*The Second*), sobre el conflicto de leyes (DIP), §117, comentario C, 1971.

no hubieran justificado tal anulación⁽⁶⁶⁾. En efecto, la jurisprudencia francesa (ilustrada en particular por las decisiones Norsolor, Hilmarton y Chromalloy, ya citadas) no ha jamás desmentido la solución que consiste a reconocer una sentencia arbitral que satisface a las exigencias de los artículos 1502 y 1504 del NCPC sin tener en cuenta la suerte que le ha sido reservada o que le puede ser reservada en el país en que se ha dictado la sentencia⁽⁶⁷⁾. Esta normativa corresponde a la corriente mayoritaria según la cual el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales es posible a pesar de una anulación precedente de la sentencia en el Estado de

origen, estimando que la ley del lugar del arbitraje no es la sola fuente de la validez de la sentencia; sino que al contrario, la ley del lugar de la ejecución tiene un título aún más fuerte para determinar si la sentencia debe ser reconocida o ejecutada en su territorio⁽⁶⁸⁾.

La ejecución de las sentencias arbitrales durante o después de un proceso en anulación, en calidad de derecho acordado a la parte que ha beneficiado de una decisión arbitral favorable, de obtener su ejecución a pesar del efecto suspensivo ligado al recurso, no es una posibilidad reservada al sistema de la Convención de Nueva York⁽⁶⁹⁾. En el cuadro del CIADI,

⁽⁶⁶⁾ La Corte de Casación francesa ha recientemente vuelto a notar que verificar la competencia indirecta de un juez extranjero en una confrontación de la posición adoptada por éste a la que se requiere en el orden jurídico francés, no tiene sentido si no es que en ciertos casos juzgados inaceptables por el orden jurídico francés, lo que justifica que el juez del exequátur rechace la competencia del juez extranjero ha al contrario admitido. Cass. 1ero de febrero de 2007, Cornelissen v. Avianca Inc. JCP E., 2007. Número 1342; *D.*, 2007. p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée.

⁽⁶⁷⁾ Conviene referiremos igualmente a las decisiones rendidas por la Corte de Apelación de París del 10 de junio de 2004 en el caso *Société Barges Agro Industrie v. Young Pecan company*. En: *Rev. Arb.* 2004. p. 733; y del 29 de septiembre de 2005 en el caso *Bechtel v. Direction générale de l'aviation civile de l'Emirat de Dubaï*. En: *Rev. Arb.*, 2006, p. 695, nota de H. Muir Watt; *RCDIP*, 2006, nota A. Szekely. En esas decisiones, la Corte de Apelación afirma una vez más que una sentencia arbitral pronunciada en el caso de un arbitraje internacional donde son en causa los intereses del comercio internacional, no es integrada en el orden jurídico del Estado donde el arbitraje se ha desarrollado (Estado de origen) y en consecuencia, "su eventual anulación por el juez del lugar de origen no atenta a su existencia impidiendo su reconocimiento y ejecución en otros órdenes jurídicos nacionales". Más recientemente, la Corte de Casación francesa ha rechazado la demanda en casación introducida contra la decisión rendida por la Corte de Apelación de París el 31 de marzo de 2005 en el caso *Putrabali*, y que había confirmado la orden de exequátur rendida el 30 de septiembre de 2003 por el Presidente del tribunal de grande instancia de París. La alta Corte francesa a en efecto dicho que "la sentencia internacional, no estando atada a ningún orden jurídico estatal, es una decisión de justicia internacional donde la regularidad es examinada teniendo en cuenta las reglas aplicables en el país donde el reconocimiento y ejecución son demandadas; y que en aplicación de la Convención de Nueva York del 10 de enero de 1958, la sociedad *Rena Holding* era admisible a presentar en Francia la sentencia rendida en Londres el 10 de abril de 2001, en conformidad a la convención de arbitraje y al reglamento de la IGPA, y fundada a prevalecerse de las disposiciones del Derecho francés del arbitraje internacional, que no prevé la anulación de la sentencia en el país de origen como causa de rechazo del reconocimiento y de la ejecución de la sentencia rendida al extranjero" (nuestra traducción). *Société PT Putrabali Adymulia v. SA Rena Holding*, Corte de casación, Primera Cámara Civil, decisión número 1021 del 29 de junio 2007, consultable en el site www.courdecassation.fr; Corte de Apelación de París, decisión del 31 de marzo de 2005. En: *Rev. Arb.* Número 3, 2006. pp. 665 - 672, con nota de E. Gaillard.

⁽⁶⁸⁾ GAILLARD E. *L'exécution des sentences annulées*. *Op. cit.* nota 46. p. 645.

⁽⁶⁹⁾ Al respecto, podemos mencionar que el artículo 28 del Acto uniforme relativo al Derecho de arbitraje adoptado por los Estados miembros de la Ohada prevé que el recuso en anulación ejercido contra una sentencia arbitral suspende la ejecución de ésta, salvo que su ejecución provisoria haya sido ordenada por el tribunal arbitral.

una sentencia arbitral puede tener efectos internacionales aun durante un proceso de anulación. No obstante, hay que tener en cuenta que la anulación de la sentencia en el cuadro del CIADI, responde a un sistema autónomo, no estatal, previsto por la Convención de Washington. Esa es la razón por la cual luego del recurso en anulación, solamente la parte no anulada de la sentencia puede tener un efecto de *res judicata* en el territorio de todos los Estados miembros de la Convención de Washington. En efecto, no se trata de una sentencia arbitral que ha sido anulada por los tribunales estatales del Estado de origen por razones que quizás no se justifican más que según su orden jurídico interno; sino de una anulación objetiva ejercida por una autoridad independiente que asume las funciones de una corte de casación. A pesar de esto, aun en el caso del arbitraje CIADI, nos podemos interrogar sobre la suerte de la sentencia arbitral durante el recurso de anulación.

En principio, conviene de notar que corresponde al Comité *ad hoc* encargado de la anulación de decidir por él mismo sobre el otorgamiento, el mantenimiento o la suspensión de la ejecución de la sentencia arbitral, durante el recurso de anulación, teniendo en cuenta las circunstancias propias del caso; en particular, se trata de examinar sobre la pertinencia *prima facie* del recurso formado contra la sentencia arbitral, de la posibilidad de éxito de la demanda de anulación, de las con-

secuencias que resultan de la ejecución provisional de la sentencia, y de las eventuales dificultades en el reembolso del monto de la sentencia si esta última es anulada, entre otras circunstancias⁽⁷⁰⁾.

Al respecto, un Comité *ad hoc* CIADI, en el caso Mitchell v. República democrática del Congo, remarca la libertad del Comité para apreciar los argumentos de las partes en función del caso en especie, en lo que se refiere a la suspensión o no de los efectos de la sentencia⁽⁷¹⁾. A este propósito, la República Democrática del Congo (RDC) ha argumentado, por una parte, que el demandante disponía de medios necesarios para proceder a operaciones financieras determinando la localización de sus ingresos, lo cual complicaría el recobro por la parte del RDC y de otra parte, que no era urgente para el demandante de disponer inmediatamente de la indemnización que le era acordada por la sentencia. Al respecto, el Comité *ad hoc* ha estimado que la aprensión de la RDC de no poder recobrar los montos pagados en caso de anulación de la sentencia era justificable; no obstante, en lo referente a la cuestión de la ausencia de una urgencia para el demandante, el argumento no estaba en la medida de influenciar el razonamiento del Comité, ya que Mitchell, al ser el beneficiario de la sentencia rendida el 9 de febrero de 2004, tenía derecho de solicitar la ejecución de esta sentencia. Por otro lado, el Comité decide de definir lo que sería una demanda *prima facie* “dilatatoria”

(70) Confrontar PINSOLLE. *L'exécution provisoire des sentences rendues en matière internationale en dépit d'un recours en annulation*. Cahiers de l'arbitrage. Juillet, 2006. pp. 108 - 117; MANCIAUX. *Chronique de jurisprudence arbitrale*. CIRDI, *L'exécution provisoire des sentences arbitrales CIRDI pendant une procédure d'annulation*. Cahiers de l'arbitrage. Juillet, 2006. pp. 280 - 288.

(71) *P. Mitchell v. República Democrática del Congo*, ICSID, caso ARB 99/77, decisión del 30 de noviembre del 2004, sobre la suspensión de la ejecución de la sentencia rendida el 9 de febrero de 2004, consultable sobre el sitio del CIADI: www.worldbank.org/icsid

que excluiría de ese hecho la suspensión de la ejecución, es decir, “lo que tendría un carácter manifiestamente abusivo”, para luego concluir que ese no era el caso de la solicitud presentada por la RDC (§26).

Así, si podemos estimar que la posición del beneficiario de la sentencia mejora, esta mejora es limitada por el efecto negativo de la suspensión de la sentencia, e incluso por el retardo del pago. En efecto, un “riesgo serio” de no ejecución de la sentencia resta así presente. Esa es la razón por la cual parecía razonable la constitución de una garantía en caso de suspensión de la ejecución de la sentencia, en particular desde que se trata de un Estado parte al litigio quien hace dicha solicitud. Sin embargo, la constitución de una garantía penaliza siempre al demandante de la anulación de la sentencia, lo que puede ser un aspecto a considerar. De ahí la importancia de determinar si en el caso de especie hay verdaderamente un “riesgo serio” de no ejecución.

La posibilidad de constituir una garantía bancaria a favor del beneficiario de la sentencia arbitral que ha sido suspendida, a fin de garantizar la ejecución posterior de la sentencia en caso donde ella no sea anulada por el recurso, ha sido tam-

bién prevista por los Comités *ad hoc* CIADI. Así por ejemplo, en el caso que venimos de analizar, *Mitchell v. RDC*, el Comité comienza por hacer notar que la suspensión de la ejecución de la sentencia puede ser acompañada o no de una garantía a favor del beneficiario de la sentencia, “la cual busca prevenir el riesgo de la falta de ejecución de la misma en un futuro” (§30-31)⁽⁷²⁾. Como en el caso del otorgamiento o del mantenimiento de la suspensión de la ejecución de la sentencia, la decisión sobre el otorgamiento de una garantía es una cuestión dejada a la discreción del Comité⁽⁷³⁾. Para su defensa, la RDC ha avanzado el argumento que el beneficiario de la garantía se encontraba en una situación mucho más favorable que aquella donde beneficiaba antes de la suspensión provisional. El Comité era sin embargo de la opinión que cuando un Estado solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia “*parece razonable de ordenar la constitución de una garantía salvo si esta tiene por consecuencia que el Estado en cuestión soporte gastos enormes o que la suma debida debería ser bloqueada (por ejemplo, en una cuenta escrow), lo que tendría repercusiones serias sobre el presupuesto de su funcionamiento*” (§33, *nuestra traducción*)⁽⁷⁴⁾.

(72) En el caso *Wena*, el Comité *ad hoc* había ya afirmado que en la especie parecía justo y equitativo que el mantenimiento de la suspensión de la sentencia sea “contrabalanceado” por la exigencia de la constitución de una garantía que permitiera la ejecución de la sentencia en la eventualidad en que la demanda en anulación sea rechazada. Ver párrafo 7(b) de la Orden de procedimiento número 1 relativa al mantenimiento de la suspensión de la ejecución de la sentencia rendida el 5 de abril de 2001 por el Comité, *Int. Arb. Report*, 2003, pp. 33 y 34.

(73) Esta mejora de la posición del beneficiario de la sentencia se yuxtapone al artículo 55 de la Convención de Washington que preserva la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros.

(74) El depósito en una cuenta bloqueada (*escrow account*), al constituir una ejecución inmediata de la sentencia, e incluso “una forma de pago condicional al avance”, ha sido también rechazada por el Comité *ad hoc* en el caso *CDC Group plc v. República de Seychelles* (CIADI case número ARB/02/14). En este caso, el Comité subraya que sólo la constitución de una garantía bancaria autónoma (sin derecho al llamado de la garantía bancaria) era concebible, en un periodo determinado y ante una banca internacional de primer rango no teniendo su establecimiento principal ni en el Estado deudor ni en el Estado de origen del inversionista.

A fin de determinar la pertinencia o no de la constitución de la garantía, el Comité se limita a analizar la situación del Estado en cuestión, y decide de mantener la suspensión de la ejecución de la sentencia al estimar que el pago inmediato de la parte de la RDC, de la suma debida al demandante, pudiera perturbar los proyectos actuales del gobierno que preveían el restablecimiento de su autoridad y el desarrollo económico y social del país⁽⁷⁵⁾. Además, conviene de notar que el Comité no se encontraba convencido de la existencia de un riesgo serio para el beneficiario de la sentencia, que rindiera más difícil la ejecución de ésta en caso donde ella sea mantenida.

Por otro lado, podemos pensar que la constitución de una garantía no sea forzosamente necesaria para asegurar la ejecución futura de la sentencia, ya que el comportamiento del Estado defensor que no ejecuta la sentencia, es siempre susceptible de diversas sanciones indirectas tales como el ejercicio de la protección diplomática del Estado de la nacionalidad del inversionista (artículo 27 de la Convención de Washington), del recurso delante de la CIJ (artículo 64 de la Convención de Washington), o incluso, cabe la posibilidad de que el Estado se vea confrontado a efectos negativos respecto de una asistencia financiera internacional o de la llegada de otras inversiones internacionales. En toda hipótesis, corresponde al tribunal de la anulación (que se trate de un tribunal estatal en el cuadro de la Convención de Nueva York o de un Comité *ad hoc* en el cuadro de la Convención de

Washington), de determinar sobre el buen fundamento de la suspensión de la ejecución de la sentencia (con o sin el otorgamiento de una garantía), hasta que el proceso en anulación sea resuelto. Igualmente, hay que tener en cuenta del hecho de que el tribunal del lugar de la ejecución (tribunal del *exequatur*) tiene la posibilidad de negar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral en caso de que ésta haya sido suspendida o anulada por el tribunal de la anulación (artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York).

3. LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE INVERSIONES INTERNACIONALES

Mediante una decisión del 5 de septiembre de 1986, la Corte de Distrito de los Estados Unidos del Distrito del sur de Nueva York, ordena la ejecución de la sentencia rendida en el caso LETCO v. Liberia, en los términos siguientes:

“(...) it is ordered that the annexed arbitration award, as rectified, in favor of letco be docketed and filed by the Clerk of this Court in the same manner and with the same force and effects as if it were a final judgment of this Court; and it is further

Ordered, adjudged and declared that, in accordance with the provisions of the aforementioned arbitration award, as rectified, the applicant Liberian Eastern Timber Cor-

⁽⁷⁵⁾ La situación política de la RDC a la época era frágil, y la misma fue descrita por la Resolución de la ONU número 1565 del 1ero de octubre de 2004. Dicha Resolución hace referencia a los numerosos esfuerzos que debían ser entepuestos por el gobierno a fin de asegurar la paz y la seguridad de la región, lo cual implica una carga financiera importante para el Estado.

poration recovers from the Government of the Republic of Liberia the sum of (...) (\$9,076,857.25), and that the applicant have execution therefore”⁽⁷⁶⁾”.

A partir de esta Orden, LETCO ha operando un secuestro (*writ of execution*) sobre las sumas debidas por Liberia a título de los derechos de tonelaje, de registro y de varios impuestos entre las manos de varios propietarios de naves con un pabellón de Liberia. Pero a causa de la intervención de la Liberia, el Tribunal de Distrito decide de ordenar el levantamiento del secuestro teniendo en cuenta que la naturaleza fiscal de los fondos secuestrados, destinados a asegurar el financiamiento y el funcionamiento del Estado, se opone a que dichos fondos pudieran ser considerados como bienes afectados a una actividad comercial en virtud del artículo 1610 del *Foreign Sovereign Immunity Act* (FSIA) de 1976, a la vez que afirma el carácter ejecutorio de la sentencia, dentro del respeto del artículo 54 de la Convención de Washington:

“Liberia, as a signatory to the Convention, waived its sovereign immunity in the United States with the respect to the enforcement of any arbitration award entered pursuant to the Convention. When it entered into the

concession contract with LETCO, with its specific provision there under be settled by arbitration under the rules of ICSID and its enforcement provision there under, it invoked the provision contained in article 54 of the Convention which requires enforcement of such an award by Contracting States. That action, and reading the treaty as a whole, leaves little doubt that the signatories to the Convention intended that the awards made pursuant to its provisions be given full faith and credit in their respective jurisdiction subject to such rights as are reserved by signatories there under. Therefore, Liberia clearly contemplated the involvement of the Courts of any of the Contracting States, including the United States as a signatory to the Convention, in enforcing the pecuniary obligations of the award”⁽⁷⁷⁾.

Mediante esta decisión, la Corte de Distrito distingue entre la inmunidad de jurisdicción a la cual el Estado de Liberia ha renunciado desde momento de contratar con LETCO un contrato de concesión que contenía una cláusula de arbitraje CIADI, y la inmunidad de ejecución prevista al artículo 55 de la Convención de Washington la cual resta un principio que

⁽⁷⁶⁾ United States District Court for the Southern District of New York, Orden del 5 de septiembre de 1986, citada at. 2 *ICSID Reports*, p. 384. La sentencia arbitral CIADI del 31 de marzo de 1986 es a la p. 343; el original del texto es igualmente consultable in 26 *ILM*, 1987, p. 647. En la especie, LETCO (*Liberian Eastern Timber Corporation*) y su filial habían demandado ante el CIADI por daños y perjuicios fundándose en la violación de un contrato de concesión que data del 12 de mayo de 1970. Al momento de la firma del contrato de concesión, LETCO pertenecía al 100% a inversionistas franceses.

⁽⁷⁷⁾ Orden del 12 de diciembre de 1986, 650 *F. Supp.* 73 (S.D.N.Y., 1986) 2 *ICSID Reports*, p. 385.

⁽⁷⁸⁾ En ese mismo sentido, la Corte de Apelación de París había afirmado, en el caso *Dame Clerget v. la Representación comercial de la República democrática de Vietnam del Norte*, que desde que un Estado es privado del beneficio de la inmunidad de jurisdicción, la inmunidad de ejecución que es completamente

debe regirse por el derecho del foro⁽⁷⁸⁾. De esta manera podemos deducir una renuncia implícita de la inmunidad de jurisdicción, no podemos afirmar lo mismo en lo que concierne la inmunidad de ejecución. Esta postura es confirmada por la Corte de Distrito de Washington, delante de la cual LETCO ha intentado el secuestro de una cuenta bancaria de propiedad de la Embajada de Liberia en Washington DC. La Corte remarca que LETCO estaba en la posición de demandar la ejecución de la sentencia a partir de otros bienes utilizados para actividades comerciales, pero que en el caso en cuestión, la naturaleza pública o gubernamental de los fondos secuestrados impedían que éstos puedan ser considerados como tales:

“Las cuentas bancarias de la Embajada son utilizadas para el funcionamiento de las estructuras que permiten a la Liberia a ejercer sus funciones diplomáticas y consulares en los Estados Unidos, incluyendo el pago de salarios y otras remuneraciones del personal diplomático así

como otros gastos corrientes relativos a las actividades diplomáticas y consulares necesarias al buen funcionamiento de la Embajada (...) en conclusión, las cuentas bancarias de la Embajada de Liberia son protegidas contra todo secuestro a la vez porque benefician de su inmunidad diplomática, en razón de la Convención de Viena, y porque ninguna de las excepciones previstas por el FSIA conduce a privar esas cuentas del beneficio de la inmunidad de ejecución”⁽⁷⁹⁾.

Podemos en todo caso constatar la aplicación por los tribunales americanos de una concepción restringida de la inmunidad de los Estados, reservada en todo caso a los solos bienes que tienen una naturaleza pública o gubernamental. Este caso revela sin embargo, los inconvenientes a los cuales un inversionista puede verse confrontado a la hora de escoger un forum en el cual él va a buscar ejecutar la sentencia. De manera general, podemos decir que los bienes que no son bienes

distinta, subsiste. A su vez, ha remarcado que la inmunidad de los Estados resulta de la independencia y de la soberanía de un Estado y no de su reconocimiento. París, 7 de junio de 1969, *RCDIP*, 1970, p. 483, nota Mayer. En la especie, la demandante apelaba un juzgamiento reputado contradictorio y rendido el 15 de marzo de 1967 por el Tribunal de Grande Instancia, ordenando el levantamiento del secuestro practicado entre las manos de la Banca Comercial para la Europa del norte.

(79) GAILLARD. *La Jurisprudence du CIRDI*, p. 217. (nuestra traducción). Confrontar Foreign sovereign immunities Act del 21 de Octubre de 1976 (15, *ILM*, 1976, p. 1388), modificado en 1988 (28, *ILM*, 1989, p. 396). Entre las excepciones a la inmunidad previstas por el FSIA (28, USC §1610): desde que ha habido una renuncia implícita o explícita de la inmunidad; desde que se trata de una actividad comercial llevada a cabo en los Estados Unidos; de una propiedad tomada en violación al derecho internacional y que esta propiedad (o la propiedad intercambiada en su lugar) se encuentra en los Estados Unidos en relación con una actividad comercial llevada a cabo en los Estados Unidos; desde que se trata de una acción que tiene por objeto la ejecución de un acuerdo arbitral o una sentencia, si el arbitraje ha tenido lugar o si es censado a tener lugar en los Estados Unidos, o bien, si el acuerdo arbitral o la sentencia son gobernados por un tratado al cual los Estados Unidos forma parte; de una acción por obligaciones pecuniarias nacidas de daños personales causados por un acto de tortura, muerte extrajudicial, sabotaje aéreo, entre otros; de una demanda teniendo por objeto de establecer el lazo marítimo contra una nave o contenedor de un Estado extranjero, en el caso donde el lazo sea fundado sobre una actividad comercial del Estado; de una demanda en reconvencción, contra un Estado extranjero en relación a una transacción o al objeto de la demanda presentada por este Estado.

comerciales son excluidos de la ejecución forzada; es decir que ellos son normalmente protegidos por las reglas de Derecho interno de los Estados. La dificultad del inversionista reside entonces del hecho de poder encontrar bienes del Estado que sean utilizados para operaciones comerciales. Esta distinción nos lleva forzosamente a diferenciar las actividades que derivan del ejercicio del poder público, llamadas *actos jure imperii*, de aquéllas que no comprometen las funciones soberanas, llamadas *actos jure gestionis*⁽⁸⁰⁾. La tarea no es sin embargo fácil, aún más cuando somos en presencia de una inversión internacional, a propósito de la cual el Estado continúa a ejercer sus poderes públicos.

Esa ha sido igualmente la posición de la jurisprudencia francesa en los casos Eurodif de 1984 y Sonatrach de 1985, en los cuales la Corte de Casación ha afirmado que la inmunidad de ejecución puede excepcionalmente ser descartada cuando el bien secuestrado ha sido afectado a la actividad comercial “que releva del derecho privado que ha dado lugar a la demanda en justicia”, aún cuando se trata de bienes de organismos públicos personalizados o no, distintos del Estado extranjero⁽⁸¹⁾. En ese mismo sentido, en un caso que trata sobre un secuestro-ejecución de un bien inmueble situado en Francia, diligenciado por un sindicato de propietarios del inmueble, contra la República Democrática de Congo, la Corte de Casación, a la vez que ha afirmado que según los prin-

cipios de derecho internacional relativos a las inmunidades los Estados extranjeros benefician de la inmunidad de ejecución; ha señalado que lo mismo no se aplica desde que el bien en secuestro se relaciona no al ejercicio de una actividad de soberanía pero más bien a una operación económica, comercial o civil que revela del derecho privado y que da lugar a la demanda en justicia:

“Habiendo constatado que la adquisición de los bienes inmobiliarios en Francia por el Estado del Congo, era destinado al albergue del personal diplomático, lo que corresponde a una operación habitual de gestión relevando del derecho privado, ha luego retenido que esa adquisición implicaba para el Estado el pago de los gastos de copropiedad, de suerte tal que los ingresos del sindicato se relacionaban a esta operación, y que por lo tanto la Corte de Apelación había correctamente decidido que la República Democrática del Congo no podía oponer su inmunidad de ejecución”. (nuestra traducción)⁽⁸²⁾.

Es que esto quiere decir que los bienes en secuestro deben tener una relación directa con el litigio y/o que la entidad demandada debe tener una relación directa a la medida que se encuentra al origen de la demanda del inversionista. Al respecto,

⁽⁸⁰⁾ LEBEN. *Les fondements de la conception restrictive de l'immunité d'exécution des États*. In *Cahiers du Cedrin, L'immunité d'exécution de l'État étranger*. Montchrestien, Paris, 1989. pp. 7 - 39 y pp. 13 y 14.

⁽⁸¹⁾ *Société Sodif-Eurodif v. República Islámica del Irán*, Decisión del 14 de marzo de 1984, *RCDIP*, 1984. p. 644, nota Bischoff; *JDI*, 1984. p. 598, nota Oppetit; *Société Sonatrach v. Migeon*, Decisión del 1ero de octubre de 1985, *RCDIP*, 1986, nota de Audit; *JDI*, 1986. p. 170, nota Oppetit.

⁽⁸²⁾ Corte de casación, 25 de enero de 2005, *República Democrática del Congo v. Sindicato de propietarios del inmueble "R2sidence Antony Chatenay"*. In: *Rev. Arb.*, 2006. pp. 123 - 127.

G. Flécheux responde por lo negativo y considera que debería ser suficiente de establecer que la demanda en justicia de donde procede el recurso en ejecución encuentre su origen en una actividad económica o comercial (por ejemplo, participación societaria, derechos intelectuales o industriales, naves)⁽⁸³⁾. Lo contrario agravaría ciertamente la tarea para el inversionista de encontrar bienes destinados a la inversión o actividades económicas que sean de propiedad directa del Estado o de la emanación que en la ocurrencia tenga el *locus standi* para el caso. En realidad, no existe una respuesta que sea correcta para responder a la cuestión del lazo que debe existir entre los bienes secuestrados y el litigio ya que aquello va a depender directamente de la ley aplicable a la ejecución de dichos bienes. No obstante, no encontramos *a priori* una razón convincente para pensar que el inversionista no pueda secuestrar otros bienes que no sean aquéllos que se encuentren en relación directa con el litigio, mientras se trate de bienes de derecho privado que interesen las actividades económicas de las partes.

A nuestro parecer, la situación respecto a las emanaciones del Estado, teniendo una personalidad jurídica propia, es aún más delicada. En un caso que involucraba dos sentencias arbitrales rendidas contra la República de Irak, la Corte de Apelación de París ha afirmado que esos títulos no guardaban una relación con la Banca Central de Irak y no eran susceptibles de ejecución directa contra ella

sino es que en el caso en donde la Banca ha podido ser considerada, a la hora en que fue tomada la medida, como una emanación del Estado Iraquí y que la parte demandada, puede en consecuencia ser considerado como un acreedor de la Banca:

“La Banca Central de Irak, dotada de una personalidad moral distinta e independiente de la República de Irak, establece haber tenido, paralelamente a sus misiones participando de prerrogativas de poder público, actividades puramente privadas y realizado operaciones comerciales corrientes, lo cual implica la existencia de un patrimonio propio. Esos acreedores son incluso numerosos. Su patrimonio era especialmente y únicamente afectado a sus actividades bancarias y su gestión haciendo el objeto de un presupuesto y de una compatibilidad distinta. La tutela ejercida por el Estado Iraquí, tanto para sus órganos de dirección que en sus resultados, no es suficiente para retirar a dicha parte la autonomía que le es reconocida por sus estatus de la época. El demandante no prueba el carácter ficticio de esta autonomía. La Banca Central de Irak no llena entonces las condiciones necesarias para ser calificada de emanación del Estado Iraquí para ser asimilada a este” (nuestra traducción)⁽⁸⁴⁾.

El problema de la ejecución de las sentencias que involucran organismos públicos y/o sociedades de Estado con el

(83) FLECHEUX. *Les difficultés d'exécution en France des sentences rendues contre les États ou leurs émanations*. In: *Rev. Arb.*, 1985. pp. 673 - 688. pp. 684 - 685.

(84) Corte de Apelación de París, 1ero de septiembre de 2005, *Société Central Bank of Irak v. Société HochtiEFF Aktiengesellschaft et autres*. En: *Rev. Arb.* 2006. pp. 214 - 224, nota M. Audit.

fin de satisfacer las obligaciones que eran propias a los Estados en cuestión no es algo nuevo. En el caso LIAMCO, el exequátur de la sentencia había sido acordado por una decisión del Tribunal de gran instancia de París el 7 de febrero de 1979. Sobre la base de esta decisión, varios bienes del Estado de Libia y de numerosos organismos de Libia que existían en París, entre los cuales la Banca Central de Libia, van a ser secuestrados⁽⁸⁵⁾. Los secuestros fueron anulados, luego de una solicitud para el levantamiento del secuestro; no obstante, por una decisión del 5 de marzo de 1979, el Tribunal de Gran Instancia acuerda a LIAMCO una medida de instrucción con el objeto de determinar la naturaleza y la destinación de los bienes en secuestro, afirmando que el beneficio de la inmunidad de ejecución reconocida al Estado “puede válidamente hacer el objeto de una renunciación la cual, expresa o tácita, debe haber sido dada de manera no equívoca”⁽⁸⁶⁾. Igual-

mente, en el caso Benvenuti & Bonfante, las sociedades demandantes habían tentado de ejecutar la sentencia arbitral respecto de la Banca Comercial de Congo, pero los tribunales franceses han decidido al contrario, que esta entidad no constituía una subdivisión o agencia del Estado en los términos del artículo 25 de la Convención de Washington, y en consecuencia ella no podía ser considerada como un deudor en nombre y en lugar del Estado; el control ejercido por éste no siendo suficiente⁽⁸⁷⁾.

La posibilidad de renunciar, expresa o tácitamente a la inmunidad de ejecución es un hecho reconocido por el conjunto de las legislaciones y de las Convenciones internacionales en materia de inmunidades de los Estados extranjeros⁽⁸⁸⁾. Podemos citar al respecto la Convención Europea sobre la Inmunidad de los Estados del 16 de mayo de 1972, según la cual el Estado conserva su inmunidad de ejecución “*except where and to the extent*

(85) Los secuestros habían sido ejercidos contra: La sociedad Jamahiriya Arabe Libyenne Populaire Socialiste, la Sociedad Central Bank of Libya, la Sociedad Libyan Arab Foreign Bank, la Sociedad Sahara Bank, la Sociedad Wahda Bank, la Sociedad Umma Bank, la Sociedad Libyan National investment company, la Sociedad Insurance Company of Libya, la Sociedad Libyan Arab Airlines company, la Sociedad General National Maritime Transport Company, la Sociedad National Oil Company, la Sociedad Brega Oil Marketing company, la Sociedad National Cement and Building Materials Company. Solamente la Banca Central de Libia reivindica la calidad de “emanación” del Estado pudiéndole permitir según la jurisprudencia, de beneficiar de las inmunidades de éste. RAMBAUD. *Les suites d'un différend pétrolier: l'affaire LIAMCO devant le juge français*, AFDI, 1979. pp. 820 - 834, p. 827. Según este autor, lo importante no era de determinar la cualidad jurídica del organismo en causa sino de determinar la naturaleza de los fondos, que se trate de fondos del Estado o de fondos propios.

(86) Tribunal de grande instance de París, 5 de marzo de 1979, *JDI*, 1979. pp. 857 - 866, nota Oppetit.

(87) Cour de Cassation, 21 de julio de 1987, *JDI*, 1988. p. 108.

(88) Confrontar Estados Unidos, Foreign sovereign immunities Act of 21 October, 1976 (15, *ILM*, 1976. p. 1388), modificado en 1988 (28, *ILM*, 1989. p. 396); Reino Unido, State Immunity Act de 1978 (17, *ILM*, 1978. p. 1123, Section 13§3); Canadá, Act to provide for State immunity in Canadian Courts, (21, *ILM*, 1982. p. 798, Section 11); Australia, Foreign States immunity Act de 1985, en vigor el 1ero de Abril, 1986 (25, *ILM*, 1986. p. 715). De manera general podemos decir que la concepción anglo-americana de la inmunidad soberana de los Estados deriva del concepto de la “comity” internacional. La soberanía llama al carácter supremo de un poder a la exclusión de toda subordinación. El recurso al arbitraje en materia de inversión implica la renuncia del Estado a su jurisdicción natural; esta renunciación se presenta como una garantía fundamental a la inversión internacional, en consecuencia, parece normal de pensar que el Estado puede válidamente renunciar a la inmunidad de ejecución ya sea sobre ciertos bienes o sobre el conjunto general de esos bienes.

that the State has expressly consented thereto in writing in any particular case"⁽⁸⁹⁾. Conviene de remarcar que esta renuncia explícita es prevista fuera de la renunciación implícita que puede existir con respecto a bienes que son destinados a la actividad privada que es a la base de la aplicación de una concepción restrictiva de las inmunidades del Estado. En efecto, una decisión judicial o una sentencia arbitral que trate sobre una actividad económica, industrial o comercial, en la cual el Estado se ha comprometido de la misma manera que una persona privada, puede ser ejecutada en el territorio de un Estado respecto de los bienes que son en conexión a esta actividad (artículo 26 de la Convención).

Por otro lado, el Proyecto de los artículos de la CDI en materia de inmunidades de jurisdicción de los Estados y de sus bienes de 1991, distingue entre los procesos en los cuales los Estados no pueden invocar su inmunidad (por ejemplo, los que implican las transacciones comerciales, los contratos de trabajo, las lesiones a la propiedad, la propiedad intelectual o industrial, la participación societaria, la propiedad de naves); la inmunidad de las

medidas de presión (ligadas a un procedimiento delante de un tribunal) a la cual el Estado puede hacer expresamente consentido ya sea por un acuerdo internacional, ya sea contractualmente por un acuerdo de arbitraje, o incluso por una declaración delante de la Corte⁽⁹⁰⁾. Igualmente, el Proyecto prevé que el Estado ha podido destinar un bien en particular a la satisfacción de la pretensión objeto del litigio o; sin esta declaración, si dicho bien no es utilizado para funciones gubernamentales, pero al contrario, guarda una relación directa con el litigio de carácter privado.

La versión del texto, adoptada por la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes del 17 de enero de 2005, sigue esta misma línea, a la vez que hace la distinción entre las medidas de presión anteriores a la decisión judicial y aquéllas posteriores a dicha decisión⁽⁹¹⁾. En el primer caso (artículo 18), ninguna medida de presión, tal que un secuestro, es posible contra los bienes de un Estado en relación con un proceso delante de un tribunal de otro Estado al menos que el Estado haya expresamente consentido a la aplicación de tales medidas

⁽⁸⁹⁾ Artículo 23 de la Convención Europea sobre la Inmunidad de los Estados del 16 de mayo de 1972, 11 *ILM*, 1972. p. 470.

⁽⁹⁰⁾ Artículos 18 y 19 (y comentarios) del Proyecto de los artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de los bienes. Texto adoptado por la Comisión a su Sesión 43, en 1991 y sometido a Asamblea general en el cuadro de su reporte sobre los trabajos de dicha Sesión, 30 *ILM*, 1991, p. 1565. El reporte contiene igualmente comentarios sobre el proyecto de los artículos, es reproducido en el Anuario de la CDI, 1991. Volumen II (2).

⁽⁹¹⁾ Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de diciembre de 2004. La Convención ha sido abierta a la firma de los países el 17 de enero de 2005. Resolución 59/38, anexo, Documentos oficiales de la Asamblea General. Sesión 59. Suplemento número 49 (A/59/49), consultables en el sitio Internet de las Naciones Unidas: www.un.org. Por un comentario, HERZ. *La nueva Convención de Naciones sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes. Su compatibilidad con el régimen argentino*. En: *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2005. Volumen 10, consultable sobre el sitio www.dialnet.unirioja.es; PINGEL (I). *Observations sur la Convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*. *JDI*, 2005. pp. 1045 - 1066.

sobre el bien, o que haya reservado o afectado los bienes a la satisfacción de la demanda objeto de este proceso. En el segundo caso (artículo 19), es más fácil de admitir la posibilidad de establecer que los bienes (situados en el foro del tribunal y teniendo un lazo con la entidad contra la cual el proceso es intentado) sean específicamente utilizados o destinados a ser utilizados por el Estado para otros fines de servicio público no comerciales. Además, cabe señalar que de acuerdo al Anexo de la Convención sobre la comprensión de ciertas disposiciones, el término “entidad” utilizado en el artículo 19 designa al Estado “*en su calidad de persona jurídica independiente, unidad constitutiva de un Estado federal, subdivisión de un Estado, organismo o institución de un Estado u otra entidad que goce de personalidad jurídica independiente*”. No obstante, el texto no prejuzga ni la cuestión del “levantamiento del velo corporativo”, cuestión que se refiere al supuesto en que una entidad estatal haya tergiversado intencionadamente su situación financiera o haya reducido ulteriormente sus activos para evitar atender una reclamación, ni las demás cuestiones conexas.

En esta misma perspectiva, encontramos entre las cláusulas modelos del CIADI, que la renunciación a la inmunidad de ejecución puede ser acordada en un contrato de inversiones de la manera siguiente: “*El Estado receptor renuncia por medio de la presente a prevalecerse*

por él mismo y sus bienes de toda inmunidad soberana que tenga objeto la no ejecución de una sentencia rendida por un tribunal arbitral constituido en conformidad con el presente acuerdo”⁽⁹²⁾. Esta redacción es bastante general y puede aplicarse a todo tipo de bien, en relación o no una actividad comercial⁽⁹³⁾. La cláusula puede igualmente tener otras precisiones tales como el hecho que esta renuncia a prevalecerse de toda inmunidad que le da su calidad de Estado soberano, vale tanto delante del CIADI que de las jurisdicciones que pudieran encargarse de la ejecución de las decisiones de un tribunal arbitral constituido bajo el seno de dicho Centro:

“(Nombre del Estado contratante) renuncia irrevocablemente por la presente, a prevalecerse de toda inmunidad a la hora de todo procedimiento relativo a la ejecución de toda sentencia arbitral rendida por un tribunal arbitral constituido en conformidad con el presente acuerdo, incluyendo sin limitación toda inmunidad sobre las notificaciones, toda inmunidad de jurisdicción y toda inmunidad de ejecución en cuanto a sus bienes”⁽⁹⁴⁾.

En una decisión reciente, la Corte de Apelación de París ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el alcance de una cláusula de renunciación a la inmunidad

⁽⁹²⁾ Cláusula modelo número 15 de 1993, sobre la renunciación de la inmunidad de ejecución, en el sitio del CIADI www.worldbank.org/icsid

⁽⁹³⁾ El problema con una cláusula tan general como esta es que puede ser interpretada en sentido contrario, es decir, que pudiera darse una interpretación más restrictiva y reservada a los bienes comerciales. Confrontar SCHREUER. *The ICSID Convention, A commentary*. Cambridge, 2001. pp. 1173.

⁽⁹⁴⁾ Cláusula modelo XIX de 1981. DELAUME. *Le CIRDI et l'immunité des États*. In: *Rev. Arb.*, 1983. pp. 159 -160; voir également DELAUME. *Le CIRDI, Chronique de la pratique du CIRDI*. *JDI*, 1982. pp. 840 - 842.

de ejecución. Se trata del caso entre la Embajada de la Federación Rusa en Francia y la Compañía Noga de Importación y de Exportación, a propósito de un contrato de préstamo entre esta sociedad constituida en Rusia y el Estado Ruso mismo⁽⁹⁵⁾. El contrato contenían además de la cláusula de arbitraje en el seno de la Cámara de Comercio de Estocolmo (artículo 14), una cláusula por la cual las partes renunciaban a “*ejercer un recurso contra la sentencia arbitral*”, y el prestatario declaraba renunciar “*a toda inmunidad a la aplicación de la sentencia arbitral rendida en su contra en relación con el presente contrato*” (artículo 15); además, fue precisado que los préstamos efectuados constituían actos de naturaleza privada y que el prestatario “*no podía prevalerse de ninguna inmunidad judicial, ni de ejecución forzada, de secuestro o de otro procedimiento judicial en relación con sus obligaciones a título de ese contrato*” (artículo 8 sobre las declaraciones y las garantías). La sentencia arbitral fue declarada ejecutable en Francia, y a la solicitud de la sociedad Noga, fue practicado un secuestro de las cuentas bancarias de la Embajada Rusa y de la Delegación permanente rusa ante la UNESCO, que se encontraban entre las manos de la Banco Comercial para la Europa del norte (Euro-

bank). No obstante, luego de la apelación realizada por la Embajada de la Federación Rusa en Francia y de la Delegación permanente de la Federación Rusa ante la UNESCO, la Corte de Apelación ha estimado que, según las disposiciones de la Convención de Viena sobre las relaciones diplomáticas, la “*fórmula*” de renuncia adoptada por las partes no manifestaba “*la voluntad no equívoca del Estado prestatario de renunciar a prevalecerse de su inmunidad diplomática de ejecución*”⁽⁹⁶⁾. La posición de la Corte de Apelación es criticable, ya que ella exige que la renuncia sea explícitamente conferida a la renuncia de la inmunidad diplomática, sin que sea suficiente de referirse a la prohibición de prevalecerse de “*ninguna inmunidad de ejecución forzada*”⁽⁹⁷⁾.

En consecuencia, una cláusula general de tipo CIADI, no impediría al Estado de prevalecerse de dicha inmunidad; es decir que sería como si ella no hubiera sido incluida en el contrato. Nosotros pensamos que esta posición deja sin efecto la cláusula de renuncia y que sería más conveniente de hacer la diferencia entre la renuncia implícita y general respecto a los bienes que son en relación con los bienes ligados a una actividad económica o comercial desde que el Estado se somete

⁽⁹⁵⁾ París, decisión del 10 de agosto 2000. *JDI*, 2001. p. 116, nota Pingel-Lenuzza. En: *Rev. Arb.* 2001. p. 114, 2do. Caso, nota Leboulanger.

⁽⁹⁶⁾ Para fundar su decisión, la Corte de Apelación señala que la protección de los valores inscritos sobre las cuentas bancarias abiertas en nombre de una Embajada para las necesidades de su actividad de servicio público sobre el territorio del Estado acreedor “*deriva de las reglas de derecho de las relaciones diplomáticas y releva del régimen específico de las inmunidades diplomáticas*”. Así, la Corte estima que, protegido por la Convención de Viena sobre las relaciones diplomáticas, el ejercicio de la función diplomática es un atributo esencial de la soberanía de los Estados, tradicionalmente reconocido por la Comunidad de naciones; y que éste régimen se aplica paralelamente a los bienes de una misión permanente en el seno de una organización como la UNESCO. Confrontar artículos 22 al 28 de la Convención.

⁽⁹⁷⁾ Esa es la opinión igualmente de I. Pingel-Lenuzza, quien considera que la Corte ha confundido la cuestión de interpretación de la cláusula compromisoria y su alcance sobre el juego de la inmunidad, con las consecuencias posibles de una eventual medida de secuestro (bajo nota de la decisión, *JDI*, 2001. p. 125).

a una cláusula de arbitraje y la renuncia explícita que incumben los bienes no ligados a una actividad económica (por ejemplo: bienes militares, diplomáticos, destinados al servicio público). En todo caso, la renuncia debe ser expresada por escrito, ya sea en el contrato o en un tratado relativo a las inversiones, respecto a las sentencias rendidas en relación a los conflictos que han surgido de las violaciones a dicho contratos y/o tratado.

La decisión de la Corte de Casación francesa rendida a propósito del caso *Sociedad Creighton v. Ministerio de Finanzas del Estado de Qatar* y tratando sobre la construcción, la realización y el mantenimiento de un hospital para mujeres situado a Doha, ha constituido, al contrario, un avance en materia de inmunidades⁽⁹⁸⁾. En efecto, por medio de esta decisión la Corte de Casación casa y anula la decisión rendida por la Corte de Apelación de París el 11 de enero de 1998, en los términos siguientes:

“Viola los principios de derecho internacional que rigen las inmunidades de los Estados extranjeros y el

artículo 24 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la decisión judicial que, para ordenar el levantamiento del secuestro-atribución y de las medidas conservatorias, retiene que no es establecido que el Estado en cuestión haya renunciado a la inmunidad de ejecución y que el hecho de haber aceptado una cláusula de arbitraje no puede presumir la renuncia a esta inmunidad, que es distinta de la inmunidad de jurisdicción, sin tener en cuenta el compromiso tomado por el Estado contratante de la cláusula de arbitraje de ejecutar la sentencia en los términos del artículo 24 del reglamento de arbitraje de la CCI, implicando renuncia de este Estado a la inmunidad de ejecución”. (Nuestra traducción)⁽⁹⁹⁾.

A través de esta decisión, la Corte de Casación invierte la presunción de una ausencia de renuncia a la inmunidad de ejecución y admite que pueda haber una renunciación implícita a esta inmunidad desde que el Estado suscribe una cláusula de arbitraje en un contrato internacional,

⁽⁹⁸⁾ Conviene de notar que antes de presentar la demanda de ejecución delante los tribunales franceses, la sociedad americana *Creighton* había intentado de obtener, primero, el reconocimiento de la sentencia arbitral rendida en Francia desde 1994, delante de la Corte de Distrito de Washington DC, quien rechaza la demanda bajo la base del artículo V de la Convención de Nueva York (DDC, 22 de marzo de 1995); luego, por una demanda de reconocimiento y ejecución de la decisión de la Corte de apelación de París y de la Sentencia; pero la Corte de Distrito razona en términos de no competencia en relación a un Estado extranjero que beneficia de su inmunidad delante de los tribunales americanos. A esto se suma el hecho de que el contrato litigioso no presentaba un “mínimo de contacto” con los Estados Unidos, que justificara una competencia personal (*personal jurisdiction*) respecto al defensor o una competencia general (*general jurisdiction*) con el litigio (181 F.3d, 118-DCC, 1999). Sobre el tema, TURCK. *French and U.S. Courts define limits of Sovereign Immunity in execution an enforcement of arbitral awards*. En: *Arb. Int.* Volumen 17. Número 3, 2001. pp. 327 - 342; en particular páginas 333 - 337.

⁽⁹⁹⁾ Corte de casación, 1era Cámara civil, 6 de julio de 2000, *Société Creighton v. Ministerio de Finanzas del Estado de Qatar*. En: *Rev. Arb.* 200. p. 114, 1er caso, nota Leboulanger. Confrontar, actual artículo 28§6 del Reglamento de arbitraje de la CCI (versión 1998) sobre la notificación, depósito y carácter ejecutorio de la sentencia: *“Para la sumisión de su litigio al presente Reglamento, las partes se comprometen a ejecutar sin demora la sentencia a intervenir, y son reputadas de haber renunciado a todos los recursos a los cuales pueden renunciar”*.

que se refiere a un organismo dotado de un reglamento de arbitraje que comporta un artículo como el artículo 24 del reglamento de la CCI; lo que contradice la decisión precedente rendida por la Corte de Apelación en el caso Noga, según la cual una renunciación expresa del Estado no autoriza sin embargo la ejecución forzada de una sentencia arbitral sobre todos los bienes del Estado. Cabe notar que en el caso Creighton, los secuestros habían sido ejercidos sobre sumas detenidas en nombre del Estado de Qatar (a través del Ministerio de Finanzas y de las Relaciones Municipales de la Agricultura) en el Banco Nacional de Qatar y el Banco de Francia; y las medidas conservatorias sobre los derechos de los asociados y los valores mobiliarios entre las manos del Banco de Francia⁽¹⁰⁰⁾. A la diferencia de las sumas de dinero detenidas en las cuentas de las embajadas y que son en consecuencia protegidas de la inmunidad diplomática, las cuentas bancarias pueden normalmente entre el objeto de una ejecución judicial, lo que justifica que la Corte de Casación ha ya podido la renunciación implícita de la ejecución sobre las cuentas y los derechos societarios a fin de garanti-

zar la eficacia de la sentencia rendida por los árbitros de la CCI⁽¹⁰¹⁾.

Esta presunción, que resulta a nuestro parecer del principio de buena fe aplicable a la aceptación del carácter obligatorio de la sentencia arbitral rendida en virtud de una convención de arbitraje válida entre las partes al litigio, no pueden sin embargo operar para ciertos bienes especialmente protegidos por el derecho internacional, teniendo en cuenta su carácter sensible en las relaciones interestatales. Se trata en particular de las propiedades diplomáticas, militares, y en cierta forma las sumas de dinero detenidas por los bancos centrales de los Estados. La inmunidad sobre la propiedad diplomática, tal y como lo podemos constatar a través de la jurisprudencia, es particularmente garantizada por la Convención de Viena sobre las relaciones diplomáticas⁽¹⁰²⁾; pero igualmente por las legislaciones internas, tal y como es consagrado en los artículos de la CDI sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes, al mismo título que la propiedad militar, en calidad de bienes protegidos de toda presión de ejecución⁽¹⁰³⁾. No obstante,

(100) Tal y como lo ha remarcado la Corte de Apelación de París encargada nuevamente del caso : " *El Estado constituye una sola persona moral , esta unidad no es puesta en duda en el plano jurídico por la organización administrativa en los diferentes departamentos ministeriales; el Estado donde él es adquirido y que es parte al contrato de construcción que contiene la cláusula de arbitraje, es deudor de las condenas pronunciadas en las sentencias, las cuales son recubiertas de sus bienes, cualquiera que sea la relación con los diferentes Ministerios; los secuestros litigiosos pueden en consecuencia hacerse sobre las cuentas abiertas en un banco, por el Ministerio de Finanzas*" (nuestra traducción). París, decisión en reenvío, 12 de diciembre de 2001. *Rev. Arb.*, 2003, p. 417.

(101) Luego de la decisión de la Corte de Casación, la Corte de Apelación de París remarca que los bienes de un Estado extranjero no pueden ser el objeto de una medida de ejecución forzosa, "salvo que este Estado haya expresamente consentido a esto al concluir en particular una cláusula compromisoria"; a la vez que precisa que "son susceptibles de secuestro los bienes afectados por el Estado a la satisfacción de la reclamación (en cuestión) o reservados por éste a este fin, y en su defecto, todos los otros bienes del Estado extranjero situados en el territorio del Estado del foro y utilizados por fines comerciales". París, decisión de reenvío, 12 de diciembre de 2001. En: *Rev. Arb.* 2003, p. 417, nota Leboulanger.

(102) Convención de Viena del 18 de abril de 1961 sobre las relaciones diplomáticas, 500 UNTS 95.

(103) El artículo 19§1 de los artículos de la CDI enumera un número de propiedades que se presumen como bienes no comerciales : a) la propiedad, incluyendo las cuentas bancarias, cuando la utilización o la inten-

nada excluye que el Estado, en el ejercicio de su soberanía, pueda renunciar a esta inmunidad, a fin de garantizar la eficacia de una sentencia arbitral que sea rendida en relación a una relación jurídica que lo une con un inversionista extranjero; si bien es cierto que esta renunciación debe hacerse de manera cierta y no equívoca, por un contrato o un tratado internacional, o incluso, por una declaración unilateral ligada a esos bienes y dentro de circunstancias particulares.

Al respecto, Ph. Leboulanger considera, en su comentario a la jurisprudencia *Creighton v. Qatar*, que ésta ha operado una ruptura con la teoría de las inmunidades, a favor de la “secuestrabilidad” de los bienes del Estado, a pesar de que los bienes y posesiones del Estado que no son afectados a una actividad comercial continúan protegidos por la inmunidad de ejecución. En otros términos “*el compromiso del Estado de ejecutar la sentencia no significa que la ejecución de ésta pueda ser proseguida independientemente sobre todos los bienes que le pertenecen, y esto, aunque él haya renunciado a su inmunidad de ejecución*”⁽¹⁰⁴⁾. Cabe reconocer que esto corresponde al sentido de la decisión de la Corte de Apelación en el caso Noga sobre los bienes diplomáticos.

4. CONCLUSIÓN

La reciente recomendación adoptada por la CNUDMI el 7 de julio de 2006


sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York toma en consideración la evolución de la práctica del comercio internacional y de los progresos tecnológicos. En su recomendación, la Comisión afirma que una mayor uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje haría más eficaz el arbitraje como medio de solución de las controversias de derecho privado, lo que explica igualmente las reformas aportadas en 2006 a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Dichas reformas contribuyen a una mejor interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales, particularmente en lo que respecta a los requisitos de forma del acuerdo de arbitraje, a fin de favorecer el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje, en virtud de las leyes o los tratados del país donde la sentencia se invoque, incluidos los casos en que dichas leyes o tratados ofrezcan un régimen más favorable que el de la Convención. En materia de inversiones internacionales, las adaptaciones propuestas adquieren una importancia particular, si tomamos en cuenta que el acuerdo de arbitraje entre un Estado y un inversionista extranjero pueden haberse dado de manera disociada en el tiempo; es decir, de una parte a través de un tratado relativo a las inversiones internacionales por el Estado receptor de la inversión, y de otra parte mediante la introducción de la demanda de

ción de utilización es un propósito de misiones diplomáticos del Estado o de sus puestos consulares, internacionales o de conferencias internacionales; b) la propiedad que es de carácter militar o que es utilizado por sus propios militares; c) la propiedad de la Banca Central o de otra autoridad monetaria del Estado; d) la propiedad formando parte de una herencia cultural del Estado o parte de sus archivos y no estando a la venta; e) la propiedad que forma parte de la exhibición de objetos científicos, culturales o históricos y no puestos a la venta.

⁽¹⁰⁴⁾ En su comentario a la decisión del 6 de julio de 2000 de la Corte de Casación, *precitada a la nota número 100* (nuestra traducción).

arbitraje por el inversionista extranjero con derecho a invocar la aplicación de dicho tratado.

Los aspectos puntuales que hemos analizado en el presente trabajo: motivos de denegación, reconocimiento de una sentencia arbitral durante o después de un recurso de anulación, e inmunidad de ejecución de los Estados en materia de inversiones, son tres aspectos íntimamente ligados al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales con carácter internacional, objeto central de la Convención de Nueva York de 1958. A través de

dicho análisis hemos podido comprobar, que a sus cincuenta años, la Convención conserva toda su actualidad. En particular, podemos afirmar que la aplicación práctica de la Convención de New York a los arbitrajes transnacionales en materia de inversiones internacionales toma en consideración la evolución aportada por la jurisprudencia internacional, especialmente en lo que respecta a la forma que rige los acuerdos de arbitraje, a los procedimientos de arbitraje y a la ejecución de las sentencias arbitrales; con lo cual no tenemos más que desearle muchos más años de larga vida. 

PARAGUAY

LA CONVENCION MÁS TRASCENDENTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO

Por: JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La universalidad del Derecho privado en la historia.* 3. *Las consecuencias de la codificación del Derecho privado.* 4. *Nuevo escenario.* 5. *Incidencia del arbitraje en los desarrollos recientes.* 6. *Rol de la Convención de Nueva York y la vuelta al universalismo.* 7. *“Desnacionalización” o “deslocalización”.* 8. *Orden Público y arbitraje.* 9. *Orden Público en la ejecución de laudos.* 10. *La problemática de los “laudos flotantes”.* 11. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

Usted acertó⁽¹⁾. Me refiero a la Convención de Nueva York de 1958, relativa a reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Hacia comienzos de 2009 ya cuenta con casi 150 ratificaciones. Impresionante.

Pero este número es apenas el comienzo. Lo más importante es qué implica la adopción del instrumento. Para el arbitraje, obviamente que un montón. Merced a esta Convención, los laudos son hoy por hoy, si cabe la expresión, un cheque en blanco con amplia aceptación en

el mercado de los Estados. Mucho podríamos decir a este respecto, como también sobre la influencia de la Convención de Nueva York en el dictado de otros instrumentos convencionales o de sanción legislativa, que facilitan la consolidación del arbitraje.

Esta contribución pone, sin embargo, énfasis en la gran película del Derecho privado exhibida a través de los siglos, y el rol protagónico de la Convención de Nueva York hacia una regresión, que no es retroceso, sino un saludable giro copernicano –por así decirlo– hacia lo que

(*) Profesor en la Universidad Nacional de Asunción, en la Universidad Católica, en la Universidad Americana y profesor visitante en la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la International Bar Association y de la American Bar Association. Socio y Director Ejecutivo de Moreno Ruffinelli & Asociados, Paraguay.

(1) O, al menos, espero que coincidirá conmigo al final de esta contribución.

fue el Derecho privado en gran parte de su historia de esplendor a partir de Roma hasta el siglo XIX: un derecho mayormente universal, y como tal, el apropiado para regir transacciones transfronterizas, que evitan así verse atrapadas en particularidades localistas con los efectos nocivos consiguientes para la previsibilidad deseable en ellas.

Hoy día están dadas las condiciones para la vuelta al universalismo (en definitiva, de eso se trata el debate sobre la nueva *lex mercatoria* o expresiones análogas utilizadas para describir el fenómeno de un Derecho privado “transnacional”), y la Convención de Nueva York tiene mucho que ver con esto, más que cualquier otro instrumento convencional en la historia. De allí el título de esta contribución. ¿No es una aseveración exagerada? Veámoslo.

2. LA UNIVERSALIDAD DEL DERECHO PRIVADO EN LA HISTORIA

La voráGINE de los tiempos actuales ejerce una particular fascinación hacia todo lo que es novedad. Y los juristas tienden, en incontables ocasiones, a enfocar problemas actuales en absoluto divorcio o –al menos– alarmante desatención hacia una perspectiva histórica, que hasta llega a considerarse superflua en contri-

buciones monográficas sobre temas de actualidad e interés práctico, como lo son, por ejemplo, a no dudarlo, los relacionados con la Convención de Nueva York.

Sin embargo, “todo lo que vale la pena ya ha sido probado, bajo idéntico o distinto rótulo”⁽²⁾, según reza una muy citada aseveración, que adquiere pleno sentido cuando se trata de soluciones del Derecho privado. Y, en efecto, los pueblos pueden adoptar válidamente distintas formas de organización política o contar con particularidades culturales autóctonas, reconocidas jurídicamente, que podrían parecer, en ocasiones, hasta bizarras a los ojos del pensamiento occidentalizado. Sin embargo, las soluciones en materia de Derecho privado deberían resultar idénticas, es decir, universales, ante problemas comunes.

Gordley, uno de los más versados comparatistas y teóricos del derecho de nuestro tiempo, lo dice claramente: en materia de Derecho privado, la idea de sistemas jurídicos como islas de principios y concepciones distintas del derecho debe ceder ante el hecho de que se lidia con problemas similares, de modo que, normalmente, las divergencias en las reglas formales son sólo aparentes, en tanto que subyacen problemas comunes que requieren respuestas análogas⁽³⁾.

⁽²⁾ La cita, en alusión al Derecho internacional privado, se encuentra en varios autores, entre ellos: BRILMAYER, Lea. *Conflict of Laws*, 2nd Edition, Aspen Law & Business, Estados Unidos de América, 1995.

⁽³⁾ GORDLEY, James. *Foundations of Private Law*, Oxford University Press, Oxford University Press, 2006. p. 3. Hay razones más allá del error por las que los sistemas nacionales pueden divergir. En un mundo imperfecto como el nuestro, los legisladores pueden no estar seguros sobre qué reglas elaborar, ante varias alternativas posibles; o los jueces pueden dudar cómo resolver el caso. De modo que pueden surgir así divergencias por las diferentes maneras en que se responde a las alternativas presentadas, cada una de las cuales puede tener sus ventajas o desventajas. Cada sistema nacional puede tener errores, pero no puede decirse de allí que el enfoque dado a una solución u otra sea el equivocado por el solo hecho de resultar divergente. Los sistemas jurídicos pueden diferir, entonces, porque las capacidades de las personas son diferentes. Cuando no pueden enmarcar reglas claras que describan detalladamente cuando

De hecho, razones históricas explican el “provincialismo” del Derecho privado occidental, sobre todo, con particular fuerza, a partir del siglo XIX. En su momento, Roma llegó a representar –en palabras de Ihering– “el triunfo de la idea de la universalidad sobre el principio de las nacionalidades”(4). Como lo expresa el insigne romanista Sohm, la misión que el Derecho romano ha desempeñado en la historia universal consiste en haber elaborado el *ius gentium*(5), ese derecho común de los hombres gracias al sentimiento de lo equitativo que todo el mundo tiene(6). Las reglas del *ius gentium*, que contenían elementos foráneos, particularmente griegos, estaban concebidas con el

expreso propósito de lidiar con las transacciones “transnacionales” de aquellos tiempos. Incluso se llegó a considerarlas como el derecho natural que podría servir a la humanidad toda, aun al propio *ius civile* romano, sobre el que terminó por prevalecer(7). Por ello Cicerón llamó al derecho cosmopolita *ius gentium*, término que connota un sistema jurídico basado en la razón natural y con soporte universal(8).

Cabe enfatizar la peculiaridad de que en el Derecho romano, en principio, el jurista no extraía el derecho de la regla. Esta era apenas un auxiliar en la búsqueda dialéctica del derecho. Mucho menos se disponía de un “sistema de leyes”(9).

cierto resultado ha de alcanzarse, pueden lidiar el problema de la falta de certeza de manera diferente. Esto no quiere decir que el derecho de un sistema está mal. No significa que se basa en principios subyacentes distintos. De hecho, reconocer la razón de la diferencia puede ser la guía para descubrir un principio subyacente común (GORDLEY. *Op. cit.* pp. 33 - 38).

- (4) VON IHERING, Rudolf, *El Espíritu del Derecho Romano*, Volumen 1, Ciudad de México: Oxford University Press, 2001. p. 1.
- (5) SOHM, Rodolfo, *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*, 7ma. Edición, Madrid. pp. 104 - 105.
- (6) El *ius gentium* era aquella parte del Derecho privado romano que coincidía en sus ideas capitales con el Derecho privado de otros pueblos, en especial el griego. Se lo consideraba como una especie de *ratio scripta*, o sea como un derecho común a todos los hombres y de eficacia general (SOHM. *Op. cit.* p. 103).
- (7) Normas del *ius gentium*, surgidas para reglamentar relaciones de extranjeros, en principio aplicadas únicamente por el *praetor peregrinus*, se extendieron pronto a las generadas por los romanos, siendo aceptadas por el *praetor urbanus*. Aunque el *ius civile* no podía ser *ius gentium*, el *ius gentium* era necesariamente *ius civile*. Toda esta gama de relaciones significó un gran progreso para el Derecho romano, porque al lado de los solemnes pudieron celebrarse actos libres, con efectos que resultarían más adecuados a las intenciones de las partes (Arangio-Ruiz, Vicente. *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la 2da. edición italiana, Madrid: Reus, 1994. p. 182).
- (8) De un mero apéndice al *ius civile*, el *ius gentium* pasó a ser el gran, aunque aún imperfecto, modelo hacia el cual el derecho debería moldearse. Su fin práctico de resolver problemas multiestatales dio el estímulo para especular sobre el derecho natural (JUENGER, Friedrich K. *General Course on Private International Law* (1983), *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volumen IV. Tome 193 de la collection, 1985. Martinus Nijhoff Publishers, 1986. p. 138).
- (9) El Derecho romano reservaba a las leyes el lugar reducido que les asigna la doctrina clásica del derecho natural: sirven para determinar ciertos preceptos particulares, cuya certeza es de “orden público”, utilizando la terminología actual. El resto conserva más libertad, se puede mover en zigzag, no en línea recta (VILLEY, Michel. *A formacao do pensamento jurídico moderno*, traducción brasileña de la edición francesa, Sao Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 580). Los estoicos vieron el razonamiento dialéctico no como un método para llegar a los primeros principios, sino para analizar argumentos y definir conceptos por distinción y síntesis entre género y especie. No se encontraban preocupados por la exposición sistemática de Aristóteles. En la forma estoica son recibidas las dialécticas griegas en el segundo y primer siglos antes de Cristo, dentro del período republicano (BERMAN, Harold. *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge y Londres: Harvard University Press, 1983. p. 134).

Junto a la aversión fundamental por lo que hoy llamaríamos codificación⁽¹⁰⁾, se encontraba –resalta Schulz– la moderación observada, como principio, con respecto a toda promulgación estatal del derecho⁽¹¹⁾. Las leyes se dictaban sólo para normar cuestiones de organización política o de carácter económico y social, como por ejemplo, en materia procesal, o para la regulación de los topes de intereses⁽¹²⁾. Pero el auténtico Derecho privado se vio muy poco afectado por la legislación, teniendo un particular desarrollo a partir de la casuística. En este sentido, se registra una notoria analogía de la técnica jurídica romana con el sistema anglosajón, elaborado durante mucho tiempo en torno a precedentes jurisprudenciales⁽¹³⁾.

La idea de que el Derecho romano representaba un derecho universal, persistió

a través de los siglos, al punto que el término *ius gentium* –o derecho de gentes– fue luego utilizado para connotar tanto el Derecho Internacional Público como el Privado⁽¹⁴⁾. El Derecho comparado, dice Glenn, equivalía al *ius gentium*, aunque no estaba reconocido como tal ni tenía un método formal⁽¹⁵⁾. En gran parte de las Edades Media y Moderna, se utilizaban prácticamente los mismos libros en la Europa continental⁽¹⁶⁾; de allí la afirmación de Walton de que los abogados de entonces eran casi automáticamente comparatistas⁽¹⁷⁾.

Se hablaba así de un *ius commune*, calificado como un monumento edificado por la ciencia europea, para proveer a los juristas de modelos, de un vocabulario uniforme y de diversos métodos, orientándolos en la búsqueda de soluciones

-
- (10) Las XII Tablas están muy lejos de ser lo que denominamos una codificación. Muchas instituciones esenciales del Derecho primitivo, o no estaban reglamentadas en la ley o, cuanto más, se las recogía incidentalmente para sancionar alguna norma diferente por su estructura o contenido de las originarias (ARANGIO-RUIZ. *Op. cit.* pp. 78 y 79).
- (11) SCHULZ, Fritz. *Principios del Derecho Romano*, 2da edición revisada y corregida, de la traducción de la obra al español, Madrid: Civitas, 2000. p. 29.
- (12) O las leyes *Cincia* (limitación de la libertad de donar), *Plaetoria* (protección de los menores contra las supercherías) y *Voconia* (limitación de los derechos hereditarios de las mujeres) (SCHULZ. *Op. cit.* pp. 29 - 31).
- (13) A pesar de que esto viene cambiando en tiempos recientes. Por ejemplo, en Inglaterra se han dictado, en materia contractual, diversos cuerpos normativos, como la *Sale of Goods Act* de 1979, el *Law Reform (Contributory Negligence) Act* de 1945, el *Unfair Contract Terms Act* de 1977, y el *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999. La mentalidad jurídica anglosajona no está, empero, imbuida del racionalismo que caracterizó al Derecho civil, al menos desde la Edad Media en adelante. Prevalece allí un razonamiento inductivo, casuístico y más bien pragmático, si bien recientemente se registran síntomas de una vocación más sistematizadora que la tradicionalmente característica dentro del pensamiento jurídico anglosajón (ver el artículo de SMITS, Jan. *The Europeanisation of National Legal Systems*. En: VAN HOECKE, Mark (Editor). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004).
- (14) JUENGER, Friedrich K. *The Lex Mercatoria and Private International Law*, En: *Louisiana Law Review*. Summer, 2000 (60 La. L. Rev. 1133. p. 1135). De allí el nombre de las obras de autores como Grocio y varios otros que se ocuparon del Derecho internacional como “derecho de gentes”.
- (15) GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*, 2nd. Edition, Nueva Cork: Oxford University Press, 2004. p. 157.
- (16) LAWSON, Frederick Henry. *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, 1955. Connecticut: Greenwood Press Publishers, 1977. p. 27.
- (17) Citado por LAWSON. *Op. cit.* p. 27.

de justicia⁽¹⁸⁾. En palabras de Constantinesco, se trataba de una comunidad de estilo, de herencia, de origen y de inspiración (romana)⁽¹⁹⁾.

A la sazón, y a la par de este derecho “libresco”⁽²⁰⁾, fue consolidándose la llamada *lex mercatoria*. Esta expresión, atribuida a un autor anónimo de hacia fines del siglo XIII⁽²¹⁾, hacía alusión a entendimientos comunes compartidos por la comunidad mercantil de Occidente, que para entonces iba adquiriendo progresivamente un marcado carácter cosmopolita o universal, debido al florecimiento del comercio transfronterizo⁽²²⁾.

La *lex mercatoria* medieval no llegó a constituir un cuerpo organizado de reglas escritas, sino más bien se trataba de normas consuetudinarias diversas y constantemente cambiantes, cada tanto reunidas en alguna que otra compilación⁽²³⁾ como, por ejemplo, la de los usos ingleses consolidados en el *Little Red Book of Bristol* de 1280; o el *Consulado del Mar*, compilado en la Barcelona del siglo XIV,

que incluía los usos y costumbres de navegación mediterránea y del Golfo de Vizcaya; en tanto que los *Reglamentos de Wisby* y las *Ordenanzas Marítimas de la Hansa Teutónica* hacían lo propio con respecto al Mar Báltico y, en Italia, las *Tablas de Amalfi* compilaban las sentencias del Tribunal Marítimo de aquella localidad⁽²⁴⁾.

Esta forma de objetivación de los usos y costumbres medievales –y en ocasiones también de fallos que los recogían– se complementaba con la utilización de documentos o contratos estándares generados con el transcurrir del tiempo, a lo que contribuyó de manera importante la actividad de los notarios⁽²⁵⁾.

Por lo demás, las contiendas suscitadas entre comerciantes las resolvían comúnmente ellos mismos, o alternativamente jueces mercantiles o tribunales especiales⁽²⁶⁾, como los Consulados en España, entre los que se destacaban el de Valencia, creado en 1283; el de Mallorca, estatuido en 1343; el de Barcelona, que data de 1347; y, el de Sevilla, establecido

(18) DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traducción al portugués de CARVALHO, Hermínio A. 4ta Edición, Sao Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 45.

(19) Además de canónica, dada la influencia escolástica a partir del medioevo (CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Derecho Comparado*, Volumen I, Madrid: Tecnos, 1981. p. 62).

(20) Antes que un derecho “libresco” y dominado por académicos, el Derecho mercantil fue una creación pragmática de hombres prácticos ocupados con el comercio (MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. Traducción de SUÁREZ, Eduardo L. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. pp. 36 y 37).

(21) Que contribuyó en la Colección de Colfore incluida en el *Pequeño Libro Rojo de Bristol*. En el referido libro rojo se transcribe un tratado de 1280 sobre *lex mercatoria* (ZIMMERMANN, Reinhard. *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid: Civitas, 2000. p. 198). En Inglaterra fue popularizada a partir del famoso tratado *Consuetudo vel Lex Mercatoria*, del inglés MALYNES, Gerald, publicado en 1622.

(22) HAROLD J. Berman y DASSER, Félix J. *The “new” law merchant and the “old”: sources, content, and legitimacy*. En: CARBONNEAU, Thomas E. (Editor). *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*. Revised Edition. Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998. p. 53.

(23) GOODE, Roy. *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 1997, 46 ICLQ 1. p. 5.

(24) Ver FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Ius mercatorum, Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Colegios Notariales de España, 2003. pp. 31 y 32.

(25) BERMAN. *Op. cit.* p. 341.

(26) BERMAN. *Op. cit.* p. 346.

en 1543. Los procedimientos ante estos llamados “tribunales consulares” eran ágiles e informales, y las decisiones quedaban a cargo de comerciantes no versados en derecho⁽²⁷⁾, caracterizados por obviar tecnicismos jurídicos, por respetar la voluntad de las partes y por la tendencia a decidir *ex aequo et bono* antes que por deducciones escolásticas abstractas de textos romanos⁽²⁸⁾.

3. LAS CONSECUENCIAS DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

La codificación intentó simplificar el Derecho privado, pero derivó en consecuencias perniciosas, al propiciar el “positivismo legislativo”⁽²⁹⁾, sumamente nocivo al menos para el mundo de los juristas del sistema de Derecho Civil.

El peligro de ello ya había sido advertido antes en materia mercantil. Cuando Colbert, propulsor de las célebres ordenanzas que precedieron a la codificación francesa, preguntó a Voltaire cómo debería ser promocionado el comercio internacional por la legislación estatal, los comerciantes respondieron con la célebre frase *laissez faire et laissez passer*⁽³⁰⁾.

Sin embargo, a partir del siglo XIX, se produce la nacionalización del *ius commune* y de la *lex mercatoria*, expresándose en Códigos “nacionales”, lo que derivó también en el peculiar desarrollo del Derecho internacional privado “conflictualista” para la selección del derecho aplicable en transacciones transfronterizas.

Las consecuencias, catastróficas. Los mecanismos clásicos utilizados para buscar “estatizar” una vinculación privada internacional, recurrentemente complejos, contradictorios e insatisfactorios en incontables ocasiones, han generado una inseguridad jurídica sumamente nociva, palpable no tanto cuando los países se cerraban en virtud del proteccionismo extendido muchas veces durante los siglos XIX y XX, sino también absolutamente notoria en tiempos actuales⁽³¹⁾.

4. NUEVO ESCENARIO

Hoy existe mucho mayor grado de apertura económica en los distintos Estados, varios de ellos enfrascados incluso en procesos de integración o adscripción a esfuerzos mundiales de liberalización, como los de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

(27) FERNÁNDEZ ROZAS. *Op. cit.* p. 30.

(28) SCHLESINGER, Rudolph, citado en *International Business Law: A New Law Merchant, II Current Law and Social Problems*, 129 (1961). En: CHENG, Chia-Jui (editor). Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law. p. 24.

(29) Se advierte que este tema plantea múltiples interrogantes de orden teórico, y requeriría a su vez importantes matizaciones, lo cual excede el propósito de esta contribución.

(30) VISHNER, Frank. *General Course on Private International Law, Recueil Des Cours*. En: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992. Volumen I, Tome 232. Collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1993. p. 135.

(31) Sobre los efectos de esto en América, puede ampliarse en: MORENO RODRÍGUEZ, José A. *La Convención de México sobre el derecho aplicable a la contratación internacional*. En: *Jornadas de Derecho Internacional*, U. Ottawa, Canadá, Washington D.C.: Organización de Estados Americanos, 2006. pp. 3 y siguientes.

Pero la “internacionalización”, por así decirlo, va bien más allá de lo marcadamente económico. Los países vienen aceptando, por ejemplo, instancias supranacionales –es decir, más allá de lo estatal– de juzgamiento, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o mecanismos de resolución de conflictos regionales. Incluso, muchos Estados se han sometido a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), administrado por el Banco Mundial con sede en Washington, cuyos laudos son irrecurribles ante instancia nacional alguna. A lo que debe agregarse el enorme impacto que viene causando la adopción de normativas de origen convencional o legal, que admiten la aplicación de derechos “no estatales”, como usos y costumbres internacionales o principios generales⁽³²⁾. Y, sobre todo en los últimos lustros, la adopción masiva de instrumentos internacionales que consagran y resguardan el arbitraje⁽³³⁾, con todas sus implicancias.

5. INCIDENCIA DEL ARBITRAJE EN LOS DESARROLLOS RECIENTES

Está visto que los comerciantes de la Edad Media frecuentemente sometían sus disputas a sus propios pares –otros comerciantes– o a terceros, no jueces, que arbitraban en ellas. La consolidación de los Estados-Naciones y el avance de las ideas de soberanía estatal de los últimos siglos, entre otros factores, contribuyeron a que el arbitraje quedara arrinconado durante un buen tiempo, sobre todo como alternativa efectiva para la resolución de disputas transnacionales. El escenario cambia por completo en las últimas décadas, en que, a la par de otros acontecimientos, ya señalados, que inciden en crear una atmósfera jurídica cosmopolita, el arbitraje comercial internacional viene adquiriendo cada vez mayor preponderancia y difusión, sobre todo a través de contiendas muy conocidas, como las relativas a la nacionalización del petróleo en países árabes de los

⁽³²⁾ Los referidos principios se encuentran consagrados como fuente del derecho internacional desde hace ya un buen tiempo en los Estatutos de la Corte Internacional de La Haya (artículo 138), y además en otros numerosos instrumentos internacionales, de derecho privado y público. Así, el Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o ICSID en inglés), de Washington, 1965, prevé en su artículo 42 que podrán tener virtualidad “las normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”. A su vez, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá) se remite en su artículo 3, a falta de acuerdo entre las partes, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), cuyo artículo 30 prevé que en todos los casos se tendrán en cuenta “los usos mercantiles aplicables”. Por su parte, los acuerdos de arbitraje del MERCOSUR aluden en su artículo 10 “al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional”. Esta apertura surge también del artículo 25, inciso 3. Resulta, asimismo, sumamente trascendente la derivación que puede hacerse de una norma del propio Tratado de Asunción, constitutivo del MERCOSUR, que en su anexo 2, relativo al Régimen General de Origen, utiliza la terminología de FOB y CIF (artículos 1 y 2). No aclara su significado ni alcance, pero evidentemente se refiere a los términos usuales que ha institucionalizado la Cámara de Comercio Internacional. Con ello, efectúa un reconocimiento formal a estas fuentes no estatales. También dentro del MERCOSUR el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, reconoce un orden jurídico supranacional o transnacional al referirse en su artículo 34.1, entre las consideraciones a ser tenidas en cuenta con respecto al derecho aplicable, “[...] a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia”.

⁽³³⁾ Sobre los efectos de esto en la labor codificadora de la OEA en América, ver MORENO RODRÍGUEZ, José A. *Quo Vadis CIDIPs*. En: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. *Protección de los Consumidores en América*. Asunción: La Ley Paraguaya, 2007.

años 1970 y 1980⁽³⁴⁾. Hoy día se lo utiliza masivamente en transacciones internacionales importantes como –entre otras– las relativas a compraventa internacional de mercaderías, *joint ventures*, contratos de construcción y de distribución.

Pues bien, es indudable el decisivo aporte del arbitraje internacional y sus desarrollos recientes en el paulatino retorno a la universalización del Derecho privado. Ello se ha producido como natural consecuencia de la creciente aceptación del principio de la libertad contractual o “autonomía de la voluntad” en el Derecho internacional privado, consagrado por numerosos Estados nacionales y

reconocido en instrumentos internacionales preponderantes⁽³⁵⁾. En ejercicio de dicha facultad, sujetos de diferentes países recurren voluntariamente al arbitraje, usualmente regido por principios y reglas aceptados y difundidos internacionalmente –a los cuales se remiten o se adhieren expresa o implícitamente los contratantes–, que son, en no pocos casos, precedentes para otras vinculaciones análogas. Así, de la praxis arbitral renace –o se extiende en su consolidación– un derecho consuetudinario universal como lo fue el de los mercaderes en la Edad Media, al punto incluso de que organismos internacionales han propuesto su cristalización en

(34) Ver DEZALAY, Yves y GARTH, Briant G. *International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 75.

(35) El principio de la autonomía de la voluntad en materia internacional se propaga por Europa durante los siglos XVII y XVIII, y sobre todo con el liberalismo del siglo XIX, con apoyo de doctrinas como las de Huber, Voet, Foelix, Savigny, Mancini y Story, a lo cual vino a sumarse su consagración en la jurisprudencia francesa de 1840 a 1874. El proceso queda consolidado en Francia con el fallo de la máxima instancia judicial –Tribunal de Casación– del 5 de diciembre de 1910, en el asunto *American Trading Company contra Québec Steamship Company Limited*. En Alemania, si bien no fue previsto en la Ley de Introducción al Código Civil de 1896, el principio ha sido aceptado jurisprudencialmente, y hoy en día también en doctrina. En Italia, la autonomía de la voluntad ya había sido recogida en el Código Civil de 1865, y hace lo propio, actualmente, el Código Civil de 1942, en su artículo 25 relativo a disposiciones preliminares. Asimismo, lo hacen el artículo 6:248 del Código Civil Holandés y la Sección 859 del Código Civil austríaco. En el derecho inglés también ha sido admitida durante mucho tiempo por los tribunales la libertad de las partes de elegir la ley que regirá el contrato (*proper law of the contract*). De hecho, *proper law* es un término de indirecta referencia a la ley que el tribunal sostiene debería gobernar la validez y la interpretación del contrato. Es, consecuentemente, manifestación de la libre voluntad de las partes, en tanto expresen su intención, sea esta legal y haya habido una elección de buena fe (GRAVESON, R. H. *Comparative Conflict of Laws*. In: *Selected Seáis*. Volume I. Amsterdam-New York-Oxford: North-Holland Publishing Company, 1977. p. 289). Al otro lado del Atlántico, el principio de la autonomía de la voluntad (*party autonomy*) lo terminó consagrando definitivamente el segundo *Restatement* de 1971, en su sección 187. Casos emblemáticos reafirmaron el principio en los Estados Unidos [Bremen v. Zapata (1972) y Scherk v. Alberto Culver Co. (1974)]. La autonomía de la voluntad ha sido recibida también en importantes Tratados Internacionales de Derecho internacional privado, como las Convenciones de La Haya de 1955 sobre la ley aplicable a las ventas internacionales de objetos muebles corporales (artículo 2); el Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje (artículo VIII); el Convenio de Washington de 1965 sobre resolución de litigios relativos a inversiones (artículo 42); y el Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y la representación (artículo 5). También lo ha consagrado el Tribunal Internacional de Justicia Permanente, ya en el año 1929, en un asunto relativo a préstamos del Brasil. Jayme resalta, además, que el principio de la libertad individual se encuentra reconocido por diversas cartas y declaraciones que enuncian derechos fundamentales del hombre, como el artículo 29, parágrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que alude al libre y pleno desarrollo de la voluntad (ver JAYME, Eric. *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne, Cours général de droit international privé, Recueil des Cours*. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, Volumen IV, Tome 251. Collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1996. p. 147).

cuerpos normativos como convenciones, guías legislativas, leyes modelo u otros instrumentos análogos, o bien han ensayado consolidarlo en documentos peculiares⁽³⁶⁾.

Con respecto a esto último, grupos de expertos han trabajado para detectar y reformular (*to restate*) los “principios” del nuevo derecho universal (o *lex mercatoria* o derecho transnacional). Los trabajos resultantes se encuentran consignados en textos con redacción parecida a la de las normas legislativas, acompañados de comentarios y ejemplificaciones. Ello al igual que los llamados *Restatements* norteamericanos, de elaboración académica, no destinados a obtener sanción estatal –aunque sí pueden inspirar reformas normativas– que resumen así las tendencias preponderantes en diversos temas.

Sobre el particular, UNIDROIT (acrónimo francés de un instituto intergubernamental con sede en Roma, vinculada a Naciones Unidas a través de un acuer-

do de cooperación) publicó en los años 1994 y 2004 “Principios” de Derecho Contractual (en adelante Principios UNIDROIT)⁽³⁷⁾; y en el seno de la Unión Europea se publicaron también “Principios” similares en los años 1995 (parte I), 1999 (partes I y II) y 2003 (parte III) (en adelante “PECL”)⁽³⁸⁾.

Entre varias aplicaciones, estos principios pueden ser adoptados por las partes como reglas en sus contratos, o servir como guías a árbitros y juzgadores en lo que respecta al *status* de los usos y principios internacionales. En UNILEX, Base de Datos del Centro para Estudios Comparativos e Internacionales, se encuentran numerosas contiendas en que se alude a los Principios UNIDROIT. Estos se encuentran citados por juzgadores en al menos una centena de casos arbitrales y más de una treintena de casos judiciales⁽³⁹⁾ (lo que indica que su relevancia no ha quedado reducida al arbitraje⁽⁴⁰⁾). En doce

(36) Puede profundizarse al respecto en: MORENO RODRÍGUEZ, José A. *Nueva Lex Mercatoria: ¿Fantasma creado por profesores de La Sorbona?* En: *Revista de Derecho Mercantil Internacional*. Colombia: Legis, 2003.

(37) Puede profundizarse al respecto en: MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?* En: *Revista Foro de Derecho Mercantil*. Colombia: Legis, 2005.

(38) A nivel estatal, la Cámara de los Lores de Inglaterra ha sido la primera corte europea en citar los PECL, ya en el año 2001 (*Director General of Fair Trading v. First National Bank*) (ver, VON BAR, Christian. *Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistemology*. En: VAN HOECKE, Mark (editor). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004. p. 126).

(39) Expresa Kronke que al reconocerse virtualidad a principios como los de UNIDROIT, desaparece la diferencia según la forma como se litigue, judicial o arbitral (KRONKE, Herbert. *The Scope of Party Autonomy in Recent UNIDROIT Instruments and the Conflict of Laws in the MERCOSUR and the European Union*. En: *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Opertti Badán*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005. p. 296).

(40) Ver base de datos www.unilex.info. Se tiene noticia de que todos los siete capítulos de los Principios UNIDROIT de 1994 han sido citados en precedentes arbitrales, principalmente los del capítulo séptimo relativo al no cumplimiento. Son muy utilizadas las reglas 1.7 (buena fe), 4.1 a 4.5 (interpretación), 5.3 (cooperación) y 6.2.1 a 6.2.3 (*hardship* o excesiva onerosidad sobreviniente) (MAYER, Pierre. *The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice – Special Supplement 2002*, ICC International Court of Arbitration Bulletin. pp. 106 - 107). Los Principios UNIDROIT están destinados a aplicarse no sólo en la esfera arbitral, sino también por tribunales ordinarios, a cuyo respecto existen precedentes en Holanda y Australia, por ejemplo. Así también, un pronunciamiento de la Corte Distrital del Sur de California los reconoció ante el cuestionamiento de la decisión de un tribunal arbitral que los había aplicado, lo cual había motivado que se atacara judicialmente la ejecución del acuerdo bajo el artículo V(1)(c) de la Con-

casos se alude a los Principios UNIDROIT como expresión de “principios generales del Derecho”; y en diez se los considera aplicables cuando las partes se remiten a usos relevantes del comercio, en tanto que en tres se los identifican con la *lex mercatoria*⁽⁴¹⁾. Al analizar laudos arbitrales recientes, Farnsworth concluye que los árbitros realmente consideran los Principios UNIDROIT como una representación de los principios generales del derecho contractual internacional o de la *lex mercatoria* si así se quiere llamarlos⁽⁴²⁾.

Resulta innegable que aun hoy un arbitraje internacional tiene peculiaridades que lo distinguen claramente de litigios ante jueces nacionales. Se ve reflejado —en general— en los casos arbitrales el deseo de quienes se someten a este medio de resolución de disputas de evitar una solución “legalista”, por así decirlo, a sus conflictos mercantiles. Los comerciantes frecuentemente sienten que los tribunales ordinarios no entienden las realidades del intercambio comercial. Y los árbitros, cuya misión originaria deriva del acuerdo

de las partes, deberían —y generalmente lo hacen— dar prelación a las reglas que ellas mismas han establecido para sus vinculaciones, es decir, los términos del contrato y los usos, costumbres y prácticas que normalmente les sirven de marco.

Ahora bien: lagunas, ambigüedades o divergencias interpretativas con respecto al contrato, plantean el complejo problema del derecho aplicable, que puede surgir, contrariamente a cuanto se asume, no sólo de plantearse una disputa, sino al comienzo mismo o en cualquier momento de la ejecución del acuerdo. De allí —expresa Derains— que no resulta exagerado decir que la ignorancia sobre el derecho aplicable al contrato no sólo complica la solución de controversias, sino puede contribuir incluso a que aparezcan. Si las partes no saben cuál regla se aplica a su relación contractual, cada una de ellas, de buena fe, estará tentada a ejecutar el convenio conforme al derecho que conoce mejor (como, por ejemplo, el de su país) sin percibir que al hacerlo, está incumpliendo con sus obligaciones, dando

vención de Nueva York sobre ejecución de laudos arbitrales, pedido que fue finalmente desestimado (ver LEW, Julian D. M. *The UNIDROIT Principles as lex Contractus Chosen by the Parties and Without an Explicit Choice-of-Law Clause: The Perspective of Counsel – Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin*, ICC. p. 69).

- (41) Ver también en BONOMI, Andrea. *The Principles of Party Autonomy and Closest Connection in the Future EC Regulation “Rome I” on the Law Applicable to Contractual Obligations*. En: DeCITA, *Derecho del comercio internacional, temas y actualidades*. Buenos Aires: Zavallia, 2005. p. 333.
- (42) FARNSWORTH, Edgar Allan. *The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (2): a US Perspective on their Aims and Application*. In: *Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin*. p. 22. Refiere Berger que el movimiento mundial de creciente aceptación de los principios UNIDROIT desde el estadio de las negociaciones contractuales hasta la resolución de disputas a través de tribunales arbitrales internacionales y tribunales domésticos dará un nuevo ímpetu a la doctrina y práctica de la nueva *lex mercatoria* (Klaus Peter Berger, *International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 46 Am. Comp. L. J. 129. p. 11). Algunos consideran que los Principios UNIDROIT constituyen un eje del debate sobre *lex mercatoria* y podrían convertirse en el corazón de la misma, a pesar de lo cual no se identifican con ella; otros los consideran una codificación de principios generales y *lex mercatoria*. Este debate es académico, puesto que en la práctica —expresa Lew— dichos principios son utilizados para dar reglas concretas a la *lex mercatoria* (Lew, Julian D. M. *The UNIDROIT Principles as lex Contractus Chosen by the Parties and Without an Explicit Choice-of-Law Clause: The Perspective of Counsel*. In: *Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin*. p. 88).

pie, precisamente por ese hecho, al nacimiento de un conflicto. Por lo demás, una parte de mala fe puede tomar ventaja de cualquier incertidumbre relativa al derecho aplicable e intentar ceñirse al que mejor sirve sus propios intereses⁽⁴³⁾.

El problema del derecho aplicable constituye uno de los puntos más debatidos en arbitraje comercial internacional, en el que existe el mayor cuerpo de precedentes arbitrales y el cual ha dado lugar al mayor número de casos en que los árbitros de la Cámara de Comercio Internacional citan laudos previos⁽⁴⁴⁾. Debe considerarse que dicho organismo es el referente principal de arbitraje a nivel mundial. Fundado en 1919, recibió en 1998 su caso 10.000, publicando sus laudos desde 1974 en *Journal du droit international*, los que, a partir de entonces, también aparecen en otras publicaciones. Estos laudos, a su vez, citan o se apoyan en muchos casos en otros anteriores⁽⁴⁵⁾.

Se van creando así las condiciones, paulatinamente, para un retorno al cosmopolitismo de tiempos históricos de esplendor del Derecho Privado. Ya veremos cómo esto se viene desarrollando en los hechos y el papel preponderante que cumple la Convención de Nueva York en el proceso en ciernes.

6. ROL DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA VUELTA AL UNIVERSALISMO

El arbitraje y el derecho transnacional allí en proceso de consolidación han tenido un impulso vertiginoso a partir de la segunda mitad del siglo XX, fundamentalmente a partir de la adopción de la Convención de Nueva York de 1958 sobre ejecución de laudos arbitrales. Por lo demás, teniéndola como inspiración y telón de fondo, se ha elaborado la ley modelo de arbitraje propiciada por UNCITRAL en el año 1985, hoy día seguida –al menos en gran parte de sus soluciones– por numerosos países de los distintos continentes.

Calificada como *astonishingly successful* (Goode)⁽⁴⁶⁾ y como el “pilar en el cual descansa el edificio del arbitraje internacional” (Weter)⁽⁴⁷⁾, la Convención de Nueva York prevé condiciones uniformes para la ejecución de los laudos arbitrales en los países adherentes, amén de confirmar el criterio de que las partes se rigen por el derecho que elijan.

Destaca Carbonneau que dicho instrumento prácticamente ha eliminado la relevancia del derecho doméstico y ha profundizado el carácter transnacional del arbitraje⁽⁴⁸⁾. Sobre el particular, resulta

(43) DERAIS, Yves. *The ICC Arbitral Process*. Part. VIII. *Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration*. p. 10.

(44) CRAIG, Laurence; PARK William y PAULSON, Jan. En *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3rd Edition. Oceana Publications, 2000. p. 641.

(45) Cientos de fallos de distintos tribunales arbitrales, sin embargo, no han sido publicados, ya sea por razones de confidencialidad, ya sea porque han sido mutilados para proteger dicha reserva.

(46) GOODE, Roy. *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration, Arbitration International*. Volumen 17. Número 1 (2001). p. 22.

(47) LEW, Julian D.M., MISTELIS Loukas and KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003. p. 694.

(48) CARBONNEAU, Thomas E. *The Remaking of Arbitration: Design and Destiny*. En: CARBONNEAU, Thomas E. (Editor). *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised edition. Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998. pp. 32 y 33 y fallos mencionados al pie.

contundente la Declaración de la Conferencia de El Cairo de la *International Law Association* (abril de 1992), alusiva a la Convención de Nueva York, en los siguientes términos: “*El hecho de que un árbitro internacional haya sustentado un laudo en normas transnacionales (principios generales del derecho, principios comunes a muchos derechos, derecho internacional, usos del comercio, etc.), en vez del derecho de un Estado determinado, no debería, por sí mismo, afectar la validez o el carácter ejecutorio del laudo cuando las partes acordaron que el árbitro aplicaría normas transnacionales, o cuando las partes guardaron silencio respecto al derecho aplicable*”.

Pues bien, al ser libres los contratantes en elegir su derecho aplicable, independientemente de regulaciones locales o

al otorgarse dicha facultad a los árbitros, cabe admitir que alguna forma de *lex mercatoria* –o derecho, o principios, o usos supranacionales, o como se lo llame–⁽⁴⁹⁾, existe y controla la resolución de disputas en comercio internacional a través del arbitraje⁽⁵⁰⁾. Wetter prefiere hablar de un “derecho internacional del arbitraje” (*international law of arbitration*) que crece paulatinamente, de manera análoga al *common law*, en base a precedentes y prácticas, señalando que la expresión *lex mercatoria* está muy desgastada y tiene limitado alcance⁽⁵¹⁾. Sea cual fuera la terminología adoptada, el camino a la universalización es –podría decirse– uno sin retorno.

Ahora bien, el derecho transnacional o la llamada nueva *lex mercatoria* se consolidó en tiempos recientes luego de mucha renuencia⁽⁵²⁾. Puede afirmarse que

(49) La terminología alusiva a la nueva *lex mercatoria* es caótica. En las primeras décadas del siglo XX Lambert utilizaba la expresión “derecho corporativo internacional” (*droit corporatif international*). Jessup en su obra *Transnational Law* de 1956, parece haber sido el primero en poner en circulación esta expresión, con la que se pretende superar la división tradicional entre el aspecto público y privado de las relaciones internacionales (ver François Rigaux, *Derecho Internacional Privado, Parte General*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985. p. 81). Modernamente la utilizan autores como Goode (GOODE, Roy. *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 1997, 46 ICLQ 1. p. 2), Muir Watt (MUIR WATT, Horaria. *New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help?* En: VAN HOECKE, Mark (Editor). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004. p. 277), Loussouarn, Boruel y Vareilles Sommières –quienes también aluden a un “orden superior” (LOUSSOUARN, Yvon; BOUREL, Pierre y Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES. *Droit international privé*, 8va édition, Dalloz, 2004. p. 3), entre varios otros. También se habla de un “derecho a-nacional”, término atribuido a Fouchard (MUSTILL. *Op. cit.* p. 151, nota al pie), en tanto que los Principios UNIDROIT de derecho contractual utilizan la palabra “supranacional”. También puede verse en Berman la utilización de la expresión *world law* (derecho mundial) (BERMAN, Harold J. *Is Conflict-of-Laws Becoming Passe? An Historical Response*. Emory University School of Law, Public Law & Legal Research Paper Series, Research Paper N° 05-42, <http://papers.ssrn.com/abstract=870455>). Illescas y Perales Viscasillas, por su parte, en vez de utilizar expresiones como *lex mercatoria*, Derecho mercantil internacional, Derecho comercial internacional o Derecho del comercio internacional, se inclinan por adoptar –por considerarla más adecuada– la terminología de Derecho uniforme del comercio internacional (Rafael Illescas Ortiz y Pilar Perales Viscasillas, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003. pp. 28 y ss.). Actualmente se encuentran muy en boga las expresiones en inglés *soft law*, o derecho de génesis no-estatal, y su contrapartida *hard law*, que sí tiene dicho origen.

(50) CARBONNEAU. *Op. cit.* pp. 34 y 35.

(51) CRAIG, PARK y Paulsson. *Op. cit.* pp. 624 y 625.

(52) Born cita el caso N° 4237 de la Cámara de Comercio Internacional, en que el tribunal considera, pero rechaza, la posibilidad de aplicar la *lex mercatoria* para resolver la disputa. Recientemente, sin embargo,

Francia ha estado en la vanguardia en este tema, sobre todo por los contornos que la doctrina ha dado a la casuística arbitral y judicial, con particular impulso a partir de la década de los sesenta⁽⁵³⁾. Mucho ha contribuido para todo esto el arbitraje y las condiciones propicias creadas para su desarrollo a partir de la adopción de la Convención de Nueva York en 1958.

Apenas un poco antes, en 1950, la Corte de Casación Francesa había resuelto que “todo contrato internacional queda sometido necesariamente al derecho de un Estado” (*Etat Français v. Comité de la Bourse d'Amsterdam et Mouren (Messageries maritimes)*). Esta posición no duró por mucho tiempo. Y el arbitraje abrió la senda. Una de las primeras emancipacio-

nes del derecho nacional en dicho ámbito – según lo destacan Craig, Park y Paulson – se dio con un laudo emitido dentro de un proceso regido por reglas de la Cámara de Comercio Internacional (Caso No. 1641 de 1969), conforme al cual, al no haber las partes indicado en sus acuerdos el derecho nacional al que intentaban sujetar sus relaciones o disputas, le han dado implícitamente al árbitro la discreción y el poder para interpretar sus obligaciones y aplicar las reglas de derecho que correspondan o, en su defecto, los usos comerciales⁽⁵⁴⁾.

A esto seguirían no sólo otros laudos arbitrales, sino paradigmáticos pronunciamientos de la Corte de Casación Francesa⁽⁵⁵⁾. En 1981, ha sentado dicho tribunal que un laudo resuelto según la *lex*

las decisiones judiciales han sugerido con vehemencia que la mayoría de los tribunales reconocerían laudos arbitrales internacionales basados en la *lex mercatoria* (ver Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Commentary and Materials, Second Edition, Transnational Publishers Inc. and Kluwer Law International. p. 556).

- (53) Debido al influjo de la doctrina francesa, algunos críticos han llegado a afirmar que se está ante un “fantasma creado por profesores de la Sorbona” (ver TEUBNER, Gunther. *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems*, en *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 149). p. 151. En general, ver MORENO RODRIGUEZ, José A. *Nueva Lex Mercatoria: Fantasma creado por profesores de La Sorbona?* En: *Foro de Derecho Mercantil, Revista Internacional*, Número 1. Bogotá: Legis, 2003). Ello en alusión a Goldman y otros juristas franceses que instalaron el debate contemporáneo en torno al derecho transnacional así manifestado. Goldman señala dos concepciones de la *lex mercatoria*: una amplia, que incluye todos los principios y reglas que gobiernan las relaciones económicas internacionales, sean tratados, o incluso legislaciones estatales designadas para relaciones internacionales. Esto sumado a reglas espontáneas de los comerciantes, como usos y principios generales de allí emergentes. Goldman se adhiere a la concepción restrictiva que sólo considera como *lex mercatoria* a estos últimos, sin perjuicio de que tratados internacionales puedan, por remisión, admitir la aplicabilidad de los usos y principios generales (GOLDMAN, Berthold. En: *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*. Revised edition. CARBONNEAU, Thomas E. (Editor). Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, xxi).
- (54) La referencia se encuentra en CRAIG, PARK y PAULSON. *Op. cit.* p. 333. Derains cita un fallo también dentro de un proceso de la CCI (No. 1581), de 1971, conforme al cual “en tanto el tribunal arbitral deriva sus poderes y su jurisdicción de los términos de referencia y, a diferencia de un tribunal local, está ligado por la voluntad de las partes, cuando ellas la expresaran en mutuo acuerdo” (...)” en tanto, consecuentemente, a pesar del hecho de que, sorprendentemente como puede ser visto, *prima facie*, a la luz de los principios de Derecho internacional privado un caso cuyos elementos centrales están situados en Suiza ha sido vinculado a la legislación francesa, el tribunal está atado a declarar el derecho francés como el aplicable al caso”. El fallo aparece en el *Journal du Droit International*, 1974. p. 887.
- (55) No se explica Lowenfeld por qué el debate sobre *lex mercatoria* se concentra casi exclusivamente en el arbitraje, en tanto que la cuestión también se plantea con respecto a los fallos judiciales (LOWENFELD, Andreas F. *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*. En: *Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin*. p. 74).

mercatoria no equivale necesariamente a un fallo basado en equidad (*Fougerolle c. Banque de Proche Orient*). En el referido caso, la Corte de Casación no revirtió un laudo en que los árbitros decidieron que la disputa se resolvería según principios generalmente aplicables en el comercio internacional –o *lex mercatoria*–, incluso sin que las partes hubieran hecho mención a ello⁽⁵⁶⁾.

Otro caso francés resultó derivación de lo resuelto en Austria en 1982, en que la Corte Suprema de este país no invalidó un laudo proferido en Viena según las reglas de la Cámara Internacional de Comercio (*Pabalk Ticaret v. Ugilor/Norsolor*)⁽⁵⁷⁾. En el caso, los árbitros entendieron difícil elegir entre dos derechos nacionales, y optaron por recurrir a la *lex mercatoria*⁽⁵⁸⁾, sin que las partes contra-

tantes se hubieran remitido, en su momento, ni a ella ni a *amiable composition*⁽⁵⁹⁾.

En 1989, la Corte de Apelaciones de París llegó a atribuir un carácter normativo⁽⁶⁰⁾ al derecho transnacional (*Compañía Valenciana de Cementos Portland c. Société Primary Coal Inc.* 1989)⁽⁶¹⁾, expresado en los principios y usos de comercio denominados *lex mercatoria*⁽⁶²⁾. En tanto que en 1991, la Corte de Casación decidió que un árbitro que aplique *lex mercatoria* o reglas transnacionales, en lugar de normas creadas por el Estado, decide conforme a derecho⁽⁶³⁾, lo que fue reafirmado en fallos ulteriores, como el de 1993, en que dicha Corte proclamó la autonomía de la cláusula compromisoria sobre la base de una regla material del “derecho internacional del arbitraje” (*Dalico Contractors v. Comité de la Municipalité*

(56) A pesar de las dudas que plantea, el caso *Fougerolle* puede verse como un primer modesto paso a considerar la *lex mercatoria* como *lex fori* dentro del arbitraje internacional (DE LY, Filip. *International Business Law and Lex Mercatoria*. Netherlands: Elsevier Science Publishers B.V., 1992. pp. 255 - 256). Desde una posición crítica, refiere Mustill que, de las razones económicas dadas por la Corte no resulta claro si la decisión estaba fundada en la *lex mercatoria*, y puede no resultar seguro sacar muchas conclusiones al respecto (LORD MUSTILL, Justice. *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years*. En: *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (eds Bos and Brownlie). pp. 169 y 170).

(57) Desde una perspectiva crítica, entiende Mustill que la decisión de la *Oberster Gerichtshof* austriaca no parece como un endoso de la *lex mercatoria* como tal, sino un reconocimiento de los limitados poderes de la Corte cuando el razonamiento del tribunal es atacado. En Francia, donde se buscó el *exequatur*, la Corte de Casación no repudió la noción de la *lex mercatoria*. Sin embargo, señala Mustill, ello no llega a ser una vindicación de la *lex* como se dijo. Goldman entre otros reconoce que no se llegó tan lejos (MUSTILL. *Op. cit.* p. 170).

(58) En el caso *Norsolor*, la Corte acepta que la *lex mercatoria* consiste en reglas jurídicas que pueden ser aplicadas, aun si las partes no han autorizado al tribunal arbitral a actuar como *amiables compositeurs* (DE LY. *Op. cit.* p. 257).

(59) Ver referencia en LANDÖ, Ole. *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration* (1985) 34 ICLQ 747. p. 757.

(60) Ver referencia, por ejemplo, en ESPLUGUES, Carlos (Coordinador). *Contratación Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. pp. 62 y 63.

(61) La Corte concluyó que la decisión arbitral estuvo correcta, puesto que la aplicación del derecho español, el de Nueva York o el inglés –que podrían también tener conexión con el caso– hubiera frustrado la tácita voluntad de las partes contratantes (caso CCI 5953, 1990) (DE LY. *Op. cit.* p. 261).

(62) JAYME. *Op. cit.* p. 87.

(63) DERAIS y SCHWARTZ. *Op. cit.* p. 268, nota al pie.

de Khoms El Mergeb)⁽⁶⁴⁾. La misma línea fue seguida en los casos *Uni-Kod* (2004)⁽⁶⁵⁾ y *Némesis* (1era. Sala Civil, 2005)⁽⁶⁶⁾.

Nuevamente, en 2007, en el caso PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding la Corte de Casación confirmó la existencia de un orden jurídico arbitral distinto de los sistemas normativos nacionales. Además, caracterizó el laudo arbitral como una decisión judicial internacional⁽⁶⁷⁾. Un tiempo antes, en el caso *Jules Verne et al. v. American Bureau of Shipping* (2006) el alto tribunal había reconocido, expresamente, virtualidad al “derecho a-nacional”⁽⁶⁸⁾.

En Inglaterra, Dalhuisen hace notar una actitud definitivamente favorable a la

lex mercatoria a partir del caso *Eagle Star v. Yuval*, del año 1978⁽⁶⁹⁾. Pero indudablemente, el landmark case es *Deutsche Schautbau-und Tiefbohrergesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd.* (1987). Allí, la Corte Inglesa de Apelaciones rechazó el argumento de que violaría el orden público la ejecución de un laudo que, sin invocar derechos nacionales, se encuentra basado en principios del derecho internacionalmente aceptados para las relaciones contractuales y, más en concreto, la práctica común en arbitrajes internacionales, particularmente en el campo de concesiones de hidrocarburos⁽⁷⁰⁾.

(64) En esta contienda, una de las partes había alegado que el convenio arbitral era inválido por no cumplir con los formalismos exigidos por el derecho aplicable al contrato principal (en ese caso, el derecho libanés). La Corte resolvió que en virtud de regla material del Derecho internacional del arbitraje, la cláusula compromisoria es independiente jurídicamente del contrato principal que la contiene. Su existencia y eficacia se aprecian reservando la aplicación de reglas imperativas del derecho francés y del orden público conforme a la voluntad común de las partes, sin que sea necesario referirse a ningún derecho nacional (GARCÍA REPRESA, José Manuel. En: GARCÍA REPRESA, José Manuel; MANTILLA-SERRANO, Fernando y NÚÑEZ-LAGOS, Carmen. En: MOURRE, Alexis y MANTILLA SERRANO, Fernando. *Panorama de Jurisprudencia Francesa* (por el Capítulo Francés del Club Español del Arbitraje). *Revista del Club Español del Arbitraje* – 3/2008. p. 101.

(65) Rechazando la aplicación de Derecho ruso.

(66) Efecto positivo del principio competencia-competencia.

(67) Es la primera vez en que se expide la Corte de Casación sobre este tema desde las famosas decisiones *Hilmarton*, mencionadas más abajo, y este caso tiene importancia por el marco teórico que brinda el tribunal a esta solución (Ver: PINSOLLE, Philippe. *The Status of Vacated Awards in France: the Cour de Cassation Decision in Putrabali*. pp. 277 - 278).

(68) GARCÍA REPRESA. *Op. cit.* pp. 94 y siguientes.

(69) DALHUISEN. *Op. cit.* p. 118.

(70) International Law Association, London Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (www.ila-hq-org). pp. 27 - 28. Se trataba de un acuerdo para la exploración de petróleo y gas hecho por el gobierno y una compañía del gobierno, de un lado; y del otro un consorcio de compañías registrado en varios países. El arbitraje, sometido a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, se llevó a cabo en Ginebra. El gobierno y la compañía de petróleo declinaron cumplir alegando que fueron inducidos por engaños (*misrepresentation*). La disputa fue sometida a arbitraje y el gobierno no participó del mismo. Los árbitros decidieron en los hechos sosteniendo que el engaño no quedó establecido y que no había otro argumento para declarar inválido el acuerdo. En el laudo (CCI 3572) dijeron los árbitros que “la elección del derecho a ser aplicado al acuerdo es de pequeña significación, si alguna, bajo las circunstancias prevalecientes”. Pero, no obstante, expresaron una elección, presumiblemente porque se sintieron obligados según los términos de referencia, rechazando el derecho del país donde el acuerdo sería ejecutado, y sostuvieron que principios internacionalmente aceptados de derecho rigen las relaciones contractuales.

Otros tribunales superiores europeos también han admitido –o tolerado– la aplicación de la *lex mercatoria*. Ya hemos mencionado la decisión de la Corte Austriaca en *Norsolor* (1982). Además, existen pronunciamientos en ese sentido de la Corte de Casación Italiana (caso Damiano, 1982) y de la Corte Suprema de Suecia (Götaverken Arendal AB v. Libyan General Maritime Transport Co⁽⁷¹⁾).

Al otro lado del Atlántico, el camino quedó allanado en los Estados Unidos de América con el caso *The Bremen v. Zapata Offshore Co.*, de 1972⁽⁷²⁾, dictado en

el marco de un litigio ante tribunales nacionales, en que la Corte Suprema profirió –en palabras de Borchers– una magnífica decisión cosmopolita, basándose en el endoso mundial a la idea de que las partes pueden elegir de antemano el foro y el derecho que las gobernará⁽⁷³⁾. El golpe de gracia lo dio la misma Corte Suprema en 1985, ya en un caso sometido a arbitraje, en que se dejó sentado que el tribunal arbitral no se debía a normas de Estados en particular, y sí está obligado a dar virtualidad a la intención de las partes (*Mitsubishi Motor Corp. c. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*)⁽⁷⁴⁾.

les eran *the proper law*. De esto se asió la compañía para impugnar el fallo en Inglaterra. Se pretendió la no ejecución del laudo por resultar contrario al orden público, porque los principios aplicados por los árbitros eran inseguros en cuanto a su determinación. El planteo, está visto, no tuvo éxito. Mustill relativiza las circunstancias de este caso, por las particularidades del arbitraje llevado a cabo en Suiza, que no contradecían el orden público inglés (MUSTILL. *Op. cit.* pp. 171-172). Este fallo llegó a manos de Mustill cuando estaba por enviar a imprenta su artículo (renuente hacia la *lex mercatoria*), y señaló que, no obstante lo anteriormente dicho, será bienvenido por mercatoristas (MUSTILL. *Op. cit.* p. 171).

(71) VISHNER, Frank. *General Course on Private International Law, Recueil des Cours*. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992, I, Tome 232 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1993. p. 143. Así también, las prácticas de la *lex mercatoria* son mayoritariamente aceptadas por la magistratura brasilera (Ver el artículo de RAVA, Ben-Hur y DA ROS, Luciano. *Posicionamentos da Magistratura brasileira sobre a nova lex mercatoria*. En: Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Volume 26, Dezembro 2006, particularmente en la p. 54).

(72) La Corte Suprema de Estados Unidos dio virtualidad a una cláusula de selección de foro entre una empresa alemana y otra norteamericana, requiriendo que su disputa sobre una operación en alta mar sea litigada en una corte inglesa. Sin preocuparse de cuestiones teóricas, como si la cláusula podría dejar de lado a tribunales federales o la jurisdicción marítima, o si la cláusula debería ser rigida por leyes domésticas o foráneas, la Corte escribió –en palabras de Borchers– una magnífica decisión cosmopolita, basándose en el endoso mundial a la idea de que las partes pueden elegir de antemano el foro y el derecho que las gobernará (BORCHERS, Patrich J. *The Triumph of Substance over Rules of Choice in International Commercial Transactions: From the Lex Mercatoria to Modern Standards*. En: RAISCH, Marylin J. and SHAFFER, Roberta I. *Introduction to Transnational Legal Transactions*. New York, London, Rome: Oceana Publications Inc., 1995. p. 153).

(73) BORCHERS. *Op. cit.* p. 153.

(74) 473 U.S. 614, 636 (1985). Ver VON MEHREN, Arthur T. *Arbitration Between Status an Foreign Enterprises. The Significance of the Institute of International Law's Santiago de Compostela*. Resolution, 5 ICSID Rev. – Foreign Investment L.J. 54 (1990). p. 60. Refieren Dezalay y Garth que este fallo alteró la relación entre tribunales, el gobierno federal y la regulación de la empresa privada establecida luego del *New Deal*, cambiando el escenario de resolución de disputas en los Estados (DEZALAY y GARTH. *Op. cit.* pp. 156 y 157). En este caso, un representante de automóviles (Soler) intentó evitar una cláusula de arbitraje en su contrato de distribución con la empresa transnacional Mitsubishi. La cláusula preveía el arbitraje en Japón sometido a las reglas y procedimiento de la *Japan Comercial Arbitration Association*. Soler se resistió al arbitraje sosteniendo que Mitsubishi había violado leyes federales de defensa de la competencia de los Estados Unidos y que esto debía ser juzgado ante tribunales ordinarios.

Cabe destacar con Grigera Naón que, aun cuando el derecho aplicable al fondo de la controversia estuviera aparentemente limitado a la selección de un “derecho”, un importante sector de la doctrina y distintos laudos arbitrales decidieron que esa referencia no impedía pronunciarse a favor de la aplicación de principios generales del derecho, *lex mercatoria* o derecho transnacional⁽⁷⁵⁾. Es más: en casos recientes se resolvió que –incluso– no era necesaria referencia a derecho alguno en la argumentación del laudo. Así, en el caso *Trust Informatic, S.A. v. Farguell Industrial Metalicas, S.A.* la Audiencia Provincial de Barcelona consideró la apelación de un fallo arbitral, cuya base era que no contenía un razonamiento suficiente por fallar en incluir un solo artículo de una ley o citar un solo caso en apoyo de la decisión. El tribunal desestimó la apelación, diciendo que lo importante es que la decisión contiene la aplicación del derecho a la resolución del conflicto, teniendo en cuenta los hechos y las probanzas del proceso, aun cuando la misma no men-

cione específicamente la ley o el fallo en que se basa. La obligación de proveer razonamiento o explicar la decisión judicial –concluye el tribunal– no implica requerimiento alguno de extensa retórica, rigor lógico o soporte académico⁽⁷⁶⁾.

7. “DESNACIONALIZACIÓN” O “DESLOCALIZACIÓN”⁽⁷⁷⁾

Este tema no se encuentra aún resuelto a nivel doctrinario, en que existen fuertes controversias. El debate –podría decirse, aún en fase embrionaria– promete profundizarse en los años venideros. Y, como podrá apreciarse, mucho han incidido en los desarrollos de este tema la Convención de Nueva York y sus derivaciones.

Expresa Goode que en paralelo a la resurrección en forma moderna de la *lex mercatoria*, se propugna la liberación del proceso arbitral de los derechos nacionales⁽⁷⁸⁾, con lo que el arbitraje debería ser capaz de “flotar” independientemente al país en que se conduce⁽⁷⁹⁾. Tal es la pro-

(75) Ello implica un paso más en refuerzo a la autonomía del arbitraje (GRIGERA NAÓN, Horacio A. *Los Árbitros Internacionales, ¿Pueden o Deben Aplicar las Leyes de Policía?* En: JÜRGEN SAMBLEBEN, Liber Amicorum. *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002. p. 608). Al respecto, dice Grigera: “Ocasionalmente, árbitros que en un primer momento habían concluido que un derecho nacional regiría la controversia se tomaron la libertad, no expresamente consignada en el reglamento (del Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional), de excluir la aplicación de ciertas normas sustantivas de dicho derecho nacional que por ser consideradas de naturaleza exclusivamente local y no suficientemente adaptadas a las necesidades o modernas tendencias del arbitraje o del Derecho comercial internacional, no serían apropiadas para regir la cuestión litigiosa a ser resuelta(...)”. Ello, refiere Grigera, “a pesar de la ausencia en el reglamento arbitral de referencia a ese tipo de técnicas(...)” (GRIGERA, Naón. *Op. cit.* pp. 608 - 609).

(76) Ver también lo resuelto por la Corte Federal Suiza en 2004, en el *Caso N° 4P.14/2004*.

(77) Sobre este tema, puede verse un sesudo análisis en: Roberto Moreno Rodríguez Alcalá, *Delocalización, la lex loci arbitri y la nueva Ley de Arbitraje y Mediación*, en José Antonio Moreno Rodríguez (coordinador), *Arbitraje y Mediación*, Intercontinental Editora, Asunción, 2003. pp. 147 y siguientes.

(78) GOODE. *Op. cit.* pp. 21 - 22. Se habla así de *denationalized, anational, floating or drifting arbitrations*.

(79) Read cita a Lalive para quien el arbitraje no debería ser considerado una “manifestación del poder del Estado” como la de los jueces. Los poderes del árbitro derivan del acuerdo privado de las partes antes que de la tolerancia del Estado en que se lleva a cabo. Muchas veces los árbitros seleccionan un foro de

puesta de quienes sostienen la “teoría de la autonomía del arbitraje”⁽⁸⁰⁾. Ello, más aún, si se considera que en numerosos arbitrajes la sede resulta elegida por razones de logística, conveniencia, o neutralidad.

Desde la otra vereda, juristas de prestigio como Mann propugnan la “teoría territorial o jurisdiccional del arbitraje”, es decir, que dicho proceso se encuentra sujeto al derecho del lugar del arbitraje. La extensión por la cual las partes pueden derogar dicho derecho es materia a determinarse por cada Estado en ejercicio de su soberanía⁽⁸¹⁾.

La problemática de la “desnacionalización” o “deslocalización” presenta cuatro cuestiones relacionadas pero distintas: Una, ¿podrá o debería el *situs* de arbitraje permitir la renuncia al derecho de impugnar el laudo? Dos, ¿qué intereses nacionales del *situs* arbitral se definden por un procedimiento de anulación? Tres, ¿sobre qué base puede pronunciar-

se una anulación? Y cuatro, ¿qué efecto debería tener la anulación de un laudo cuando se lo presenta para reconocimiento en otro país?⁽⁸²⁾.

Con relación al primer interrogante, existen tres modelos de revisión del laudo en su sede. Uno admite que se lo pueda recurrir ante instancias judiciales, tanto en apelación de sus méritos jurídicos como por defectos procesales, tales como la imparcialidad del árbitro, el exceso de autoridad o la denegación de debido proceso. El segundo modelo permite impugnar el laudo sólo en base a defectos procesales, y no errores de derecho⁽⁸³⁾. En tanto que el tercero no admite la revisión de lo resuelto por los árbitros.

Antes de ser reformado en 1998, el artículo 1717 del Código Procesal Belga permitía, pero no imponía, la exclusión de un eventual escrutinio de los tribunales por voluntad de las partes⁽⁸⁴⁾. En la actualidad, Bélgica⁽⁸⁵⁾ y otros países como Suiza⁽⁸⁶⁾,

arbitraje basados en consideraciones de conveniencia y neutralidad, a pesar de que ninguna tiene residencia o activos en el Estado del foro. La intervención se justificaría si se afectan políticas de ese Estado, pero ese no es normalmente el caso. Ello no implica que los laudos no estarán sujetos a escrutinio: lo estarán en el lugar en que se pretenda su ejecución, en el cual sí se verá si existen violaciones al orden público. Pero ello en nada debería afectar al lugar del arbitraje, que muchas veces es elegido por razones de conveniencia o neutralidad, sin que las partes tengan allí activos o intereses (READ, Pippa. *Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millennium*. En: *American Review of International Arbitration*, 177. p. 186).

(80) A la que muchos matizan con excepciones a favor de circunstancias en que los Estados pueden hacer valer su soberanía.

(81) READ. *Op. cit.* p. 185.

(82) CRAIG, PARK y PAULSSON. *Op. cit.* pp. 500 y ss.

(83) Ello en caso de injusticia procesal manifiesta, dejando larga medida de discreción a tribunales arbitrales (CRAIG, PARK y PAULSON. *Op. cit.* p. 502).

(84) CRAIG, PARK PAULSON. *Op. cit.* p. 503.

(85) En 2004 la Corte Civil de Primera Instancia de Bruselas, haciendo referencia al artículo 1717.4 del Código Judicial, notó que el derecho de anular un laudo sólo podría ser renunciado cuando ninguna de las partes fuera de nacionalidad belga. En este caso ambas eran belgas, por lo que la Corte entendió que no podría renunciarse dicho derecho (Caso N° R.G. 03/8267/A + 03/14084/A).

(86) El artículo 192 de la ley de Derecho internacional privado suizo prevé que las partes pueden excluir la revisión judicial de acuerdos en tanto no tengan domicilio, residencia o centro de actividades en Suiza.

Suecia⁽⁸⁷⁾, Túnez y, recientemente Perú⁽⁸⁸⁾, prevén en sus leyes de arbitraje la posibilidad de que las partes renuncien al derecho de apelar el laudo cuando son extranjeras. Como lo señala Jiménez Figueres, constituye este un paso más hacia deslocalización del arbitraje⁽⁸⁹⁾. Cabe destacar que la legislación panameña no exige el requisito de la nacionalidad para la renuncia a recursos judiciales al laudo, yendo así incluso más lejos.

Digno de mención resulta, además, lo de Francia, en que la jurisprudencia —y la doctrina formada en torno a ella— se inclinan también hacia la deslocalización en el sentido que estamos abordando. En el caso *General National Maritime Transport Co. V. Gotaverken* (1980), que no tenía conexión con el sistema francés, la Corte de Apelación de París entendió que el laudo no era, por ende, francés en nacionalidad ni se encontraba sujeto a las leyes procesales de este país. Consecuentemente, la Corte resolvió que no tenía jurisdicción para entender en la impugnación, por tratarse de un procedimiento

disponible sólo para laudos franceses⁽⁹⁰⁾. La deslocalización, como se verá más adelante, tuvo también particular desarrollo en Francia tratándose de ejecución de laudos arbitrales.

Por de pronto, debe quedar en claro que esta evolución del arbitraje, conforme a la cual en diversas sedes se va limitando las posibilidades de impugnación genera, naturalmente, las condiciones apropiadas para que, libre de ataduras localistas, pueda consolidarse la *lex mercatoria* como derivación de su reconocimiento en este tipo de contiendas. Si bien muchos de estos desarrollos son recientes, mayormente resultan posibles —podría decirse— merced a la senda abierta por la Convención de Nueva York, conforme a lo que se viene explicitando en diversos pasajes.

Los otros interrogantes que plantea la deslocalización guardan fundamentalmente relación con la problemática del orden público, cuestión que puede plantearse tanto en sede del arbitraje como en lugares de eventual ejecución del laudo⁽⁹¹⁾.

(87) Ello ha sido reconocido por la Corte Suprema de Suecia en 1989 (caso *Ugana*), tratándose de partes no suecas. Lo propio ha ocurrido en la legislación de Bélgica y Suiza. En el caso *Titan Corporation v Alcatel CIT SA* (Caso T 1038-05) la Corte de Apelación de Svea rechazó intervenir en la apelación de un arbitraje, al sostener que no existía una conexión con Suecia. Se trataba de una disputa en que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, eligieron Estocolmo como el lugar del arbitraje. La disputa se planteó entre una compañía francesa y una americana, con un solo árbitro inglés que desarrolló una reunión para pruebas en París y realizó el resto del trabajo en Suecia. El tribunal entendió que no había interés sueco en la cuestión, por no existir conexión con Suecia.

(88) Sobre las particularidades del arbitraje internacional en Perú, ver la completa reseña de Soto, Carlos A. *Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú – Ley N° 26572*. En: Soto, Carlos A. (Director). *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Lima: Magna, 2008. pp. 27 - 31. Una propuesta de reforma futura de la legislación paraguaya en este sentido la había formulado en 2003 Roberto Moreno Rodríguez Alcalá (ver *Op. cit.* p. 177).

(89) JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. *Renuncia al Recurso de Anulación contra el Laudo: Alcances y Análisis Comparativo*. En: Soto, Carlos A. (Director). *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Lima: Magna, 2008. p. 537.

(90) Ver READ. *Op. cit.* p. 192.

(91) Aquí podría hablarse también de una deslocalización, que consistiría en remover o limitar el poder de los tribunales locales de hacer declaraciones de nulidad del laudo con efectos globales. En este sentido, los derechos nacionales sólo tienen efecto en el estadio de ejecución por limitadas causales de revisión o

El tema presenta aún hoy diversas tensiones y es uno de los de mayor controversia en la doctrina arbitral reciente, de modo tal que lo abordamos con detenimiento un poco más adelante. Previamente, exponemos brevemente en perspectiva general el orden público en materia arbitral.

8. ORDEN PÚBLICO Y ARBITRAJE

El problema de lo imperativo, se ha dicho⁽⁹²⁾, es uno de los más difíciles en el arbitraje. Afecta cuestiones relativas a la arbitrabilidad de controversias, al procedimiento arbitral en sí y a la impugnación y la ejecución de laudos⁽⁹³⁾. Además, puede relacionarse tanto con el derecho del foro, como con el derecho de lugares de eventual ejecución del laudo y, en su caso, con el derecho transnacional o *lex mercatoria*⁽⁹⁴⁾, con todas las complejidades que plantea este tema.

Por lo demás, en esta cuestión⁽⁹⁵⁾ nos encontramos nuevamente –al igual que

con la de la *lex mercatoria* o derecho transnacional– ante un problema terminológico. Así, en alusión al orden público, el artículo 1.2 de reglas de arbitraje de UNCITRAL habla de “ley aplicable al arbitraje de las cuales las partes no pueden derogar”. Redfern y Hunter usan a lo largo de su obra relativa a arbitraje las expresiones *mandatory rules* (reglas imperativas) y *public policy* (orden público). Craig, Park y Paulsson emplean la terminología de contratos *contra bonos mores*⁽⁹⁶⁾. En los laudos, por su parte, suelen aparecer las palabras *public order*, *good morals* y *public policy*. En alusión específica al arbitraje, el Reporte Final y la Resolución 2/2002 de la *International Law Association (ILA), Committee on International Arbitration*, recogen la expresión “orden público internacional”, dentro de la que cabe el distingo entre “orden público procesal” y “orden público sustantivo”. También se habla allí de principios fundamentales sobre justicia o moralidad y de leyes de policía⁽⁹⁷⁾, así como

cuando las partes específicamente designan como aplicable el derecho del foro arbitral (*lex loci arbitri*). La libertad contractual o autonomía de la voluntad debe, pues, prevalecer. La autoridad jurídica nacional debe ser ejercida sólo para apoyar el recurso de las partes al arbitraje, salvo circunstancias verdaderamente excepcionales que aconsejen la no ejecución de un laudo (CARBONNEAU. *Op. cit.* p. 28).

(92) BLESSING, citado en *el ILA Interim Report* (2000), arriba citado. p. 18.

(93) En la etapa negocial y arbitral el orden público tiene una función positiva. Así, determinados principios deberían aplicarse ineludiblemente, como el orden público procesal; la “competencia-competencia”. o facultad de los árbitros de pronunciarse sobre jurisdicción en el caso; y la autonomía de la cláusula compromisoria, es decir, la separación de dicha cláusula del resto del contrato que la contiene de modo tal a no verse perjudicada ante una eventual invalidez de este, por citar ejemplos. En la etapa postnegocial la función es negativa (GONZALO QUIROGA, Marta. *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial*. Madrid: Dykinson, 2003. pp. 63 - 64).

(94) El orden público internacional del arbitraje es más restringido que el del Derecho internacional privado. Los criterios para la anulación o no ejecución de laudos deben resultar más restringidos (GONZALO QUIROGA. *Op. cit.* pp. 62 - 63).

(95) Como en general con relación al orden público en el Derecho internacional privado (ver MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Orden Público y Arbitraje*. En: OVIEDO ALBÁN, Jorge (Coordinador). *El Derecho Comercial en el Siglo XXI*. Colombia: Temis, Universidad de la Sabana, 2008).

(96) Ver CRAIG, PARK y PAULSSON. *Op. cit.* p. 64.

(97) Entiende Grigera que los árbitros pueden aplicar leyes de policía que no sean del *proper law* sin que el laudo pueda ser impugnado. Ello bajo ciertas condiciones como, por ejemplo, que las partes las invoquen

del deber del Estado de respetar sus obligaciones internacionales⁽⁹⁸⁾.

Todo ello –el problema de lo imperativo– se relaciona con la soberanía que, al consagrar el arbitraje, retienen los Estados nacionales por sobre lo que puedan haber determinado las partes, los árbitros o las normas de Derecho internacional privado de otros países. Al igual que en el litigio ante instancias judiciales, también en el arbitraje la reserva de orden público es el reconocimiento del derecho del Estado y sus tribunales para ejercitar un control último sobre el proceso arbitral. Como lo expresa el reporte mencionado en el párrafo antecedente, aquí se plantea la tensión entre si el Estado debería ceder su autoridad para denegar virtualidad o reconocimiento de laudos que afecten sus leyes y valores domésticos y el *desideratum* de respetar a ultranza la finalidad perseguida al reconocerse a los arbitrajes y cuanto surja

de ellos. Para resolver esta tensión, en varios países se ha optado por adoptar, por la vía convencional o legal, un concepto más estrecho de orden público, y tal es el llamado “orden público internacional”⁽⁹⁹⁾.

A su vez, se desprende de la noción de orden público internacional –o de que la contravención al orden público debe ser manifiesta– la figura de orden público “procesal” internacional⁽¹⁰⁰⁾, que por tanto debería ser tenida en cuenta para arbitrajes internacionales. La primera se relaciona con los méritos, en tanto que el orden público procesal con “cómo” el tribunal arribó al laudo, entrando aquí en consideración cuestiones como, por ejemplo, el debido proceso o la imparcialidad de los árbitros⁽¹⁰¹⁾. Con respecto a esto último, expresa Mantilla que en materia de arbitraje debería desecharse cualquier intento de introducir cuestiones desde la perspectiva estrecha de procesos desa-

y no sean aplicables meramente de oficio, o la contrastación con el orden público internacional para determinar si es o no exorbitante (GRIGERA NAÓN. *Op. cit.* pp. 612 - 615).

(98) Se califica el orden público internacional como: “(...)el conjunto de principios y reglas reconocidas por un Estado y que, por su propia naturaleza, podrían impedir el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral emitido en un proceso de arbitraje comercial internacional, siempre que el reconocimiento o ejecución de dicho laudo implique la violación de dichos principios y reglas, ya sea en cuanto al procedimiento mediante el cual fue emitido (orden público internacional procesal) o por su contenido (orden público internacional sustantivo). El orden público internacional de cualquier Estado incluye: (i) principios fundamentales sobre justicia o moralidad que el Estado desea proteger, incluso en aquellos casos en los que no está involucrado directamente, (ii) normas diseñadas para satisfacer los intereses políticos, sociales o económicos básicos del Estado, conocidos como *lois de police* o “normas de policía”, y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones con otros Estados o con organizaciones internacionales.

(99) *ILA Interim Report* (2000). p. 2. Refiere Carbonneau que la Corte de Casación francesa ha articulado principios que vuelven hermético al litigio internacional y arbitraje del contenido de reglas domésticas contrarias como, por ejemplo, al crear una noción especial de orden público internacional. Cuando se pretende la ejecución de un laudo arbitral foráneo, el orden público debe confinarse a cuestiones de debido proceso y a requerimientos de justicia procesal. En los Estados Unidos también ocurrió algo parecido al limitarse, por ejemplo, el *forum shopping*, restringiéndose al litigante foráneo al acceso a tribunales norteamericanos aun cuando invoquen el *long-arm jurisdiction* (CARBONNEAU. *Op. cit.* pp. 32 - 33).

(100) La recomendación 1(c) del Reporte Final en materia de orden público de la *International Law Association (ILA), Committee on International Arbitration*, aprobada por Resolución ILA 2/2002, da carta de ciudadanía, por así decirlo, desde un foro de gran preponderancia, a los términos *procedural international public policy* y *substantial international public policy*.

(101) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Towards a Transnational Procedural Public Policy, Arbitration International*, Volumen 20. Número 4. pp. 334 - 335.

rollados localmente en la órbita judicial, y así lo propugnan la ley modelo de UNCITRAL y demás cuerpos normativos en ella inspirados⁽¹⁰²⁾.

Cabe agregar que cuando los árbitros consideran no encontrarse atados por re-

glas específicas del foro⁽¹⁰³⁾, o derechos nacionales, a veces optan directamente por aplicar el derecho transnacional (o principios internacionalmente reconocidos, o *lex mercatoria*), que a su vez acarrea consigo un orden público independiente a los derechos nacionales⁽¹⁰⁴⁾. Este orden

⁽¹⁰²⁾ La ley modelo de UNCITRAL otorga gran flexibilidad con respecto a la tramitación de los arbitrajes. Esta flexibilidad debería llevar a que ritualismos o formalismos procesales sean definitivamente desterrados. Dice Mantilla que el orden público procesal debe salvaguardarse en atención a los siguientes factores: la autonomía del arbitraje, la comparativa facilidad y eficiencia del proceso arbitral, la promoción del objetivo último y la integridad de los laudos arbitrales (MANTILLA-SERRANO. *Op. cit.* p. 333). Señalan Redfern y Hunter que los árbitros deben cumplir un rol fundamental a fin de que el proceso pueda llevarse adelante de manera expedita, lo que requiere que cuenten con gran experiencia y, sobre todo, capacitación. Debe existir mucha flexibilidad en estos procedimientos. Diferentes disputas pueden requerir distintos enfoques. Sobre derechos intelectuales, puede el tribunal encontrar apropiado ordenar presentaciones masivas de documentos y administrar interrogatorios, lo cual no debería ocurrir en principio en acuerdos de *joint venture* y pagos derivados de ellos (REDFERN Y HUNTER. *Op. cit.* p. 24). Ejemplos en el derecho comparado existen en abundancia. Así, en 1978 se confirmó judicialmente la decisión de un árbitro que entendió no resultar su obligación sino su derecho, sujeto a discreción, el de convocar a audiencia oral a testigos que hubieran brindado testimonio escrito, y si así no se hizo, ello no debe considerarse infracción al orden público (caso *Dalmia Dairy Industries Ltd. V. National Bank of Pakistan*) (ver REDFERN Y HUNTER. *Op. cit.* p. 321). También en Suiza, en 1997, en un arbitraje llevado adelante bajo las reglas de la CCI (*Genérica Ltd. V. Pharmaceutical Basics, Inc.* (1997), la Corte de Apelaciones norteamericana del séptimo circuito estableció que el rechazo que el tribunal arbitral haga de permitirse repreguntas de la otra parte al día siguiente del interrogatorio del testigo no constituye denegación del debido proceso que puedan ser invocada bajo la Convención de Nueva York. Se dijo expresamente en el fallo de la Corte de Apelaciones que no debería asimilarse el proceso arbitral al judicial y que, además, en esta contienda el afectado no había sido privado de la oportunidad de presentar justamente su caso, que es el valor fundamental que se resguarda en materia arbitral. La Corte de Apelaciones también tomó en cuenta otras cosas, como que, si bien el afectado objetó la decisión del árbitro, no buscó una orden para compeler al testigo a quedarse en la ciudad en la que estaba desarrollándose la contienda, en tanto que sabía que tenía planteado abandonarla. También se tuvo en cuenta que el árbitro no se basó en la parte objetable del testimonio del testigo para fundamentar su laudo. En otro caso del año 2000 (*Egemetal v. Fuchs*), el Supremo Tribunal Federal Suizo entendió que alegaciones posteriores a la declaración de un experto, que supuestamente no tendría independencia en sus apreciaciones, no permiten invocar violaciones al orden público. En el caso fue de especial importancia que se dejó pasar ocho meses desde que la parte afectada supo de los hechos que pondrían en duda la independencia del perito, considerándose un abuso del derecho no impugnarlo en su momento y esperar hacerlo, como de hecho ocurrió, en caso de un resultado no favorable del arbitraje al impugnarlo en sede judicial (MANTILLA-SERRANO. *Op. cit.* pp. 344 y 345).

⁽¹⁰³⁾ Dice Derains que como consecuencia del carácter ambulatorio del arbitraje, y de que los árbitros no son magistrados o funcionarios estatales, no puede hablarse de un derecho nacional del foro del juzgador o *lex fori*. La *lex fori* contiene disposiciones de Derecho internacional privado relativas a calificación, a factores de conexión, al orden público y al fraude a la ley. Al no existir *lex fori*—refiere Derains— se presentan dos consecuencias mayores: no hay derecho nacional competente, o derecho que como principio deba aplicar el árbitro. Ello salvo que las partes hayan elegido el derecho del lugar del arbitraje, pero esto resulta consecuencia de la aplicación de una regla propia del arbitraje internacional y no de una particular *lex fori*. El segundo efecto es que no hay derecho extranjero en el arbitraje internacional. Todos los derechos nacionales tienen el mismo valor y ninguno un *status* privilegiado. Consecuentemente, el árbitro no tiene que asegurarse que conceptos puramente nacionales sean respetados, entrando a tallar aquí el orden público internacional (DERAINS, Yves. *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*, Kluwer CD, Número 10).

⁽¹⁰⁴⁾ Así, Laudo CCI 3267 de 1980 (ver Paul Lagarde, Public Policy, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 3, Capítulo 11, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Tübingen / and Martinus Nijhoff Publishers / Dordrecht / Boston / Lancaster, 1994. p. 51).

público internacional permite a los árbitros sancionar sobornos, tráfico de armas, drogas o personas⁽¹⁰⁵⁾, independientemente a lo dispuesto por los derechos locales. Es emblemático al respecto el Caso CCI 1110/1963, en que un solo árbitro decidió que no entendería en la disputa porque fue objeto del contrato un soborno a funcionarios gubernamentales⁽¹⁰⁶⁾.

Pues bien, a veces se invoca en este tipo de casos –refiere Lagarde– la *lex mercatoria* o los principios generales de obligaciones aplicables al comercio internacional⁽¹⁰⁷⁾. Con este “orden público transnacional”, puede decirse que al lado de la función negativa del orden público, se encuentra la positiva en la que tiende a absorberse aquella. Y así la función principal de orden público transnacional pasa a ser directa y positivamente influenciar la decisión de los árbitros, cuando están envueltas nociones universales de moralidad contractual o intereses fundamentales del comercio⁽¹⁰⁸⁾.

Estos desarrollos, profundizados a partir de la vigencia de la Convención de Nueva York, constituyen también peldaños gigantescos hacia el retorno al universalismo en el derecho privado.

9. ORDEN PÚBLICO EN LA EJECUCIÓN DE LAUDOS

Uno podría asumir que un Estado extranjero estaría más dispuesto a reconocer y ejecutar un juzgamiento de un tribunal de otro país antes que un laudo hecho por árbitros privados cuya autoridad deriva de un acuerdo de partes. Sin embargo, la realidad es que resulta mucho más fácil ejecutar un laudo extranjero que un juzgamiento foráneo⁽¹⁰⁹⁾, debido, fundamentalmente, a las virtudes de la Convención de Nueva York⁽¹¹⁰⁾. De hecho, es difícil encontrar en casos publicados *horror stories* de no ejecución de laudos⁽¹¹¹⁾, a los que Van den Berg califica como

(105) VAN HOUTTE, Hans. *From a National to a European Public Policy*. En: *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York: Transnational Publishers Inc., 2002. p. 846.

(106) LAGARDE. *Op. cit.* pp. 63 - 64. En ese caso se declaró sin jurisdicción. El enfoque alternativo es el de invalidar el contrato y decir que no obstante se tiene jurisdicción (caso ICC 2930/1982).

(107) Ver el fallo suizo y los fallos franceses citados por Lagarde. *Op. cit.* p. 51 nota al pie.

(108) PIERRE LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration, Commentary – Full Section*, ICCA Congress series, N° 3, New York, 1986, después de la nota 186.

(109) También, se sostiene que resulta diferente la intensidad cuando los tribunales son requeridos a reconocer/ ejecutar un laudo de afuera que cuando son requeridos a dejar sin efecto un laudo dentro de su propia jurisdicción. En este último caso, se ha mostrado menos severa, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Milán (*Wilson Smithett & Cope Ltd., v. Terruzzi* (1977)). Sin embargo, se lee en el ILA *Interim Report* que es difícil determinar si la práctica de tribunales es menos rigurosa cuando los tribunales son requeridos a reconocer/ ejecutar un laudo de afuera que cuando son requeridos a dejar sin efecto un laudo dentro de su propia jurisdicción (ILA *Interim Report* (2000). p. 16).

(110) LEW, MISTELIS y KRÖLL. *Op. cit.* p. 693. Debe tenerse presente que, como lo señala Mourre, la violación manifiesta por un Estado de sus obligaciones consagradas en la Convención de Nueva York o en cualquier otra convención internacional relativa al reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales es susceptible de comprometer su responsabilidad internacional y dar lugar al pago de una indemnización a favor de la parte acreedora (MOURRE, Alexis. *La Responsabilidad Internacional del Estado por Incumplimiento de su Obligación de Ejecutar un Laudo Extranjero*. En: SOTO, Carlos A. (Director). *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Lima: Magna, 2008. p. 579).

(111) LEW, MISTELIS y KRÖLL. *Op. cit.* p. 688.

unfortunate few⁽¹¹²⁾. Los resultados de una investigación indican que solo en alrededor de un diez por ciento de los casos se deniega ejecución⁽¹¹³⁾.

El artículo V(1) de la Convención de Nueva York dispone que la ejecución del laudo puede ser denegada en cinco supuestos. Entre los primeros cuatro se encuentran cuestiones relacionadas con la incapacidad de las partes, la violación del debido proceso y el exceso a los términos del acuerdo arbitral. El quinto y más controvertido parágrafo (e), prevé que se puede rehusar la ejecución de un laudo si no es aún vinculante para las partes, o si ha sido dejado de lado o suspendido en el país en el cual o bajo cuya ley fue emitido⁽¹¹⁴⁾. Volveremos sobre esto más ade-

lante, puesto que plantea forzar en extremo la doctrina de la deslocalización, con todo lo que ello implica para el derecho aplicable al arbitraje.

Destacamos ahora que el orden público como causal para rechazar el reconocimiento o la ejecución de juzgamientos y laudos foráneos se encuentra previsto en el artículo V(2) de la Convención de Nueva York, reproducido también en el artículo 36 de la Ley Modelo de UNCITRAL⁽¹¹⁵⁾. Al respecto, la interpretación tiende a ser bien restrictiva. Como lo dijo el Juez Joseph Smith en *Parsons & Whittemore* (Corte de Apelaciones de Estados Unidos, 1974), la ejecución de laudo arbitral foráneo será denegada en base al orden público “sólo

(112) Ver KAUFMAN-KOHLER, Gabrielle. *Enforcement of Awards – A Few Introductory Thoughts*, ICCA Congreso. Series número 12, 2005. pp. 287 - 290. Tribunales de jurisdicciones predecibles se han mostrado cautos en esta cuestión. Por ejemplo, el 20 de abril de 2005 la Suprema Corte Regional de Dresden sostuvo que sólo denegaría la ejecución de un laudo por orden público si el demandante puede demostrar claramente que el laudo conflictúa con el relevante derecho alemán aplicable a la cuestión (*Caso No 11 Sch 01/05 del Oberlandesgericht Dresden*) (Suprema Corte Regional de Dresden). Así también, en mayo de 2004, la Suprema Corte Irlandesa rechazó una demanda para rehusar reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral foráneo basado en la excepción de orden público de la Convención de Nueva York. Dejó sentado que la defensa del orden público se da sólo cuando hay violación a las nociones más básicas de moralidad y justicia. (*Broström Tankers AB v. Factorias Vulcano SA, Caso N° HC 198/04*).

(113) VAN DEN BERG, ALBERT JAN. *Why Are Some Awards Not Enforceable*. En: ICCA Congreso. Series número 12, 2005. p. 291.

(114) Las causales previstas en el primer párrafo del art. V deben ser probadas por el recurrente. El segundo párrafo, concernido con la violación del orden público según el derecho del foro, lista las casuales para las que una Corte puede rehusar de oficio la ejecución (ver van den Berg. *Op. cit.* p. 293). Expresa Mantilla que uno puede pensar aquí de violaciones al debido proceso tan egregias que, aunque renunciadas o expresamente aceptadas por una parte, podrían implicar violación a dicha norma de la convención (MANTILLA. *Op. cit.* pp. 338 - 339). En suma –observan Craig, Park y Paulson– el esquema que surge de la Convención de Nueva York es el siguiente: el reconocimiento sólo puede ser vedado en base a una limitada lista de defensas procesales. Dividida en dos grupos; uno relacionado con defectos procesales en el proceso arbitral (protegiendo el interés del perdedor) y otro en el que se permite a los tribunales declinar la ejecución de laudos que contravienen sus nociones fundamentales de orden público (protegiendo los propios intereses vitales del foro). Con respecto a esto último, nuevamente existen dos supuestos: si la materia no es arbitrable; o si viola el orden público del foro. Esto puede ser traído a colación por el tribunal bajo su propia moción, sin prueba de la parte que resista la ejecución del laudo (CRAIG, PARK y PAULSON. *Op. cit.* p. 684).

(115) En los Estados Unidos, el *Arbitration Act* habla de invalidación debida a que el laudo fue obtenido mediante fraude u otros medios indebidos (9 US Code sección 10(a)(1); en tanto que en Inglaterra, el *Arbitration Act* se refiere en su sección 68(2)(c)(g), al laudo obtenido por fraude o contrario al *public policy*.

cuando violaría las nociones más básicas del foro de moralidad y justicia”⁽¹¹⁶⁾. En línea con ello, puede constatar en varios países la política de los tribunales en dar efecto en la mayor medida posible a los laudos y no incentivar el litigio en instancia judicial. Resalta aquí lo resuelto en Inglaterra en el caso *Omnium de Traitement et de Valorisation S.A. v. Hilmarton Ltd.* (1999)⁽¹¹⁷⁾.

Expresa van den Berg que son relativamente pocos los casos en que esta norma de orden público de la convención ha sido utilizada para rechazar la ejecución de un laudo. En muchos supuestos esto fue el resultado de leyes anacrónicas de arbitraje, como la vetusta ley inglesa de 1950 y ciertos hechos graves que verdaderamente ameritaban no hacer lugar a la ejecución⁽¹¹⁸⁾.

En suma con respecto a este tema, y en lo que aquí nos interesa, esta tendencia de no dejar de lado laudos arbitrales merced a argumentos meramente localistas so pretexto de un supuesto “orden público” emergente de reglas autóctonas, obviamente coadyuva a que circulen válidamente decisiones que se amparan en principios internacionales o soluciones de tinte universal.

10. LA PROBLEMÁTICA DE LOS “LAUDOS FLOTANTES”

Ahora, volvemos al problema –diferido líneas arriba– del artículo V, párrafo 1(d) de la Convención de Nueva York y los llamados “laudos flotantes”. La cuestión aquí es si un Estado puede dar curso a la ejecución de un laudo, independientemente a que haya sido anulado o no en el país de origen, si se entiende que no hay contravención al orden público del lugar de reconocimiento. Ello supone un exceso incurrido por los tribunales del país de origen en la invalidación, o al menos que ello se haya debido a peculiaridades exclusivamente locales que en sede de ejecución no se tendría por qué respetar.

Sobre el particular, se ha planteado una seria duda, que gira en torno a la redacción del referido artículo V, Parágrafo 1(d) de la convención. Según una postura, la autonomía del arbitraje deriva en que el Estado del país de origen no debería revisar el acuerdo. Desde la otra vereda, se interpreta el artículo como dando a las partes la libertad para elegir el derecho aplicable, en el cual se debe encontrar sustento para que el laudo sea susceptible de reconocimiento o ejecución⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁶⁾ ILA Interim Report (2000). pp. 4 - 5. Por su parte, dice Carbonneau que en la ejecución de los laudos, lo relativo al orden público debe confinarse a cuestiones de debido proceso y a requerimientos de justicia procesal (CARBONNEAU. *Op. cit.* pp. 32 - 33).

⁽¹¹⁷⁾ Según García Represa, otro aspecto digno de mención de la Sentencia Jules Verne (*Jules Verne et al. C. American Bureau of Shipping*, Cour de Casación, 2006) es la omisión de toda referencia al orden público internacional o a las normas imperativas del Derecho francés como límites al principio de validez, distinguiéndose así de la fórmula empleada por la Corte de Casación en los casos *Dalico* y *Uni-Kod*. Aunque algunos autores han querido ver en esta omisión una indicación de que el único límite al convenio arbitral es la voluntad de de las partes, no puede decirse que la jurisprudencia francesa haya abandonado la reserva clásica del orden público francés. Es cierto, sin embargo, que, dado el liberalismo del Derecho francés en materia de arbitraje, esta reserva no interviene más que en casos excepcionales (GARCÍA REPRESA. *Op. cit.* p. 103).

⁽¹¹⁸⁾ VAN DEN BERG. *Op. cit.* pp. 309 - 312.

⁽¹¹⁹⁾ DE LY. *Op. cit.* pp. 88 - 89. Entiende Paulson que los tribunales deben limitarse a los primeros cuatro motivos, y este es el enfoque del art. IX (1) de la Convención Europea de Arbitraje de 1961, donde dejar de lado un fallo del país de origen puede justificar rehusarlo sólo si los argumentos de anulación están reco-

A este respecto, resulta sumamente interesante la evolución jurisprudencial en Francia. Ya se ha hecho mención al caso *Pabalk c. Norsolor*, en que la Corte de Casación Francesa resolvió a favor de la ejecución en Francia de un laudo, no obstante su invalidación en Austria⁽¹²⁰⁾. En *Unichips c. Gesmouing*, la Corte de Apelación de París, en 1993, abordó la cuestión de los efectos extraterritoriales de una decisión judicial, declarando el carácter ejecutivo del laudo. Pero quizás el caso de mayor trascendencia haya sido *Hilmarton c. OTV*, resuelto por la Corte de Casación en 1994. Desatendiendo lo juzgado por tribunales superiores suizos, dejó sentado aquí la Corte de Casación que un laudo arbitral dictado en Suiza es un laudo internacional que no se encuentra integrado al sistema jurídico de ese Estado, de tal manera que subsiste pese a su anulación en dicho país, por lo que su recono-

cimiento en Francia no es contrario al orden público internacional⁽¹²¹⁾.

El caso *Hilmarton*, “sin duda una de las decisiones más comentadas en el mundo”⁽¹²²⁾, es considerado por Goode como “una afrenta a una corte superior de otro país”⁽¹²³⁾. Como lo expresa Fernández Arroyo, deja a uno perplejo: ¿por qué existen entonces recursos contra los laudos en el país de la sede?⁽¹²⁴⁾.

Cabe mencionar aquí un ingrediente adicional. Siguiendo un precedente de la Corte de Casación de 1993 (caso *Polish Ocean Line c. Jolasry*), en *Hilmarton* dicho tribunal se valió del Artículo VII (1) de la Convención de Nueva York, que hace prevalecer por sobre ella cualquier eventual regla local que resulte más favorable aun para la ejecución del laudo. Esa misma aplicación se hizo en el caso *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arabic Republic*

nocidos por la convención misma, que son los primeros cuatro casos de la Convención de Nueva York. Proponentes de la deslocalización enfatizan el lenguaje discrecional del artículo V(1), lo cual da pie a desconocer anulaciones que no se basan en estándares mínimos aceptados internacionalmente (ver referencias en READ. *Op. cit.* p. 191).

(120) CRAIG, PARK y PAULSSON. *Op. cit.* p. 505.

(121) Se trataba de un arbitraje llevado a cabo en Ginebra según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional. El árbitro entendió que el acuerdo relativo a servicios de consultoría era ilegal según el derecho del Algeria, país en el cual tuvo ejecución el contrato. Ulteriormente, un tribunal cantonal suizo invalidó el laudo, lo que confirmó el tribunal federal suizo (en 1990), al sostener que la ilegalidad del contrato según las leyes de Algeria no violaba el orden público suizo como para justificar que se rehúse la ejecución de un contrato de otra manera válido. Un segundo tribunal arbitral que trató la misma cuestión se expidió a favor de quien había hecho el reclamo por los servicios prestados de consultoría. Planteada la ejecución en Francia, la Corte de Casación resolvió que el primer laudo podría ser objeto de reconocimiento a pesar de su anulación en Suiza (Corte de Casación, 1994). Ello en tanto que otra corte francesa reconoció el segundo laudo así como la anulación suiza del primer laudo (Tribunal de *Grande Instance* de Nanterre, en 1993, confirmado por la Corte de Apelación de Versailles en 1997. Finalmente, la Corte de Casación Francesa, invocando la cosa juzgada, afirmó que la existencia de un primer juzgamiento francés prevenía un reconocimiento ulterior de una decisión judicial o arbitral extranjera que fuera incompatible (CRAIG, PARK y PAULSSON. *Op. cit.* p. 505).

(122) CLAY, Thomas. *La Convención de Nueva York desde la perspectiva de la doctrina francesa*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, Julio-Diciembre 2008, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis Editora, 2008. p. 159.

(123) En este caso Suiza (GOODE. *Op. cit.* p. 27).

(124) FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Los Dilemas del Estado Frente al Arbitraje Comercial Internacional*. En: *Revista Brasileira de Arbitragem*, Año II, Número 5, IOB Thomson y Comité Brasileiro de Arbitragem, 2005. pp. 114 - 115.

of Egypt, de 1997. Allí, la Corte de Apelaciones de París concedió exequátur a un laudo pese a su invalidación en Egipto⁽¹²⁵⁾.

Expresa Clay que el Artículo VII de la Convención de Nueva York “ha establecido las condiciones de su propia superación”⁽¹²⁶⁾, con el reconocimiento de la aplicación del derecho nacional más favorable. La norma tiene, a partir de jurisprudencia *Hilmarton*, una verdadera dimensión, culminándose así –afirma Clay– un proceso de unos veinte años, iniciado por *Norsolor*, luego *Polish Ocean Line*, *Chromalloy*, *BarguesAgro*, *Bechtel* y *Putrabali*⁽¹²⁷⁾.

Particular mención merece el caso *Putrabali* de 2007, ya mencionado en otro lugar de esta contribución. Dijo allí la Corte de Casación que el juez francés no puede denegar la ejecución, cuando el laudo ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en el cual ha sido proferido, si la causal no figura en

la legislación procesal francesa⁽¹²⁸⁾, por más que aparezca en el artículo VII de la Convención de Nueva York⁽¹²⁹⁾. Expresa Mantilla que hasta entonces la Corte había dado un fundamento “negativo” al laudo arbitral, en el sentido de que no es decisión estatal y no se encuentra integrado a sistema estatal alguno. También resultaba negativo el análisis de las decisiones sobre anulación, en el sentido de que “esas decisiones no producen efectos internacionales puesto que ellas sólo conciernen un poder soberano concreto y el territorio donde este se ejerce”. Con *Putrabali*, la Corte de Casación da un paso adelante. El laudo arbitral es “una decisión de justicia de carácter internacional”, existiendo un verdadero orden jurídico arbitral, independiente de los ordenamientos jurídicos estatales, conforme al cual el laudo tiene vida propia, que emana de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje y encuentra su aplicación práctica en la medida en que existe al menos un país

(125) Cabe destacar que en el caso *Chromalloy* se usó la versión en inglés del texto porque la francesa es más limitante. Este debate, sin embargo, encierra sus complejidades, cuyo abordaje excede nuestro propósito aquí (ver al respecto en CLAY. *Op. cit.* pp. 152 - 154).

(126) CLAY. *Op. cit.* p. 167.

(127) CLAY. *Op. cit.* pp. 156 y 158. En: *Direction General de l'Aviation Civil de l'Emirat de Duabi c. Société Internationale de Bechtel Co.*, la Corte de Apelaciones de París, en 2005, no consideró que la anulación del laudo en el Estado de origen sea causal para negarle el exequatur. La Corte sostuvo: “Las decisiones judiciales proferidas como resultado de un procedimiento de anulación de laudo, al igual que aquellas relativas al exequátur, no producen efectos internacionales puesto que esas decisiones sólo conciernen un poder soberano concreto y el territorio donde este se ejerce”. También se ha expedido en la misma línea con relación con un laudo anulado en Bélgica por alegada ausencia de convenio arbitral, la Corte de Apelaciones de París en 2007, ante el caso *Société Lesbats et fils c. M. Volver* (Fernando Mantilla, en CLAY, Thomas; GARCÍA REPRESA, Manuel; MANTILLA-SERRANO, Fernando y NÚÑEZ-LAGOS, Carmen. En Mourre, Alexis y Fernando Mantilla Serrano (coordinadores). *Panorama de Jurisprudencia Francesa* (por el Capítulo Francés del Club Español del Arbitraje), Revista del Club Español del Arbitraje – 3/2008. pp. 110 - 111).

(128) Artículo 1502 del Código Procesal Civil Francés.

(129) Ello ante un procedimiento arbitral en Londres bajo el reglamento de arbitraje de la *International General Produce Association* (IGPA), se desestimaron demandas de la sociedad *Putrabali*. Esta recurrió a un juez que permitió reabrir la discusión y enviar la cuestión al tribunal arbitral para que dictara una nueva decisión teniendo en cuenta el análisis hecho por el juez. Los árbitros así lo hicieron dictando el nuevo laudo, ahora a favor de *Putrabali*. La otra parte, *Rena Holding* obtuvo un exequatur en Francia del primer laudo. *Putrabali* apeló. La Corte de Apelaciones de París desestimó la apelación y confirmó el exequatur y la Corte de Casación confirmó dicha decisión.

dispuesto a reconocer esa voluntad y el laudo que genere, sin preocuparse por la posición que puedan asumir los tribunales en la sede del arbitraje⁽¹³⁰⁾.

En Inglaterra el movimiento a favor de la ejecución se presenta con el caso *Omnium de Traitement (OTV) et de Valorisation S.A. v. Hilmarton Ltd.* (1999). Este es el mismo cuya ejecución también se pretendió en Francia. Luego de presentarse ante tribunales suizos y franceses, se planteó el litigio en Inglaterra. *Hilmarton* había sido contratada para acercarse a autoridades del sector público de Algeria a fin de obtener un contrato de drenaje para OTV. Ello violaba la ley de Algeria, que prohibía intermediarios para este tipo de operaciones. *Hilmarton* reclamó el pago de su tarifa de consultoría, y un tribunal arbitral en Ginebra, aplicando el derecho suizo, falló a favor de dicha compañía, puesto que ante la falta de evidencia de un soborno, el acuerdo no era ilegal según el derecho suizo. OTV intentó resistir la ejecución

en Inglaterra. Allí el tribunal dijo que puede que un juzgador inglés hubiera rechazado el reclamo de *Hilmarton* aplicando el derecho de su país, pero en el caso no se está juzgando el contrato, sino la ejecución del laudo en Inglaterra, y al no detectarse prácticas corruptas que harían aplicables razones obvias de orden público, el hecho de que el derecho inglés difiera en nada afecta el punto⁽¹³¹⁾.

Otros casos europeos sobre el tema, dignos de mención, son el belga *Sonatrach* (1996) y el austriaco *Radenska* (1993). Por su parte, en los Estados Unidos, en el caso *KBC c. Pertamina* de 2003 los tribunales han sentado que tienen “una competencia discrecional en la aplicación de la Convención de Nueva York para ejecutar un laudo a pesar de su anulación en otro país, y ya la ha ejercido en el pasado”, con referencia a *Chromalloy Aeroservices v. Egypt*⁽¹³²⁾. La cuestión, sin embargo, se presenta dudosa ante un pronunciamiento ulterior en el caso *Termorío* de 2006⁽¹³³⁾.

(130) MANTILLA. *Op. cit.* p. 111.

(131) ILA Interim Report (2000). p. 16.

(132) Emmanuel Gaillard, El asunto “KBC c. Pertamina” y el reencuentro del juez norteamericano con la postura favorable al reconocimiento de las sentencias anuladas en el Estado de origen, en Revista DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades, 03.2005, Inversiones extranjeras. p. 493. Con relación a este último caso, del año 1996, al igual que en Francia (en 1977), se había pretendido ejecutar en los Estados Unidos un laudo anulado en Egipto. La Corte Distrital Norteamericana confirmó el laudo a pesar de su anulación en la sede, y el razonamiento de que dicha confirmación estaba permitida bajo la Federal Arbitration Act y por tanto dentro de la esfera de la Convención de Nueva York, cuyo art VII habilita la ejecución de un laudo si así lo permite el derecho doméstico (CRAIG, PARK y PAULSON. *Op. cit.* p. 506). Contra: Baker Marine Ltd. V. Chevron Ltd. (1999).

(133) Allí el tribunal se atuvo al tenor literal de la versión inglesa del encabezamiento del art. V.1, que el reconocimiento y refuerzo del laudo “pueden ser rechazados”, implicaría que el tribunal tiene un poder discrecional al respecto (Fernández Arroyo. *Op. cit.* p. 116). Esta decisión es señalada como sinónimo de una pobremente redactada decisión judicial (Mantilla. *Op. cit.* p. 397). Mantilla expresa la pérdida de oportunidad en *Termorío* de la corte del Distrito Federal de los Estados Unidos de América para aclarar una posición con respecto a los laudos anulados. Hasta entonces los tribunales de aquel país habían abordado directa o indirectamente el tema en cinco ocasiones. A favor de ejecutar el laudo está *Chromalloy*, y esto se desprende también del *obiter dictum* de *Pertamina II*. En estos dos casos, el principio de favorecer el laudo desprendido del artículo VII de la Convención de Nueva York constituyó un importante elemento en el análisis de la Corte. Estas decisiones apuntan que el artículo V de la Convención provee un estándar

Del examen del derecho comparado, expresa Zuleta que los casos dan comienzo a la construcción de una teoría del reconocimiento de laudos anulados según la cual a los tribunales de cada país ya no les es suficiente sustentar la anulación a la luz de las particularidades de la norma local. Por el contrario, tienen que preguntarse si esa anulación es o no internacionalmente efectiva, si la causal invocada y el fundamento de la anulación es aceptable por las cortes en las que se puede hacer efectivo el laudo por corresponder a situaciones internacionalmente aceptadas como eventos en los que se debe anular el laudo. El omitir dichos cuestionamientos lleva a que los laudos que han sido anulados por simples consideraciones locales, resuciten y cobren vida en otro Estado ante la impotencia de quienes se han empeñado en anularlos⁽¹³⁴⁾.

Por su parte, dice Mantilla que vistas las diferentes facetas de la autonomía en la regulación del arbitraje parece que se estuviera llegando a un régimen uni-

versal en el que basta con verificar la existencia de un acuerdo de voluntades y hallar al menos un sistema jurídico dispuesto a reconocerlo en su doble manifestación: convenio arbitral y laudo, para que el arbitraje despliegue toda su eficacia. Es el triunfo de la real intención de las partes y del respeto de sus expectativas, sobre construcciones artificiales cuando no profundamente locales o coyunturales⁽¹³⁵⁾.

Pero ojo: la deslocalización del arbitraje –en palabras de Fernández Arroyo– constituye una tendencia y no un hecho consumado⁽¹³⁶⁾. Es que, a pesar de su carácter consensual, el arbitraje frecuentemente procede bajo la sombra del poder estatal⁽¹³⁷⁾.

Como refiere Oppetit, el arbitraje no se sitúa en una zona de no-derecho: esta no es una institución suspendida en un espacio indeterminado, desmaterializado y desjuridizado que escape a toda heteronomía y que no esté regido más que por sus propias contingencias y a su mera discreción, así como lo podría sugerir el tema

discrecional que debe ser ejercido en conjunción con el Art. VII. En *Chromalloy* el wording del acuerdo arbitral expresando la intención de las partes de renunciar cualquier apelación y otro recurso contra el laudo fue un importante base para el razonamiento de la Corte. Precisamente es en la base a la no renuncia de la apelación acordado por las partes que las otras dos decisiones en las cortes norteamericanas han rehusado refuerzo de laudo arbitral. La decisión en *Termorio* nada hizo para clarificar el razonamiento tras la decisión de ejecutar o no laudos anulados (MANTILLA. *Op. cit.* pp. 403 - 404). La situación, si seguimos a *Termorio*, un laudo arbitral que ha sido anulado (sin importar las razones) en el país donde el laudo fue emitido no debería ser reconocido en los USA, proveyendo que fue anulado por un juez competente respetando el debido proceso. En *Chromalloy*, si las partes expresamente han renunciado al derecho a apelar el laudo, pero sin embargo, el mismo termina anulado en el país donde fue emitido, porque por ejemplo el procedimiento acordado por las partes fue ignorado por los árbitros que rindieron un laudo en ausencia de un acuerdo arbitral, este laudo debería ser reconocido en los Estados Unidos (Fernando Mantilla-Serrano, Case Note: *Termorio S.A. E.S.P. et al v. Electranta S.P. et al.*, en *Journal of International Arbitration*, 25 – Nº 3 (2008). p. 405).

(134) ZULETA, Eduardo. *El Reconocimiento Internacional de Laudos Anulados*, en Carlos A. Soto (Director), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Ediciones Magna, Lima, 2008. p. 607.

(135) MANTILLA-SERRANO, Fernando. *La Autonomía del Derecho del Arbitraje Internacional: ¿Hacia un Arbitraje Realmente Autónomo?*, en Fernando Mantilla-Serrano, Coordinador, *Arbitraje Internacional, Tensiones Actuales*, Legis Editores y Comité Colombiano de Arbitraje, Bogotá, 2007. p. 239.

(136) FERNANDEZ ARROYO. *Op. cit.* p. 117.

(137) CRAIG, PARK y PAULSON. *Op. cit.* p. 495.

de la autonomía utilizado tantas veces para caracterizar su régimen⁽¹³⁸⁾. Esta supuesta deslocalización consiste, en definitiva, según Mayer, en una multilocalización, sujeción del laudo a la ley de cada país en el cual es invocado. ¿Cómo sostener, en estas condiciones, la no-integración de un laudo internacional a un ordenamiento jurídico?⁽¹³⁹⁾.

Es cierto que a partir de los años setenta –nos dicen Redfern y Hunter – se pretendió deslocalizar el arbitraje, sobre todo a partir del impulso dado a este tema en Francia, pero si bien ello resulta atractivo en teoría, es más prudente asegurarse que el arbitraje se adecue a las disposiciones imperativas que le puedan resultar aplicables⁽¹⁴⁰⁾.

Goode es bien elocuente: la imagen de una *lex mercatoria* autónoma hecha efectiva por un proceso arbitral a-nacional derivando en un laudo a-nacional, si bien capturó la imaginación gálica, su impacto práctico ha ido en inversa proporción a la atención que se le ha dado al tema. Reconoce, sin embargo, este gran jurista inglés que el debate ha ayudado a la formulación de principios internacio-

nales y otras cuestiones que han alterado el balance del peso puesto en los tribunales ordinarios hacia los árbitros⁽¹⁴¹⁾.

Todo esto ha contribuido, en definitiva, a que el derecho transnacional fuera teniendo progresiva aceptación, cada vez con mayor ímpetu en los últimos tiempos.

También ayudó que existe una instancia en la que sí se plantea una verdadera deslocalización. Tal es la de los arbitrajes ante el CIADI, ya mencionado, regidos por un tratado internacional conforme al cual el laudo no estará sujeto a revisión por parte de gobiernos nacionales⁽¹⁴²⁾. Ello facilita, obviamente, de manera notoria, la labor de los árbitros, que podrán aplicar directamente un derecho transnacional a sabiendas de que lo resuelto no será pasible de revisión ante instancias locales con cerrados criterios domésticos.

Ideal sería que se cuente, eventualmente, con un foro único para juzgar la integridad de los fallos arbitrales en materia comercial internacional, a semejanza de lo que ocurre con los arbitrajes de inversión⁽¹⁴³⁾. No obstante, en el ínterin, la Convención de Nueva York viene brin-

(138) OPPETIT, Bruno. *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Legis Editores, Bogotá, 2006. p. 185.

(139) OPPETIT. *Op. cit.* pp. 191 - 192.

(140) REDFERN y HUNTER. *Op. cit.* p. 287. En esta línea, se expide Derains en el sentido que sería incorrecto decir que el árbitro no debería tomar el orden público en consideración, porque debería estar siempre concernido con la efectividad de su decisión (Derains. *Op. cit.* Número 60). Como lo dice Gonzalo Quiroga, el árbitro es "indirectamente" guardián del orden público, pues debe preservar que su laudo no sea invalidado (GONZALO QUIROGA. *Op. cit.* p. 65).

(141) GOODE. *Op. cit.* p. 22. Por eso, se ha expresado que los laudos franceses y americanos levantan policy concerns que han dividido a la doctrina (CRAIG, PARK y PAULSON. p. 685).

(142) REDFERN y HUNTER. *Op. cit.* p. 55.

(143) Como una *International Court of Arbitral Awards* (READ. *Op. cit.* p. 188). Sobre reticencias hacia una corte internacional de arbitraje ver Gaëtan Verhoosel, Una corte internacional de apelaciones: ¿un mal necesario? pp. 295 y ss.


dando un servicio de incalculable valía a través de los años en resguardo del arbitraje y su virtualidad internacional, como también del derecho universal allí emergente, dentro del alcance y con las matices que se vienen resaltando.

11. CONCLUSIÓN

Ya en etapa de depuración de este material, he encontrado una alusión de Lord Mustill –uno de los arbitralistas y comercialistas ingleses más reconocidos de nuestro tiempo– a la Convención de Nueva York como “la más efectiva instancia de legislación en la historia del Derecho comercial”⁽¹⁴⁴⁾. A esta altura debe quedar más que en claro que aseveraciones en esta línea no son una exageración.

Pero ojo: la revolución apenas ha comenzado (si bien esta Convención cuenta ya con medio siglo de vida). La perciben claramente quienes han profundizado temas de derecho aplicable relacionados con el arbitraje. Lo propio ocurre con refinados juristas de otras especialidades, si bien resulta llamativo que no haya existido un mayor *aggiornamento* de parte de muchos expertos en materia de Derecho

civil, comercial e incluso internacional privado, que aún se aferran a criterios nacionalistas ortodoxos. Nada más apropiadas aquí que las sabias palabras de Merryman, en el sentido de que existe siempre la masa de los abogados, y por otro lado, el jurista refinado, crítico, en el horizonte creciente del pensamiento legal, integrando siempre parte del grupo más pequeño y menos representativo, el que puede encontrarse incluso en la nación más atrasada⁽¹⁴⁵⁾.

El torrente resulta incontenible. El derecho transnacional, derecho uniforme, *lex mercatoria* o como se lo llame, viene consolidándose cada vez más en lo que respecta a sus contornos doctrinarios, refinados con el auxilio de una creciente casuística, arbitral y judicial, y desarrollos convencionales y legislativos que le sirven de soporte. Sin temor a exagerar, puede afirmarse, pues, que la Convención de Nueva York, y los senderos que ha abierto para que fueran posibles todos estos desarrollos, constituye el más importante instrumento convencional en la historia del Derecho privado. Y eso que lo que está ocurriendo con sus derivaciones es, aún hoy, apenas un *work in progress*. 

(144) Citado por LEW, MISTELIS y KRÖLL. p. 694.

(145) Señala Merryman que su libro sobre la tradición jurídica romano-canónica se ocupa de lo que cree la masa de abogados del mundo de Derecho civil, aunque la vanguardia del pensamiento legal le diga que está errada (MERRYMAN. *Op. cit.* p. 13).

EL PROBLEMA DE LA DESLOCALIZACIÓN, LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE DEL PARAGUAY (*)

Por: ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ(**)

*“Passed floating through the air, and fading
still Into the winds that scattered them (...)”
- Prometheus Unbound [3.4.67-68]
P. B. SHELLEY*

SUMARIO: 1. El arbitraje comercial internacional como Prome-
teo: “desencadenado”. 2. La *lex loci arbitri* y la deslocalización ar-
bitral. 3. La Convención de Nueva York: entre el artículo V(1)(e) y
el Artículo VII. 4. Desarrollo jurisprudencial y legislativo. 5. Des-
localización: pro y contra. 5.1. Argumentos a favor. 5.2. Argumentos
en contra. 6. Un argumento de política jurídica: el Paraguay como
centro internacional de arbitraje. 7. Hacia una conclusión: evalua-
ción de la nueva Ley de Arbitraje del Paraguay y la deslocalización.

(*) El origen de este artículo se remonta a un trabajo presentado en un Seminario en la Universidad de Oxford en el año 2003, ante los Profesores Sir Roy GOODE y Georgios PETROCHILOS; posteriormente fue ampliado para incluir un análisis desde la óptica de la (en ese entonces) recientemente promulgada Ley paraguaya de Arbitraje y Mediación. Sus conclusiones siguen siendo, creemos, válidas, e incluso pueden ser extendidas (con matizaciones) a otras leyes de arbitraje más recientes.

(**) Profesor de Derecho de los Contratos en la Universidad Católica de Asunción y profesor visitante en la Universidad de Princeton y Universidad de Buenos Aires. Socio de Moreno Ruffinelli & Asociados, Paraguay.

1. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL COMO PRO-METEO: “DESENCADENADO”

A mediados del siglo pasado, una importante corriente académica –de *pedigree* eminentemente gálico⁽¹⁾– comenzó a propugnar la necesidad de una creciente internacionalización del derecho comercial, principalmente mediante: (i) la creación y desarrollo de un nuevo derecho “transnacional” y dinámico, propio de la clase comerciante (conocido generalmente, aunque con alguna ligereza conceptual⁽²⁾, como “nueva *lex mercatoria*”⁽³⁾), (ii) aplicado por tribunales arbitrales anacionales y (iii) con fallos arbitrales “flotantes” o desvinculados de las vicisitudes propias de las leyes nacionales. Este movimiento nació como una respuesta previsible –necesaria dirían algunos– al creciente dirigismo estatal propio de los años posteriores a la posguerra, a la instalación de los primeros *welfare states* (sobre todo en Europa Occidental) y a sistemas jurídicos nacionales que fueron desarrollando normas y métodos de resolución de conflictos cada

vez más alejados de las necesidades del hombre de negocios.

Estas ideas cobraron mayor ímpetu aún en la década de los años noventa, en las cuales se dio un reverdecer de la idea del libre mercado –y de su *alter ego* jurídico, la libertad contractual (*freedom of contract*)⁽⁴⁾– y con el fenómeno socioeconómico de la globalización, mencionado siempre pero estudiado seriamente pocas veces⁽⁵⁾. Esta corriente liberalizadora y globalizadora tuvo un fuerte impacto sobre el principal concepto de la ciencia política, el de la soberanía, que entró así en una profunda crisis existencial con el cambio de milenio. Como consecuencia de ello, las ideas de centralización estatal de la economía, propias de gobiernos intervencionistas, dieron lugar a otras que propugnaban la desregulación de áreas de la economía y el comercio en las cuales prima, por sobre todo, el interés privado. Una de estas áreas en las que justamente el Estado no debía regular intensamente (salvo casos tangenciales como la defensa en juicio) es la resolución de las disputas en forma privada entre comerciantes,

(1) Aunque no únicamente. Sobresalta aquí la figura de René DAVID como antecesor y de Berthold GOLDMAN como el gran proponente del movimiento internacionalista, y a nivel de arbitraje Philippe FOUCHARD, Pierre LALIVE y Jan PAULSSON (que si bien es sueco reside hace años en Francia). La figura del Profesor Clive SCHMITOFF (radicado en Inglaterra) fue también importante en el inicio del movimiento.

(2) Para un ejemplo espectacular de esta ligereza conceptual ver el muy citado artículo del Profesor LANDO, Ole. *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*. En: *International and Comparative Law Quarterly*, 1985.

(3) Ineludible resulta ahora el trabajo de MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *La nueva Lex Mercatoria: ¿Un fantasma creado por profesores de La Sorbona?* En: *Foro de Derecho Mercantil*. Número 1. Bogotá: Legis, 2003.

(4) Necesaria resulta la referencia al siempre brillante P. ATIYAH, y su penetrante idea del “péndulo” o movimiento pendular de las ideas jurídico-económicas. Así como el segundo tercio del siglo XX llevó al péndulo hacia ideas intervencionistas y *welfaristas*, el último tercio vio un nuevo balanceo hacia las ideas de libertad económica y liberalización de mercados (y, todo parece indicar ante los últimos acontecimientos económicos, veremos un nuevo movimiento del péndulo en el futuro inmediato). Ver en: general su *Introduction to the Law of Contract* (OUP Oxford 1995), Capítulo I, *passim*.

(5) Dos excepciones son desde el punto de vista sociológico A GIDDENS *The Consequences of Modernity*. Palo Alto: Stanford University Press, 1991, y desde el punto de vista moral P. SINGER. *One World*. New Haven: Yale University Press, 2001.

en las que no existe un interés directo de la sociedad en general.

De esta forma, estas dos ideas matrices –la no intervención del Estado en cuestiones privadas y la crisis de los órganos estatales ante la creciente globalización– tuvieron un efecto profundo sobre la concepción y los efectos del arbitraje comercial internacional. A medida que el Estado deja de ser, como decía Borges, ese ente “infinitamente molesto”⁽⁶⁾, y cede su rol regulatorio a los particulares, se da un crecimiento cualitativo en el ideal de la autonomía privada. Es decir, se desarrolla la libertad que tienen los individuos en desenvolverse personal y económicamente en las áreas en las que el Estado ya no interviene.

La mayor libertad otorgada a los ciudadanos particulares, unida a la continúa pérdida de su soberanía por el Estado, conlleva a un proceso de desregulación y no intervención de los órganos estatales típicos sobre el proceso (privado) arbitral. Las leyes nacionales de arbitraje van así liberalizándose y permitiendo mayor autonomía a las partes en el manejo de la resolución de sus disputas. Esta necesidad de liberalización ha llevado a varios autores

a discutir y desarrollar la idea –calificada por algún autor como una “peligrosa herejía”⁽⁷⁾– de la “deslocalización”⁽⁸⁾ (*delocalisation* o *delocalization*) del procedimiento arbitral, es decir, a concebir la existencia de un proceso arbitral verdaderamente “internacional”, no vinculado a un sistema jurídico determinado ni sometido a las ataduras, complejidades y obstáculos propios de las normas jurídicas nacionales (o *lex loci arbitri*). La necesidad de contar con un derecho comercial internacional moderno, que sirva al hombre de negocios en un mundo globalizado y dentro de un método de resolución de disputas comerciales óptimo, ha llevado a muchos autores a promover la idea del arbitraje deslocalizado. En palabras del más importante exponente de esta corriente, el arbitraje logra así “romper las cadenas” que lo someten, “desencadenarse”, y finalmente “liberarse”⁽⁹⁾.

La idea de la deslocalización arbitral ha cobrado nuevo ímpetu en el Paraguay al lograrse la ansiada liberalización del proceso arbitral con la recientemente promulgada Ley 1879/02 de Arbitraje y Mediación, que vino a abrogar la arcaica regulación anterior del Código Procesal

(6) BORGES. *Obras Completas*. Buenos Aires: Emecé, 1974. p. 659 (la cita pertenece a su nota “Nuestro pobre individualismo”, incluida en “Otras Inquisiciones”).

(7) Por W. PARK. *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*. En: *International and Comparative Law Quarterly*, 1983. p. 25.

(8) La palabra “deslocalización” no existe en nuestro idioma. Generalmente en la literatura de habla hispana se utiliza el nombre de sentencia “flotante”, “internacional” o “apátrida”. Hemos preferido sin embargo la utilización del anglicismo “deslocalización” para estar en consonancia con la doctrina internacional que utiliza esta palabra para identificar el fenómeno.

(9) La terminología viene del artículo clave publicado por J. PAULSSON. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its country of Origin*. En: *International and Comparative Law Quarterly* 358, 1981. El nombre del artículo recuerda al mito griego de Prometeo, quién fue encadenado por los dioses por haber robado el fuego eterno. Posteriormente el poeta romántico inglés Percy B. SHELLEY escribió un conocido poema (en forma de obra de teatro) en el que Prometeo logra romper las cadenas, llamado “Prometeo Desencadenado” o “Liberado” (*Prometheus Unbound*).

Civil, de corte netamente estatalista. La nueva Ley, que sigue de cerca a la Ley Modelo UNCITRAL, busca, entre otras cosas, lograr una mayor autonomía del arbitraje comercial y que el Paraguay –por su ubicación geográfica estratégica– se convierta en un centro internacional del arbitraje comercial. La deslocalización del proceso arbitral cobra aquí entonces gran importancia, ya que para muchos vendría a ser un factor clave para lograr que el Paraguay se convierta en asiento de un gran número de arbitrajes con partes extranjeras.

En el presente ensayo sostendremos la idea de que la deslocalización arbitral, si bien es en principio un noble objetivo, no puede (ni debe) ser incorporada en forma total a la legislación paraguaya (o ninguna similar). La deslocalización, más que nada, debe cumplir el rol de estrella guía a fin de que nuestro país cuente con un marco regulatorio en el que el arbitraje tenga la suficiente autonomía y ofrezca la suficiente certeza a fin de atraer a partes comerciales extranjeras. Para llegar a dicha conclusión, pasaremos primero repaso a la noción de la deslocalización, luego a su desarrollo legislativo y jurisprudencial, su relación con la Convención de Nueva York, a sus beneficios y problemas, a su impacto sobre la política jurídica nacional y, finalmente, analizaremos las disposiciones pertinentes de la nueva ley paraguaya a la luz de las difíciles situaciones que plantea la interacción entre la *lex loci arbitri* y el arbitraje comercial internacional.

2. LA *LEX LOCI ARBITRI* Y LA DESLOCALIZACIÓN ARBITRAL

El arbitraje comercial internacional se desarrolla, en principio, en un marco de suficiente independencia y autonomía respecto del país (y del régimen jurídico) dentro del cual se desarrolla. No existe, sin embargo, una desligación total con la ley nacional, y aquí empiezan los problemas. Puede decirse por ello, y con bastante seguridad, que uno de los puntos más complicados de la teoría arbitral ocurre justamente en la relación entre el arbitraje internacional y el derecho nacional dentro del asiento arbitral⁽¹⁰⁾. Este derecho nacional generalmente se conoce como *lex loci arbitri* o ley del lugar del arbitraje, y afecta al arbitraje en dos aspectos: (a) el externo y (b) el interno.

(a) Desde el punto de vista *externo*, la *lex loci arbitri* regula todo lo referente a la relación entre el tribunal arbitral y las partes sometidas al arbitraje y los tribunales nacionales. Los aspectos más resaltables aquí son los que guardan relación con las medidas cautelares, la remoción y nombramiento de árbitros, etcétera. Como señaló con claridad el juez inglés Lord STEYN, en el caso *Paul Smith Ltd. v H & S International Holding Inc.*, esto incluye:

- (i) *Medidas cautelares o precautorias* dictadas durante el proceso, como por ejemplo un embargo preventivo, una prohibición de innovar, etcétera;

⁽¹⁰⁾ Tal cual lo hace J HILL. *International Commercial Disputes*. LLP Londres, 1998. p. 754.

- (ii) *Medidas de asistencia* al arbitraje, como el llenado de vacancias en el tribunal arbitral; y,
- (iii) *Medidas de supervisión* sobre el proceso arbitral, mediante actuaciones como la remoción de un árbitro en casos de parcialidad, etcétera⁽¹¹⁾.

Desde el punto de vista externo, un Tribunal nacional puede tener entonces dos tipos de interferencias sobre el proceso arbitral: (i) medidas de asistencia o apoyo del proceso arbitral y (ii) medidas de control o supervisión sobre el proceso arbitral. Obviamente, las de control o supervisión son las más controversiales, ya que implican una importante disminución de la autonomía arbitral, y pueden poner en peligro la existencia de la institución misma. De ellas, y su relación con la localización arbitral, nos ocuparemos más abajo.

(b) En cuanto al punto de vista *interno*, la *lex loci arbitri* generalmente contiene normas instrumentales que establecen el procedimiento arbitral. Dentro de éstas se encuentran la conducta en general de los árbitros, la constitución del tribunal arbitral, su modificación, los poderes del tribunal arbitral, las reglas que hacen a la materia probatoria, entre otras. Este aspecto interno de la *lex loci arbitri* es quizás de menor trascendencia que el externo, ya que generalmente las partes al someterse a un arbitraje internacional establecen su propio procedimiento, mediante la remisión a reglas especiales como las de la Corte Comercial Internacional, o las reglas de UNCITRAL, *inter alia*.

La *lex loci arbitri* reviste, a la vista de sus contornos esenciales, consecuencias fundamentales respecto a la deslocalización o no del arbitraje y del laudo arbitral. La cuestión se plantea en si debe o no existir una relación entre la *lex loci* y el proceso arbitral, y en caso afirmativo, hasta que punto debe llegar este relacionamiento. He aquí la gran tensión que se produce en el arbitraje internacional: encontrar un punto medio dentro del cual pueden coexistir un arbitraje suficientemente autónomo e internacional y la subsistencia de órganos estatales tradicionales.

Para algunos, esta tensión es de fácil solución. Todo arbitraje es producto de un sistema jurídico nacional determinado; no puede concebirse un arbitraje autónomo que exista desvinculado de todo orden jurídico. *Lex facit arbitrum*: la ley nacional hace al arbitraje. Como ha señalado con su peculiar vehemencia el conocido internacionalista F Mann en un conocido artículo:

“Nadie nunca ni en lugar alguno ha podido apuntar a una norma o principio jurídico que permita a los individuos a actuar fuera de los confines de un sistema jurídico nacional; hasta la idea de la autonomía de las partes existe solo en virtud a un determinado sistema de derecho nacional y en diferentes sistemas las mismas tienen diferentes características y efectos. Igualmente, todo arbitraje se encuentra necesariamente sujeto a el derecho de un determinado

⁽¹¹⁾ *Ibidem*. p. 755.

Estado. Ninguna persona privada tiene el derecho o poder de actuar a otro nivel que el del derecho nacional. Todo derecho o poder que una persona privada posee es conferido o deriva de un sistema jurídico nacional que puede ser llamado conforme a la tradición como lex fori, aunque sería más exacto hablar de una lex arbitri, o en francés, la loi d'arbitrage⁽¹²⁾.

Desde esta óptica, que podemos calificar de localización extrema del arbitraje, la cuestión es clara. El proceso se somete en forma absoluta al Derecho nacional y no puede ir más allá del mismo. No puede concebirse, bajo ningún punto de vista, la existencia de un procedimiento arbitral “deslocalizado”.

Contra esta opinión, la tradicional, se han levantado poderosas voces disidentes. Para otro grupo de autores, las premisas desarrolladas por los localizadores extremos son inaceptables, ya que niegan y restan gran parte de su atractivo a la idea de un arbitraje internacional autónomo. Entre otras cosas, el hecho sociológico relevante, el de la existencia de relaciones comerciales “transnacionales” que se desarrollan en forma paralela a las actividades de los Estados soberanos, está justamente omitido en este análisis. El arbitraje, para autores como Mann y sus seguidores, se convierte simplemente en otra

expresión del poder estatal del país en el cual se desarrolla el procedimiento arbitral. Pero, para quiénes se oponen a la concepción localista extrema de Mann, la característica principal del arbitraje comercial internacional reside justamente en el hecho que “un laudo arbitral internacional no deriva su validez ni legitimidad de un sistema jurídico nacional”⁽¹³⁾. En otras palabras, se da vuelta y se pone patas para arriba a la tesis tradicional. Para los proponentes de la deslocalización arbitral, la característica excluyente del arbitraje comercial internacional es que se fundamenta en la autonomía contractual, y que el poder de los árbitros no deriva de un sistema jurídico nacional sino de la voluntad de las partes. Existe un ámbito dentro del cual el Estado como tal no interviene sino que permite a la iniciativa privada actuar y es desde este punto en el cual el arbitraje deriva su razón de ser y fuerza obligatoria.

Quiénes proponen la deslocalización arbitral, generalmente separan la idea en dos proposiciones distintas⁽¹⁴⁾:

- (i) Deslocalización del proceso arbitral: la deslocalización del proceso arbitral supone la liberación de los arbitrajes internacionales de los requerimientos de la *lex loci arbitri*. Desde este punto de vista, lo que denominamos anteriormente como aspecto *externo* de la *lex loci arbitri* viene a

(12) F. MANN. *Lex facit arbitrum*. En: *International Arbitration: Liber Amicorum for Martín Domke*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1967. p. 157.

(13) *Arbitration Unbound*. Ver cita 11. p. 368.

(14) Si bien estos dos aspectos pueden ser separados desde el punto de vista teórico, en la práctica generalmente son inseparables. Pues si uno sustenta la deslocalización del proceso, el laudo arbitral *a fortiori* debe ser igualmente flotante. Y, de poco sirve sostener al laudo flotante si antes de que el mismo sea dictado puede ser evitado mediante maniobras procesales con el tribunal local. P. READ. *Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millenium*. En: *American Review of International Arbitration*, 1999. p. 183.

tener un rol ínfimo –si no nulo– en el arbitraje. Muy pocos autores parecerían aceptar esta tesis en forma total, ya que un arbitraje aislado del rol de asistencia (por ejemplo, para integrar un tribunal arbitral vacante, o para hacer valer una medida cautelar) de los tribunales locales carecería de eficacia en la práctica y no sería atractivo para los comerciantes. Sin embargo, lo que estos autores niegan es la posibilidad de control o supervisión que pueda tener un tribunal nacional sobre el arbitraje internacional. Un caso típico, sobre el cual volveremos luego, sería el de las órdenes judiciales que suspenden al arbitraje durante su tramitación o también el caso en que se remueve a un árbitro a pedido de una de las partes.

- (ii) Deslocalización del laudo arbitral: lo que ha dado origen a la idea de la deslocalización (y el punto sobre el cual mayor tinta ha corrido), es el referente a la posibilidad de que el laudo arbitral dictado en un proceso internacional sea considerado como “flotante” (*floating awards*) o “anacional”, es decir, desvinculado totalmente del sistema jurídico nacional dentro del cual fuera dictado. En síntesis, el efecto buscado por los proponentes de la deslocalización del fallo arbitral es limitar o anular la capacidad del tribunal local de dictar un fallo que anule en forma global –con efecto para todos los países en donde se busque su ejecución– al laudo arbitral. El fallo deslocalizado que ha sido anulado en el país del

asiento arbitral, sería *prima facie* válido para ser ejecutado en otros países (siempre y cuando el ordenamiento del país en el cual se busca la ejecución así lo permita).

Dentro de este apartado debemos mencionar los tres sistemas de control jurisdiccional de la sentencia arbitral existentes en la actualidad⁽¹⁵⁾:

- (a) Control de forma y de fondo: En el primer modelo se permite tanto la apelabilidad del fallo con respecto a los méritos sustanciales del mismo, como alegar su nulidad por cuestiones de debido proceso arbitral (*procedural fairness*), derecho a la defensa, etcétera. El ejemplo clásico es la apelación sobre una cuestión jurídica (*point of law*) prevista por la Ley Inglesa de Arbitraje de 1979, mantenida como fórmula *opt-out* en la actual Ley de Arbitraje de 1996.
- (b) Control de forma: En el segundo modelo solo se permite alegar la nulidad del fallo por defectos procesales, y no la apelación sobre la aplicación o interpretación del derecho de fondo. El ejemplo clave es la Ley Modelo de UNCITRAL y las leyes nacionales que la siguieron.
- (c) Ningún control: Dentro del tercer modelo no existe control judicial alguno, es decir, las partes no pueden apelar ni atacar de nulidad el laudo, quedando el mismo absolutamente deslocalizado de la *lex loci arbitri*. El modelo clásico aquí es el suizo, en el cual se permite a las partes ex-

⁽¹⁵⁾ CRAIG, PARK y PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Nueva York: Oceana Publications, 2000. p. 503.

cluir por acuerdo explícito (*déclaration expresse*) la revisión del fallo siempre y cuando ninguna de las dos partes resida en Suiza o tenga una empresa vinculada suiza. Se adopta un entonces un sistema *opt-out*.

Aquí cabe mencionar el caso especial de la Ley belga de Arbitraje. En una primera instancia, y a fin de convertir a Bélgica en un centro internacional de arbitraje, se había adoptado establecer el sistema suizo en forma obligatoria, es decir no ya *opt-out*: para todo arbitraje en que no había conexión con Bélgica estaba vedado el acceso a los tribunales locales. Es el caso extremo de deslocalización.

Sin embargo, en la práctica el resultado fue el adverso. Al excluirse forzosa-mente la revisión judicial del arbitraje las partes prefirieron no asistir a arbitrajes en Bélgica, ya que existía el peligro de procedimientos injustos, arbitrarios o de *runaway arbitral tribunals* (arbitrajes tribunales en fuga). En consecuencia, poco tiempo después de la implementación de este sistema fue modificada la Ley Belga, por las disposiciones de la *Loi du modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives a l'arbitrage* de 1998⁽¹⁶⁾.

Ahora bien: ¿como y porqué se fue desarrollando la idea de la deslocalización arbitral? Básicamente, esta teoría fue fruto de una tensión interna que se encuentra en la Convención de Nueva York de 1958, entre la ejecución de fallos arbitrales internacionales en forma uniforme y la llamada norma de derecho más favorable. A este punto nos dedicaremos en el siguiente apartado.

3. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK: ENTRE EL ARTÍCULO V(1)(e) Y EL ARTÍCULO VII

La Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras constituye sin dudas algunas el hito más importante de la historia del arbitraje comercial internacional. Como han dicho Redfern y Hunter, la misma ha sido “el factor decisivo en el desarrollo del arbitraje como método de resolución de disputas comerciales internacionales en nuestros días”⁽¹⁷⁾. Hoy día ratificada por la gran mayoría de los países del mundo, la Convención ha permitido la ejecución en forma constante y uniforme de laudos arbitrales dictados en países extranjeros.

A pesar de su indiscutido (y pocas veces visto) éxito como instrumento internacional, la Convención de Nueva York trae en su articulado una tensión interna insoluble, que ha llevado a dispares reacciones de los diversos ordenamientos jurídicos.

En su artículo V, por una parte, la Convención establece los casos en los que un Tribunal Nacional puede rechazar la ejecución o el reconocimiento de un laudo extranjero. El avance de esta norma es enorme, ya que eliminó el anterior requisito de doble exequátur y limita en forma severa los casos en los que puede rechazarse la ejecución de un laudo; básicamente se reducen a casos de violación de la debida defensa en juicio y mantenimiento de la integridad procesal (*procedural fairness*). El artículo en cuestión establece (en lo que aquí nos interesa) que

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*. p. 503.

⁽¹⁷⁾ REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 1999. p. 119.

“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:

(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”.

La norma establece que el tribunal local “podrá” denegar el reconocimiento de la sentencia si el fallo ha sido, por ejemplo, anulado por un tribunal de Apelación del país en el cual se desarrolló el arbitraje. El problema creado por esta norma es que establece no una obligación, sino una mera facultad discrecional del juez, quién no está obligado a rechazar un fallo anulado, sino facultado a hacerlo o no, según su convencimiento en el caso. Ahora bien, en cuanto a lo que se refiere a la deslocalización, la lectura de este artículo en conjunción con la llamada “disposición más favorable” establecida por el artículo VII de la Convención, es lo que ha llevado en la práctica a la existencia de fallos flotantes o anacionales.

En efecto, el artículo VII de la Convención establece que:

“Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los Acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertadas 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 admitida por la legislación o los Tratados del país donde dicha sentencia se invoque”.

La parte resaltada de este artículo establece, en consecuencia, que cuando una legislación no contempla alguna situación de rechazo de ejecución del fallo, por ejemplo, no prevea que la anulación del fallo en el país de origen sea causal de rechazo a la ejecución del fallo, se aplicará no la Convención sino la ley nacional más favorable.

La intención o política de este artículo responde al hecho que al momento de la redacción de la Convención de Nueva York, las leyes en materia de arbitraje variaban en gran forma de un país a otro, lo que daba lugar a la existencia de legislaciones nacionales extremadamente anticuadas y desfavorables al desarrollo de la institución del arbitraje. Lo que se buscaba era entonces que prime el derecho arbitral de aquellos países en los que la legislación arbitral se encontraba más desarrollada sobre aquellos países retrógrados en materia de arbitraje comercial internacional.

La consecuencia que aquí nos interesa, es que al interpretar la disposición discrecional del artículo V(1)(e) en conjunto con la provisión más favorable del artículo VII, se permite a un tribunal nacional en un país en el cual no se prevé la anulación o suspensión del fallo como causal de no ejecutabilidad, a ejecutar en cualquier caso un fallo que ha sido anulado en el país de origen. Así, se concibe no sólo en forma teórica, sino lo que es más importante, en la práctica, la existencia

de un fallo no vinculado a la *lex loci arbitri* ya que a pesar de haber sido anulado, es ejecutado en un país extranjero sin importar este hecho. Esto es lo que sucede precisamente en países que permiten la existencia de fallos flotantes o apátridas, como Francia y Bélgica.

4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVO

Empezaremos, en primer lugar, por repasar el caso francés, ya que es el más relevante para nuestro estudio. En primer lugar, cabe destacar que el Código Procesal Civil de Francia, al contemplar las causales de rechazo de ejecución de un laudo arbitral extranjero, repite las causales previstas en el artículo V(1) del (a) al (d) de la Convención de Nueva York, pero expresamente omite mención alguna a la causal (e), es decir a la circunstancia que el fallo haya sido anulado en el país de origen. Esto llevó a los tribunales franceses a aceptar, a través del desarrollo jurisprudencial, la existencia de fallos flotantes o deslocalizados. El proceso hasta llegar a la posición francesa actual conoció de varias etapas de desarrollo⁽¹⁸⁾.

El primer caso relevante para en la jurisprudencia francesa para la noción de la deslocalización, paradójicamente, no se dio en un caso de anulación de un laudo, sino en un caso en el cual la *Cour d'Appel* parisina se negó a entender por carecer el mismo de conexión con Francia. El caso en cuestión, *Gotaverken v Lybyan Gene-*

ral National Maritime Transport Co.⁽¹⁹⁾, fue el que motivó el artículo ya mencionado de Paulsson “*Arbitration Unbound* (El Arbitraje Desencadenado o Liberado)”, que dio el puntapié teórico para el desarrollo conceptual de la deslocalización. Los hechos del caso no son muy complicados. El gobierno de Libia había encargado a la empresa sueca Gotaverken la construcción de tres barcos, los cuales fueron realizados con algunos componentes de procedencia israelí. La legislación nacional Libia había establecido un boicot contra productos israelitas, como consecuencia del conflicto arabe-israelí (lastimosamente subsistente hasta hoy día). El Gobierno libio rechazó las barcas por este hecho, pero el tribunal arbitral ordenó la ejecución del contrato y el cumplimiento de la prestación monetaria. El Gobierno libio acudió al tribunal de apelación, pero la *Cour* se negó a entender en el caso en virtud a que, al no tener el arbitraje conexión alguna con la jurisdicción francesa, el laudo no podía ser considerado “francés”. La *Cour* declinó su jurisdicción pues no consideró al fallo como nacional. Ello llevó a Paulsson a considerar que en estos casos las sentencias arbitrales son ejecutables “sin el sustento de un orden jurídico nacional específico”, es decir, a una deslocalización del arbitraje. Y motivó la respuesta del prestigioso experto en arbitraje internacional, William Park, quién señaló que Paulsson quizás exageró el impacto de este fallo, el cual no vendría a significar más que un “arbitraje internacional, más que estar desvinculado de su país de origen, tiene mayor

(18) Aquí seguimos en parte la detallada exposición de PETROCHILOS, Georgios. *Enforceability of Awards annulled in their State of Origin*. En: *International and Comparative Law Quarterly*, 1999. p. 856.

(19) 1980 107 J Dr Int 660.

grado de autonomía y menos control que un arbitraje doméstico”⁽²⁰⁾.

A pesar de esta opinión, la tesis implícita en el razonamiento de la *Cour* parisina fue desarrollada posteriormente hasta llegar al reconocimiento total de la deslocalización arbitral. En el caso *Norsolor v. Pabalk Tibarek*⁽²¹⁾, un fallo que había sido dictado y anulado en Austria fue ejecutado en Francia. En su razonamiento, la *Cour de Cassation* francesa señaló que el derecho francés no contempla como causal de rechazo el hecho que una sentencia haya sido anulada en el país de origen [lo que equivaldría al artículo V(1)(e)], por lo cual la legislación gala autoriza al juez a ejecutar un laudo que ha sido anulado.

Finalmente en Francia se encuentra el caso *Hilmarton v. OTV*⁽²²⁾, calificado como “infame” por un comentarista⁽²³⁾, por las severas críticas a la que ha sido sometida la controversial decisión de la *Cour de Cassation* en el mismo. En este caso, un laudo arbitral dictado en un proceso llevado a cabo en Ginebra, fue declarado como “arbitrario” y anulado por el máximo tribunal de Suiza, el *Tribunal Fédéral*. La parte victoriosa en el arbitraje, OTV, buscó ejecutar el fallo en Francia en donde el demandado poseía bienes, a pesar de que el más alto tribunal suizo había anulado el mismo. La *Cour* france-

sa, siguiendo su legislación más favorable y los fallos anteriormente citados, señaló que el hecho que un fallo haya sido anulado no implica su no ejecutabilidad, aplicando a tal efecto el artículo VII de la Convención (trasegada igualmente como norma nacional en Francia). Sin embargo, la *Cour* no terminó aquí, sino que igualmente señaló que:

“La sentencia dictada en Suiza es una sentencia internacional que no se encuentra integrada al orden jurídico de ese Estado, por lo que su existencia no depende de su anulación”⁽²⁴⁾.

Es la sentencia arbitral plenamente deslocalizada, plenamente flotante; “*scattered into the wind*”, como diría Shelley⁽²⁵⁾.

Ahora bien: este aspecto del fallo –el resaltado en negritas– ha sido especialmente censurado, y ello, con mucha razón. Un tribunal nacional no tiene poder alguno para corregir a un par, tal cual lo hizo el francés al suizo en *Hilmarton*. Como ha dicho con razón un autor que se ha mostrado en otros casos generalmente a favor de la deslocalización:

“Si bien el fallo es en principio consistente con una concepción del

⁽²⁰⁾ PARK, Willi. *Op. cit.* p. 26.

⁽²¹⁾ Rev Arb, 1983. p. 525.

⁽²²⁾ Rev Arb, 1994. p. 327.

⁽²³⁾ PETROCHLOS, Georgios. *Op. cit.*

⁽²⁴⁾ *Ibidem anterior*. La saga de fallos de *Hilmarton* no culminó aquí. En Suiza fue dictado un nuevo fallo lo que llevó a la coexistencia, por un momento, de dos fallos absolutamente contradictorios dictados en un mismo caso. No hubo aquí el *non bis in Ibidem*.

⁽²⁵⁾ Ver la cita en el epígrafe del poema de SHELLEY.

arbitraje internacional que tiene un prestigioso pasado en Francia, me animo tímidamente a preguntar si el fallo no es demasiado presuntuoso. ¿Con que autoridad un tribunal francés decide que forma o que no forma parte del sistema jurídico suizo? Yo creía que esto era un tema que debía ser decidido por los legisladores y jueces suizos, y no la Corte Francesa de Casación⁽²⁶⁾”.

A pesar de estas críticas, Hilmarton afianzó la postura de deslocalización arbitral en Francia. En ese país, ningún fallo arbitral dictado en un arbitraje internacional se encuentra vinculado definitivamente a un sistema jurídico determinado, sino que el mismo es internacional, apartida o flotante.

La jurisprudencia francesa ha sido seguida en algunos casos por otros países. Quizás el más importante de ellos ha sido el fallo norteamericano dictado en *Chromalloy v. Arab Republic of Egypt*⁽²⁷⁾. En el mismo, un fallo que había sido anulado en el país de asiento arbitral (Egipto), fue sin embargo reconocido y ejecutado en los Estados Unidos, ya que la *District Court* del Distrito de Columbia en-

tendió que la causal por la cual fue anulada el fallo originalmente (aplicación errónea del derecho egipcio⁽²⁸⁾) no se hallaba prevista en la legislación americana, por lo que aplicó el artículo VII de la Convención de Nueva York (disposición más favorable). Se ha dicho que el fallo de la Corte en *Chromalloy* es quizás el más fuerte impulso hasta la fecha a la tendencia deslocalizadora del arbitraje comercial internacional⁽²⁹⁾.

5. DESLOCALIZACIÓN: PRO Y CONTRA

A la vista del contexto normativo en el que se desarrolla el arbitraje comercial internacional, es decir, en el marco de la Convención de Nueva York de 1958, no puede negarse que en el plano de *lege lata* la deslocalización está permitida, o puede ser de alguna manera deducida de las reglas. Es decir, de hecho, la deslocalización es fruto de la tensión existente entre las propias disposiciones de la Convención, entre los artículos V y VII. En consecuencia, la discusión debe manejarse no en términos *descriptivos*, es decir sobre si existe la deslocalización, sino en términos *normativos*⁽³⁰⁾: ¿es la deslocalización

⁽²⁶⁾ SCHWARTZ, Eric, citado por R. GOODE en: *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*. En: ROSE. *Lex Mercatoria: Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds*. LLP Londres, 2000. p. 255.

⁽²⁷⁾ 939 Fsupp 907 (DDC 1996).

⁽²⁸⁾ El Tribunal Egipcio anuló el fallo arbitral en base a que el tribunal arbitral aplicó el Derecho Civil Egipcio y no el Administrativo como habían previsto las partes originalmente.

⁽²⁹⁾ PREAD. *Op. cit.* Pero debe tomarse en cuenta que el fallo no ha sido seguido en los Estados Unidos por otros Tribunales (*Baker Marine v. Chevron*) y que, además, *Chromalloy* contiene un grueso error interpretativo, ya que los jueces en el caso no notaron que la Convención se refiere a causales de rechazo a la ejecución del laudo, entre los que se encuentra el haber sido anulado, y no a las *causales de anulación* en sí. Ver Petrochilos. *Op. cit.*

⁽³⁰⁾ De hecho, con los años hemos llegado al convencimiento firme, por las razones esgrimidas en Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*. OUP Oxford, 1980. Capítulo I, *passim*, que el sueño de la exploración jurídica puramente “descriptiva”, es una ilusión.

una práctica aconsejable, que fomenta a la institución arbitral en sí? O, por el contrario, ¿tiene la deslocalización efectos nocivos sobre la práctica arbitral?

5.1. Argumentos a favor

(a) Internacionalización del arbitraje: El atractivo mayor de la deslocalización es que, a primera vista, es un factor que contribuye a una mayor internacionalización del arbitraje comercial. En efecto, lo que se pretende impedir con la desvinculación –aunque sea parcial– del arbitraje es un mayor respeto a la autonomía de las partes, y lo que es más, evitar que el laudo dictado en el arbitraje sea una expresión más de la soberanía estatal. El objetivo de las partes privadas al someterse al arbitraje es justamente el de evitar el engorroso y complicado proceso judicial; si el arbitraje es considerado como una expresión más de la soberanía del sistema jurídico nacional, como por ejemplo lo propugnaba Mann, entonces pierde gran parte de su atractivo como mecanismo alternativo de resolución de disputas. La deslocalización ayudaría a dar a un país un atractivo *pro arbitraje*⁽³¹⁾.

(b) Evitar normas arbitrales nacionales intervencionistas: Además, la deslocalización resulta de una importancia ineludible ante la existencia de un marco regulatorio del arbitraje vetusto e intervencionista. Supongamos que en un país se permite la revisión plena del laudo arbitral, incluyendo cuestiones sustantivas como interpretación del derecho (tal cual lo hacía el Código Procesal Civil paraguayo, que antes regulaba al arbitraje con crite-

rio estatalista), el control de la conducta de los árbitros por parte del tribunal nacional, etcétera. En estos casos, la posibilidad de que una de las partes utilice de mala fe a los tribunales nacionales a fin de inutilizar al arbitraje está latente. Es en la existencia de normas obligatorias en la *lex loci arbitri*, que puedan frustrar el fin del arbitraje, donde se encuentran las mayores complejidades del arbitraje en la actualidad. Y, como habíamos afirmado antes, fue precisamente la existencia de leyes arbitrales anticuadas la que llevó a los redactores de la Convención de Nueva York a plasmar en el artículo VII un sistema de ley más favorable.

No debemos olvidar aquí que fue justamente una reacción contra este tipo de leyes que llevaron a autores como Paulsson a propugnar la deslocalización, aunque sea limitada, del arbitraje. Ejemplos de leyes reaccionarias mencionadas por Paulsson serían la legislación hindú y la pakistaní. Un caso relacionado justamente a Pakistán es una muestra exacta de los peligros que conlleva la extrema localización del arbitraje. En el caso *Hitachi v. Rupali Polyester*⁽³²⁾ se dictó un laudo en un arbitraje llevado a cabo enteramente en Londres y dirigido por las Reglas de la CCI para el Arbitraje y gobernado en el fondo de la cuestión por la Ley de Pakistán. La parte perdedora (que era pakistaní) recurrió a sus tribunales nacionales en Pakistán, y la Corte Suprema de Pakistán consideró, interpretando la ley pakistaní de arbitraje, que un fallo dictado conforme a la Ley pakistaní debe ser considerado como pakistaní. A pesar de que en este caso no lo decidió así, la jurisprudencia

(31) Sobre esto volveremos a fondo más abajo en el apartado referido al argumento de política jurídica.

(32) Citado y explicado en P. READ. *Op. cit.*

sentada en este caso permite a un tribunal de Pakistán anular un fallo dictado en otra jurisdicción y denegar su ejecución, a pesar de que bajo la *lex loci arbitri* original ello no era posible.

(c) Falta de interés del Estado nacional: Además, podría uno preguntarse retóricamente como lo hacen Craig, Park y Paulsson: ¿Si las partes al elegir el *situs* arbitral buscan justamente un lugar neutral, en base a qué política se permite a un tribunal nacional interferir o anular una sentencia arbitral dictada por los árbitros?⁽³³⁾ Efectivamente, el respeto por la autonomía de las partes implica que las mismas se han sometido al arbitraje en un lugar neutral precisamente para evitar este tipo de intervenciones. Además, la elección de un tercer país neutral implica generalmente que ese Estado tiene poco o ningún interés respecto a la suerte del arbitraje. Las partes tendrían bienes en otros países y no son de esa nacionalidad, salvo algunas excepciones. En este sentido puede uno legítimamente cuestionar el límite de la intervención estatal. En síntesis, si ninguna de las partes es de la nacionalidad del país en donde se encuentra el asiento arbitral, parecería que existe poco interés del Estado respecto al arbitraje internacional.

(d) Evitar la proliferación de medidas judiciales anti-arbitraje: Existe igualmente otro orden de intervenciones que se dan en arbitrajes internacionales —especialmente en aquellos en los que una de las partes es un Estado soberano actuando como sujeto de Derecho privado—

que lleva a ciertos autores a proponer la desvinculación entre la *lex loci arbitri* y el procedimiento arbitral. Son casos en los que durante la tramitación de un proceso un tribunal local dicta una orden suspendiendo el arbitraje, removiendo a un árbitro o de cualquier manera interfiriendo en forma anormal al proceso arbitral. Un caso reciente ilustrará este tipo de factor de riesgo para el normal desempeño del arbitraje internacional.

El caso *Himpurna California Energy Ltd v. Republic of Indonesia*⁽³⁴⁾ es el paradigma de la intervención por parte de los tribunales nacionales sobre procesos arbitrales internacionales. La compañía CalEnergy originalmente había contratado con Indonesia a fin de explotar los recursos geo-termales de ese país. Al producirse la crisis de los países asiáticos a fines de los años noventa, el gobierno indonés se vio imposibilitado de seguir cumpliendo con el contrato, lo cual motivó a su vez al proceso arbitral. Durante la tramitación del proceso, una agencia del gobierno indonés, Pertamina (empresa estatal encargada de la distribución del petróleo) —que había sido parte del contrato original con CalEnergy, pero que no tenía participación alguna en el proceso arbitral— solicitó al tribunal local indonés una orden suspendiendo el proceso, alegando la posible violación de sus derechos como tercero interesado. El juez sudasiático otorgó un *injunction* (equivalente en algún grado a una prohibición de innovar) impidiendo la prosecución del arbitraje e imponiendo una multa de U\$S 1 millón

(33) CRAIG, PARK y PAULSSON. *Op. cit.*, p. 501.

(34) El caso ha sido publicado en forma parcial en el *ICCA Yearbook of Commercial Arbitration*, aquí seguimos la exposición de C. PARTASIDES. *Solutions offered by Transnational Rules in case of interference by the courts of the seat* (Inédito), quién coincidentemente, fue Secretario Administrativo del Tribunal Arbitral en el caso.

por cada día que prosiguiese el arbitraje. Ante esta manifiesta confabulación del gobierno indonés, el tribunal arbitral decidió (de conformidad a las reglas CCI) mudar la sede arbitral a La Haya, mientras que uno de los tres árbitros, de nacionalidad indonesia, fue “invitado” a permanecer en Indonesia. A pesar de todo esto el tribunal dictó finalmente el fallo, condenatorio contra la República de Indonesia, aunque el resultado final de esta odisea aún es incierto al momento de redacción de este artículo⁽³⁵⁾.

Si bien en Himpurna el tribunal encontró la forma de dictar el laudo —en gran medida gracias a la audacia de los árbitros y al hecho que el arbitraje estaba regido por las flexibles y liberales reglas de la CCI— las circunstancias del caso permiten vislumbrar las dificultades que rodean al arbitraje por su peculiar naturaleza de método privado. Son estos tipos de intervenciones, y los que pueden ocurrir en casos como Rupalí los que llevan a los proponentes de la deslocalización arbitral a proponer el mayor grado de autonomía arbitral posible.

5.2. Argumentos en contra

(a) Creciente armonización de las normas arbitrales nacionales: El primer hecho que ha llevado justamente a un declive en el interés sobre el debate de la deslocalización ha sido la creciente modernización de las leyes arbitrales en distintos países, hecho que se ha visto apun-

talado por la Ley Modelo UNCITRAL y su creciente adopción en casi 40 países a la fecha. Al desaparecer en parte la razón que motivó en un primer lugar la deslocalización —es decir, el número de leyes arbitrales reaccionarias o intervencionistas— desaparece igualmente la razón de ser de la teoría deslocalizadora. Como se ha dicho, los dos principales riesgos que generalmente se asocian con la *lex loci arbitri*: (i) la intervención indebida de los tribunales nacionales y (ii) la facultad excesiva de las partes para atacar un laudo, han sido minimizados en forma importante por la creciente adopción de la Ley Modelo, lo cual hace que la necesidad práctica de la deslocalización disminuya⁽³⁶⁾. En suma, ha desaparecido, en gran medida, la *raison d'être* de la deslocalización⁽³⁷⁾.

(b) Reciprocidad y cortesía internacional: En segundo lugar, y lo que es más grave quizás, la deslocalización llevada a un extremo termina por socavar íntegramente los cimientos del sistema de ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que se basa en los principios de cooperación y reciprocidad internacional. El derecho internacional, como es bien sabido, se basó históricamente en los principios de cortesía y reciprocidad (*comity*), aunque éstas hayan cedido su lugar hoy día a fuentes más importantes como los tratados internacionales⁽³⁸⁾. Ahora bien, la postura de países como Francia al aplicar la deslocalización de fallos arbitrales se reduce a negar la trascendencia del otro tribunal que anuló o suspendió en su mo-

(35) En el año 2003; por otra parte, un caso muy parecido que se encontraba también en ese momento en trámite involucraba al Gobierno de Etiopía y una empresa constructora europea. Ver C. PARTASIDES. Op. cit.

(36) P. READ. Op. cit. p. 200.

(37) R. GOODE. Op. cit. p. 266.

(38) *Ibidem*.

mento la ejecución del fallo arbitral. Si los jueces de otros países del escenario internacional siguen el ejemplo francés, nos someteríamos a un verdadero caos dentro del cual uno nunca podrá estar seguro que pasará con su sentencia arbitral. Esto a su vez, podría conllevar un deterioro del arbitraje como institución para resolver conflictos en forma pacífica. Como se ha dicho:

“La regresión del arbitraje internacional a un sistema en el que cada Estado sólo preste atención a sus propias leyes, y que cada juez sólo lo haga a las decisiones judiciales de su propia jurisdicción, impedirá severamente la causa de la cooperación internacional en la resolución de disputas. La internacionalización del arbitraje no depende, y no es promovido por un concepto de “desestatalización arbitral” (statelessness) que lleva solo a una fragmentación en la toma de decisiones ya que cada tribunal se concentra exclusivamente en sus propios poderes y rechaza la potestad de los tribunales en donde tiene su asiento el arbitraje⁽³⁹⁾”.

En consecuencia, podemos repetir nuevamente que el sistema de internacionalización que impuso la Convención de Nueva York trae consigo mismo la posibilidad de que el sistema sea subvertido por la aplicación extrema del artículo VII en todas las oportunidades. Si cada juez ignora al momento de conocer sobre un arbitraje extranjero las resoluciones tomadas por el juez de otro país, ¿de qué ma-

nera podrá hablarse de un sistema *internacional de reconocimiento y ejecución* de sentencias arbitrales extranjeras?

(c) Respeto a la autonomía de las partes: la elección del *situs* arbitral no es arbitraria: Otro problema que enfrentan los defensores de la deslocalización arbitral es que asumen, de manera un poco arbitraria, que la elección del país asiento del arbitraje es algo absolutamente fortuito⁽⁴⁰⁾. Es decir, parecería que el hecho que las partes hayan decidido llevar adelante el arbitraje en el país X o Y y sujeto a la *lex loci arbitri* de X o Y es algo de poca importancia. Muy por el contrario, la elección del lugar de arbitraje en muchas oportunidades tiene que ver justamente con el hecho que las partes consideran que es un país con la necesaria seriedad y/o seguridad jurídica como para proteger sus derechos⁽⁴¹⁾. Que la mayoría de los arbitrajes se lleven a cabo en países como Francia, Inglaterra, los Estados Unidos o Suecia, dice mucho respecto a la decisión de adoptar tal o cual lugar como asiento del arbitraje. En consecuencia, a contrario de lo que asumen autores franceses, el lugar más apropiado para entender respecto de la validez o invalidez de un laudo arbitral no es el de ejecución, sino el del lugar en el cual es dictado el fallo. Sólo así se logra un adecuado respeto a la autonomía de las partes sometidas al arbitraje.

(d) Interés público del Estado en el que se desarrolla el arbitraje: si bien es cierto que, en principio, el Estado nacional puede tener poco interés respecto a el proceso y resultado de un arbitraje, huel-

(39) *Ibidem*.

(40) G. PETROCHILOS. Op. cit. Ver cita 24.

(41) Aunque por supuesto en muchas oportunidades la elección del lugar del arbitraje es contingente.

ga señalar aquí que dentro del sistema de derechos humanos latinoamericano, la revisibilidad o recurribilidad a un tribunal superior es obligatoria. Ello, especialmente, en los casos en los que un ciudadano del Paraguay, por ejemplo, está involucrado en un procedimiento arbitral. No debemos olvidar que el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a nuestro sistema jurídico con posterioridad al golpe de 1989, prescribe expresamente que el principio de debido proceso incluye la posibilidad de recurrir a un tribunal superior respecto a una sentencia dictada en primera instancia. Estamos aquí hablando entonces de un derecho personalísimo o fundamental, irrenunciable e imprescriptible.

(e) Finalidad y eficiencia del proceso arbitral: Finalmente, podemos mencionar dos factores que se oponen, en principio, a la deslocalización del arbitraje, sobre todo respecto al laudo arbitral: la *finalidad* y la *eficiencia* en los fallos arbitrales. Aquí rige en gran parte aquél viejo adagio *interest republicae ut sit finis litium*. Los litigios deben tener fin. Con la deslocalización esta idea parece desnaturalizarse, ya que puede llevar a interminables acciones judiciales con tal de evitar que un fallo anulado no sea ejecutado. Si seguimos las ideas deslocalizadoras, la parte interesada estará obligada a solicitar la anulación de fallos en tantos países en donde la misma posea bienes. Ello puede significar un inacabable tramo litigioso, una espiral sin fin, tal cual ocurrió, por ejemplo, en el ya mencionado caso Hilmarton, que fue justificado precisamente

por Paulsson como “un caso que ocurre cada muerte de obispo y no debería obligarnos a dar vuelta al mundo”⁽⁴²⁾. Este argumento, más que una defensa de la deslocalización, parece un reconocimiento explícito de que esta es una dificultad que se presenta casi insoluble para los partidarios de la misma. Y, en conexión con ésta se encuentra la posibilidad de que el principio *non bis in idem* sea igualmente violado, como ocurrió igualmente en Hilmarton. Igualmente, el mecanismo de deslocalización se presenta como *ineficiente* desde el punto de vista económico, ya que conlleva a una utilización de recursos menos que óptima. Como ha dicho el Profesor Goode:

“La existencia de una multiplicidad de procedimientos en un número indeterminado de países subvierte uno de los objetivos del arbitraje comercial internacional, que es el de promover la eficiencia económica en la resolución de una disputa. Un concepto que provoca múltiples procedimientos judiciales en diferentes jurisdicciones induce a una mala utilización de recursos”⁽⁴³⁾.

6. UN ARGUMENTO DE POLÍTICA JURÍDICA: EL PARAGUAY COMO CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE⁽⁴⁴⁾

Los argumentos expuestos hasta aquí a favor y en contra de la delocalización arbitral aparecen como finamente balanceados, al punto que puede decirse que se

⁽⁴²⁾ P. READ. *Op. cit.* p. 198.

⁽⁴³⁾ R. GOODE. *Op. cit.* p. 263.

⁽⁴⁴⁾ El argumento atendido en este apartado nos fue sugerido por el Profesor José Antonio MORENO RODRÍGUEZ.

neutralizan mutuamente. Existe, sin embargo, un fuerte argumento más a favor de la deslocalización, que podríamos llamar un argumento de *política jurídica*⁽⁴⁵⁾.

Uno de los objetivos principales que buscaba la nueva Ley de Arbitraje y Mediación era precisamente el de convertir al Paraguay –por su posición geopolítica estratégica en el corazón del MERCOSUR– en un centro internacional de arbitraje. Lo que se busca así es incrementar el atractivo del país como un asiento para arbitrajes internacionales. En este sentido, en la Exposición de Motivos de la Ley se expresa claramente que:

“El Proyecto recoge las tendencias más avanzadas en la materia, buscando posibilitar que el Paraguay se constituya en un importante centro de arbitraje a nivel internacional y regional, habida cuenta de su situación geográfica estratégica en el centro del Mercado Común del Sur (MERCOSUR)”⁽⁴⁶⁾.

Es por ello que la Ley nueva sigue criterios modernos del arbitraje actual, incluyendo los de la Ley Modelo UNCITRAL y otras tendencias innovadoras, que se caracterizan por dotar de una mayor autonomía del arbitraje y un menor control de la *lex loci arbitri* sobre distintas partes del proceso y de la sentencia. La ley, sin embargo, no fue tan lejos como las leyes deslocalizadoras de Bélgica o

Suiza que prohíben cualquier tipo de control judicial sobre el arbitraje. ¿Es ello una falencia? ¿Perjudica ello las posibilidades de que nuestro país se convierta en un centro internacional de arbitraje?

Uno podría argumentar firmemente que ello es así. Las partes al fin y al cabo lo que buscan al asistir un centro neutral para la tramitación del arbitraje es evitar la intervención –en los países de nuestras latitudes muchas veces infundada y motivada en otro tipo de intereses– de los jueces locales. Al permitir el control judicial sobre el proceso arbitral, uno podría argüir que pierde fuerza la posibilidad de que nuestro país se constituya como centro neutral de arbitraje. Este punto se ve fuertemente reforzado por el hecho que nuestro país ha tenido desde siempre un fuerte déficit en materia de *seguridad jurídica* y asimismo nuestros tribunales se han caracterizado por dar una impresión de ser poco confiables para las partes comerciales (especialmente las internacionales)⁽⁴⁷⁾. Por ello, parecería que el noble objetivo que persigue la Ley paraguaya se ve subvertido por la posibilidad de que lo que se busca en un primer lugar –evitar la intervención de tribunales nacionales engorrosos o poco confiables– vuelve a ingresar por la ventana, al permitirse la revisión del proceso arbitral por los mismos. Todo el esfuerzo que significó la aprobación de la ley quedaría en la nada.

En vista de estos argumentos, uno podría afirmar que nuestra Ley no fue lo

(45) Siguiendo la terminología del gran jurista italiano TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y Política del derecho*. Fondo de Cultura Económica. Mexico, 1995.

(46) Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje y Mediación, 6.

(47) Ver por ejemplo el razonado análisis efectuado en el *Libro Blanco sobre la Reforma Institucional en Paraguay* (Documento de Trabajo) elaborado por el Instituto Internacional de Gobernabilidad, en el cual se expresan, entre otras conclusiones, que “la crisis institucional del sistema judicial en Paraguay es una crisis de confianza de los ciudadanos en el Poder Judicial”, 30.

suficientemente lejos a fin de lograr el ansiado objetivo de convertir al Paraguay en un centro internacional de arbitraje. Uno podría lamentarse que los legisladores paraguayos no hayan seguido el ejemplo de las leyes de países como Bélgica o Suiza.

Entendemos, por el contrario, que al establecer un control mínimo respecto al proceso y a la sentencia arbitral, el Paraguay ha fortalecido sus posibilidades de convertirse en un centro internacional de arbitraje. Ello, como afirmaremos a continuación, responde a varias razones.

En primer lugar, la deslocalización absoluta del proceso arbitral –en especial en la parte previa al dictamiento del laudo– es imposible en la práctica. Ni el más radical exponente de la deslocalización puede negar que existe una necesidad de la cooperación de los tribunales locales, sin el cual el arbitraje tendría poca efectividad como mecanismo de resolución de disputas. Las medidas citadas más arriba, como las de asistencia, las cautelares o precautorias, el llenado de vacancias arbitrales, etcétera, son imprescindibles para que el arbitraje llegue a un buen puerto. Lo difícil aquí es establecer un balance adecuado a fin de evitar casos como el de Himpurna en los que el arbitraje es interrumpido por la interferencia indebida del tribunal nacional. En consecuencia se debería establecer (tal cual lo hace nuestra ley), que la interferencia del tribunal nacional debe ser extraordinaria y sólo para casos excepcionales.

En segundo lugar, el modelo de deslocalización extrema es contraproducente, tal cual lo demuestra el sistema –hoy día reformado precisamente en este punto– establecido por la Ley belga. Como ya he-

mos visto más arriba, en Bélgica se había determinado en un principio un sistema de no revisión judicial, con el fin de lograr una mayor expansión de ese país como un centro internacional de arbitraje. La reacción del mundo comercial fue la opuesta a la esperada. En vez de acudir a ese país para tramitar sus procedimientos, los comerciantes al ver que el fallo se convertía en irrecusable, evitaron acudir a Bélgica, ante el temor de fallos arbitrarios o *runaway tribunals* (tribunales arbitrales a la fuga). Es por ello que apenas transcurrido un tiempo después de la sanción de la ley, la misma fue cambiada a fin de establecer un sistema que en principio permite la revisión judicial, pero dejando a las partes la facultad de excluir la misma (*opt-out*).

Y es que aquí no debemos olvidar que si bien, en un principio, las partes con el arbitraje buscan una solución definitiva, menos engorrosa y neutral para su conflicto, en la práctica existen dos tipos de “sentimientos” en el arbitraje. Como señalan Craig, Park y Paulsson, que algo saben de estas cuestiones:

“La existencia de un sistema nacional favorable al arbitraje depende de la perspectiva de cada uno. El ganador del proceso busca la rapidez, economía y finalidad del mismo, mientras que el perdedor busca un sistema de revisión judicial que asegure que todos los aspectos del caso hayan sido considerados plena y justamente⁽⁴⁸⁾”.

Queda claro que la posibilidad de que existan árbitros corrompibles o sencillamente mal intencionados es innegable. Por

(48) CRAIG, PARK y PAULSSON. *Op. cit.* p. 502.

ello no se puede dejar –bajo peligro de caer en el mismo error belga– que la sentencia arbitral sea absolutamente irrecusable. Lo aconsejable es que se mantenga un sistema de control sobre la *integridad procesal* o *procedural fairness* del mismo –es decir sobre los cánones de debido proceso, imparcialidad y justicia adversarial– y eliminar un control sobre las cuestiones de derecho de fondo, sobre las cuales los árbitros deben tener absoluta independencia. Ello logra el fino equilibrio que debe existir en esa tensión que caracteriza al arbitraje: el respeto por la autonomía de las partes y un mínimo de control respecto a la integridad del proceso.

El argumento que aquí se ha expresado –en contra de una deslocalización total del arbitraje en nuestro derecho– puede aparecer como una desilusión para quienes tienen el noble sueño de lograr que nuestros países latinoamericanos se conviertan en centros internacionales de arbitraje. Pero aquí hay que decir las cosas con claridad. Ni el Paraguay –ni ningún otro país– se convertirá en un centro internacional de arbitraje de la noche a la mañana por el sólo hecho de adoptar una ley plenamente “internacional” en materia de arbitraje. Esto no borrará la imagen que –para bien y para mal– tiene el Paraguay en círculos comerciales extranjeros, incluyendo a los países del MERCOSUR. Los países que hasta ahora se han desarrollado como grandes centros internacionales de arbitraje –Francia, Gran Bretaña, los Estados Unidos, Suecia o Suiza– no han conquistado su lugar mediante la adopción de leyes absolutamente deslo-

calizadoras. Por el contrario, algunas de estas leyes, como por ejemplo la inglesa, pueden ser consideradas todavía bastante “intervencionistas” en materia de arbitraje internacional. Estos países han logrado su reputación como centros favorables al arbitraje mediante varios factores, como ser su situación geográfica específica, su posición neutral, su infraestructura, etcétera. Pero por sobre todo esto, estos países tienen en común ser comunidades políticas en las que existe un profundo respeto por la ley, una primacía del Estado de Derecho (*rule of law*), y una casi infranqueable *seguridad jurídica*⁽⁴⁹⁾. Los comerciantes y empresarios que deciden someterse a un arbitraje internacional buscan, más que la irrecursibilidad de los fallos que recaigan en sus procedimientos, un marco legal (y humano) que asegure un mínimo de intervención en el proceso privado y un mínimo de control respecto a la justicia procesal (*procedural fairness*). Esto, insistimos aquí hasta el hartazgo, se logra sólo en países con la necesaria seguridad jurídica, cosa que –y ello no es sorpresa– se ha hallado ausente en el Paraguay⁽⁵⁰⁾.

En suma: hasta que el Paraguay no sea un país verdaderamente serio, *business friendly* y *oriented*, hasta que no ofrezca el imperio de la ley y la seguridad jurídica necesaria, cualquier intención de lograr que el mismo sea un centro internacional de arbitraje quedará en aguas de borraja. Es hora de reconocer este hecho y enfrentarlo definitivamente, ya que aquí radica el verdadero problema, no en una ley “internacionalista” o similar.

(49) Insuperable es el tratamiento clásico de FULLER. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1964.

(50) Hemos insistido en este sentido en un artículo titulado “¡Es la seguridad jurídica, estúpido!” En: *Diario La Nación*. Asunción, 29 de marzo de 2007.

7. HACIA UNA CONCLUSIÓN: EVALUACIÓN DE LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE DEL PARAGUAY Y LA DESLOCALIZACIÓN

Hemos recorrido hasta aquí un largo camino a fin de poder efectuar, a la luz de todo lo afirmado, una evaluación crítica de la nueva Ley de Arbitraje y Mediación del Paraguay, con relación a la deslocalización arbitral, a fin de llegar al objetivo que nos trazamos al principio de este ensayo. Para concluir, distinguiremos nuevamente entre la deslocalización del proceso arbitral y la deslocalización del fallo arbitral.

En primer lugar, entendemos que ha sido un acierto el de seguir –en líneas generales– a la Ley Modelo UNCITRAL. En este sentido, el hoy derogado sistema establecido por el Libro V del Código Procesal Civil paraguayo con su anticuado sistema de fuerte control judicial sólo consiguió que el arbitraje no se desarrolle en absoluto como mecanismo de resolución de disputas. Durante su vigencia, el arbitraje sencillamente no existió. Por ello, puede considerarse que la nueva Ley ha revolucionado nuestro régimen arbitral en su artículo 8, en el cual se establece que “*salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por la presente ley, no procederá la intervención judicial*”. Este artículo trata de mantener un balance adecuado entre la difícil tarea de mantener un mínimo de asistencia judicial y evitar que ocurran interferencias indebidas que trunquen al proceso arbitral. Al fijar que los tribunales nacionales sólo intervendrán en carácter *excepcional* en el proceso arbitral, la nueva Ley ha logrado una regulación acertada.

Con respecto a la deslocalización del fallo o sentencia arbitral, la nueva Ley ha

seguido básicamente el sistema impuesto por la Ley Modelo y la Convención de Nueva York. En este sentido, se admite la recurribilidad del fallo sólo para revisar la *justicia procesal* (*procedural fairness*) y el respeto al debido proceso y no se permite la apelación por errores *in iudicando* o de aplicación del derecho de fondo. Así, el artículo 40 establece que sólo procederá la anulación del laudo cuando:

“*a) la parte que interpone la petición pruebe que:*

1. *Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto, en virtud de la legislación paraguaya;*
2. *No ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón hacer valer sus derechos;*
3. *El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o,*
4. *La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho*

acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; o,

b) El tribunal compruebe, que según la ley paraguaya, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público internacional o del Estado paraguayo”.

Igualmente, y con respecto al reconocimiento y ejecución de un laudo dictado en el extranjero, el artículo 46 de la Ley paraguaya se limita a trasegar el sistema establecido por el artículo V de la Convención de Nueva York, pero sin prever la facultad de ejecutar un fallo (como por ejemplo sucede en Francia) por haber sido el mismo anulado o suspendido en el país de origen. Al mismo tiempo, se mantiene el carácter *facultativo* o *discrecional* a favor de los jueces paraguayos al momento de establecer que sólo se “podrá” denegar el reconocimiento o ejecución de los laudos extranjeros.


En síntesis, el sistema paraguayo significará en la práctica que un fallo anulado en el exterior, *prima facie*, no será ejecutado en nuestro país salvo que el juez, utilizando la discreción otorgada por la Ley decida ejecutarlo. Esta discreción, de más está decirlo, *debe ser utilizada sólo en situaciones límites*.

En líneas generales, el sistema es adecuado y no demerita críticas extensas.

Si se desea insistir en el tema, a buscar el pelo en la leche, como se dice, puede llegarse a la idea que quizás podría aducirse la necesidad de una futura modificación menor del sistema. En este sentido, tal vez sea sensato permitir, tal cual lo hacen la Ley suiza o la Ley belga, que las partes por declaración expresa puedan excluir la recurribilidad de la sentencia arbitral; serán ellas quienes decidan en su caso si desean o no la recurribilidad. De *lege ferenda* entonces puede promoverse para el futuro la incorporación de un artículo de similar redacción:

“Si ninguna de las partes del arbitraje tiene su domicilio habitual en Suiza, las mismas pueden por declaración expresa en el acuerdo arbitral o en algún acuerdo posterior excluir el recurso contra el fallo arbitral”⁽⁵¹⁾.

De esta forma, las partes se atarán cual Ulises con las sirenas a una solución de la cual no podrán contradecirse después. Esta disposición parece recomendable, y podría ser considerada un paso más para que el Paraguay (u otro país similar) se convierta en un centro internacional de arbitraje.

Sin embargo, y como no se puede insistir demasiado, este es sólo uno de los factores para que esto ocurra. Si a un marco normativo adecuado no se lo acompaña con una infraestructura legal y humana adecuada, y por sobre todo, respeto a la ley y seguridad jurídica —el imperio del derecho—, el sueño de que el Paraguay (o cualquier otro país) sea un centro de arbitraje seguirá siendo, como decía el viejo Calderón de la Barca, sólo un sueño. 

⁽⁵¹⁾ Artículo 192 de la Ley Suiza, primera parte.

PERÚ

EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS EN LA CONVENCION DE NUEVA YORK Y LA NOVÍSIMA LEY PERUANA DE ARBITRAJE: ACIERTOS QUE FORTALECEN EL ARBITRAJE

Por: NATALE AMPRIMO PLÁ (*)

Sin lugar a dudas, un tema fundamental en el arbitraje es el reconocimiento y ejecución de laudos. Al igual que en los procesos judiciales ordinarios, quien recurre al arbitraje busca, obviamente, que el laudo, de serle favorable, se ejecute lo más rápido posible.

En ese sentido, de nada serviría que se establezcan en los respectivos convenios arbitrales, o en los reglamentos de las instituciones arbitrales, disposiciones que impliquen la obligación de la parte vencida de cumplir el laudo, si no hubiera la certeza que esa decisión, que resuelve la controversia en disputa, va a ser ejecutada.

No hay que olvidar que, como lo precisan Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, a “(...) *diferencia de los tribunales nacionales, el tribunal arbitral no juega papel alguno en la ejecución de su decisión. Una vez dictado el laudo, por lo general el tribunal arbitral ya no tiene nada más que hacer respecto de la controversia sometida, salvo que se le solicite dictar un laudo adicional, o corregir o interpretar su laudo. Cuando un tribunal arbitral dicta un laudo definitivo, con ello finaliza su tarea y caduca el mandato del tribunal (functus officio)*”⁽¹⁾.

Al respecto, la novísima norma que regula el arbitraje en el Perú, el Decreto

(*) Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Parlamentario. Ex Vicepresidente del Congreso de la República del Perú. Socio Principal del Estudio Amprimo Abogados, Lima, Perú.

(1) REDFERN, Alan; HUNTER, Martín; BLACKABY, Nigel; y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Aranzadi. Primera Edición, 2006. pp. 591 y 592.

Legislativo 1071, establece, en su artículo 60⁽²⁾, de manera general, que las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo. Sin embargo, en el numeral 1 del artículo 67⁽³⁾, contempla la posibilidad que, a solicitud de parte, el tribunal arbitral ejecute sus laudos y decisiones, si es que media acuerdo de las partes o ello se encuentra previsto en el reglamento arbitral aplicable. Se prevé, como excepción, el caso en el cual el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

El éxito del arbitraje, y su expansión como mecanismo efectivo de solución de controversias, ha dependido, y depende hasta el día de hoy sin lugar a dudas, de cuán efectivo es el mecanismo de ejecución del laudo adoptado, aún cuando hay que indicar que, en su amplia mayoría, los

laudos son acatados y cumplidos en forma voluntaria por la partes.

En el arbitraje interno o nacional, y dado el significativo desarrollo que últimamente viene teniendo este mecanismo alternativo de solución de controversias, es cada vez más fácil ejecutar un laudo arbitral. Hoy en día, en el Perú, en aplicación de lo establecido en el artículo 68 del Decreto Legislativo 1071, la autoridad judicial, por el sólo mérito de la presentación del laudo y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuadas por el tribunal arbitral al amparo de lo que contempla el artículo 67 al que nos hemos referido anteriormente, “(...) *dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro del plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada*”.

En el arbitraje internacional⁽⁴⁾, cuando nos encontramos ante la necesidad de

(2) Artículo 60 del Decreto Legislativo 1071.- Terminación de las actuaciones.

“1. Las actuaciones terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67.

2. El tribunal arbitral también ordenará la terminación de las actuaciones:

- a. Cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.*
- b. Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.*
- c. Cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible”.*

(3) Artículo 67 del Decreto Legislativo 1071.- Ejecución arbitral.

“1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de ejecutarlo”.

(4) El artículo 5 del Decreto Legislativo 1071 establece que el arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Si las partes en un convenio arbitral tienen, al

tener que ejecutar el laudo dictado en un Estado distinto de aquél en el que se pide el reconocimiento y la ejecución del mismo, la cuestión se complejiza, pues la autoridad judicial competente es distinta a la autoridad judicial de la sede en donde se pronunció el laudo. La autoridad judicial competente tendrá que juzgar si el laudo debe o no ser reconocido y ejecutado en su país, para lo cual admitirá o rechazará el reconocimiento, a través de lo que jurídicamente se conoce como exequátur, proceso contemplado en el Perú en el artículo 837 del Código Procesal Civil y, en materia arbitral, en las disposiciones del Título VIII (Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales), artículos 74 al 78 del Decreto Legislativo 1071.

Como señala Gonzáles De Cossio, el desarrollo del arbitraje internacional moderno comenzó a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, pero una parte importante del mismo seguía basándose en legislaciones nacionales, lo que generaba que los países regulasen el arbitraje desde diversas ópticas, generándose como resultado de ello un régimen internacional dispar e incluso contradictorio. “Desde una perspectiva internacional, los regímenes fluctuaban desde los altamente regulatorios, hasta los totalmente liberales. Dentro de dicho horizonte existían todo tipo de modalidades, incluyendo los que no brindaban asistencia alguna al arbitraje por considerar que la utilización

del mismo implicaba una renuncia total de la jurisdicción estatal⁽⁵⁾”.

Concluida la Segunda Guerra Mundial se produce una expansión del comercio internacional que, a su vez, impulso el desarrollo del arbitraje, motivando que la Cámara de Comercio Internacional (CCI) promueva, a inicios de la década de los 50, una iniciativa para crear un tratado internacional que simplifique el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de forma tal que se asegure una ejecución sumaria de las mismas.

Como lo indica Rivera, “(...) este proyecto propiciaba el reconocimiento de un arbitraje totalmente deslocalizado, fundado exclusivamente en la autonomía de la voluntad, del cual resultaba un laudo o sentencia internacional; además, haciéndose cargo de las objeciones que habían recibido los acuerdos de Ginebra, pretendía excluir el sometimiento del procedimiento arbitral a la legislación del país sede (lo que era consecuente con el carácter deslocalizado del arbitraje), cuestionó el sistema de reconocimiento del carácter ‘firme’ de la sentencia, propició que la carga de la prueba de las objeciones al exequátur recayera sobre la parte contra la que se pretendía ejecutar la sentencia y que existieran algunas causales invocables de oficio por el juez del exequátur”⁽⁶⁾.

El proyecto preparado por la CCI en 1953 fue objeto de revisión por parte del

momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes; b) Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios; y, c) Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.

(5) GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje*. México: Porrúa, Segunda edición, 2008. p. 3.

(6) RIVERA, Julio César. *Arbitraje Comercial. Internacional y Doméstico*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 683.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, el que, a su vez, preparó un proyecto adicional de convención, en términos más cercanos a la Convención de Ginebra para la Ejecución de Laudos Arbitrales de 1927⁽⁷⁾, que a los que contempló el proyecto de la CCI⁽⁸⁾.

Ambos proyectos fueron puestos a consideración de una Conferencia de Plenipotenciarios que en Nueva York, entre el 20 de mayo y el 16 de junio de 1958, deliberan, para luego, finalmente, aprobar la Convención de Nueva York, que, como informa Rivera, “(...) fue aprobada por treinta y cinco votos a favor y cuatro abstenciones, entre ellas la de Estados Unidos. Fue suscripta sólo por diez países, y entró en vigor el 7/6/1959 con el depósito del tercer instrumento de ratificación”⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾.

La Convención de Nueva York reemplazó a las dos Convenciones de Ginebra (es decir, al Protocolo de Ginebra de 1923 y a la Convención de Ginebra de 1927⁽¹¹⁾) y, como acertadamente la califica Gonzáles De Cossío, constituye la piedra angular del arbitraje comercial internacional⁽¹²⁾.

Su objetivo y propósito, conforme se expresa en el Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional que aprobó la convención, fue “(...) el establecimiento de reglas transnacionales que favorezcan la libre circulación de sentencias arbitrales y el establecimiento de otras medidas que puedan acrecentar la eficacia del arbitraje, respetando la realidad y la tradición jurídica de los Estados”⁽¹³⁾.

⁽⁷⁾ La Convención de Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales, firmada el 26 de setiembre de 1927, que conjuntamente con el Protocolo de Ginebra sobre cláusulas arbitrales (dado en Ginebra el 24 de setiembre de 1923) son los primeros instrumentos multilaterales que abordan la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, tenía, como principal problema, lo que la doctrina bautizó como “doble exequátur”, que consistía en que para que un laudo arbitral fuera ejecutado en una jurisdicción nacional, se tenía que demostrar que el laudo era definitivo (es decir, firme) en el país donde había sido emitido, pues la Convención estipulaba que se consideraba no firme aquella sentencia que fuera susceptible de impugnación, apelación o recurso de casación o si se probaba que se encontraba en curso un procedimiento para impugnar la validez de la sentencia. Ello, como era de esperar, generaba la oportunidad para la parte vencedora de esgrimir todo tipo de cuestionamientos al laudo y al procedimiento arbitral seguido, siendo la parte vencedora la que asumía la carga de la prueba, para demostrar que el arbitraje y el laudo emitido si cumplían con las disposiciones de la Convención de Ginebra. Una vez logrado ello, y en el caso que el resultado hubiese sido positivo para quien había salido vencedor en el arbitraje, éste debía repetir el procedimiento ante los jueces del Estado en el que buscaba ejecutar el laudo; por eso se hablaba de “doble exequátur”. Quizás debido a estos defectos, los referidos documentos de Ginebra recibieron pocas ratificaciones, y no fueron aprobados por Estados Unidos de América, ni por la entonces Unión Soviética.

⁽⁸⁾ GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Op. cit.* p. 6.

⁽⁹⁾ RIVERA, *Op. cit.* p. 683.

⁽¹⁰⁾ Los primeros tres países en permitir la entrada en vigencia de la Convención de Nueva York fueron Egipto, Israel y Siria. El cuarto país fue Francia, en donde entró en vigencia el 24 de setiembre de 1959 (Clay, Thomas. La Convención de Nueva York desde la perspectiva de la doctrina francesa. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Número 9 - Julio - Diciembre 2008. Legis Editores. Bogotá, agosto de 2008. p. 147.

⁽¹¹⁾ Sin embargo, aún hay países que son parte del Pacto de Ginebra y la Convención de Ginebra.

⁽¹²⁾ GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Op. cit.* p. 6.

⁽¹³⁾ RIVERA. *Op. cit.* p. 684.

Actualmente⁽¹⁴⁾ más de 140 Estados se han adherido a la Convención de Nueva York, lo que de por sí demuestra su éxito, pues implica que dichos signatarios se comprometen a respetar el carácter vinculante de los laudos que al amparo de ella se hubieran emitido, permitiendo, en consecuencia, que las sentencias arbitrales puedan invocarse a título de excepción u objeción en cualquier proceso en trámite (es decir, implica lo que algunos han calificado como la “importación o nacionalización del laudo”⁽¹⁵⁾). Además, en cuanto a la ejecución de los laudos dictados al amparo de la Convención, los Estados signatarios se comprometen a ejecutarlos conforme a su derecho interno, no pudiendo imponer, como reza el artículo III de la propia Convención de Nueva York, “(...) condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costes más elevados, que los aplicables al reconocimiento o ejecución de las sentencias arbitrales nacionales”.

En cuanto a las sentencias arbitrales a las que se aplica la Convención de Nueva York, así como lo relativo a las formalidades que ésta última contempla para el reconocimiento y ejecución de aquellas, debemos indicar:

- a) Que el artículo I.1 precisa que la Convención sólo se aplica al reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en el que se pide el reconocimiento de dichas sentencias, o respecto de aquellas no consideradas como laudo nacional en ese mismo país; y,
- b) Que el artículo IV preceptúa que para obtener el reconocimiento y ejecución, la parte que lo pida debe presentar, junto con la demanda, el original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad; así como el original del acuerdo al que se refiere el artículo II de la Convención⁽¹⁶⁾ o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad⁽¹⁷⁾.

De otro lado, hay que resaltar que la Convención de Nueva York contempla en su artículo V sólo siete causales por las que se puede denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, ninguna de ellas referida a la posibilidad de que tal denegatoria responda a

⁽¹⁴⁾ Información disponible a febrero de 2007.

⁽¹⁵⁾ RIVERA. *Op. cit.* p. 687, citando a HITTERS, Juan C. *Efectos de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros*. LL 1996-A-954.

⁽¹⁶⁾ El artículo II de la Convención de Nueva York hace referencia al “(...) acuerdo escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concierne a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”; precisando que la “(...) expresión ‘acuerdo escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

⁽¹⁷⁾ “Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial de país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado o por un agente diplomático o consular”, según lo dispone el artículo IV.2 de la Convención de Nueva York.

una revisión de las cuestiones de fondo de un laudo al que le es aplicable la Convención.⁽¹⁸⁾ De las referidas siete causales, cinco pueden ser invocadas por la parte contra la cual se pretende ejecutar el laudo cuyo reconocimiento y ejecución se solicita, y dos están referidas al orden público del lugar donde se tramita el reconocimiento y ejecución y, a diferencia de las referidas cinco primeras, éstas últimas si pueden ser invocadas de oficio por el tribunal al que se le solicita el reconocimiento y la ejecución del laudo extranjero. En cualquiera de los supuestos, ya sea en cuanto aquellas que sólo pueden ser invocadas a pedido de parte, como las relativas al orden público, nos encontramos ante causales taxativas; es decir, ante las únicas que pueden ser invocadas para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo, pues la enumeración contemplada en el artículo V de la Convención, en palabras de Van den

Berg, “debe interpretarse de manera estricta”⁽¹⁹⁾.

Al respecto, el artículo V.1 de la Convención de Nueva York dispone que sólo se podrá⁽²⁰⁾ 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 el que se pide el reconocimiento y la ejecución:

- a) Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les 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 aspecto, 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

(18) Sobre esta materia léase a REDFERN, HUNTER y otros. *Op. cit.* p. 608; quienes citan el fallo de la Corte Suprema de la India, en el caso *Renusagar Power Co. Ltd. c. General Electric Co.*, según el cual “(...) el alcance de la investigación del tribunal ante el cual se solicita la ejecución es limitado (se remite a las causales mencionadas en la Ley) y no faculta a una parte del procedimiento a impugnar el Laudo con fundamento en cuestiones de fondo”.

(19) VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Kluwer Law and Taxation Publishers, T.M.C. Asser Institute - The Hager, 1981. pp. 267 y 268; cita tomada de REDFERN, HUNTER y otros. *Op. cit.* p. 609.

(20) El término “podrá” ha generado toda una polémica respecto a si la Convención de Nueva York le da discrecionalidad al tribunal encargado de decidir la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo, cuando éste ha sido anulado (máxime si el artículo VII de la Convención exige la aplicación de la disposición del derecho más favorable). La tesis permisiva ha sido encabezada por Jan Paulsson, mientras que la postura en contra, que sostiene que un laudo anulado se encuentra legalmente muerto, ha sido encabezada por Albert Jan VAN DEN BERG. Sobre esta materia, léase a: GONZÁLEZ DE COSSIO. *Op. cit.* pp. 434 - 447; RIVERA. *Op. cit.* pp. 707 - 717; ZULETA, Eduardo. *El reconocimiento Internacional de laudos anulados*. En: *El Arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2008. pp. 585 - 607; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007. pp. 457 - 553; MANTILLA SERRANO, Fernando. *La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿hacia un arbitraje realmente autónomo?* En: *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales*. Bogotá: Legis, 2007. pp. 207 - 239; JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. *La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Número 4, enero - junio 2006. Bogotá: Legis, 2006. pp. 179 - 200; CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Las causales que pueden ser declaradas de oficio para negar el reconocimiento de un laudo*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Número 6 - enero - junio 2007. Bogotá: Legis, 2007. pp. 61 - 111; ANDRADE CADENA, Xavier. *Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en Ecuador: un camino inexplorado*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Número 8 - enero - junio 2008. Bogotá: Legis, 2008. pp. 147 - 193; CLAY. *Op. cit.* pp. 145 - 168.

- debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus medios de defensa; o
- c) Que la sentencia se refiera 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, 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 la sentencia.
- a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por la vía de arbitraje; o
 - b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país⁽²¹⁾.

En cuanto al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, el novísimo Decreto Legislativo que norma el Arbitraje en el Perú aborda dicha materia en forma integral, en el mencionado Título VIII. Allí se establece, en primer término, que los laudos extranjeros serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción en el derecho peruano:

- a) La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o
- b) La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o
- c) Cualquier otro tratado de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú (artículo 74)⁽²²⁾.

El artículo V.2 de la Convención de Nueva York agrega que 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:

Con relación a ello, y salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el numeral 2 del artículo 74 del Decreto Legislativo 1071 contempla que el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución

⁽²¹⁾ Sobre este particular, léase: GONZÁLEZ DE COSSIO. *Op. cit.* pp. 61 - 83.

⁽²²⁾ Léase: ALJURE SALAME, Antonio. *Ámbito de aplicación de las convenciones de Nueva York y de Panamá sobre arbitraje internacional*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Número 1 - junio - diciembre 2004. Bogotá: Legis, 2004. pp. 105 - 121.

del laudo extranjero, lo que resulta compatible con lo establecido en el artículo VII.1 de la Convención de Nueva York, según el cual sus disposiciones “(...) *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*”. Es decir, la Convención de Nueva York subordina su aplicación a cualquier tratado anterior o posterior, con el objeto de buscar la máxima eficacia posible al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

De otro lado, en cuanto a las causales de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, la Ley peruana, en su artículo 75, vuelve a reiterar su apuesta por aplicar las normas que sean más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo extranjero, cuando indica que las causales contempladas en el referido artículo (que, prácticamente, son las mismas contempladas en el artículo V de la Convención de Nueva York, con la sola excepción, que detallaremos más adelante, relativa al orden público internacional) serán de aplicación a falta de tratado, o cuando existiendo éste, si las normas del artículo 75 del Decreto Legislativo 1071 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 en el derecho peruano*”.

Esto último es de suma importancia, debido a que el mismo artículo 75, en sus

numerales 4, 5, 6, 7 y 8, impone restricciones a la posibilidad de que la parte contra la cual se invoca el laudo extranjero, pueda invocar válidamente alguna de las causales de denegación.

Así, en cuanto a la causal contemplada:

- a) En el inciso a. del numeral 2 del artículo 75 (por la que se alega: “Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio no es válido, en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo”), el numeral 4 del mismo artículo establece que dicha causa “(...) *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*”;
- b) En el inciso b. del numeral 2 del artículo 75 (por la que se alega: “*Que la parte contra la cual se invoca el laudo 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*”), el numeral 5 del mismo artículo establece que dicha causa “(...) *no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha reclamado oportunamente ante el tribu-*

nal arbitral la falta de notificación del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o la vulneración a su derecho de defensa”;

- c) En el inciso c. del numeral 2 del artículo 75 (por la que se alega: “*Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contiene decisiones que exceden sus términos*”), el numeral 6 del mismo artículo establece que dicha causa “*(...) no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si ésta se refiere a cuestiones sometidas al arbitraje que pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje*”;
- d) En el inciso d. del numeral 2 del artículo 75 (por la que se alega: “*Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje*”), el numeral 7 del mismo artículo establece que dicha causa “*(...) 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 en virtud a que su composición no se ha ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o no ha denunciado oportunamente ante el tribunal arbitral que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje*”; y,
- e) En el inciso e. del numeral 2 del artículo 75 (por la que se alega: “*Que*

el laudo aún no es obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado ese laudo”), el numeral 8 del mismo artículo establece que “*(...) la Corte Superior competente que conoce el reconocimiento del laudo, si lo considera conveniente, podrá aplazar su decisión sobre dicho reconocimiento y, a petición de la parte que pida el reconocimiento del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas*”.

Respecto a la causal de denegación del reconocimiento de un laudo extranjero, contemplada en el inciso b. del numeral 3 del artículo 75 (relativa a la comprobación por parte de la autoridad judicial competente de “*Que el laudo es contrario al orden público internacional*”), debemos indicar que allí el Decreto Legislativo 1071 difiere, en su redacción, de la causal contemplada en el inciso b del artículo V.2 de la Convención de Nueva York, que hace referencia a la posibilidad de que la autoridad competente deniegue el reconocimiento y la ejecución del laudo extranjero, si se comprueba que “*(...) el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país*” (es decir, del país ante el que se solicita el reconocimiento y la ejecución del laudo).

La Ley peruana introduce el concepto de “orden público internacional”, que es un concepto polémico en la doctrina, llegando incluso un sector de ésta a criticar su uso por considerarlo equívoco e impreciso, pues encierra la idea de principios de validez universal.

Al respecto, Feldstein De Cárdenas indica que:

“(…) cuando se aluda al orden público internacional se lo hará desde la perspectiva de un particular Derecho estadual, de un Derecho nacional. El problema del orden público internacional se plantea cuando el Derecho extranjero indicado por la regla de conflicto para solucionar la cuestión de Derecho Internacional Privado está en pugna con la ley del juez que entiende la causa. La ley llamada por la norma de Derecho internacional privado ‘indirecta’ debe contrariar de modo grave el Derecho del juez para justificar la inaplicabilidad del Derecho extranjero. Se trata de un remedio de carácter excepcional, que se perfiló desde sus remotos orígenes en los estatutarios italianos, para conseguir estructurarse con Federico Carlos von Savigny hasta alcanzar su configuración actual.

(…)

Así, pues, el orden público internacional es un mecanismo de excepción, que se traduce en una limitación a la ley extranjera designada por la regla de conflicto cuando con su aplicación en un caso concreto se corre el riesgo de producir un ataque, un resultado inaceptable a los principios, a los valores esenciales del Derecho del foro.

Puede ser definido como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado.

De tal modo, su función primordial consiste en la salvaguardia de aquellos principios considerados fundamentales en los que cada Estado asienta su individualidad jurídica en un momento determinado”⁽²³⁾.

Para Gonzáles De Cossío, por el contrario, el “orden público internacional” es un concepto menos amplio que el “orden público local”, pues mientras “(…) el orden público local versa sobre las nociones más básicas de moralidad y de justicia de una jurisdicción determinada, el orden público internacional es aquel aceptado como tal por la comunidad internacional”. Así, el “(…) orden público internacional incluye las siguientes áreas: (i) principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que el Estado desea proteger aun cuando no esté directamente involucrado; (ii) las reglas designadas para servir los intereses políticos, sociales y económicos de dicho Estado, conocidos como leyes de policía o reglas de orden público y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones ante otros Estados u organismos internacionales”⁽²⁴⁾.

Al respecto, lo que habría que señalar es que, como lo reconoce la propia Feldstein De Cárdenas, en 1952 la doctrina ya había:

⁽²³⁾ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. *El orden público internacional: una mirada desde el Derecho internacional privado contemporáneo*. En: *Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres*. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 2001. pp. 97 - 99.

⁽²⁴⁾ GONZÁLES DE COSSÍO. *Op. cit.* pp. 65 y 66.

“(...) vislumbrado que, además del orden público internacional, existía lo que una concepción había dado en llamar ‘el orden público internacional de la sociedad internacional constituido por las reglas del Derecho de gentes y los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas’ ”.

La noción encierra la idea de que habría un conjunto de principios universalmente reconocidos, no pertenecientes a ningún Derecho estadual individualmente considerado. Ciertamente esta concepción se encuentra íntimamente vinculada con la tendencia que considera que en el ámbito de los negocios internacionales existe una suerte de tercer orden jurídico, distinto del nacional y del internacional, llamado “Derecho transnacional”, “Derecho nacional” o, sencillamente, “*lex mercatoria*”.

Para sus defensores, entre los que desde ya anticipamos a nuestro lector que no nos hallamos, el orden público transnacional está dado por el conjunto de principios morales universalmente reconocidos en todas las áreas, con singular latitud, especialmente en materia de negocios internacionales. Si bien se trata de un orden que operaría tanto en el ámbito de los tribunales estatales, es precisamente en los procedimientos arbitrales donde –afirman sus partidarios– adquiere un brillo especial. En este sentido, cabe recordar que jurisprudencialmente comenzó a desarrollarse la idea cuando la Corte de Apelaciones de París, en 1984, sostuvo en “Comité de Défense des Actionnaires de la

Banque Ottomane v. Banque Ottomane”, que “(...) La seguridad de las relaciones comerciales y financieras internacionales postula el reconocimiento de un orden público si no universal, al menos común a los diversos órdenes jurídicos, que proteja los intereses de las personas asociadas a la vida de las sociedades de capital”.


No obstante, cabe observar que casi siempre son los tribunales arbitrales los que han desplegado una doctrina favorecedora de esta noción, como bien ha destacado uno de sus más conspicuos defensores cuando afirma que existe “un Derecho Internacional Privado del Arbitraje internacional, específico a esta institución e independiente de los derechos nacionales”⁽²⁵⁾. Con todo respeto nos permitimos estar en desacuerdo con esta noción de ‘orden público transnacional’, toda vez que ella se encuentra estrechamente vinculada con una concepción que combatimos acerca de la independencia de la *lex mercatoria* de los derechos estatales.

Diremos para finalizar esta parte que, según nuestra perspectiva, la noción de orden público transnacional resulta tan innecesaria, tan imprecisa, tal ideológicamente peligrosa, lo primero, porque puede llegarse a los mismo resultados a través de la noción de orden público internacional clásica; lo segundo, porque su contenido encierra tal vaguedad que la hace conspirar contra su clara determinación e interpretación y, a mayor abundamiento, porque no nos queda duda de que el concepto de ‘orden público transnacional’ puede conspirar contra el pluralismo inherente a la sociedad internacional, que

⁽²⁵⁾ GOLDMAN, Berthold. *Lex Mercatoria*. En: *Forum Internazionale*, 1983. p. 22.

es la base misma del Derecho Internacional Privado”⁽²⁶⁾.

Obviamente la inclusión del concepto orden público internacional que el Decreto Legislativo 1071 incorpora, es acorde con la visión de Gonzáles De Cossío y Goldman, con el claro afán por

favorecer el reconocimiento del laudo extranjero, así como los derechos que de él se deriven. Quizás hubiera sido pertinente que la Ley peruana, al hacer referencia al orden público internacional, desarrollase el concepto, de forma que fuese lo más preciso técnicamente, y no quede a interpretaciones futuras. 

⁽²⁶⁾ FELDSTEIN DE CÁRDENAS. *Op. cit.* pp. 111 y 112.

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS

Por: FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*)

SUMARIO: 1. *Ámbito de aplicación del tratado.* 2. *Reservas.*
2.1. *Reserva de reciprocidad.* 2.2. *Reserva comercial.*

La Convención de Nueva York estuvo de aniversario. En el año 2008 cumplió 50 años de existencia y sigue siendo hasta la fecha, como señalan Redfern y Hunter, el tratado más importante relacionado al arbitraje comercial internacional⁽¹⁾.

Uno de los pocos efectos positivos que dejó la Segunda Guerra Mundial fue el crecimiento del comercio internacional. Sin embargo, para que este comercio se consolidara se requería garantizar la eficacia extraterritorial de los laudos

(*) Decano y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Member of the Board of Reporters of the Institute of Transnational Arbitration (ITA). Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI, Lima, Perú.

(1) REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 1986. p. 63. "The New York Convention of 1958 is the most important international treaty relating to international commercial arbitration". GRAVING, Richard J. *How Non-Contracting States to the 'Universal' New York Arbitration Convention enjoy Third-Party Benefits but not Third-Party Rights*. En: *Journal of International Arbitration*. Volumen 14. Número 3, 1997. p. 167. "The New York Arbitration Convention of 1958 is mercifully short and, for the international commercial community, successfully sweet (...) President Stephen Schwebel of the International Court of Justice has put it with greater economy but no less accuracy, 'it works'. Yet another authority, Professor Mustill Thomas Carbonneau, has described it as the 'universal charter' of international commercial arbitration". Lord, *Arbitration: History & Background*. En: *Journal of International Arbitration*. Volumen 6, 1989. p. 43. "(The New York Convention) perhaps could lay claim to be the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law". MOURRE, Alexis. *Ejecución forzada de laudos internacionales*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 5, 2007. p. 156. Este instrumento es justamente considerado como el texto fundamental del derecho internacional del arbitraje.

arbitrales, lo que en ese momento era simplemente una aspiración.

Ante esta situación, en 1953, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) requiere a la Organización de las Naciones Unidas que proceda a abordar el tema del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, con la finalidad de alcanzar la ansiada y necesaria uniformidad en su tratamiento y garantizar así la eficacia de los laudos arbitrales.

Es así que en 1954 se designa un comité *ad hoc*, el cual prepara un proyecto de tratado, que es revisado y mejorado en una Conferencia Internacional convo-

cada para tal fin en la ciudad de Nueva York del 20 de mayo al 10 de junio de 1958, con la participación de 45 Estados. El producto final fue la hoy famosa Convención de Nueva York de 1958⁽²⁾.

Este tratado, denominado Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (más conocido como la Convención de Nueva York de 1958), tiene como principal objetivo el establecer reglas claras y simples para el reconocimiento y la ejecución⁽³⁾ de los laudos arbitrales⁽⁴⁾.

Entre las principales virtudes de esta Convención, destacamos las siguientes:

- (2) QUIGLEY, Leonard V. *Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. En: *The Yale Law Journal*. Volumen 70. Número 7, 1961. pp. 1059 y 1060. A abril de 2008, 142 Estados son parte de esta convención. A saber: Afganistán, Albania, Alemania, Antigua y Barbuda, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Bahrain, Bangladesh, Barbados, Belarús, Bélgica, Benín, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Camboya, Camerún, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa Rica, Costa de Marfil, Croacia, Cuba, Dinamarca, Djibouti, Dominica, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación Rusa, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Ghana, Grecia, Guatemala, Guinea, Haití, Honduras, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irlanda, Islas Marshall, Islandia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Jordania, Kazajstán, Kenya, Kirguistán, Kuwait, Lesotho, Letonia, Líbano, Liberia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Madagascar, Malasia, Mali, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Mozambique, Nepal, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Paraguay, el Perú, Polonia, Portugal, Qatar, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Árabe Siria, República Centroafricana, República Checa, República de Corea, República Democrática Popular Lao, República Dominicana, República de Moldova, República Unida de Tanzania, Rumanía, San Marino, San Vicente y las Granadinas, Santa Sede, Senegal, Serbia, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Vietnam, Zambia y Zimbabue. Fuente: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), Situación de las Convenciones y Leyes Modelo, www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. El Perú se adhirió a este tratado mediante Resolución Legislativa 24810, de 4 de marzo de 1988. El tratado entró en vigencia el 5 de octubre de 1988.
- (3) BORN, Gary. *International Commercial Arbitration in the United States*. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventon & Boston, 1994. p. 18. "Recognition of an arbitral award refers to giving preclusive effect to the award, usually to bar relitigation of the claims that were arbitrated; 'enforcement' refers to the invocation of coercive judicial remedies to fulfill the arbitral award".
- (4) El texto de la convención se puede ubicar en: www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_s.pdf. TROOBOFF, Peter D. y Corinne A. GOLDSTEIN. *Foreign Arbitral Awards and the 1958 New York Convention: Experience to Date in the U.S. Courts*. En: *Virginia Journal of International Law*. Volumen 17. Número 3, 1977. p. 469. "The 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards represents the culmination of efforts by such organizations as the International Chamber of Commerce to secure a multilateral treaty providing businessmen with an efficient and trustworthy method of insuring that the manner in which they have chosen to resolve their transnational disputes will be effective".

- Mantiene el criterio ya establecido en la Convención de Ginebra de 1927, de regular exclusivamente el tema del reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales⁽⁵⁾.
 - Establece un ámbito de aplicación mucho mayor a cualquier otro tratado que, sobre esta materia, existía hasta esa fecha⁽⁶⁾.
 - Elimina el trámite del “doble exequátur”, ya que no se requiere probar que el laudo arbitral es “final”⁽⁷⁾.
 - Establece causales taxativas para denegar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, trasladando la carga de la prueba a quien se opone a la solicitud⁽⁸⁾.
 - Obliga a los Estados contratantes a regular el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, bajo condiciones y costos similares a los aplicables a los laudos locales⁽⁹⁾.
 - Por último, identifica los documentos que se deben presentar al momento de solicitar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral⁽¹⁰⁾.
- En este trabajo de festejo por el 50 aniversario de la Convención de Nueva

(5) DE VIREN, Henry. *International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts*. En: *Tulane Law Review*. Volumen 57. Número 1, 1982. pp. 56 y siguientes. PAULSSON, Jan. *Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of origin*. En: *The International and Comparative Law Quarterly*. Volumen 30, 1081. p. 373.

(6) WERNER, Jacques. *Should the NYC be revised to provide for Court Intervention in Arbitral Proceedings?* En: *Journal of International Arbitration*. Volumen 6. Número 3, 1989. p. 115. “(I)ts field of application is significantly broader than that of the Geneva Protocol. Whereas the latter covered only arbitration agreements between parties which were subjects of different contracting states, the New York Convention applies to any award made in any other state, without any requirement concerning the nationality of the parties. It thus increases the scope of disputes which are not submitted to national court jurisdiction but rather to arbitration”.

(7) Esto se desprende del artículo V(1)(e) del tratado. CRAIG, William L. *Uses and Abuses of Appeal from Awards*. En: *Arbitration International*. Volumen 4. Número 3, 1988. p. 186. “The standard of a binding award is clearly intended to avoid the ‘double exequátur’ requirement and is meant to produce a system where most awards can be enforced without any judicial action in the country where they were issued”. WERNER. *Op. cit.* p. 114. “(T)he double exequátur system specified in the Geneva Convention is abolished, by providing for the award to be ‘binding’ on the parties, and not ‘final’ as in the Geneva Convention”.

(8) NATIER, Frank E. *International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards*. En: *Texas International Law Journal*. Volumen 21, 1986. p. 403. El autor considera que estos son dos de los principales efectos positivos de la Convención de Nueva York: “The giant steps (1) limit the grounds on which a party can object to the enforcement of a foreign arbitral award to those that are essential and (2) even more important, put the burden of proof on the party opposing enforcement; that party must prove the defectiveness of the award. Placing the burden on the party seeking enforcement, on whom it has rested for many years, had destructive results”. WERNER. *Op. cit.* p. 114. “(T)he party seeking enforcement is not required to prove all the conditions necessary for enforcement; it is rather up to the party against whom enforcement is sought to prove the existence of one of the grounds for refusal”. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia. *Panorama del sistema de Derecho Internacional Privado argentino de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*. En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/panorama.html, p. 18. “(La Convención de Nueva York) (i)nvierne la carga de la prueba, obligando a quien resiste el reconocimiento y/o ejecución a probar que no se encuentran reunidos los requisitos que lo impiden. En este sentido, cabe señalar que las causales se encuentran taxativamente establecidos en el artículo V de la Convención. Se trata de motivos oponibles por parte del demandado”. Sobre esto último, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: UPC, 2007. pp. 457 - 553.

(9) Artículo III de la Convención. Leer a: CANTUARIAS SALAVERRY. *Op. cit.* pp. 446 - 456.

(10) Artículo IV de la Convención. Leer a: CANTUARIAS SALAVERRY. *Op. cit.* pp. 449 - 453.

York, concentraremos nuestra atención en analizar el ámbito de aplicación de este importante instrumento internacional.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL TRATADO

Como su propio nombre lo dice, la Convención de Nueva York de 1958 se aplica al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Sin embargo, según esta Convención, ¿cuándo estamos ante un laudo arbitral extranjero?

Sobre este particular, el Tratado dispone en la primera parte de su artículo 1.1. lo siguiente:

“La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas”.

La norma citada ha sido interpretada por la generalidad de la doctrina, en el sentido que la Convención de Nueva York

apuesta decididamente por el factor de conexión “territorio”, ya que considera “extranjero” a todo laudo arbitral dictado en un país distinto a aquél en el que se pide el reconocimiento y la ejecución⁽¹¹⁾.

Sin embargo, la segunda parte del artículo 1.1. agrega lo siguiente:

“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”.

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 la primera parte considera como “extranjero” a todo laudo arbitral dictado fuera del Estado en el que se pide el reconocimiento y la ejecución (factor de conexión territorial), a renglón 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.

Esta redacción ha dado lugar a alguna polémica acerca de su ámbito de aplicación⁽¹²⁾.

(11) VAN DEN BERG, Albert. *Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention*. En: *Arbitration International*. Volumen 2. Número 3, 1986. p. 198. “(...) the Convention always applies to the recognition and enforcement of an arbitral award made in another State (...)”. También leer a: VAN DEN BERG, Albert. *New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)*. En: *The Yearbook on Commercial Arbitration*. Volumen XIV, 1989. pp. 534 - 555; y, DI PIETRO, Domenico y Martin PLATTE. *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958*. Londres: Cameron May, 2001, p. 23. “(...) the main criterion adopted by the Convention in order to define its application is the territory of the State where the award was made”.

(12) PHILLIPS, William. *Recognition of Foreign Arbitral Awards: The Second Circuit provides a hospitable forum*. En: *Brooklyn Journal of International Law*. Volumen 10. Número 2, 1984. p. 494. El autor explica que desde el momento mismo en que se discutía la redacción del artículo 1 de la Convención, existieron diferentes posturas acerca de su ámbito de aplicación. “A review of the drafting proceedings illustrates the inherent difficulties that arise in attempting to comprehend differing legal systems and in formulating workable guidelines that adequately define what constitutes a foreign award”.

En efecto, algunos pocos autores consideran que ambos criterios deben interpretarse en conjunto. Otros, en cambio, la inmensa mayoría, estiman que cada criterio debe ser aplicado por separado, aunque dentro de este grupo también existen discrepancias a la hora de interpretar la frase “que no sean consideradas como sentencias nacionales”⁽¹³⁾. Es más, en el campo legislativo y jurisprudencial, destaca la posición asumida por los Estados Unidos de América que conviene analizar.

El artículo 202 de la Ley Federal de Arbitraje (FAA, en sus siglas en inglés), que implementó en ese país lo dispuesto por la Convención de Nueva York, establece que “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”⁽¹⁴⁾.

El contenido de este dispositivo legal que, como indicamos, implementó en los Estados Unidos de América lo dispues-

to en la Convención bajo estudio, fue analizado a propósito de un proceso de ejecución de un laudo arbitral dictado en Nueva York, en los seguidos por Sigval Bergesen (noruego, propietario de barcos de carga) con la empresa suiza Joseph Muller Co.⁽¹⁵⁾.

En este caso, la Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito consideró, correctamente, que la Convención de Nueva York siempre se aplica al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales dictados fuera de los Estados Unidos de América (factor de conexión territorial). Por lo tanto, la segunda parte del artículo 1.1. solo sería aplicable a laudos arbitrales dictados dentro de ese país, opinión que también es correcta.

Sin embargo, la Corte fue además de la opinión que la Convención de Nueva York intencionalmente dejó las puertas abiertas para que cada Estado interpretara, a su manera, el significado del término “no nacional”⁽¹⁶⁾. Siguiendo este argumento, los magistrados decidieron ampliar los beneficios de la Convención de Nueva York a todo laudo arbitral dictado dentro de los Estados Unidos de América, siempre que las partes fueran

(13) VAN DEN BERG, Albert. *When is an Arbitral Award Non-domestic under the New York Convention of 1958?* En: *Pace Law Review*. Volumen 6. Número 1, 1985. pp. 31 y siguientes. JAN VAN DEN BERG. *Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention*. Op. cit. pp. 191 y siguientes.

(14) Traducción libre del autor. El texto reza así: “An agreement or award arising out of [a commercial] relationship which is entirely between citizens of the United States shall be deemed not to fall under the Convention unless that relationship involves property located abroad, envisages performance or enforcement abroad, or has some other reasonable relation with one or more foreign states”.

(15) Sigval Bergesen v. Joseph Muller Co. [548 Federal Supplement 650 (1982)]. Acerca de los antecedentes de este caso, recomendamos leer a: PHILLIPS. Op. cit. pp. 489 y siguientes; y, a PRYLES, Michael. *Foreign Awards and the New York Convention*. En: *Arbitration International*. Volumen 9. Número 3, 1993. pp. 270 y 271.

(16) La Corte dijo: “The Convention did not define nondomestic awards. The definition appears to have been left out deliberately in order to cover as wide a variety of eligible awards as possible, while permitting the enforcing authority to supply its own definition of ‘nondomestic’ in conformity with its own national law. Omitting the definition made it easier for those states championing the territorial concept to ratify the Convention while at the same time making the Convention more palatable in those states which espoused the view that the nationality of the award was to be determined by the law governing the arbitral procedure”.

extranjeras y la materia no fuera considerada doméstica⁽¹⁷⁾.

Es más, jurisprudencia posterior ha ampliado aún más el ámbito de aplicación de esta Convención a laudos arbitrales dictados en el foro entre norteamericanos, pero respecto de controversias que tengan un nexo significativo con el comercio internacional⁽¹⁸⁾, como es el caso del arbitraje seguido por Fuller Co. v. Compañía de Bauxita de Guinea, en el que Fuller Co. se obligó a diseñar, construir y montar una planta de refinación de bauxita en Guinea. Por su parte, en el caso Lander v. MMP Invs. (1997), la Corte del Séptimo Circuito Federal aplicó la Convención de Nueva York a un arbitraje seguido ante la Cámara de Co-

mercio Internacional (CCI) con sede en los Estados Unidos de América, entre dos empresas norteamericanas respecto a un contrato de distribución de productos de limpieza personal que se debía ejecutar en Polonia⁽¹⁹⁾.

Se supone que la ventaja principal de que un laudo arbitral emitido en los Estados Unidos de América sea considerado un laudo “no nacional” para los efectos de la Convención de Nueva York, es que cuando la parte no conforme con el laudo recurra a los tribunales norteamericanos, se aplicarán las causales previstas en el artículo V de la mencionada Convención y no las disposiciones de la Federal Arbitration Act (FAA) o de la ley de arbitraje del Estado sede del arbitraje⁽²⁰⁾.

(17) Como bien explica BOWMAN, John P. *The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act*. En: *The American Review International Arbitration*. Volumen 11, 2000. p. 130, citando para el efecto a Alan Scott Rau, esta decisión ayudó a convertir a los Estados Unidos de América en un lugar amigable para la práctica del arbitraje internacional: “(...) applying the New York Convention to arbitrations held in the United States but possessing the requisite international connections is more than adequately justified by a belief that at the margin, applying the Convention may make arbitrating in the United States more attractive to those (such as aliens) who might not otherwise have access to the federal judiciary”. Leer además a: FELDMAN, Mark B. *An Award made in New York can be a Foreign Arbitral Award*. En: *Arbitration Journal*. Volumen 39, 1984. pp. 244 y siguientes; y VAN DEN BERG. *Op. cit.* pp. 31 y 32.

(18) En inglés: “(...) a significant nexus to international commerce (...)”.

(19) FRIEDLAND, Paul D. *International arbitration in the US: Enforcement of awards, and non-parties*. En: *International Commercial Litigation - United States Litigation Yearbook Supplement*, 1998 - 1999. p. 11. Fallo de la United States District Court, Southern District of New York de 4 de febrero de 2004, en los seguidos por Shanghai Foodstuffs Import & Export Corporation c. International Chemical Inc. (*Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. Van den Berg (editor). Volumen XXIX, 2004. pp. 1209 - 1214): “Thus, ‘any commercial arbitral agreement (or award), unless it is between two United States citizens, involves property located in the United States, and has no reasonable relationship with one or more foreign states, falls under the Convention (...) Here, Petitioner is a corporation organized under the laws of the People’s Republic of China, with its principal place of business in Shanghai, China (...). The relationship between the parties involved the international shipment of goods, and a significant part of the relationship occurred abroad. Therefore, the award [issued in the United States before the American Arbitration Association (AAA)] falls under the New York Convention”. Sobre este particular, leer a: CREMADES, Bernardo M. *Regulación Nacional del Arbitraje y la Convención de Nueva York*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 1, 2005. pp. 182 y 183.

(20) Fallo de la United States District Court, Southern District of Florida, Miami Division, de 4 de junio de 2003, en los seguidos por Four Seasons Hotels and Resorts, B.V. y otros c. Consorcio Barr S.A. (VAN DEN BERG, Albert. A.J. (editor). *Yearbook Commercial Arbitration*. Volumen XXIX, 2004. pp. 882 - 899. “Both the plain language of the statute and subsequent case law support the finding that the petition to confirm the award falls exclusively under the Convention. The Convention applies to an award rendered in the United States using foreign law or arising from a dispute between foreign citizens of signatory nations (...) The award,

Sin embargo, este no parece ser el temperamento de reciente jurisprudencia norteamericana. En efecto, como bien explican Newman y Burrows, el propio Segundo Circuito Federal, en el caso Yusuf Ahmed Alghanim & Sons WLL v. Toys “R” Us Inc. (1997), estableció que aun cuando se tratara de un arbitraje no nacional, como era este caso⁽²¹⁾, igual serían aplicables las causales de anulación de laudos arbitrales establecidas en el Capítu-

lo 1 de la Ley Federal de Arbitraje (FAA),⁽²²⁾ dando de esta manera a entender que la Convención de Nueva York se aplicará sin “contaminación” de las normas locales, únicamente a los laudos arbitrales dictados fuera de ese país⁽²³⁾.

Si tenemos presente estos antecedentes contradictorios, ¿es posible establecer con certeza el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York?

rendered in Miami, applied Venezuelan law for substantive issues and originated from a dispute between Venezuelan and other foreign entities concerning performance of a contract in Venezuela. The award is therefore ‘not considered as domestic’ and invokes the Convention (...) Contrary for Four Seasons’ argument, Chapter 1 of the FAA is unavailable to confirm the award independently. Based on the Eleventh Circuit’s opinion in Industrial Risk Insurers v. M.A.N. Gutehoffnungshütte, 141 F.3d 1434 (11th Cir. 1998), the award can only be confirmed under the Convention and not Chapter 1 of the FAA”.

- (21) Según los precedentes de los tribunales norteamericanos que hemos citado, este era un caso cubierto por la Convención de Nueva York, ya que aun cuando el arbitraje tenía como sede la ciudad de Nueva York, el conflicto estaba referido a un contrato de licencia, asistencia técnica y provisión de bienes por el cual Toy “R” Us autorizaba a Yusuf Ahmed Algharim & Sons WLL (una empresa privada Kuwaiti), a abrir y operar tiendas de Toys “R” Us en Kuwait y en otros trece Estados en el medio oriente (relación comercial vinculada con terceros Estados). CARBONNEAU, Tom. *Supplementary Materials and Commentary to Cases and Materials on Commercial Arbitration*, Juris Publishing, Nueva York, 1998. p. 168. “The transaction giving rise to the arbitration and the award was unequivocally ‘non-domestic’ in character (it involved parties of different nationalities and contract performance principally abroad)”.
- (22) NEWMAN, Lawrence W. y Michael BURROWS. *Setting Aside Arbitral Awards under the New York Convention*. En: *The New York Law Journal*. Noviembre 18, 1997. p. 3. “The Toys “R” Us decision provides authority for losing parties to seek vacatur of a ‘non-domestic’ arbitration award by utilizing Chapter 1 of the arbitration act and its ‘full panoply of express and implied grounds for relief’”. CARBONNEAU. *Op. cit.* p. 168. El autor explica, que en opinion de la corte: “For Convention awards rendered in the United States, the FAA grounds can apply to matters of enforcement in the setting aside procedure provided for in the Convention regardless of possible conflict with the other provisions of the Convention”.
- (23) La corte expresamente dijo lo siguiente: “The Convention mandates very different regimes for the review of arbitral awards (1) in the state in which, or under the law of which, the award was made, and (2) in other states where recognition and enforcement are sought. The Convention specifically contemplates that the state in which, or under the law of which, the award is made, will be free to set aside or modify an award in accordance with its domestic arbitral law and its full panoply of express and implied grounds for relief (...) However, the Convention is equally clear that when an action for enforcement is brought in a foreign state, the state may refuse to enforce the award only on the grounds explicitly set forth in article V of the Convention” (126 F.3d. 15, 23 2d Cir., 1997).

PARK, William W. *The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform*. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Volumen 36, 2003. p. 1246. Este importante autor identifica otros casos en los que se ha seguido la misma postura: Lummus Global Amazonas, S.A. v. Aguaytia Energy de Perú (S.D. Texas, 2002) y Westinghouse International Service Co. v. Merilectrica (D. Mass., C.A. 00-11832, 2001). También ver el fallo en los seguidos por Millicom International V N.V. v. Motorola, Inc. (S.D., New York, 2002). Nosotros hemos identificado dos casos adicionales. Se tratan de un fallo de una Corte Federal del Distrito de Illinois, en los seguidos por Union America Insurance Company, Limited y otros v. BCS Insurance Company (VAN DEN BERG (editor). *Yearbook Commercial Arbitration*. Volumen XXVIII, 2003. pp. 1132-1139) y de una sentencia de 4 de febrero de 2004 del District Court del Southern District de Nueva York, en los seguidos por Shanghai Foodstuffs Import & Export Corporation v. International Chemical, Inc. (VAN DEN BERG (editor). *Yearbook Commercial Arbitration*. Volumen XXIX, 2004. pp. 1209 - 1214).

Van den Berg en dos trabajos referidos justamente a este tema,⁽²⁴⁾ y luego de analizar a fondo los antecedentes de este Tratado, llega a la conclusión que la Convención de Nueva York siempre se aplicará al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales dictados en un país distinto a aquél en el que se pide su reconocimiento y ejecución (factor de conexión territorial), independientemente de cualquier otro factor de conexión, salvo que los Estados miembros opten por acceder a este Tratado planteando alguna de las reservas que serán analizadas más adelante⁽²⁵⁾.

Esto significa que, como indica García Calderón⁽²⁶⁾, “(...) la cuestión relativa a la nacionalidad de las partes no reviste importancia en cuanto al reconocimiento

y ejecución de sentencias arbitrales dictadas en el extranjero. Ella no podría ser invocada ni aún en el caso de que su derecho interno les prohibiese renunciar a su propia jurisdicción para someterse a un arbitraje extranjero. Cabe citar, en este sentido, la resolución de la Corte Suprema de Italia de 13 de Diciembre de 1971, en la que sostiene que la Convención de 1958 deroga la disposición del derecho interno”⁽²⁷⁾.

Tampoco resultan relevantes el domicilio de las partes, la materia controvertida o cualquier otro factor de conexión distinto al territorial⁽²⁸⁾.

La opinión de Van den Berg (que hacemos nuestra), es compartida por la casi totalidad de expertos⁽²⁹⁾ y fallos judicia-

(24) VAN DEN BERG, Albert Jan. *When is an Arbitral Award Non-domestic under the New York Convention of 1958?* Op. cit. pp. 32 - 44; y VAN DEN BERG, Albert Jan. *Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention*. Op. cit. pp. 194 - 202.

(25) Ver infra punto II.

(26) CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo García. *El Arbitraje Internacional en la Legislación Peruana*. En: *Revista Peruana de Derecho Internacional*. Tomo XLVI. Número 108. Lima, 1996. pp. 196 y 197.

(27) MONTOYA ALBERTI, Ulises. *La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*. En: *Revista del Foro*. Número 1. Lima: Colegio de Abogados de Lima, 1989. p. 185. “El campo de aplicación del Convenio no depende de la nacionalidad de las partes (...)”.

(28) TURCK, Nancy. *French and US Courts Define Limits of Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards*. En: *Arbitration International*. Volúmen 17. Número 3, 2001. p. 334. La autora identifica el proceso de ejecución de un laudo arbitral emitido en Francia entre Creighton Ltd. v. Estado de Qatar, seguido ante las cortes norteamericanas (1994), en el que el mencionado Estado se opuso a la ejecución alegando, entre otros, que no le era aplicable la Convención de Nueva York porque Qatar no se había adherido a este Tratado. Sin embargo, la corte de apelaciones correctamente afirmó que: “(...) it is undisputed that the New York Convention applies to the arbitral award that Creighton obtained against Qatar in France and that the award is enforceable in the US courts. This is because the domicile of the parties to an arbitration is not relevant to the application of the Convention; the critical element is the place of the award”.

(29) LEAHY, Edward R. y Diane F. ORENTLICHER. *Enforcement of Arbitral Awards issued by the Additional Facility of the International Centre of Settlement of Investment Disputes (ICSID)*. En: *Journal of International Arbitration*. Volumen 2. Número 3, 1985. pp. 1 y 20. Estos autores llegan a la misma conclusión, al afirmar que: “(...) the preliminary draft of the New York Convention provided for enforcement of only those awards rendered in a country other than the one in which enforcement was sought. Once the non-territorial basis for enforcement was conceived, the drafting Conference explicitly rejected a proposal by several countries to allow States to refuse to enforce awards that are rendered abroad, but are nonetheless considered ‘domestic’ under the law of the State in which enforcement is sought. It chose instead to adopt a text that allowed countries to enforce awards that are considered ‘non domestic’ even though they are rendered in the enforcing State, but which did not allow countries to refuse to enforce awards rendered abroad on the ground that such awards were considered ‘domestic’ under the law of the enforcing State. Consistent with

les. Es más, hasta donde tenemos conocimiento, la India es el único país cuyas cortes han interpretado el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York de manera distinta a la propuesta por Van den Berg, que ha sido aceptada por los magistrados de los demás Estados miembros.

En efecto, según la Corte Suprema de la India, aun cuando un laudo arbitral sea dictado fuera de ese foro, si el convenio arbitral está sujeto a la legislación de ese país, entonces no será de aplicación la Convención de Nueva York⁽³⁰⁾. Obviamente esta postura ha sido activamente atacada por los expertos en esta materia, como, por ejemplo, Paulsson⁽³¹⁾. Es más, se supone que esta incorrecta postura del

Poder Judicial de la India había sido superada una vez que entró en vigencia su reciente Ley de Conciliación y Arbitraje de 1995. Sin embargo, esta equívoca posición se mantiene, como consta del fallo de la Corte Superior de Gujarat de 19 de diciembre de 2002, en los seguidos por *Nirma Ltd. v. Lurgi Energie und Entsorgung GMBH*⁽³²⁾.

Seguidamente, explica Van den Berg, la Convención de Nueva York se aplicará, además, al reconocimiento y a la ejecución de laudos arbitrales dictados en el foro (es decir, en el mismo lugar donde se pretende su ejecución)⁽³³⁾, siempre y cuando ese foro considere a los laudos arbitrales como “no nacionales”⁽³⁴⁾.

this decision, the Conference rejected several proposed reservations that would have excluded enforcement of awards rendered abroad but considered 'domestic' under the laws of certain countries. Thus, the scope of the territorial basis for enforcement set forth in the Convention could not be narrowed by an enforcing State's law defining what awards are considered 'not domestic', and no reservation to this effect could be entered".

- (30) DESHPANDE, V.S. "Foreign Award" in the 1958 New York Convention. En: *Journal of International Arbitration*. Volumen 9. Número 4, 1992. p. 53. "As the Supreme Court of India has stated: 'An award is foreign not merely because it is made in the territory of a foreign State, but because it is made in such a territory on an arbitration agreement not governed by the laws of India. An award made on an arbitration agreement governed by the laws of India, though rendered outside India, is attracted by the saving clause in Section 9 of the Foreign Awards Act and is therefore not treated in India as a foreign award'".
- (31) PAULSSON, Jan. *The New York Convention's Misadventures in India*. En: *Mealey's International Arbitration Report*. Volumen 7. Número 6, 1992. p. 8. "(This is an) example (...) of parochial overreaching by a national legal system. It is hoped that the trend will be reversed in India, and not copied elsewhere. For now, India stands alone in this respect; no other legal system has adopted such an aggressively nationalistic posture (...) It is to be hoped that the Indian legal system will find a way to reverse this deleterious holding and to reassure the international legal community of its intent to apply the New York Convention faithfully".
- (32) VAN DEN BERG (editor). *Yearbook Commercial Arbitration*, Volumen XXVIII, 2003. pp. 790 - 809. Sobre este particular, leer a WEBSTER, Thomas H. *Evolving Principles in Enforcing Awards Subject to Annulment Proceedings*. En: *Journal of International Arbitration*. Volumen 23. Número 3, 2006. pp. 208 y 209, quien critica con razón este fallo judicial. Por su parte, como afirma READ, Pippa. *Delocalization of International Commercial Arbitration: Its relevance in the New Millennium*. En: *American Review of International Arbitration*. Volumen 10, 1999. pp. 187 y 188, Pakistán al parecer mantiene una postura similar a la de su vecino.
- (33) VAN DEN BERG (editor). *Yearbook Commercial Arbitration*. Volumen XXVIII, 2003. p. 569. "(...) the second definition of the Convention's scope in relation to arbitral awards, constitutes an addition to the first definition. This can be inferred from the word 'also' in the second sentence. In other words, if an arbitral award is made in another (Contracting) State, the Convention applies to it in any case according to the first definition".
- (34) RAU, Alan Scott. *The New York Convention in American Courts*. En: *The American Review of International Arbitration*. Volumen 7, 1996. p. 249. El autor, citando a VAN DEN BERG, afirma que: "(...) the first sentence of Article I(1) of the Convention establishes the basic principle that the Convention applies to all 'foreign' awards, that is, 'awards made in the territory of another State' (...) The second sentence of Art. I(1) was

¿Qué se entiende por laudo arbitral “no nacional”? Aquí existen dos posturas: Una primera que llamaremos “tradicional” y otra que denominaremos “moderna”.

La postura tradicional entiende a partir de los trabajos preparatorios de la Convención bajo estudio, que si por acuerdo de las partes la ley aplicable al arbitraje (*lei loci arbitri* o ley aplicable al proceso arbitral) es la de un tercer Estado, entonces el Estado en cuya sede se lleva a cabo el arbitraje puede considerar al laudo arbitral que se dicte como uno “no nacional”⁽³⁵⁾.

En ese sentido, según explica Van den Berg, si por ejemplo las partes acuerdan arbitrar en Francia, bajo las leyes de arbitraje de Alemania, entonces Francia puede considerar a ese laudo arbitral como uno “no nacional”⁽³⁶⁾.

Sin embargo, en palabras del propio Van den Berg⁽³⁷⁾, esta situación difícilmente podría presentarse, ya que para que proceda tanto la ley del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje, como la ley del Estado que es elegida por las partes como la *lei arbitri*, tendrían que autorizar a las partes

added to create a separate, additional category of awards that a state may choose to treat as 'non-domestic'-and which by definition can apply 'only in those cases where the enforcement of an award is sought in the country where made'.

- (35) VAN DEN BERG, Albert Jan. When is an Arbitral Award Non-domestic under the New York Convention of 1958?. *Op. cit.*, p. 43. “The legislative history shows that its supporters considered an award as nondomestic if it is governed, on the basis of an agreement of the parties to this effect, by the arbitration law of another country”. SCOTT RAU. *Op. cit.* p. 222, hace referencia a las opiniones del delegado de Alemania durante las discusiones de esta Convención: “(...) the ‘nature, and hence the nationality, of an arbitral award would then be derived from the rules of procedure under which it had been made’ (...) where an arbitration tribunal sat in London but applied the German law of procedure, ‘German law regarded that award as German’”.
- (36) VAN DEN BERG. *Op. cit.* p. 43. “For example, parties may agree to arbitrate in France on the basis of West German arbitration law. French courts will consider the award as nondomestic and hence enforce the award under the Convention although it is made within their own territory”. BORN. *Op. cit.* p. 479. “The Convention’s legislative history strongly suggests (...) that ‘non-domestic’ awards were intended to be those that, while made within a state’s territory, were made pursuant to the arbitration law of another country; an example (...) would be two Germans arbitrating in Germany with English law as the *lex arbitri*”. GILLIS WETTER, *The International Arbitral Process: Public and Private*. Volumen II. Nueva York: Oceana Publications, 1979, p. 405. Este importante autor explica que esta posibilidad solo se podría presentar en muy contados casos: “The language ‘or under the law of which the award was made’ refers to the situation where, e.g., an arbitral tribunal sits at Paris and renders its award there but applies German procedural law. In such a case, the award is regarded in France as a ‘non-domestic award’, capable of enforcement in France pursuant to the French statute which implements the New York Convention. In the Federal Republic of Germany, the award is not regarded as having German nationality, but it is challengeable in German courts pursuant to the provisions of the German statute which implements the New York Convention”. Sin embargo, KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *International Commercial Arbitration: Globalization of Arbitral Procedure*. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Volumen 36, 2003. p. 1316, explica que conforme a la nueva ley de arbitraje de Alemania, ya no se puede arbitrar en ese país al amparo de disposiciones arbitrales de otros Estados: “Under the so-called procedural doctrine or *Verfahrenstheorie* of the old Book 10 of the German ZPO, the parties were entitled to choose an arbitration law other than that of the place of the proceedings. For instance, they could agree to arbitrate in Germany under French arbitration laws (...) Pursuant to the present Paragraph 1025 ZPO, Book 10 applies if ‘the place of arbitration is situated in Germany’. In other words, the procedural doctrine was abandoned. A split between the place of arbitration and the applicable law is no longer allowed”.
- (37) VAN DEN BERG. *When is an Arbitral Award Non-domestic under the New York Convention of 1958?* *Op. cit.* pp. 43 y 44. “In practice, however, parties rarely agree to arbitrate in one country under the arbitration law of another country. Such agreement is a rather hazardous undertaking because both the country where the arbitration takes place and the country whose arbitration law is chosen should recognize the capacity to agree to arbitrate under the law of a country which is different from the country where the arbitration takes place”.

a que pacten el sometimiento de su caso arbitral a la aplicación de una ley arbitral distinta a la del foro.

Esta exigencia hace que esta posibilidad se pueda presentar en muy contados casos⁽³⁸⁾. Es más, aun cuando las legislaciones arbitrales tanto del lugar del arbitraje como de la ley elegida por las partes la autoricen, la decisión de las partes de arbitrar en un país bajo la legislación arbitral de otro Estado, puede generar graves problemas de jurisdicción y de aplicación de normas⁽³⁹⁾, razón por la cual los expertos recomiendan no realizar este tipo de pacto.

Al ser pues no sólo difícil sino además poco conveniente este tipo de pacto, Montoya afirma que nos encontramos frente a un “(...) criterio [que] ha permanecido letra muerta”⁽⁴⁰⁾.

En cambio, la postura que hemos denominado moderna, y que entendemos hoy es aceptada por el propio Van den

Berg⁽⁴¹⁾, reconoce que cada Estado puede decidir libremente cuando un laudo arbitral dictado dentro de sus fronteras es un laudo “no nacional” para los efectos de la aplicación de la Convención de Nueva York.

En otras palabras, a diferencia de la postura tradicional que exige como condición para que un laudo arbitral dictado dentro de un mismo país pueda ser considerado como “no nacional” que la ley aplicable al arbitraje sea distinta a la del foro, la postura moderna reconoce que los Estados tienen plena libertad para decidir cuando un laudo arbitral dictado dentro de sus fronteras es un laudo “no nacional”.

Se trata pues de una postura mucho más amplia que la tradicional, ya que deja en mayor libertad a los Estados parte de la Convención de Nueva York para ampliar el ámbito de aplicación de este Tratado inclusive a laudos arbitrales dictados internamente⁽⁴²⁾.

(38) WETTER. *Op. cit.* Volumen II. p. 405. “This situation can occur in certain jurisdictions, but not in others, such as Sweden. However, it is exceptional, and the main principle on which the New York Convention rests is the application of a territorial test: an award must be valid under the laws of the country where it is rendered in order to be enforceable in other countries”.

(39) BOWMAN. *Op. cit.* p. 100. “Commentators strongly advise against selecting a procedural law different from the law of the seat of the arbitration”. En ese sentido, cita a Redfern y Hunter [(“(...) it is not easy to understand why parties might wish to complicate the conduct of an arbitration in this way (unless they do not understand what they are doing)”) y a Craig (“Wherever legal systems permit the parties to choose a lex arbitri other than the arbitration law applicable at the seat of arbitration, there exists potential for a conflict of curial law, which could in turn lead to conflicting procedural obligations and multiple judicial review and annulment actions”). VAN DEN BERG (editor). *Yearbook Commercial Arbitration*. Volumen XXVIII, 2003, p. 569. “The legislative history of the Convention reveals that the second definition was inserted into the Convention at the insistence of certain Civil Law countries. With this action they took the view that parties can agree to arbitrate in one country under the arbitration law of another country. Practice shows that such agreement is virtually never made by parties. The reason is presumably that such an agreement can lead to complications as to the court which is competent in matters relating to the arbitration, such as the appointment of the arbitrators and the setting aside of the award”.

(40) MONTAYA ALBERTI. *Op. cit.* p. 183.

(41) VAN DEN BERG (editor). *Yearbook Commercial Arbitration*. Volumen XXVIII, 2003. p. 569. “(...) unlike the first definition, the second definition is discretionary. This can be inferred from the word ‘considered’ in the second sentence. A court (or, for that matter, implementing legislation) may, but is not obliged to, treat an arbitral award made within its jurisdiction as non-domestic and determine that it is covered by the Convention”.

(42) DI PIETRO. *Op. cit.* p. 23. “This leaves a great deal of autonomy to the contracting States which are given the chance to broaden the Convention’s field of application”.

Sin embargo, a la fecha, entendemos que solo las cortes norteamericanas han dado contenido al término “laudo no nacional” y, por lo tanto, suelen aplicar la Convención de Nueva York a ciertos laudos arbitrales dictados dentro de sus fronteras⁽⁴³⁾.

En todo caso, a nivel latinoamericano, nosotros identificamos a las legislaciones arbitrales de Panamá, El Salvador y Honduras, que darían la impresión de aplicar a ciertos laudos arbitrales dictados dentro de sus respectivos territorios que fueran considerados “internacionales”, las disposiciones de la Convención de Nueva York.

En efecto, los artículos 39 y 40 de la Ley de Arbitraje de Panamá⁽⁴⁴⁾, 89 de la Ley de Arbitraje de Honduras⁽⁴⁵⁾ y 82 de la Ley de Arbitraje de El Salvador⁽⁴⁶⁾,

parecerían disponer la aplicación de la Convención de Nueva York a todos los laudos arbitrales dictados internamente que fueran considerados “internacionales” por cada una de esas legislaciones⁽⁴⁷⁾.

Nosotros, sin embargo, carecemos de información acerca de la manera cómo los respectivos poderes judiciales de estos países han estado resolviendo estos casos. Es más, no nos queda claro si efectivamente lo que han pretendido estas legislaciones ha sido equiparar un laudo “internacional” dictado dentro de su territorio a un laudo “no nacional” para los efectos de la aplicación de la Convención de Nueva York, o simplemente lo que han querido decir es que a los laudos internacionales se les aplicará las causales de no reconocimiento de laudos extranjeros que establecen cada una de estas legislaciones arbitrales⁽⁴⁸⁾.

(43) VAN DEN BERG, Albert Jan. *The Application of the New York Convention by the Courts*. En: ICCAPublications.com, www.kluwerarbitration.com/ arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=17561, p. 2. “It is almost never used in practice; in the large majority of cases the arbitration law of the place of arbitration applies (...) (Nevertheless) The Toys “R” US decision has clarified the situation and, upon reflection, I have revised my opinion. What the Bergesen doctrine as clarified in Toys “R” Us does is simply broaden the field of application of the Convention in the United States to certain awards made in the United States under federal (and possibly, state) arbitration law. There does not seem to be a reason valid why a Contracting State would not be free to do so”.

(44) “Artículo 39.- Los laudos extranjeros se reconocerán y ejecutarán en Panamá de conformidad con los tratados y convenios en que la República de Panamá sea parte y, en su defecto, por lo previsto en el presente Capítulo”.

“Artículo 40.- Se considera laudo arbitral extranjero el dictado fuera del territorio de la República de Panamá. Así mismo, se considerará laudo extranjero el dictado en el territorio panameño en el curso de un arbitraje comercial internacional, de conformidad con el presente Decreto-Ley”.

(45) “Artículo 89.- Los laudos arbitrales pronunciados en el extranjero, así como aquellos considerados internacionales conforme a la presente ley, se ejecutarán en Honduras de conformidad con los tratados, pactos o convenciones que estén vigentes en la República”.

(46) “Artículo 82.- El reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional o extranjero se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en los Tratados, Pactos o Convenciones vigentes en la República (...)”.

(47) Sobre esto último, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Op. cit. pp. 80 - 94.

(48) En efecto. Por ejemplo, cuando la Ley panameña dice “se considerará laudo extranjero”, ¿quiso decir, que se considerará laudo “no nacional” para los efectos de la aplicación de la Convención de Nueva York? Nosotros creemos que no. Por lo tanto, entendemos que en estos casos, cuando se inicie un proceso de anulación contra algún laudo arbitral “internacional”, las causales de anulación serán las previstas en los artículos 92, 82 y 41, de las leyes de arbitraje de Honduras, El Salvador y Panamá, respectivamente.

En consecuencia, y luego de analizar el contenido del Artículo I de la Convención de Nueva York, no existe duda de que cuando un laudo arbitral sea emitido fuera del lugar donde se pide su reconocimiento y ejecución, corresponderá la aplicación de este Tratado⁽⁴⁹⁾. Por lo tanto, nosotros entendemos que en estos casos será de aplicación el caso *International Standard Electric Corporation (ISEC) c. Bidas Sociedad Anónima Petrolera, Industrial y Comercial (Bidas)*⁽⁵⁰⁾, que conviene citar.

Los antecedentes son: ISEC (subsidiaria de ITT, americana) y Bidas (empresa argentina), celebraron un contrato comercial, incorporando un pacto arbitral ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI). La ley sustantiva pactada era la de Nueva York. Presentado el conflicto, y a falta de acuerdo sobre el lugar del arbitraje, la CCI designó como sede la ciudad de México, lugar en el que los árbitros emitieron un laudo arbitral por unanimidad en favor de Bidas.

Luego ISEC inició un proceso de anulación del laudo arbitral ante el poder judicial norteamericano, afirmando que era de aplicación la segunda parte del artículo 1.1. de la Convención de Nueva York, ya que la ley aplicable al fondo pactada por las partes era la de Nueva York.

Por su parte, Bidas pidió el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral,

de conformidad con la primera parte del mencionado artículo, argumentando, correctamente, que esta primera parte del artículo I era aplicable con prescindencia del resto del articulado.

La Corte norteamericana amparó la posición de Bidas, afirmando que “el primer párrafo del artículo I establece que la Convención se aplica a todos los laudos arbitrales dictados en un Estado distinto a aquél en el que se pide su reconocimiento y ejecución”⁽⁵¹⁾, por lo que no cabía plantear ante esa Corte la anulación del laudo arbitral (ya que era de competencia de los tribunales mexicanos), sino exclusivamente la oposición al reconocimiento y la ejecución del laudo al amparo de alguna de las causales taxativas establecidas en el artículo V del mencionado Tratado⁽⁵²⁾.

Por lo tanto, al haber sido dictado el laudo arbitral en México (lugar del arbitraje) y habiéndose requerido su reconocimiento y ejecución en los Estados Unidos de América, de conformidad con el primer párrafo del artículo 1 de la Convención de Nueva York, la Corte procedió a su reconocimiento y ejecución.

De esta manera, podemos concluir que la Convención de Nueva York siempre se aplicará al reconocimiento y a la ejecución de toda sentencia arbitral que sea dictada fuera del lugar en el que se pretende su reconocimiento y

(49) Salvo, como ya hemos indicado, que sea de aplicación alguna reserva. Ver infra punto Número II.

(50) United States District Court, S.D. New York, 24/8/1990, 745 F.Supp. 172.

(51) Traducción libre del autor. El texto original es: “(...) *the first paragraph of Article I means that the convention applies to all arbitral awards rendered in the country other than the state of enforcement, whether or not such awards may be regarded as domestic in that state (...)*”.

(52) Acerca de las causales para no reconocer y ejecutar un laudo arbitral al amparo de la Convención de Nueva York, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY. *Op. cit.* pp. 474 - 553.

ejecución⁽⁵³⁾, salvo que, como hemos mencionado, proceda alguna de las reservas dispuestas por ese Tratado que analizaremos seguidamente.

2. RESERVAS

Como ya hemos indicado, la Convención de Nueva York utiliza el factor de conexión “territorio” al momento de determinar su ámbito de aplicación. Sin embargo, no limita su campo de cobertura al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales dictados en el territorio de algún Estado Contratante, ya que también se aplica al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales que se dicten en cualquier parte del mundo.

En efecto, recordemos la parte pertinente del artículo 1.1. de este Convenio:

“La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución

de las *sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y ejecución* de dichas sentencias (...).” (énfasis agregado)

En otras palabras, este Tratado no condiciona su aplicación entre Estados miembros, como sí lo hacen la gran mayoría de convenios internacionales. Justamente por ello, Montoya⁽⁵⁴⁾ explica que “(a)l no requerirse otra condición sino el de la territorialidad el alcance del Convenio es muy amplio. Comprenderán las sentencias arbitrales emitidas en cualquier país extranjero, sea este o no un Estado parte de la Convención la que caerá bajo la Convención de Nueva York”.

De esta manera, la Convención de Nueva York tiene un ámbito de aplicación universal⁽⁵⁵⁾.

Sin embargo, este principio de aplicación universal puede ser mediatizado

(53) GRAVING. *Op. cit.* p. 169. El autor cita a Albert Van den Berg, quien señala lo siguiente: “*The title of the Convention refers to the ‘recognition and enforcement of foreign arbitral awards’. What is understood by a foreign award can be found in Article 1(1): an arbitral award made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such award is sought*”. KARRER, Pierre. *Enforcement of ICC Arbitral Awards Globally*, documento presentado en la Conference on the Resolution of Disputes under International Construction Contracts, ICC-FIDIC. París, 2004. p. 2. “*The scope of application of the New York Convention is quite wide. It applies to all arbitrations, domestic or international, ad hoc or institutional, ICC or other. For recognition and enforcement of arbitral awards it applies to all ‘foreign’ awards, that is, all awards made outside the treaty country, thus, anywhere else in the world, even domestic awards*”.

Sobre la aplicación de la Convención de Nueva York a un laudo arbitral dictado en China, pero que se pretendió su reconocimiento y ejecución en Hong Kong (que para efectos de la Convención de Nueva York se considera como un Estado distinto a China), ver el fallo de la Corte de Apelaciones de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de 16 de enero de 1998, en los seguidos por Polytek Engineering Company Limited c. Hebei Import & Export Corporation, publicado en Mealey’s International Arbitration Report. Volumen 13. Número 2, 1998. pp. E-1-E-10.

(54) MONTOKA ALBERTI. *Op. cit.* p. 183.

(55) FERNÁNDEZ ROZAS. *La primacía de los Tratados Internacionales en el Exequátur de sentencias arbitrales extranjeras*. En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Volumen VII. Madrid: Civitas. 1991. p. 25. “*La primera nota relevante es que el Convenio posee (...) un carácter universal en el sentido de que se aplica a las sentencias arbitrales procedentes de ‘todos’ los países con independencia de que éstos sean o no, a su vez, partes del Convenio*”. GRAVING, Richard. *How Non-Contracting States to the ‘Universal’ New York Arbitration Convention enjoy Third-Party Benefits but not Third-Party Rights*. *Op. cit.* p. 169. El autor cita a Albert Van den Berg, quien señala lo siguiente: “*(...) the scope of the Convention is very broad: an award made in any foreign country, whether in a Contracting State or not, falls under the New York Convention. Such a definition of the field of application can be said to be the modern tendency in international conventions (...) Under this principle of universality, awards made in Contracting and non-Contracting States are treated alike*”.

por los Estados Contratantes, recurriendo a las reservas de reciprocidad y materia comercial.

2.1. Reserva de reciprocidad

La primera parte del inciso 3) del artículo I de la Convención de Nueva York, dispone que todo Estado miembro podrá “(...) a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente”⁽⁵⁶⁾.

Esta primera reserva realizada por aproximadamente dos tercios de los Estados miembros de la Convención, permite limitar sus efectos solo a laudos arbitrales dictados en algún Estado miembro⁽⁵⁷⁾. Los

laudos que sean emitidos en algún país que no sea parte de la Convención de Nueva York, serán reconocidos y ejecutados de conformidad con algún otro tratado aplicable o mediante la aplicación de las normas domésticas que imperen en cada Estado⁽⁵⁸⁾.

El hecho de que más de sesenta Estados apliquen esta reserva (en especial, países como Alemania, Argentina, Estados Unidos de América, Francia, Japón, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Venezuela, entre otros), nos lleva a recomendar que las partes cuiden de arbitrar en algún Estado miembro de esta Convención⁽⁵⁹⁾.

Sin embargo, como bien explica Breuer⁽⁶⁰⁾, “(...) *el significado práctico de dicha reserva decrece en proporción*

(56) A abril de 2008, los siguientes Estados han apelado a la reserva de reciprocidad: Afganistán, Antigua y Barbuda, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Armenia, Bahrein, Barbados, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brunei Darussalam, Bulgaria, Corea, China, Chipre, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovenia, Estados Unidos de América, Federación Rusa, Filipinas, Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irlanda, Jamaica, Japón, Kenya, Kuwait, Líbano, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Madagascar, Malasia, Malta, Marruecos, Mauricio, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Mozambique, Nepal, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Pakistán, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Centroafricana, República de Moldova, República Unida de Tanzania, Rumania, San Vicente y las Granadinas, Santa Sede, Serbia, Singapur, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda, Venezuela y Vietnam. Fuente: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), Situación de las Convenciones y Leyes Modelo, www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status-s.html. El Perú se ha adherido a este Tratado sin apelar a esta reserva.

(57) UNGAR, Kenneth. *The Enforcement of Arbitral Awards under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration*. En: *Columbia Journal of Transnational Law*. Volumen 25. Número 3, 1987. p. 725. “The reciprocity reservation is derived from the belief that only those private parties whose home states legally bind themselves to the Convention should enjoy its benefits”.

(58) Sobre este particular, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY. *Op. cit.* pp. 31 - 41.

(59) BORN. *Op. cit.* pp. 490. “Given the reciprocity reservation, it is important that parties not agree to arbitration to be conducted in a nation that is not a signatory to the New York Convention. Doing so will deprive the award (...) of the protection of the Convention in a substantial number of countries”.

(60) BREUER. *Op. cit.* p. 3. SARCEVIC, Petar. *Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention*. En: *UNCTAD (United Nations Conference of Trade and Development), Course on Dispute Settlement, International Commercial Arbitration*. Fascículo 5.7. Naciones Unidas, 2003, p. 9. “The constantly growing number of Contracting States to the Convention has softened the effect of this reservation”. REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. En: *La Ley*. 4ta. Edición, 2007. p. 605. “No obstante, 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

inversa al número de Estados adherentes". Es más, Suiza⁽⁶¹⁾, Alemania y Austria han retirado esta reserva.

Por otro lado, fijémonos que la reserva de reciprocidad a que hace mención la Convención de Nueva York, es completamente distinta en su contenido y efectos, a la establecida por la generalidad de los tratados latinoamericanos que regulan esta materia⁽⁶²⁾.

En efecto, mientras que tratándose de los tratados latinoamericanos se exige probar que las sentencias judiciales del lugar en el que se pide el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral son reconocidas y ejecutadas en el Estado en el que ha sido dictado el laudo arbitral (con todas las complicaciones que ello genera),

tratándose de la reserva de reciprocidad dispuesta por la Convención de Nueva York solo se exige probar que el laudo arbitral ha sido dictado en un Estado miembro de dicho Tratado⁽⁶³⁾.

De esta manera, la probanza acerca del cumplimiento de esta reserva es muy sencilla y objetiva, ya que bastará acudir a la lista de países adherentes a la Convención de Nueva York, para verificar si el laudo arbitral ha sido emitido en un Estado miembro⁽⁶⁴⁾.

En consecuencia, sea que estemos ante la presencia de Estados que no han hecho uso de esta reserva, como de países que se han adherido a la Convención de Nueva York apelando a la reserva de reciprocidad, no podrá exigirse la probanza

crece año tras año. Hoy la Convención reúne a las naciones con mayor desarrollo comercial del mundo: árabes, africanas, asiáticas y latinoamericanas, además de las europeas y las norteamericanas. A medida que aumenta el número de países que suscriben la Convención, la reserva de reciprocidad pierde relevancia. De hecho, se está convirtiendo en una reliquia".

(61) CRAIG, Laurence; PARK William y Jan PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3era. Edición. Oceana Publications/ICC Publishing, 2000. p. 589. "In 1992 Switzerland withdrew its reciprocity reservation to the New York Convention (...)".

(62) Ver supra cita Número 58.

(63) RAU. *Op. cit.* p. 226. El autor se refiere a las negociaciones habidas al momento en que se discutía esta Convención y la forma cómo finalmente se introdujo la reserva de reciprocidad: "(...) the general tenor of opinion on the part of those engaged in drafting the new Convention was that the Convention should apply to awards rendered in any state, whether or not it had adhered to the treaty. A number of countries, however, expressed an unwillingness to extend their obligation so far –they were not prepared to ratify the Convention if it would mean that they were required to honor awards made in states where their own awards would not be enforceable under the Convention. Accordingly, a compromise was reached that found its way into the present text of Article I(3): The Convention would apply to all foreign awards, but individual states would be permitted to ratify with the reservation that they would only recognize such awards on a reciprocal basis".

(64) En ese sentido, VON MEHREN, Robert B. *The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law*. En: *The Yale Journal of World Public Order*. Volumen 9. Número 1, 1982. pp. 351 y 352, hace referencia a un caso (*Fertilizer Corp. of India v. ICI Management Inc.*, 1981), en el que una Corte norteamericana confirmó esta posición, al afirmar que: "(...) it is undisputed that India is a signatory to the Convention; therefore, the reciprocity of the first sentence (of article 1) is satisfied", criterio que es compartido por dicho jurista: "(...) the reservation was simply intended to limit automatic recognition or enforcement to only those awards made in the territory of another Contracting State". BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. 2da. Edición. La Haya: Kluwer Law International, 2001. p. 141. "See *La Societe Nationale v. Shaheen Natural Resources Co.*, 585 F.Supp. 57 (S.D.N.Y. 1983) (...) E.A.S.T., Inc. v. *M/V Alaia* F2d 1168, 1172 (5th Cir. 1989) ("The principle of reciprocity is thus concerned with the forum in which the arbitration will occur and whether that forum state is a signatory to the Convention – not whether both parties to the dispute are nationals of signatory states") (...)".

de la reciprocidad tal y como está contenida, por ejemplo, en el Código Civil peruano de 1984.

Es más, tratándose del Perú que se ha adherido a la Convención de Nueva York sin apelar a la reserva de reciprocidad, estamos obligados a aplicar dicho Tratado al reconocimiento y la ejecución de todos los laudos arbitrales que se dicten en cualquier parte del mundo⁽⁶⁵⁾, debiéndose seguir para el efecto el estándar aplicado por la Corte de Apelaciones de Nápoli (1978), en los seguidos por G.A. Pap-KG Holzgrosshandlung v. Ditta Giovanni G. Pecoraro.

En efecto, en este caso la empresa italiana (Ditta Giovanni G. Pecoraro) se opuso al reconocimiento y a la ejecución de un laudo arbitral dictado en Viena en favor de la empresa austríaca G.A. Pap-KG Holzgrosshandlung, argumentando la no aplicación de la Convención de Nueva York, por cuanto Austria (lugar del arbitraje), no era miembro de dicho Tratado.

Sin embargo, la Corte italiana correctamente señaló que más allá de que Austria sí se había adherido a este Tratado en 1961, aun cuando no hubiera sido ese el caso, Italia se había incorporado a la Convención de Nueva York sin reservas, por lo que estaba obligada a aplicar este Tratado a todo laudo arbitral dictado en cualquier Estado distinto al italiano, fuera o no miembro del convenio internacional⁽⁶⁶⁾.

2.2. Reserva comercial

La última parte del inciso 3) del artículo I de la Convención de Nueva York, dispone que todo Estado Contratante podrá "(...) también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno"⁽⁶⁷⁾.

Esta reserva referida a la materia arbitrable, realizada por un número reducido de Estados que se han adherido a la

Sin embargo, REED, Lucy F. *Experience of Practical Problems of Enforcement*. En: *ICCA Congress series*. Número 9. París, 1999. pp. 563 y 564, identifica algunos problemas detectados en algunos Estados, como Indonesia, en los que indebidamente se exige cierta prueba acerca de la existencia de la reciprocidad, más allá de la simple revisión de la lista de adherentes a la Convención, como corresponde.

(65) Las normas contenidas en los artículos 2102 y siguientes, del Código Civil peruano no resultan aplicables. Sobre los supuestos en los que no procedería aplicar la Convención de Nueva York en el Perú, ver: CANTUARIAS SALAVERRY. *Op. cit.* pp. 433 - 445.

(66) "Austria ratified the New York Convention on May 2, 1961. Even when this would have not been the case, Italy, when adhering to the Convention, had not made any reservation and, in particular, not the reservation of reciprocity. Accordingly, the Convention applies to awards made in Contracting States as well as to awards made in States which did not adhere to the Convention". En: VAN DEN BERG (editor), *The Yearbook on Commercial Arbitration*. Volumen VI, 1981. pp. 228 y 229.


(67) A abril de 2008, los siguientes Estados han apelado a la reserva comercial: Afganistán, Antigua y Barbuda, Argelia, Argentina, Armenia, Bahrein, Barbados, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Canadá, China, Chipre, Corea, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, Estados Unidos de América, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Indonesia, Irán, Jamaica, Macedonia, Madagascar, Malasia, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Nepal, Nigeria, Polonia, República Centroafricana, Rumania, San Vicente y las Granadinas, Santa Sede, Serbia, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Venezuela y Vietnam. Fuente: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), Situación de las Convenciones y Leyes Modelo, www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status-s.html. El Perú se ha adherido al Tratado sin apelar a esta reserva.

Convención bajo estudio⁽⁶⁸⁾, requiere que sea interpretada a la luz de lo que disponga la ley del lugar donde se pretenda el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral⁽⁶⁹⁾, lo que en la práctica podría generar problemas de aplicación del Tratado, ya que cada Estado contratante determinará qué entiende por “comercial”⁽⁷⁰⁾.

En todo caso, bien vale la pena aclarar que la generalidad de la doctrina considera que los problemas generados por esta reserva han sido marginales⁽⁷¹⁾, ya que la mayoría de los Estados han definido el término “comercial” de forma amplia⁽⁷²⁾.

Sin embargo, existen algunas lamentables excepciones, como es el caso Taieb

Haddad y Hans Barrett v. Société d'Investissement Kal, en el que la Corte de Casaciones de Túnez en un fallo de 10 de noviembre de 1993, consideró que un laudo arbitral dictado bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en París respecto de un contrato para el desarrollo de una urbanización no era comercial y que, por lo tanto, resultaba de aplicación la reserva comercial realizada por ese país⁽⁷³⁾.

Por último, en lo que se refiere al Perú que no ha hecho suya esta reserva, el “(...) Convenio de Nueva York deberá aplicarse a todas las sentencias que sean fruto de arbitraje concertados para resolver diferencias surgidas sobre cualquier clase de relaciones jurídicas (...)”⁽⁷⁴⁾, comerciales y no comerciales. 

(68) VAN DEN BERG. *Op. cit.* p. 538. “This 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”.

(69) DI PIETRO y PLATTE. *Op. cit.* p. 58. “The test as to whether a matter is to be considered as a ‘commercial’ one, and therefore whether it qualifies for referral to arbitration, is to be carried out using the law of the place where enforcement of the award is sought”.

(70) ROBINE, Éric. *The Evolution of International Commercial Arbitration over these past years (1990-1995)*. En: *La Revue de Droit International des affaires*. Número 2, 1996. “Professor Fouchard notes in passing that the commerciality provision is a factor of legal uncertainty and that the New York Convention is outdated on this point”.

(71) REDFERN y HUNTER. *Op. cit.* p. 21. “Although problems have occasionally arisen because courts of particular countries have adopted a narrow definition of commercial, the general approach of courts of many nations is to define commercial so as to embrace all types of trade or business transactions”.

(72) VON MEHREN. *Op. cit.* p. 352, aclara que en los Estados Unidos de América se ha dado al término comercial un contenido amplio, por lo que: “(...) any contract or legal relationship that involves commerce in any manner should fall within the scope of the Convention”. BORN. *Op. cit.* p. 149. “Like U.S. courts, foreign courts have generally interpreted the ‘commercial’ relationship requirement broadly. See *Canada Packers Inc. v. Terra Nova Tankers Inc.* (...) (Ontario Ct. Just. 1992) (tort claims encompassed by Article I(3)’s ‘commercial’); *Carters (Merchants) Ltd v. Ferraro* (...) (Corte di Appello di Napoli Feb. 20, 1975); *European Grain y Shipping Ltd. V. Bombay Extractions Ltd* (...) (Bombay High Ct. Nov. 5, 1981) (“We have no doubt that the contract in the instance case, which was for the sale and purchase of a commodity, was clearly a contract which brought about a legal relationship which was commercial in nature under Indian law”); *Oberlandesgericht of Hamm, 2 November 1983* (...)”. UNGAR. *Op. cit.* pp. 725 - 727.

(73) VAN DEN BERG (editor). *The Yearbook on Commercial Arbitration*. Volumen XXIII, 1998. pp. 770 - 773. SARCEVIC. *Op. cit.* pp. 9 y 10: “To Court stated: ‘Since (Kal) has proven that the arbitral clause is not valid according to Tunisian law, which governs the contract, for lack of compliances with article 258 CCP, because the contract is (not commercial) according to article I of the New York Convention, the enforcement court decided correctly, as it is allowed to do under article V of the said Convention, and did not violate article 32 of the Constitution nor the New York Convention”.

(74) MONTROYA ALBERTI. *Op. cit.* p. 184.

PORTUGAL

APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN PORTUGAL. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA PORTUGUESA

Por: MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO (*)

SUMARIO: 1. Marco previo. 2. Sobre la jurisprudencia portuguesa en el marco de la Convención de Nueva York. 3. Conclusión.

1. MARCO PREVIO

1. La historia de la jurisprudencia portuguesa, en el marco de la Convención de Nueva York, en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, es muy escasa.

La Convención no entró en vigor en Portugal hasta el 16 de enero de 1995, después de haber sido presentado el correspondiente instrumento de adhesión el 18 de noviembre de 1994. Por esta razón, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores es muy pequeña, tanto en el número de situaciones que fueron objeto de decisión y más aún en lo que toca a la naturaleza de las cuestiones jurídicas valoradas y sobre las que se tomó una decisión.

Ni siquiera puede hablarse de verdaderas orientaciones o corrientes jurisprudenciales identificadas y consistentes, excepto en lo que respecta a un aspecto que se tomará en consideración más adelante, e incluso será objeto de viva controversia doctrinal.

Antes de pasar a hablar de forma más concreta y objetiva sobre la poca jurisprudencia portuguesa referida a la Convención de Nueva York, me parecen necesarias algunas observaciones previas sobre el ordenamiento jurídico portugués, observaciones que van a permitir a quienes de esta ilustre audiencia internacional no lo conozcan, seguir y entender en qué contexto se mueven los operadores judiciales cuya intervención se solicita en Portugal al amparo de la Convención de Nueva York.

(*) Ex Presidente del Consejo del Colegio de Abogados de la Unión Europea (CCBE). Socio de Cavaleiro Brandao, Pinheiro Torres, Cabral, Sousa e Silva e Associados Sociedade Advogados RL., Portugal.

Así pues, comenzaremos por hacer, en términos muy breves y esquemáticos, una presentación de las coordenadas legales y convencionales que, en el espacio jurídico portugués, condicionan el entendimiento de la jurisprudencia relativa al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

2. De cara al ordenamiento jurídico portugués, el laudo arbitral es un acto de ejercicio de jurisdicción, es una sentencia dictada por árbitros en un procedimiento sometido a los principios del “*due process of law*” (v. Paula Costa e Silva, “A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras”, en ROA, Tomo II, 2007. pp. 640 y 641).

Por eso, “*los laudos del Tribunal arbitral son ejecutables en los mismos términos en que lo son las sentencias de los Tribunales ordinarios*” (artículo 48, número 2 del Código de Procedimiento Civil).

Por su parte, la Ley 31/86, de 29 de agosto, la llamada “Ley de Arbitraje Voluntario” (LAV), aplicable a los arbitrajes que tengan lugar en territorio nacional portugués, tanto de carácter nacional como internacional (artículo 37), confirma que “*el laudo arbitral tiene la misma fuerza ejecutiva que la sentencia del tribunal judicial de 1ª instancia*” (artículo 26, número 2).

Finalmente, determina el artículo 90, punto 2 de la Ley de Procedimiento Civil portuguesa que, “*si un laudo ha sido dictado en territorio portugués, el tribunal comarcal del lugar del arbitraje será el competente para su ejecución*”.

3. Si salimos del ámbito interno, el marco más destacado de los arbitrajes en el extranjero emerge, fundamentalmente, de lo siguiente:

3.1. “*Sin perjuicio de que en tratados, convenciones, regulaciones comunitarias y leyes especiales se haya establecido que las sentencias dictadas por tribunales o por árbitros en un país extranjero sólo pueden servir de base a la ejecución una vez revisadas y confirmadas por el tribunal portugués competente*” (artículo 49, número 1, del C.P.C.).

3.2. La revisión de sentencias extranjeras, a la que se refiere el citado artículo 49, se regula en el capítulo correspondiente, en los artículos 1094 a 1102 del C.P.C.

Más concretamente, el artículo 1094 establece, en sintonía con el ya transcrito artículo 49, número 1, lo siguiente:

“*Sin perjuicio de lo que se haya establecido en tratados (...) ningún laudo sobre derechos privados, dictado por tribunal extranjero o por árbitros en el extranjero, tiene valor en Portugal, sea cual sea la nacionalidad de las partes, si antes no ha sido revisada y confirmada*”.

Añade el artículo 1095 que el Tribunal competente para la confirmación es el Tribunal de 2da. instancia del distrito judicial en el que estuviera domiciliada la persona contra la que se pretende hacer valer una sentencia.

3.3. El artículo 1096, por su parte, enuncia los requisitos de los que depende la confirmación de la sentencia revisada.

Las exigencias legales son, en resumen: la autenticidad del documento en el que conste la sentencia y la inteligibilidad del laudo; el traslado al juzgado del laudo; la competencia del tribunal extranjero y la no violación de la

competencia exclusiva de los tribunales portugueses; la no oponibilidad de litispendencia y de cosa juzgada resultante de causa afecta a tribunal portugués; la regularidad de la citación y la observancia de los principios de contradicción y de igualdad de las partes; la “*que no contenga laudo cuyo reconocimiento lleve a un resultado manifiestamente incompatible con los principios de orden público internacional del Estado portugués*”.

3.4. Siendo ese el marco aplicable en general a los laudos dictados por árbitros en país extranjero, la verdad es que, como ya se indicó, el régimen consagrado en el Código de Procedimiento Civil defiende expresamente lo que pueda desprenderse de los tratados y convenciones aplicables en el territorio portugués.

Ahora bien, como ya se ha señalado, Portugal se adhirió tarde a la Convención de Nueva York, por lo que no tuvo efecto hasta el 16 de enero de 1995. Y es de destacar que Portugal hizo una reserva prevista en la primera parte del número 3 del artículo 1, por la que la Convención sólo es aplicable al reconocimiento de los laudos que fueran dictados en el territorio de otro Estado contratante.

Además, Portugal también se adhirió a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), ratificada por decreto del Presidente de la República número 21/2002, de 4 de abril.

4. De lo expuesto se desprende que, en Portugal, la eficacia de los laudos arbitrales, sean nacionales o dictados en el extranjero, no depende de un procedimiento de concesión de exequátur tras su examen por parte del sistema estatal de justicia.

Por el contrario, el sistema portugués hace los laudos arbitrales a las sentencias judiciales. Por un lado, los laudos arbitrales nacionales son ejecutables en los mismos términos que las sentencias de los tribunales ordinarios. Por otro, los laudos arbitrales dictados por árbitros en el extranjero se equiparan a sentencias dictadas por tribunales extranjeros, dependiendo su ejecutabilidad, tanto de unos como de otras, de su respectiva revisión y confirmación.

De este modo, puede considerarse claramente favorable al arbitraje el sistema jurídico portugués, reconociéndole plena autoridad, sin reservas, ni desconfianzas que cuestionen su equiparabilidad a la justicia emanada de los Tribunales del Estado.

5. En el contexto de una presentación de carácter necesariamente genérico del sistema jurídico portugués, nos abstemos de añadir comentarios más detallados en relación con las diferencias entre el régimen de revisión y confirmación de los laudos arbitrales extranjeros en el marco del Convenio de Nueva York y el régimen interno (que se desprende del ya citado artículo 1096 del C.P.C.) aplicable a los laudos arbitrales dictados por árbitros en Estados no adherentes a la CNY, especialmente por la poca entidad de las diferencias en términos prácticos y, sobre todo, por el carácter casi residual de estas últimas situaciones.

No obstante, vale la pena subrayar que el reconocimiento de los laudos extranjeros se enfrenta en el Código de Procedimiento Civil a un régimen más exigente y desfavorecido del que es aplicable a la generalidad de los laudos arbitrales extranjeros dictados en Estados amparados por la CNY.

2. SOBRE LA JURISPRUDENCIA PORTUGUESA EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

6. Ya dijimos anteriormente que son escasas las sentencias de los Tribunales Superiores (Tribunales de Segunda Instancia y Tribunal Supremo) relativas a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros al amparo de la Convención de Nueva York, ya que ésta no se integró en el ordenamiento jurídico portugués hasta 1995.

7. Curiosamente, la situación más ampliamente discutida y debatida es la de saber cuál es el tribunal competente para el proceso de revisión y confirmación del laudo arbitral extranjero.

Los Tribunales de Segunda Instancia han coincidido en tomar decisiones en el mismo sentido; sentido éste, mientras tanto, confirmado por el Tribunal Supremo, principalmente a través de su Sentencia de 22 de abril de 2004.

Vale la pena transcribir el resumen de esta decisión:

“Lo que permite decidir sobre cuál es el tribunal absolutamente competente para revisar y reconocer un laudo extranjero es la calidad de la entidad de la que éste emana:

- *si es de un tribunal estatal, es decir, si se trata de un laudo judicial, tal competencia le corresponde al tribunal de segunda instancia, de conformidad con lo establecido en el apartado f) del punto 1 del artículo 58 de la LOFTJ y al artículo 1095 del Código de Procedimiento Civil;*

- *si es de árbitros o de órganos de arbitraje permanente, es decir, si se trata de un laudo arbitral, será competente el de primera instancia, en los términos de las disposiciones contempladas en la 2 parte del artículo III de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, celebrada en Nueva York el 10/6/1958, y de los artículos 24, número 2, y 30, número 2 de la Ley de Bases de Arbitraje Voluntario, aprobada por la Ley 31/86, de 20 de agosto”.*

Esta orientación jurisprudencial ha sido objeto de crítica unánime por parte de la doctrina como, entre otros, Lima Pinheiro, Costa E. Silva y Sampaio Caramelo.

En particular, se ha denunciado la errónea “equiparación” entre los laudos arbitrales nacionales y los laudos arbitrales extranjeros, en lo que respecta a los requisitos de naturaleza procesal de su ejecutabilidad, que los magistrados han considerado como argumento del laudo definitivo y que dan por inferida a partir del artículo III de la Convención.

En efecto, la doctrina ha subrayado que la intencionalidad subyacente en esa norma es tan solo la de “garantizar que el proceso de reconocimiento de laudos extranjeros no es más oneroso que el establecido para los laudos nacionales” y además que “un Estado que no condiciona el reconocimiento de los laudos nacionales a un proceso previo puede, sin embargo, condicionar el reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros a un régi-

men procesal especial y al régimen procesal aplicable en general al reconocimiento de los laudos extranjeros"⁽¹⁾.

A partir de estos considerandos, la doctrina concluye que el régimen procesal correspondiente a la revisión de laudos arbitrales extranjeros determina la competencia del Tribunal de Segunda Instancia del distrito judicial en el que esté domiciliada la persona contra la que se vaya a hacer valer el laudo (artículo 1095 del C.P.C.) y no la de los Tribunales de Primera Instancia, como se venía fallando.

8. En cuanto a los antecedentes jurisprudenciales que tuvieran que ver con situaciones en las que se invocaran objeciones de orden público como fundamento para denegar el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, debemos, dicho esto, indicar brevemente que, en la doctrina portuguesa, hay un amplísimo consenso respecto al orden público.

En primer lugar, es unívoca la distinción entre orden público interno (visto como el conjunto de las reglas imperativas en el foro, y que limitan la autonomía privada) y el orden público internacional.

Por otro lado, la concepción aposteriorística recoge hoy la adhesión unánime de los autores portugueses. Esto quiere decir que *"el orden público internacional es concebido en Portugal como un mecanismo de excepción, que se traduce en un límite a la aplicación de la ley extranjera designada por las normas de conflicto del foro, en la me-*

da en que la aplicación de esa ley a un caso concreto pudiese producir un resultado totalmente inaceptable de cara a los valores jurídicos fundamentales del sistema del foro"⁽²⁾.

También hay unanimidad en la doctrina portuguesa cuando describe el orden público internacional, como un concepto indeterminado y una noción de contenido variable, por su carácter de excepción, de imprecisión, de actualidad y de nacionalidad, no existiendo duda alguna de que no implica la expresión de un juicio sobre una norma ni sobre un ordenamiento jurídico extranjero en cuanto tales, sino una simple apreciación de los efectos de su aplicación en un caso dado concreto, pudiendo llegar a ser rechazado por la conciencia jurídica general del Estado del foro en cuestión⁽³⁾.

9. En consecuencia, de los apenas doce años de aplicación de la CNY en Portugal y, sobre todo, de la citada orientación del Supremo, que atribuye a los Tribunales de Primera Instancia la competencia para el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, existen poquísimas sentencias del Tribunal Supremo posteriores a 1995 que se hayan enfrentado a casos de oposición al reconocimiento por razones de orden público y hayan dictado al respecto.

En Portugal, no se hacen públicas, de manera organizada y sistemática, las sentencias de los Tribunales de Primera Instancia, por lo que sólo adquieren verdadera entidad las de los Tribunales de segunda Instancia y del Tribunal Supremo.

(1) LIMA PINHEIRO. *Direito Internacional Privado*. pp. 401 - 418.

(2) MOURA RAMOS. *Ordre Public International en Droit Portugais*. En: *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, 1998. pp. 45 y siguientes.

(3) *Ibidem*.

9.1. De la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de 09.10.2003 se extrajo el siguiente resumen:

“1. En los términos de la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 (ratificada por el Decreto del Presidente de la República 52/94, de 8 de julio) el reconocimiento y la ejecución de cualquier laudo arbitral dictado en el territorio de uno de los Estados contratantes sólo podrán ser denegados en el territorio de otro Estado contratante en los casos previstos en el artículo V de la Convención, “si fueran contrarios al orden público de ese mismo país”.

2. Cuando en el presente instrumento mencionamos el “orden público” nos referimos al llamado “orden público internacional”, es decir, de los principios fundamentales que estructuran la presencia de Portugal en el concierto de las naciones;

3. De principios, en lo concerniente al presente, como lo que siga la máxima latina “*pacta sunt servanda*”, o lo que no niegue a nadie la posibilidad de defensa de sus derechos e intereses legítimos mediante recurso a los tribunales, sino que reconozca a cada uno, en el campo de los derechos de que pueda disponer, la posibilidad de recurrir a otras formas de obtención de justicia, fuera de los tribunales estatales, pero no de un principio que supla la insuficiencia de medios de los que, como las sociedades mercantiles, sólo existe, ontológicamente, en cuanto puede asegurar los medios económicos necesarios para su propia existencia.

4. Las normas recogidas en la Convención de Nueva York son normas de

derecho internacional que, de acuerdo con el artículo 8 de la Constitución de la República, prevalecen tanto sobre el derecho nacional anterior como el posterior, es decir, sobre los citados artículos 1100 y 1096, punto e) del Código de Procedimiento Civil.

En el proceso al que se refiere el laudo en cuestión, el Apelante pretendía la denegación de reconocimiento de un laudo dictado en el ámbito de un arbitraje dictado por el NAI (Neatherland Arbitrage Institute), alegando que era contrario a los principios del orden público internacional, por violar a) el principio de igualdad de las partes; b) el principio de contradicción; c) el principio del derecho de acceso al derecho y a los tribunales.

En lo esencial, una sociedad mercantil portuguesa franquiciada por una empresa holandesa, tras haber contestado y deducido reconvencción en el ámbito del proceso arbitral emprendido por la empresa holandesa, no hace depósito de las provisiones que le fueran solicitadas por el NAI, que por esta vía vería automáticamente perjudicado su petición reconvenccional.

A partir de ahí el procedimiento arbitral prosiguió sin la presencia y sin más intervención de la franquiciada portuguesa, que acabó siendo condenada a pagar una indemnización.

En este contexto, y por la alegada insuficiencia económica que la había colocado en una situación de insostenible desigualdad frente a la contraparte porque, sólo por falta de medios económicos, había sido privada de hacer valer sus derechos.

Al haber proseguido el proceso sin haber participado en el mismo, había que-

dado igualmente violado el principio de la audiencia contradictoria, el cual, al ser un principio fundamental en el proceso civil portugués, integraría, en su entendimiento, el orden público internacional del Estado portugués.

Finalmente, al garantizar el artículo 20 de la Constitución de la República el acceso al derecho y a los tribunales, el mismo habría resultado violado y con él otro principio del orden público internacional.

Los tribunales (el de Segunda Instancia de Oporto, primero, y el Supremo, después) denegaron los fundamentos legales de la oposición y confirmaron el reconocimiento del laudo arbitral holandés, al entender que el apelante había elegido libremente la solución arbitral para dirimir posibles conflictos con la contraparte; porque había aceptado libremente las reglas del juego, incluida la obligación de hacer frente a los costes del arbitraje; y porque, finalmente, al ser una sociedad mercantil, su subsistencia depende de poder asegurar los medios esenciales necesarios para su existencia. Es decir, que la sentencia en cuestión se resistió, de forma firme, a la tentación de hacer prevalecer, contra el laudo arbitral, reglas del derecho portugués, aunque fueran de nivel constitucional, tendentes a la destrucción de sus efectos.

Dentro de esta sentencia del TSJ portugués, vale la pena subrayar además dos puntos interesantes.

A pesar de la corrección del resultado final al que se llegó, la verdad es que en sus fundamentos, conlleva una orientación doctrinal –Taborda Ferreira– por otra parte subordinada a una perspectiva apriorística del “orden público internacio-

nal”, en vez de recurrir a la más moderna y consensualizada orientación de los autores portugueses en respeto de ese concepto, que se supone aposteriorística, como ya se señaló.

El otro punto se refiere a la dificultad de esta última cuestión, es decir, a que procede de la garantía constitucional del acceso al derecho y a los tribunales reforzado en Portugal por un sistema público de apoyo a ese acceso en lo que respecta a los Tribunales del Estado, concretamente a través de la exención, o reducción, de las costas e impuestos. Este apoyo no cubre los que competen al arbitraje y suscita, obviamente, una dificultad, al menos en cuanto a principios.

9.2. La Sentencia del TSJ de 02/02/2006 tuvo que decidir sobre la oposición de una sociedad portuguesa contra la admisibilidad de un laudo arbitral dictado en Londres, de acuerdo con las normas de la mercantil Shalta (C, Ltd.), a petición de una sociedad suiza.

En este proceso, el Supremo se ratificó en las decisiones de la Primera y la Segunda Instancia, confirmando el reconocimiento de dicho laudo arbitral y negándose a reconocer que hubiese habido violación del orden público internacional portugués

- a) A pesar de no haberse verificado la citación previa del Apelante para contestar, a través de carta certificada con aviso de recibo, tal como está previsto en el Código de Procedimiento Civil, por entender que se cumplieron las normas procesales aplicables, de las cuales no resulta colisión con el orden público internacional, aunque, como sucedió en el caso, las notificaciones se habían hecho por correo certificado o fax;

- b) A pesar de esa notificación y, asimismo, el requerimiento inicial de la sociedad suiza, no estaban redactados en lengua portuguesa, como prevé nuestra ley procesal, en la medida en que las reglas aplicables (del foro del lugar del arbitraje) no lo exigían y el contrato cuyo incumplimiento se discutía ya había sido redactado en lengua inglesa.

Para una mejor apreciación de lo decidido, ver, asimismo, el sumario de la Sentencia:

“I – De conformidad con el artículo V, número 1, apartado b), de la Convención de Nueva York de 10.06.58 sobre el reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros, y sobre la parte contra la cual fue invocado un laudo arbitral que incide en la carga de la prueba de que no fue debidamente informada bien de la designación del árbitro, bien del proceso de arbitraje.

II – Para que la parte pueda ser juzgada, debidamente informada, de la designación del arbitro y del proceso arbitral en los términos y a los efectos del artículo V, punto 1, apartado b), de la Convención citada, no es necesario que la citación para el proceso arbitral haya sido efectuada a través de carta certificada con aviso de recibo y traducción a la lengua vernácula.

III – La regularidad de la citación del acusado para la acción exigida en el apartado e) del artículo 1096 del CPC debe apre-

ciarse en referencia a la ley del tribunal de origen.

IV – Visto que el proceso de arbitraje tiene su forma propia, y a la luz de la ley del procedimiento arbitral, y no según la Ley Procesal portuguesa, en la que debe contrastarse la cuestión de saber si la citación para ese proceso se hizo en debida forma, no cabiendo la exigencia de carta certificada con aviso de recibo basada en los artículos 233, número 2, apartado a), 236 y 247 del CPC.

V – No se estipula en la Convención ninguna forma específica de comunicación de los actos, lo que en la práctica es importante averiguar a ese objeto y si la parte contra la que se invoca el laudo fue puesta o no en situación de poder hacer valer, de quererlo así, sus puntos de vista ante los árbitros.

VI – Cuando en el artículo V, número 2, apartado b), de la Convención citada se establece que el reconocimiento o la ejecución del laudo podrán ser denegados si fueran contrarios al orden público y, además, el llamado orden público internacional del Estado portugués, tal y como se contempla en el apartado f) del 1096 del CPC que se tiene a la vista.

VII – Constituida por un conjunto de principios fundamentales que estructuran la presencia del País en el concierto de las naciones, como es el caso de la norma

“pacta sunt servanda, ningún principio de ese orden público exige la citación por carta certificada con aviso de recibo y que en la misma se use la lengua nacional de la persona a la que se cita”.

9.3. Ante la escasez de jurisprudencia posterior a la aplicabilidad de la Convención de Nueva York en Portugal, quizá valga la pena invocar que, con anterioridad a la misma, entre los requisitos necesarios para la confirmación de las sentencias arbitrales extranjeras, el artículo 1096, apartado f) del CPC ya preveía la no manifiesta incompatibilidad de sus resultados con los principios del orden público internacional del Estado portugués.


Ahora bien, del análisis de esa jurisprudencia anterior a la Convención, Moura Ramos⁽⁴⁾ extrajo algunas líneas de tendencia. Así, hizo contar que en materia de derecho de familia, de adopción y de derecho sucesorio, el Supremo hizo con frecuencia una lectura lata de los principios de orden público para, a partir de criterios más exigentes, denegar el reconocimiento de laudos y sentencias (por cierto, no arbitrales), extranjeros. Por el contrario, en materia de derecho

mercantil (por ejemplo, competencia desleal) y derecho del trabajo (como en la hipótesis de un despido *ad nutum* expresamente prohibido en la Constitución portuguesa), el Supremo se comportó con mayor liberalidad y denegó la verificación de obstáculos de orden público que impidiesen la confirmación de los laudos extranjeros.

3. CONCLUSIÓN

10. El plazo de aplicación efectiva del Convenio de Nueva York por los Tribunales portugueses no permite recoger orientaciones jurisprudenciales indicadoras de líneas de procedimiento consistentes.

Por el contrario, la aproximación a las situaciones concretas revela además una insuficiente familiaridad con el arbitraje en general y, aún más, con el arbitraje internacional, aunque se pueda comprobar un crecimiento exponencial del recurso al arbitraje, sobre todo por parte de las empresas con domicilio social en Portugal.

Por eso nos corresponde, a todos nosotros, los que damos fe de las ventajas del arbitraje, contribuir a un reforzamiento de la cultura, jurídica y empresarial, que potencie su eficacia y su accesibilidad. 

⁽⁴⁾ *Ibidem.*

A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA SOBRE O RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO ÂMBITO DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE DE 1958

Por: MIGUEL ESPERANÇA PINA (*)
FREDERICO BETTENCOURT FERREIRA (**)

SUMARIO: 1. *Introdução.* 2. *Âmbito de aplicação.* 3. *Tribunal competente para o reconhecimento.* 4. *Processo.* 5. *Controlo da decisão pelos tribunais portugueses.* 6. *Conclusões.*

1. INTRODUÇÃO

A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (doravante designada por Convenção) é provavelmente o instrumento que mais contribuiu para o desenvolvimento da arbitragem comercial internacional na segunda metade do século XX.

No entanto, volvidos 50 anos desde o seu surgimento é ainda necessário con-

hecer e estar atento às tendências jurisprudenciais nacionais, que tanto podem potenciar os efeitos da Convenção como torná-la praticamente inútil.

A Convenção entrou em vigor em Portugal em 16 de Janeiro de 1995, o que explica em parte o reduzido número de litígios relativos à sua aplicação dirimidos nos tribunais portugueses⁽¹⁾ ⁽²⁾. No entanto, a crescente internacionalização da economia portuguesa permite prever

(*) Profesor en la Universidad Nueva de Lisboa. Miembro fundador y Secretario Ejecutivo de la Asociación Portuguesa de Arbitraje y del Club Español del Arbitraje. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Lisboa.

(**) Abogado de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Lisboa.

(1) A Convenção foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República Número 37/94, de 8 de Julho. Nessa data foi ratificada pelo Presidente da República e o instrumento de adesão foi depositado em 18 de Outubro de 1994 (aviso número 142/95, de 21 de Junho).

(2) Portugal fez a reserva prevista na 1ª parte do número 3 do artigo I, por força da qual a Convenção só se aplica ao reconhecimento das decisões proferidas no território de outro Estado contratante. Não fez, no entanto, a reserva prevista na 2da. parte desse preceito, por força da qual a Convenção apenas se aplica a litígios resultantes de relações comerciais.

um aumento do número de casos, sendo importante registar desde já algumas orientações dos tribunais portugueses.

No presente artigo procuraremos descrever e analisar brevemente as principais decisões dos tribunais portugueses no âmbito da Convenção, em especial no que toca ao reconhecimento de decisões. Para esse efeito procederemos ainda, na medida do necessário à boa compreensão das decisões, ao enquadramento da legislação portuguesa relevante.

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A arbitragem voluntária é regulada em Portugal pela Lei 31/86, de 29 de agosto, apelada de Lei da Arbitragem Voluntária (doravante designada por LAV), existindo ainda algumas referências dispersas noutros diplomas, em especial no Código de Processo Civil (doravante designado por CPC).

À semelhança do que sucede no direito brasileiro, e ao contrário, por exemplo, do direito francês ou do que dispõe a lei-modelo da UNCITRAL, a lei portuguesa equipara as sentenças arbitrais às sentenças judiciais no que respeita à sua exequibilidade⁽³⁾.

Nessa medida, apenas as sentenças estrangeiras, sejam elas judiciais ou arbitrais, carecem de reconhecimento antes de poderem produzir os seus efeitos em Portugal⁽⁴⁾.

A Convenção aplica-se às decisões “proferidas no território de um Estado que

não aquele em que são pedidos o reconhecimento e a execução das sentenças”⁽⁵⁾.

Por sua vez, a LAV estabelece que o seu âmbito de aplicação abrange as arbitragens que tenham lugar em Portugal, mas não explicita o que deve entender-se por decisão arbitral estrangeira, nem distingue decisões proferidas em Portugal e no estrangeiro.

Poderia então questionar-se se uma sentença proferida no estrangeiro, mas cujo processo arbitral tivesse decorrido em Portugal, careceria de reconhecimento.

Embora tal decisão estivesse abrangida pela Convenção, parece seguro afirmar que não seria necessário sujeitá-la a procedimento de reconhecimento em Portugal. Com efeito, a lei interna dispensa tal reconhecimento, sendo portanto mais favorável que a Convenção, o que, nos termos do artigo VII, número 1, se afigura relevante.

Por outro lado, é defensável que sejam consideradas estrangeiras as sentenças arbitrais proferidas em Portugal na sequência de processos de arbitragem que tenham decorrido no estrangeiro, caso inexista qualquer relação do processo arbitral com Portugal, aplicando-se o regime da Convenção⁽⁶⁾.

Sublinhamos ainda que a Convenção se aplica mesmo se a sentença arbitral estrangeira já tiver sido objecto de reconhecimento pelos tribunais de outro Estado-Membro da União Europeia, não sendo aplicável o Regulamento (CE) 44/

⁽³⁾ Artigo 30 da LAV

⁽⁴⁾ Artigos 1094 e seguintes do CPC.

⁽⁵⁾ Artigo I-1

⁽⁶⁾ Não são conhecidas decisões dos tribunais portugueses sobre estas questões.

2001⁽⁷⁾. Assim decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa em Acórdão de 27 de Setembro de 2007⁽⁸⁾, no qual recusou o reconhecimento de uma sentença judicial de um Tribunal italiano ao abrigo do referido Regulamento pelo facto de a referida sentença judicial ser uma mera confirmação de uma decisão arbitral. De referir que o Tribunal invocou neste aresto dois conhecidos Acórdãos do TJCE, o acórdão de 25.7.1991, *March Rich & Co. AG v. Società Italiana Impianti PA*, Caso C-190/89, e o acórdão 17.11.1998, *Van Uden Maritime BV, trading as Van Uden Africa Line v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line and Another*, processo C-391/95⁽⁹⁾.

3. TRIBUNAL COMPETENTE PARA O RECONHECIMENTO

Nos termos do artigo 1095 do CPC, o tribunal competente para a revisão e confirmação de sentenças estrangeiras é o Tribunal da Relação (tribunal de segunda instância) do distrito judicial em que esteja domiciliada a pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença.

Não obstante, os tribunais portugueses têm entendido, de forma quase unânime, que os tribunais competentes para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras abrangidas pela Convenção são os tribunais de primeira instância e não os Tribunais da Relação⁽¹⁰⁾.

Este entendimento funda-se, por um lado, no artigo III da Convenção, e, por outro, no facto de a LAV estabelecer que o original da decisão arbitral é depositado na secretaria do tribunal judicial do lugar da arbitragem⁽¹¹⁾ e que a execução da decisão arbitral corre no tribunal de 1.ª instância, nos termos da lei de processo civil⁽¹²⁾.

Nessa medida, o Supremo Tribunal de Justiça entende que a competência é dos tribunais de primeira instância e não dos da Relação, “*atento o princípio de equiparação entre as sentenças arbitrais nacionais e as sentenças arbitrais estrangeiras quanto ao ritualismo processual da respectiva execução, prescrito no transcrito artigo III da Convenção*”⁽¹³⁾.

É certo que, nos termos do artigo III da Convenção, cada um dos Estados

(7) Simplificando, o Regulamento 44/2001 permite o reconhecimento de decisões judiciais proferidas em Estados-Membros da UE nos tribunais de outros Estados-Membros, mas exclui do seu âmbito a arbitragem. O leque de fundamentos de recusa do reconhecimento constante do artigo V da Convenção é mais amplo que o do Regulamento (confrontar artigos 34 e 45). Por outras palavras, pode ser mais difícil reconhecer uma decisão ao abrigo da Convenção do que do Regulamento.

(8) Processo 5177/2007-2, disponível em www.dgsi.pt

(9) Note-se que o tema é discutível e que tem merecido tratamento díspar nos tribunais dos vários Estados-Membros. Para desenvolvimentos recentes sobre o Regulamento 44/2001 e a Arbitragem vide GÓMEZ JENE, Miguel. *Arbitrage y Reglamento 44/2001: nuevas propuestas*. In: *Revista del Club Español del Arbitrage* Número 2/2008. pp. 5 - 19.

(10) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Abril de 2004, proc. 04b705, disponível em www.dgsi.pt; *Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Outubro de 2002*. In: *Colectânea de Jurisprudência*. (doravante C.J.), 2002, IV. p.186; de 5 de Maio de 2005, in C.J., 2005, III, p. 159; e de 29 de Junho de 1999, in Boletim do Ministério da Justiça, 488, p. 411; Acórdão da Relação de Lisboa de 20 de Fevereiro de 1997, in C.J., 1997, I, p. 135.

(11) Artigo 24. Número 2 da LAV

(12) Artigo 30 da LAV

(13) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de abril de 2004.

Contratantes reconhecerá a autoridade de uma sentença arbitral e concederá a execução da mesma nos termos das regras de processo adoptadas no território em que a sentença for invocada, não aplicando quaisquer condições sensivelmente mais rigorosas, nem custas sensivelmente mais elevadas, do que aquelas que são aplicadas para o reconhecimento ou a execução das sentenças arbitrais nacionais.

No entanto, deste princípio da equiparação não decorre que as condições processuais do reconhecimento de sentenças estrangeiras tenham que ser iguais às da execução de sentenças nacionais.

Por outro lado, conforme acima se referiu, as sentenças arbitrais “portuguesas” não carecem de qualquer procedimento de concessão de *exequatur*, sendo, nessa medida, equiparadas às sentenças judiciais nacionais.

Se a equiparação imposta pelo artigo III da Convenção fosse absoluta, deveria atribuir-se às sentenças arbitrais estrangeiras exactamente os mesmos efeitos que se atribuem às sentenças arbitrais nacionais, dispensando-se qualquer processo de reconhecimento.

Porém, a aplicação da Convenção, em especial do seu artigo III, não dispensa as sentenças arbitrais estrangeiras do processo de reconhecimento, apenas impedindo a sua discriminação face ao processo a que estão sujeitas as sentenças judiciais estrangeiras.

Assim, deve aplicar-se o regime processual interno previsto para o reconhecimento de sentenças judiciais

estrangeiras, a menos que este contrarie a Convenção.

Ora, a atribuição de competência aos Tribunais da Relação em nada contraria a Convenção e, para além disso, não torna mais onerosa a execução da sentença arbitral.

Assim, nenhum fundamento existe para que se atribua aos tribunais de primeira instância (competentes para a execução de sentenças nacionais) a competência para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

Neste ponto, os tribunais portugueses parecem exceder-se na interpretação do artigo III da Convenção e do princípio da equiparação que dele decorre⁽¹⁴⁾.

4. PROCESSO

Os trâmites processuais a seguir são os previstos para a revisão e confirmação das sentenças judiciais estrangeiras, constantes nos artigos 1094 e seguintes do CPC.

Se o requerente apresentar a sentença com a petição, a parte contrária é citada para, em 15 dias, deduzir a sua oposição. Notificado para o efeito, o requerente terá então 10 dias para responder à oposição.

Terminada esta fase e feitas as diligências que o Tribunal entender indispensáveis, as partes e o Ministério Público dispõem de 15 dias para alegações.

Segue-se a decisão final, da qual cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça. Tal recurso, em regra, não suspende os efeitos da decisão⁽¹⁵⁾.

(14) Sem, no entanto, chegarem ao ponto de dispensar o processo de reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras.

(15) Artigos 1102 e 723 do CPC.

5. CONTROLO DA DECISÃO PELOS TRIBUNAIS PORTUGUESES

O regime previsto no CPC para a revisão e reconhecimento de sentenças estrangeiras estabelece um controlo tendencialmente formal das decisões, pelo que mesmo fora do âmbito da Convenção o reconhecimento não se revela especialmente difícil.

Em todo o caso, a Convenção não contempla alguns dos fundamentos de recusa de reconhecimento constantes das normas do CPC⁽¹⁶⁾.

Ora, no que toca aos fundamentos de recusa do reconhecimento, os tribunais superiores não têm tido dúvidas em afastar as normas internas e em dar prevalência à Convenção.

Por outro lado, pode afirmar-se que, em geral, os tribunais têm-se revelado bastante avessos à recusa de reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras.

Vejamos alguns exemplos.

No caso que deu origem ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Outubro de 2003⁽¹⁷⁾, discutiu-se se o facto de uma parte não ter podido participar plenamente no processo arbitral por falta de meios económicos consubstanciava

uma ofensa à ordem pública internacional, legitimando a recusa do reconhecimento da sentença arbitral ao abrigo do artigo V, número 2, b) da Convenção.

Tratava-se de uma sociedade comercial portuguesa que não tinha apresentado reconvenção no âmbito de um processo arbitral que tinha decorrido na Holanda por insuficiência económica para pagar os preparos exigidos pelo respectivo centro de arbitragem.

Essa parte opunha-se ao reconhecimento da decisão alegando a violação do princípio do acesso ao direito, consagrado no artigo 20 da Constituição da República Portuguesa e com expressão em leis que prevêm mecanismos de apoio para os cidadãos e empresas sem recursos económicos que lhes permitam defender os seus direitos em juízo⁽¹⁸⁾.

O Supremo Tribunal de Justiça considerou que o reconhecimento da decisão não violava a ordem pública porque o princípio que determinava a protecção jurídica e o apoio judiciário não tinha aplicação integral a sociedades comerciais na lei portuguesa. Acrescentou que estas entidades, por natureza, apenas existem enquanto puderem assegurar os meios económicos à sua subsistência, pelo que não merecem protecção idêntica à das pessoas singulares.

⁽¹⁶⁾ Por exemplo, no artigo 1100, número 2, do CPC estabelece-se que se a sentença tiver sido proferida contra pessoa singular ou colectiva de nacionalidade portuguesa, o pedido de reconhecimento pode ser impugnado com o fundamento de que a acção teria sido mais favorável ao nacional se o tribunal estrangeiro tivesse aplicado direito material português e, segundo as normas de conflitos portuguesas, tal direito fosse o aplicável.

⁽¹⁷⁾ Disponível em www.dgsi.pt.

⁽¹⁸⁾ Em 2003, data da prolação da sentença sob análise, as sociedades comerciais tinham direito, ainda que em termos mais limitados que os cidadãos, a protecção jurídica. No entanto, a recente alteração da Lei 34/2004, de 29 de Julho, operada pela Lei 47/2007, de 28 de agosto, que entrou em vigor em 1/1/2008, retirou expressamente às pessoas colectivas com fins lucrativos o direito a protecção jurídica (confrontar artigo 7, número 3).

Nas palavras do Tribunal: “*do que se fala quando aqui se fala em ordem pública é da chamada ordem pública internacional, dos princípios fundamentais estruturantes da presença de Portugal no concerto das nações*”.

Certamente, e por exemplo, de um princípio que siga a máxima latina *pacta sunt servanda*. Seja, de um princípio que imponha que alguém que, na sua livre disponibilidade, acorde com outrem sujeitar o julgamento das questões emergentes de um contrato entre ambos celebrado a um tribunal arbitral holandês e ao direito holandês, cumpra esse acordo.

Seguramente também de um princípio que não negue a ninguém a possibilidade de defesa dos seus direitos e interesses legítimos pelo recurso aos tribunais (não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos - artigo 20. Número 1 da Constituição da República) mas que reconheça a cada um, no domínio dos direitos de que possa dispor, a possibilidade de recorrer a outras formas de obtenção de justiça, fora dos tribunais estaduais, como seja exactamente o recurso a tribunais arbitrais (e também a sujeição a uma lei e/ou jurisdição estrangeiras), pagando o que for de pagar para o seu funcionamento.

“Mas não já de um princípio que supra a insuficiência de meios de quem, por natureza, só existe enquanto tal, ontologicamente, enquanto puder assegurar os meios económicos necessários à sua própria existência”.

Em jeito de súpula, afirmou o Tribunal que: “*ao acordar com a aqui recorrida a sujeição a um tribunal arbitral, e*

a um tribunal arbitral na Holanda, as recorrentes sabiam que os tribunais arbitrais implicam encargos e despesas, e para o respectivo aprovisionamento se deveriam ter prevenido. Não o fizeram. Sibi imputat!”.

No caso concreto, o Tribunal manteve as decisões dos tribunais inferiores que haviam julgado o caso e reconheceu a sentença arbitral.

Não obstante, pode concluir-se, pelos argumentos utilizados, que o Tribunal não decidiria neste sentido se se tratasse de pessoa singular e não de uma empresa.

Por outro lado, o Acórdão admitiu ainda a possibilidade de recusar a concessão do *exequatur* se a empresa requerida tivesse ficado, sem culpa, e após a celebração da convenção de arbitragem, numa situação de insuficiência económica que não lhe permitisse, de todo, participar na arbitragem. Sublinhou o Tribunal, no entanto, que a empresa em questão não tinha alegado tais factos e que não havia prova de que tal tivesse ocorrido.

Face à alteração operada pela Lei 47/2007, de 28 de Agosto, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2008, e retirou expressamente às pessoas colectivas com fins lucrativos o direito a protecção jurídica nos tribunais judiciais portugueses, tornou-se menos provável que uma sociedade comercial consiga evitar em Portugal a execução de uma decisão arbitral estrangeira pelo facto de, por carência económica, não ter podido participar plenamente no processo arbitral.

Em todo o caso, não pode excluir-se em absoluto que tal ocorra, especialmente em tempo de crise económica global que atinge proporções inesperadas pela maior parte dos agentes do mercado.

Noutro caso, decidido Supremo Tribunal de Justiça em Acórdão de 2 de Fevereiro de 2006⁽¹⁹⁾, a parte que se opunha ao reconhecimento da sentença arbitral invocou não ter sido citada (artigo V. Número 1, b) da Convenção) e terem sido violados os princípios do contraditório e da igualdade das partes no processo arbitral (artigo V. Número 2, b) da Convenção).

A arbitragem havia decorrido em Londres, ao abrigo das regras SHALTA. A requerente era uma sociedade de direito suíço e a requerida uma sociedade de direito português.

Esta última afirmava que não se tinha oposto à pretensão daquela e que não tinha designado árbitro por não ter sido citada, acrescentando que as cartas que lhe tinham sido enviadas estavam redigidas em língua estrangeira (inglês) e haviam sido remetidas sem comprovativo de recepção.

O Tribunal sublinhou que, nos termos do artigo V. Número 1, alínea b), o ónus de provar que não tinha sido devidamente informada do processo e da designação dos árbitros cabia à sociedade (portuguesa) que pretendia a recusa do reconhecimento da sentença, e que esta não o havia feito.

Quanto à alegada violação do artigo V. Número 2, alínea b), o tribunal referiu-se à ordem pública como “*um conjunto de princípios fundamentais estruturantes da presença do País no concerto das nações*”, concluindo que aí não se inclui a exigência de citação por carta registada com aviso de recepção nem a necessida-

de de utilizar a língua nacional do citando, ainda que no domínio interno as normas processuais civis o imponham.

Acrescentou o Tribunal que tendo as partes escolhido a língua inglesa para a redacção dos contratos de compra e venda a que se referiam as decisões revidadas e escolhido um tribunal arbitral inglês para dirimir qualquer litígio relativo a esses contratos, era inteiramente razoável que, no caso, as comunicações se fizessem na língua inglesa.

Nessa medida, o Supremo Tribunal manteve a decisão dos tribunais inferiores, que haviam reconhecido a sentença arbitral.

No caso que originou o Acórdão de 17 de Dezembro de 1998 do Tribunal da Relação de Lisboa, uma sociedade de direito panamense requereu a confirmação e subsequente declaração de executoriedade de sentença arbitral de condenação proferida, em França, pela CCI contra sociedade de direito português.

A sociedade portuguesa opôs-se alegando a violação de normas internas relativas à confirmação e reconhecimento de sentenças estrangeiras e invocando ainda o artigo V da Convenção.

Em concreto, a sociedade portuguesa invocou a invalidade da convenção de arbitragem de que emergiu a sentença devido a incapacidade da pessoa que a subcreveu para a vincular, enquadrando esta situação no artigo V. Número 1, alínea a) da Convenção.

Por outro lado, invocou a ofensa dos princípios de ordem pública nacional e

⁽¹⁹⁾ Disponível em www.dgsi.pt

internacional pelo facto de a taxa de juro que resultava do contrato cujo cumprimento era exigido ser superior à legalmente admitida em Portugal, apelando aqui ao artigo V, número 2, alínea b) da Convenção, bem como a normas do CPC.

O Tribunal sublinhou, antes de mais, que com a entrada em vigor da Convenção no ordenamento jurídico português as normas do CPC relativas ao reconhecimento e execução de sentenças ficaram com um âmbito de aplicação muito reduzido, cedendo perante aquele instrumento de fonte internacional.

No que respeita à alegada incapacidade do subscritor da convenção de arbitragem (e do próprio contrato em que a mesma estava inserida) o Tribunal, tendo em conta as normas do Código das Sociedades Comerciais português, considerou que a falta de poderes de representação de um administrador da sociedade não equivalia à falta de capacidade da sociedade nem implicava a invalidade do contrato ou da convenção de arbitragem.

Quanto à pretensa violação da ordem pública por aplicação de taxa de juros de mora usurária, o Tribunal considerou que a taxa em questão (1,8% ao mês) não era excessiva e que a norma interna que proíbe juros superiores aos legalmente fixados apenas é aplicável a contratos de mútuo, o que não era o caso.

Nessa medida, e assinalando que o ónus de provar os factos que podem legi-


timar a aplicação do artigo V, número 1, alínea a) da Convenção, cabia à sociedade portuguesa, o Tribunal considerou procedente a acção e declarou revista e confirmada a sentença.

6. CONCLUSÕES

Os tribunais superiores portugueses têm sido chamados poucas vezes a dirimir litígios relacionados com o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Contudo, existem algumas decisões a partir das quais é possível vislumbrar uma tendência de respeito pela Convenção, restringindo ao mínimo o controlo das sentenças arbitrais revidendas.

Embora nem sempre apliquem a Convenção da forma mais exacta, os tribunais portugueses assimilaram o seu espírito e não têm hesitado em afastar as normas nacionais relativas ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.

Por outro lado, os tribunais portugueses não têm revelado uma atitude hostil face à arbitragem comercial internacional nem evidenciam tendências “nacionalistas” quando confrontados com pedidos de execução de sentenças arbitrais por empresas estrangeiras contra empresas nacionais.

Posto isto, não se afigura especialmente difícil obter em Portugal o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras ao abrigo da Convenção⁽²⁰⁾. 

⁽²⁰⁾ Portugal também aderiu à Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1975). Celebrou ainda vários acordos bilaterais que prevêm a possibilidade de reconhecer e executar sentenças arbitrais com Angola, Guiné, Cabo-Verde, São Tomé e Príncipe e Moçambique, sendo que apenas este último é parte na Convenção.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES

Por: JOSÉ MIGUEL JÚDICE (*)

SUMARIO: 1. *Del reconocimiento de las decisiones arbitrales.* 2. *De las formalidades exigidas.* 3. *De los medios de recurso.* 3.1. *De la recurribilidad.* 3.2. *De los medios de impugnación de las decisiones arbitrales.* 3.2.1. *La acción de anulación.* 3.2.2. *Recurso de la decisión arbitral.* 4. *De la ejecución de decisiones arbitrales.* 5. *De la recurribilidad de decisiones interlocutorias.* 6. *Sistemas jurídicos comparados: Brasil, Angola, Mozambique y Macao.* 6.1. *Del reconocimiento y ejecución de las decisiones arbitrales.* 6.2. *De las formalidades exigidas.* 6.3. *De los medios de recurso.*

La Ley 31/86, de 29 de agosto (Ley de Arbitraje Voluntario – LAV), constituye la principal fuente legal que regula el arbitraje voluntario en Portugal. Especialmente sobre reconocimiento y ejecución disponen los artículos 814 y 815 y 1094 a 1102 del Código de Enjuiciamiento Civil y, como no podía dejar de ser, el Convenio de Nueva York de 1958⁽¹⁾.

De acuerdo con su artículo 37, la LAV “se aplica a los arbitrajes que ten-

gan (sic) lugar en territorio portugués”, incluyendo los denominados arbitrajes internacionales, definidos como aquellos que “pone(n) en juego intereses de comercio internacional” (v. artículo 32). Esta fórmula que no es innovadora⁽²⁾, tiene como fin abarcar todos los arbitrajes que tengan por objeto litigios que surjan de operaciones económicas que envuelvan la circulación de bienes, servicios o capitales a través de las fronteras⁽³⁾.

(*) Presidente del Capítulo Portugués del Club Español del Arbitraje. Socio fundador de A.M. Pereira, Sáragga Leal, Oliveira Martins, Júdeice e Associados, Portugal.

(1) Portugal ratificó el convenio en 1994 y entró en vigor en 1995.

(2) Ver el artículo 1492 del Código de Enjuiciamiento Civil Francés.

(3) MOURA VICENTE, Dário. *Portugal y el arbitraje internacional*. http://janusonline.pt/2004/2004_3_2_5.html.

1. DEL RECONOCIMIENTO DE LAS DECISIONES ARBITRALES

En Portugal, apenas las decisiones arbitrales extranjeras colocan el problema del reconocimiento, en cuanto “atribución a un acto externo de relevancia en el orden jurídico interno”⁽⁴⁾, una vez que relativamente a las decisiones arbitrales pronunciadas en territorio nacional, la ley portuguesa las trata como si fuesen actos internos (aunque el litigio en causa sea internacional en la acepción del artículo 32), equiparándolas por entero a las decisiones de los tribunales estatales (artículo 30 de la LAV y artículo 48 del Código de Enjuiciamiento Civil). Así una decisión pronunciada en territorio nacional, puede de inmediato ser ejecutada en los tribunales portugueses.

En lo que dice respecto a las decisiones “extranjeras”, establece el artículo 1094 del Código del Enjuiciamiento Civil (CPC) que “sin perjuicio de lo que esté establecido en tratados, convenios, reglamentos comunitarios y leyes especiales, ninguna decisión sobre derechos privados, pronunciada por tribunal extranjero o por árbitros en el extranjero⁽⁵⁾, tiene eficacia en Portugal, sea cual sea la nacionalidad de las partes, sin estar revista y confirmada.

Al artículo 1096 del CPC establece, a su vez, los requisitos a que deben obedecer las decisiones para posterior confirmación, requisitos que, a pesar de formulados para las decisiones de tribunales judiciales extranjeros, son extensibles, *ex*

vi del artículo 1097, a las decisiones arbitrales “en la parte en que lo pueda(n) serlo”. Como más adelante se referirá, y a pesar de la formulación aparentemente restrictiva, los requisitos impuestos por la Ley portuguesa son bastantes similares a los del Convenio de Nueva York.

Portugal, como parte del Convenio de Nueva York de 1958, está vinculado a respetar en su ordenamiento jurídico lo que allí se estipula.

Según los términos del artículo III del Convenio “*cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de una sentencia arbitral y concederá la ejecución de la misma según los términos de la reglas de proceso adoptado en el territorio en que la sentencia sea invocada, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes*”. Estos incluyen, además del artículo IV del que hablaremos más adelante, el artículo V, 1 según los términos del cual el reconocimiento y ejecución de las decisiones arbitrales apenas puede ser negado con base en los fundamentos allí expuestos. Esos fundamentos –muy conocidos– consisten en la incapacidad de las partes otorgantes del convenio de arbitraje, en su invalidez o inexistencia, en la violación de los derechos de defensa, en el caso de la decisión recaer sobre cuestiones no incluidas en el convenio de arbitraje, en la violación de las reglas sobre la constitución del tribunal arbitral y reglas del proceso, en el caso de la decisión no haberse todavía tornado obligatoria y en la eventualidad de haber sido anulada o suspendida.

(4) LIMA PINHEIRO, Luis. *Reconocimiento Autónomo de Decisiones Extranjeras y Control del derecho Aplicable*, 2005. p. 216.

(5) Tampoco aquí ninguna diferenciación entre decisiones arbitrales y decisiones de los tribunales judiciales.

A su vez, la Ley Portuguesa –artículo 1096 del CPC– exige:

- a) *Que no haya dudas sobre la autenticidad del documento en el que conste la sentencia ni sobre la inteligencia de la decisión;*
- b) *Que sea sentencia firme según la ley del país en el que fue dictaminada;*
- c) *Que venga de tribunal extranjero cuya competencia no haya sido provocada en fraude a la ley e no trate de materia de la exclusiva competencia de los tribunales portugueses;*
- d) *Que no se pueda invocar la excepción de litispendencia o de caso juzgado con fundamento en causa afectada a tribunal portugués, excepto si fue el tribunal extranjero que previno la jurisdicción;*
- e) *Que el demandado haya sido regularmente citado para la acción, según los términos de la ley del país del tribunal de origen y que en el proceso hayan sido observados los principios del contradictorio y de igualdad de las partes;*
- f) *Que no contenga decisión cuyo reconocimiento conduzca a un resultado manifiestamente incompatible con los principios del orden público internacional del Estado Portugués”.*

Confrontando los requisitos constantes en el artículo 1096 del CPC para la confirmación de sentencias extranjeras con los artículos citados del Convenio de Nueva York, constatamos que aunque sean en general equivalentes, el CPC es ligeramente más exigente que el Convenio (ver el requisito de la “inteligencia de la decisión” que no tiene correspondencia en la CNY).

Consecuentemente el tribunal no podrá rechazar el reconocimiento de sentencias arbitrales dictaminadas en un Estado contratante con base en alguno de los fundamentos previstos en el artículo 1096 del CPC y que no tenga correspondencia con los fundamentos del rechazo del Convenido, so pena de violación de ésta. Esta conclusión permite afirmar que, también debido al contenido de los artículos III y V del Convenio, una decisión arbitral dictaminada en un país miembro del Convenido de Nueva York podrá obtener más fácilmente el “*exequátur*” de que una sentencia judicial extranjera.

2. DE LAS FORMALIDADES EXIGIDAS

El Convenio de Nueva York es claro en determinar que elementos deben acompañar el pedido de reconocimiento y ejecución de una decisión arbitral extranjera.

Así, su artículo IV establece que “*la Parte (...) deberá adjuntar a su pedido: a) el original debidamente autenticado de la sentencia, o una copia de la misma, verificadas las condiciones exigidas para su autenticidad; b) el original del convenio referido en el artículo II, o una copia del mismo, verificadas las condiciones exigidas para su autenticidad*”. También establece que, “*en el caso de la referida sentencia o convenio no estar redactada en una lengua oficial del país en que se invocada la sentencia*” deberá adjuntarse traducción de los documentos.

La LAV no contiene cualquier disposición diferente de ésta, ni siquiera similar. No obstante, el mero análisis de los párrafos del referido artículo 1096 lleva a resultado equivalente.

3. DE LOS MEDIOS DE RECURSO

3.1. De la recurribilidad

Según los términos del artículo 29 de la LAV aplicable a los arbitrajes domésticos (entendida la expresión como los arbitrajes con sede en el territorio nacional en los cuales no estén en juego los intereses del comercio internacional), “si las partes no hubiesen renunciado a los recursos, de la decisión arbitral caben para el tribunal de la *relação* (Tribunal de Apelo) los mismos recursos que cabrían de la sentencia dictaminada por el tribunal de la comarca”.

La LAV entiende como renuncia a los recursos la facultad atribuida pelas partes, a los árbitros, de juzgar según la equidad.

No obstante, en materia de arbitraje internacional la regla general es la de la irrecurribilidad (artículo 34) “excepto si las partes pactaron la posibilidad de recurso y regulado sus términos”.

Esta divergencia de soluciones en cuanto a la recurribilidad puede ser fuente de problemas, visto que la ley no establece con rigor que características definen el arbitraje internacional. Así puede una parte en un arbitraje internacional intentar defender la tesis de que el arbitraje es nacional para obtener la posibilidad de recurso contra decisión que le haya sido desfavorable.

Tanto cuanto es de mi conocimiento, existen apenas dos decisiones judicia-

les⁽⁶⁾ que abordan el tema de la definición del arbitraje internacional.

3.2. De los medios de impugnación de las decisiones arbitrales

Considerando la facultad de recurso según los términos del enjuiciamiento civil, tal como está establecido en el artículo 29 de la LAV, podemos analizar, genéricamente, los medios de impugnación de las decisiones arbitrales: la acción de anulación, la oposición a la ejecución⁽⁷⁾ y el recurso de la decisión.

3.2.1. La Acción de Anulación

La acción de anulación es el único medio específico de impugnación de las decisiones arbitrales internas (en el sentido de decisiones dictaminadas en un arbitraje con sede en Portugal independientemente de ésta ser a los ojos de la ley nacional o internacional), previsto por la LAV, cuyos fundamentos se encuentran taxativamente expuestos en el artículo 27. El derecho de requerir la anulación de la decisión de los árbitros es, según los términos del 1. del artículo 28, irrenunciables, atendiendo al 2, la acción de anulación “ser intentada en el plazo de un mes a contar de la notificación de la decisión arbitral”.

Si es admisible recurso de la decisión arbitral, y según los términos del 3, del artículo 27 de la LAV, “la anulabilidad solo podrá ser apreciada en el ámbito de ese recurso”.

⁽⁶⁾ Tribunal de la *Relação* de Lisboa de 11 de Mayo de 1995 y de la *Relação* de Oporto de 17 de Noviembre de 1995, siendo interesante lo que se afirma en la decisión del Tribunal de la *Relação* de Lisboa: “Debe entenderse que el concertado comercio internacional, pasible de constituir objeto de juicio por arbitraje, abarca todas las operaciones económicas que envuelvan circulación de bienes, de servicios o de capitales a través de fronteras”.

⁽⁷⁾ Cuya análisis se remite para el capítulo dedicado a la Ejecución de Decisiones Arbitrales.

Así, es fundamento de anulación (artículo 27.1 de la LAV):

- “a) *No ser un litigio susceptible de resolución por vía arbitral;*
- b) *Haber sido sentenciado por tribunal incompetente o irregularmente constituido;*
- c) *Haber habido violación del artículo 16, con influencia decidida en la resolución del litigio.*⁽⁸⁾
- d) *Haber habido violación del artículo 23, 1, parágrafo f), 2 y 3 (indicación del local del arbitraje, firma de la decisión y necesidad de fundamentación);*
- e) *Haber el Tribunal tomado conocimiento de cuestiones que no podía haber tomado conocimiento, o haber dejado de pronunciarse sobre cuestiones que debía apreciar”.*

Como se verifica, los fundamentos de la acción de anulación no son muy diferentes de aquellos que permitirían, de acuerdo con el Convenio de Nueva York, rechazar el reconocimiento, mereciendo especial destaque la constatación de que entre el abanico de fundamentos no está el de la violación de nor-

mas de orden público internacional del Estado portugués⁽⁹⁾.

La anulación parcial de decisiones arbitrales será admitida en la única decisión judicial conocida que aborda el asunto⁽¹⁰⁾.

3.2.2. Recurso de la decisión arbitral

En general (principio de equiparación). En sede de recursos, el legislador portugués consagró el principio de la equiparación de las decisiones arbitrales a las decisiones judiciales. (ver artículo 29, 1 de la LAV).

Al determinar que” si las partes no han renunciado a los recursos, de la decisión arbitral caben para el Tribunal de la “Relação” los mismos recursos que cabrían de la sentencia pronunciada por el tribunal de comarca”, el legislador portugués pretendió que los medios de recurso al alcance de las partes en una instancia arbitral fuesen los mismos que son facultados a las partes en las instancias judiciales.

Debe notarse, que el principio de la equiparación no equivale a un principio de identidad, por lo que el régimen de recursos en proceso civil, para el cual remite la LAV, deberá ser aplicado con las necesarias adaptaciones.

⁽⁸⁾ A su vez, el artículo 16 impone el respecto de las siguientes directrices:

- “i) *Las partes serán tratadas con absoluta igualdad;*
- ii) *El demandado será citado para defenderse;*
- iii) *En todas las fases del proceso será garantizada la estrecha observancia del principio del contradictorio;*
- iv) *Ambas partes deben ser escuchadas, oralmente o por escrito, antes de ser dictaminada la decisión final”.*

⁽⁹⁾ La jurisprudencia portuguesa asume que es el orden internacional público y no el interno que es relevante en ésta sede: ver el Dictamen del STJ del 10.09.2003: “*del que se habla cuando aquí se habla en orden pública es del llamado orden público internacional, o sea de los principios fundamentales estructurantes de la presencia de Portugal en el concierto de las naciones”.*

⁽¹⁰⁾ Sentencia del Tribunal de la *Relação* de Oporto de 21/10/2003.

4. DE LA EJECUCIÓN DE DECISIONES ARBITRALES

Conviene notar que es prácticamente inexistente la jurisprudencia de los tribunales portugueses sobre ejecución de decisiones arbitrales y, en concreto, sobre reconocimiento de decisiones arbitrales tomadas fuera de Portugal.

Según los términos del artículo 30 de la LAV, “la ejecución de la decisión arbitral corre en el tribunal de 1ra instancia, según los términos de la ley de enjuiciamiento civil”. La escasa jurisprudencia⁽¹¹⁾ confirma siempre éste entendimiento. Esta norma se aplica a los arbitrajes internacionales, sin necesidad de confirmación y reconocimiento, si el arbitraje tiene su sede en Portugal.

Establecida la remisión, según los términos del citado artículo 30, para los términos de la Ley Procesal Civil, es el régimen del proceso ejecutivo que se tiene por aplicable.

De acuerdo con el 2, del artículo 48 del Código de Enjuiciamiento Civil, las decisiones de los tribunales arbitrales que funcionen en territorio nacional son ejecutables en los mismos términos en que lo son las decisiones de los tribunales comunes, lo que significa que no hay lugar a cualquier previa homologación por parte de los tribunales comunes.

Por eso que el 2 del artículo 26 de la LAV determine que “la decisión arbitral tiene la misma fuerza ejecutiva que la sentencia del Tribunal Judicial de Primera Instancia”.

Es posible que, a semejanza de lo establecido para la ejecución de decisiones judiciales, alguna de las partes se oponga a la ejecución.

Este otro medio de impugnación de decisión arbitral se encuentra integrado en el régimen de la acción ejecutiva y está previsto en el artículo 31 de la LAV y en el artículo 815 del CPC.

Siendo el Tribunal de Primera Instancia competente para la ejecución de la decisión arbitral –como impone el artículo 30– será en ésta jurisdicción e instancia que la oposición a la ejecución puede ser accionada, aplicándosele los términos generales de la ley de enjuiciamiento.

Según los términos del artículo 31 de la LAV es posible una oposición a la ejecución de una sentencia arbitral en que invoquen fundamentos para una acción de anulación, aunque ésta acción no haya sido ejercida. La escasa doctrina portuguesa sobre arbitraje defiende así que es posible invocar en la acción ejecutiva los medios de oposición que podrían ser suscitados en una acción de anulación de la decisión arbitral. Es esa la opinión de Lima Pinheiro: “*Constituyen fundamentos de oposición a la ejecución los establecidos relativamente a aquellas sentencias judiciales pero, también, aquellos en que se puede basar la anulación de decisión judicial, al amparo del artículo 815 Código de Enjuiciamiento Civil*”⁽¹²⁾.

No obstante, y por lo contrario, consideramos que ésta posibilidad debe ser alejada, desde que evidentemente la

(11) Sentencias del Tribunal de la *Relação* de Oporto de 24/10/2002, de 26/10/2004 y de 21/06/2005 y del Supremo Tribunal de Justicia de 22/04/2004.

(12) DE LIMA PINHEIRO, Luis. *Arbitraje Transnacional – La determinación del Estatuto del Arbitraje*. Almeida. p. 177.

parte que no esté de acuerdo de la decisión esté en posición que le permita ejercitar el derecho de impugnar judicialmente la decisión arbitral, designadamente por haber sido notificado de la misma. La aplicación del régimen del CPC a los arbitrajes debe ser hecha *cun granum salis*.

Esta interpretación de que se discorde daría una doble posibilidad de contrariar la decisión tomada en sede de jurisdicción voluntaria querida por las dos partes, sin que nada lo justifique. La aplicación de las normas del CPC a los arbitrajes voluntarios debe ser hecho con adaptaciones, como es evidente. No obstante la letra de la ley (artículo 31 de la LAV) parece dar razón a la tesis opuesta a la nuestra.

Hasta a la Reforma de la acción ejecutiva de 2003, operada por el Decreto Ley 38/2003, de 08.03.2003, era necesario proceder a una verificación previa, por el tribunal, en cuanto a la exequibilidad del título ejecutivo (sentencia judicial o arbitral, además de otros títulos que también poseen eficacia ejecutiva. Sin embargo, desde aquella fecha que esa verificación es efectuada apenas por la secretaría judicial, lo que puede suscitar más fácilmente una situación en que se inicie un proceso de ejecución con base en título inadecuado para el efecto, o que necesite de un previo reconocimiento para ser exequible. Esta situación puede ser especialmente preocupante, por el hecho de la evolución de la acción ejecutiva no poder ser suspendida a no ser en condiciones especiales y en regla a través de una garantía o apenas después de pignoración de

bienes del ejecutado. A su vez, y como establece el artículo 49 del Código de Proceso Civil, las decisiones arbitrales extranjeras solo se tornan exequibles después de revistas y confirmadas –según los términos de los artículos 1094 y siguientes– por el tribunal portugués competente⁽¹³⁾. O sea, la fuerza ejecutiva de la decisión dependerá de la previa solicitud de un exequátur, sin la oposición de la cual la decisión no tendrá fuerza ejecutiva.

Como parte del Convenio de Nueva York, Portugal deberá reconocer la autoridad de una decisión arbitral pronunciada en territorio de otro Estado Contratante y concederle fuerza ejecutiva según las reglas aplicadas al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales nacionales concertadas con las reglas establecidas en el propio Convenio.

Se concluye así que, verdaderamente, en el caso de arbitraje con sede fuera de Portugal, la respectiva fuerza ejecutiva en Portugal no transcurre formalmente de la decisión arbitral, antes de la decisión confirmatoria de la ejecutoriedad de aquella decisión⁽¹⁴⁾.

5. DE LA RECURRIBILIDAD DE DECISIONES INTERLOCUTORIAS

El artículo 29, 1 de la LAV dice, expresamente que, “*si las partes no han renunciado a los recursos, de la decisión arbitral caben para el tribunal de la “relação” los mismos recursos que cabrían de la sentencia pronunciada por el tribunal de la comarca*”.

⁽¹³⁾ Según los términos del artículo 1095 del Código de Enjuiciamiento Civil Portugués, “para la revisión y confirmación es competente el Tribunal de la *Relação*”.

⁽¹⁴⁾ En este sentido, EURICO LOPES-CARDOSO. Manual de la Acción Ejecutiva. Almedina, 1996. p. 26.

Analizada la redacción de ésta disposición, constatamos que el legislador apenas utilizó las expresiones “decisión arbitral” y “sentencia”.

A su vez el artículo 21,4 de la LAV prevé que la “*decisión por la cual el tribunal arbitral se declara competente solo puede ser apreciada por el tribunal judicial después de pronunciada la decisión sobre el fondo de la causa*” y apenas según los términos antes expuestos (recurso, si admitido o acción de anulación).

No podemos, por eso, afirmar que cualquier decisión del tribunal arbitral pueda ser susceptible de recurso. Tal entendimiento desvirtuaría, inclusivamente, el fundamento y la razón de ser de éste tribunal.

Así, deberá concluirse que apenas las decisiones definitivas, y que juzguen de mérito o que de él decidan no conocer, poniendo fin al proceso, son recurribles.

Claro está que, a semejanza del régimen definido para los recursos en proceso civil y una vez que no existe cualquier disposición diversa en la LAV, en el caso de ser pronunciada una decisión interlocutoria en que haya una decisión de mérito

parcial es posible que sea intentado recurso o acción de anulación.

6. SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS: BRASIL⁽¹⁵⁾, ANGO-LA⁽¹⁶⁾, MOZAMBIQUE⁽¹⁷⁾ Y MACAO⁽¹⁸⁾

6.1. Del reconocimiento y ejecución de las decisiones arbitrales⁽¹⁹⁾

La Ley del Arbitraje brasileña es regulada según los términos de la Ley 9.307, de 23 de Septiembre de 1996.

A semejanza de lo que establece la Ley del Arbitraje Voluntario portuguesa, también la Ley del Arbitraje brasileña dispone, en su artículo 31, que “*la sentencia arbitral (nacional entiéndase) produce entre las partes y sus sucesores, los mismos efectos de la sentencia pronunciada por los órganos del Poder Judicial y, siendo condenatoria, constituye título ejecutivo*”.

Pero, relativamente a la decisión arbitral extranjera que, según los términos del artículo 34, es la decisión “que haya sido pronunciada fuera del territorio nacional”⁽²⁰⁾, su reconocimiento y ejecución

(15) Signatario del Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

(16) No es signatario del Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

(17) Signatario del Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales extranjeras.

(18) El 12/11/1999, Portugal notificó el Secretario General de las Naciones Unidas de la extensión a Macao del Convenio en los mismos términos en que ésta vigoraba en Portugal (confrontar Aviso 257/99 del MNE/MAEC de Portugal. Diário de la República –BOE portugués– 292, I Serie A, 17/12/1999. pp. 8996 - 8997), la notificación ha producido efectos a partir de 10/02/2000. Por otro lado, el 19/07/2005 China declaró que el Convenio de Nueva York sería aplicable a Macao (que se tornó una región administrativa de aquél país en Diciembre de 1999).

(19) Según la noticia de 20/05/2007 publicada por el periódico Estado de Sao Paulo, los tribunales brasileños anulan cerca de 42% de los arbitrajes que examinan. Los datos representan, de acuerdo con la noticia, una muestra representativa de 75% de los casos. La comunidad arbitral reunida en el Comité Brasileño de Arbitraje, contestó estos números que parecen excesivos. Pero, en todo caso, esta muestra expresa un motivo de preocupación.

(20) Que, por lo contrario, es definida tal como hace la Ley de Arbitraje Voluntario portuguesa en el artículo 37: “*la presente norma se aplica a los arbitrajes que tengan lugar en territorio nacional*” – siendo todos los otros considerados arbitrajes extranjeros.

en Brasil dependerá, de acuerdo con el artículo 35, de homologación del Superior Tribunal de Justicia.

Los requisitos para la homologación son los que figuran en el artículo 38 de la citada Ley, de un modo general, son equivalentes a los requisitos que figuran en el artículo V del Convenio de Nueva York. La ejecución de las decisiones arbitrales brasileñas (nacionales) producen, entre las partes y sus sucesores, los mismos efectos de la sentencia pronunciada por los órganos del Poder Judicial y, siendo condenatoria, constituye título ejecutivo.

Aparte el mencionado artículo 34 de la Ley del Arbitraje Brasileña, se dirá que la homologación por el Superior Tribunal de Justicia, exigida por el artículo 35, constituye un elemento previo para la ejecución de las decisiones arbitrales extranjeras y que sus requisitos constan en los artículos 483 y 484 del Código de Enjuiciamiento Civil brasileño.

Esencialmente, el Superior Tribunal de Justicia no homologará la decisión arbitral en el caso de ofensa a la soberanía nacional, al orden público y a las buenas costumbres.

La Ley sobre el Arbitraje Voluntario angoleña⁽²¹⁾ fue aprobada por la Ley 16/03, de 25 de Julio, y la Ley sobre Arbitraje Mozambiqueña⁽²²⁾ por la Ley 11/99, de 8 de Julio, siendo ambas leyes muy parecidas a la portuguesa, en sede de regulación del arbitraje.

Tanto en Angola como en Mozambique, el sistema de reconocimiento y eje-

cución es similar al sistema portugués, pero contiene algunos cambios que merecen un análisis más detallada.

A semejanza de ambas leyes jurídicas portuguesa y brasileña, también la Ley sobre Arbitraje de éstos dos países distingue entre arbitrajes nacionales (en el sentido en que hemos venido utilizando ésta expresión) e Internacionales, yendo más lejos de que la ley portuguesa en la definición de éstas últimas.

Cítese la disposición del artículo 40 de la Ley angoleña, en mucho idéntica al artículo 52 de la Ley mozambiqueña: “*se entiende por arbitraje internacional el que pone en juego intereses del comercio internacional, designadamente cuando: a) las partes en un Convenio de Arbitraje tengan, en el momento de la conclusión del Convenio, sus establecimientos en Estados diferentes; b) el local del arbitraje, el local de ejecución de una parte substancial de las obligaciones resultantes de la relación jurídica de que surja el conflicto o el local con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha se encuentra situado fuera del Estado del cual las partes tienen su establecimiento; c) las partes hayan pactado que el objeto del Convenio de Arbitraje tiene conexión con más de un Estado*”.

Relativamente a los efectos de la decisión arbitral nacional, la Ley angoleña, en el artículo 33, y la Ley mozambiqueña, en el artículo 43, disponen que la decisión arbitral produzca entre las partes los mismos efectos de las decisiones judiciales y, siendo condenatoria, tiene fuerza ejecutiva.

(21) El reconocimiento de sentencias arbitrales está contemplado en el Acuerdo Bilateral de Cooperación Jurídica y Judicial celebrado entre Portugal y Angola (firmado en 1995 y ratificado dos años más tarde).

(22) El reconocimiento de sentencias arbitrales está contemplado en el Acuerdo Bilateral de Cooperación Jurídica y Judicial celebrado entre Portugal y Mozambique (firmado en 1990 y ratificado el año siguiente).

En cuanto a la ejecución de las decisiones arbitrales –y aquí también siendo aplicable a las decisiones arbitrales extranjeras– establece el artículo 37 de la Ley angoleña que las partes deberán ejecutar la decisión tal como sea decidido por el Tribunal Arbitral (1) y que, no haciéndolo en el plazo de 30 días después de la notificación de la decisión, “pueda la parte interesada solicitar su ejecución forzosa ante el Tribunal Provincial, según los términos de la Ley del Enjuiciamiento Civil”.

Según los términos del artículo 38 el proceso de ejecución forzada sigue los términos del proceso sumario de ejecución, independientemente del valor de la causa.

En Mozambique, el artículo 49 establece, también, que la ejecución de la decisión arbitral es determinada por el propio Tribunal Arbitral y que apenas en el caso de así no suceder, deberá la parte interesada solicitar su ejecución forzosa que, a lo contrario de las leyes angoleñas, sigue, en este caso, la forma de proceso sumarísimo (que es la forma más simplificada de procedimiento judicial), independientemente del valor de la causa. En la Ley de Arbitraje mozambiqueña está, también, prevista la posibilidad de oposición a la ejecución, pero sobre el despacho que no admita la posibilidad de oposición no es admisible recurso (artículo 51).

La Ley de Arbitraje Voluntario del Territorio de Macao fue aprobada por el Decreto Ley 29/96/M, de 11 de junio. Complementariamente y en normativa legal autónoma, fue aprobado por el Decreto Ley 55/98/M, de 23 de noviembre, el Régimen específico para el Arbitraje Comercial Externo.

Este Régimen establece en el 4 del artículo 1 que: “*para efectos de la presente normativa legal, un arbitraje es externo cuando: a) Las partes en un Convenio de arbitraje tengan, en el momento de la celebración del mismo Convenio, su establecimiento en Estados o Territorios diferentes; b) Uno de los locales a continuación citados esté situado fuera del Estado o Territorio en el cual las partes tienen su establecimiento: i) El local de arbitraje, si éste está fijado en el Convenio de arbitraje o es determinable de acuerdo con éste; ii) Cualquier local donde deba ser ejecutada una parte sustancial de las obligaciones resultantes de la relación contractual o el local con el cual el objeto del litigio se parezca más estrechamente conexo; o c) Las partes pactaron expresamente que el objeto del convenio de arbitraje tiene conexiones con más de un Estado o Territorio*”.

En cuanto a la ejecución de las decisiones arbitrales nacionales, el Decreto Ley 29/96/M establece en el 2 del artículo 35 que “la decisión arbitral tiene la misma fuerza ejecutiva que las sentencias del Tribunal de Competencia Genérica”, pudiendo haber lugar la oposición a la ejecución, según los términos del artículo 36, con base en los mismos fundamentos de oposición a la ejecución establecidos en la Ley Procesal Civil de Macao.

El Régimen específico para el Arbitraje Comercial Externo, en el artículo 35, refiere que “*la decisión arbitral, independientemente del Estado o Territorio en el que haya sido pronunciada, es reconocida como teniendo fuerza obligatoria y, mediante solicitud dirigida por escrito al tribunal competente, debe ser ejecutada, sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo y en el artículo 36*”⁽²³⁾.

(23) Artículo que define los fundamentos de rechazo del reconocimiento o de la ejecución.

6.2. De las formalidades exigidas

El artículo 37 de la Ley brasileña establece que será la parte interesada en la ejecución de la decisión arbitral extranjera que tendrá que reunir todos los elementos considerados necesarios para que el reconocimiento y ejecución tengan lugar. Así, será ella quien deberá entregar, conjuntamente con la petición inicial, “I –el original de la sentencia arbitral o una copia debidamente certificada, autenticada por el Consulado Brasileño y acompañada de la traducción oficial”, y “II– el original del convenio de arbitraje o copia debidamente certificada, acompañada de la traducción oficial”.

En Angola la Ley sobre el Arbitraje Voluntario establece en el 2 del artículo 38 que la solicitud para la ejecución forzosa de la decisión arbitral deberá ser acompañada de la decisión arbitral, su rectificación o aclaración y del justificativo de la notificación y del depósito de la decisión.

No será necesario, así y aparentemente, adjuntar el Convenio de arbitraje, a lo contrario de lo que sucede en Portugal y en Brasil.

En Mozambique, a su vez, el artículo 50 determina que el pedido de ejecución forzosa deberá ser acompañado del convenio arbitral, de la decisión arbitral y del justificativo de la notificación a las partes y del depósito de la decisión.

En Macao, el 2, del artículo 35 del Régimen específico para el Arbitraje Comercial Externo establece que el pedido de ejecución de decisión arbitral extraje-

ra deberá ser acompañado del original de la decisión arbitral debidamente autenticado o una copia del mismo, así como del original del convenio de arbitraje o una copia del mismo.

6.3. De los medios de recurso

Según los términos del artículo 18 de la Ley brasileña, “*el árbitro es juez de hecho y de derecho, y la sentencia que pronuncie no está sujeta a recurso u homologación por el Poder Judicial*”.

No existe, así, y a lo contrario de lo que estableció en el dominio de la Ley de Arbitraje Voluntario Portuguesa, un régimen suplementar de recurribilidad de las decisiones arbitrales nacionales (en Brasil) por remisión para el régimen procesal civil. “*El sistema de instancia única, adoptado (...) no hiere cualquier principio constitucional y ya era admitido por el Código de Enjuiciamiento Civil (en la parte dedicada al juicio arbitral), de forma indirecta, vía imposición de multa al recurrente*”⁽²⁴⁾.

Sin embargo, siempre será posible utilizar otro mecanismo, en la impugnación de las decisiones arbitrales, contemplado en el artículo 33 - la acción de nulidad.

La acción de nulidad sigue los términos del Código de Enjuiciamiento Civil Brasileño y será propuesta hasta 90 días después de “haber recibido la notificación de la sentencia arbitral o su aplazamiento”.

Constituyen fundamentos para la argumentación de la nulidad los que cons-

(24) ILDEFONSO BECATTINI, Juliana. *El Arbitraje y el Poder Judicial – De la Intervención del Tribunal Judicial en el proceso Arbitral en Brasil* –. Tesis de Master. Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, 2003. p. 224.

tan en el artículo 32. “Será nula la sentencia arbitral si: I – es nulo el compromiso; II – procedió de quien no podía ser árbitro; III – no contiene los requisitos del artículo 26 de ésta Ley (informe, fundamento, fecha y lugar de la decisión); IV – si fue pronunciada fuera de los límites del convenio de arbitraje; V – no decide todo el litigio sometido al arbitraje; VI – comprobado que fue pronunciada con prevaricación, concusión o corrupción pasiva; VII – pronunciada fuera de plazo (...); VIII – no haber sido respectados los principios de que trata el artículo 21, parágrafo 2, de ésta Ley”⁽²⁵⁾.

En Angola, el artículo 36 de la Ley 16/2003 establece un régimen de interposición de recursos muy semejante al que existe en Portugal, siendo, desde luego, admisible recurrir de las decisiones arbitrales nacionales, “en los mismos términos que cabrían si la sentencia fuese pronunciada por el Tribunal Provincial”, estando también establecido que habrá lugar a renuncia a los recursos siempre que las partes permitan que el Tribunal Arbitral juzgue según la equidad (2).

Ya la decisión arbitral internacional es considerada irrecurrible, al amparo del artículo 44, excepto si las partes han pactado lo contrario.


La Ley Mozambiqueña, permite apenas, en el artículo 44, un tipo de recursos – recurso de anulación – siendo sus fundamentos establecidos en el cuerpo del artículo, pero añadiendo, en el artículo 47, que “el derecho de recurso de la decisión de los árbitros será irrenunciable”.

No hay nada dispuesto en cuanto a la posibilidad o imposibilidad de recurso de la decisión arbitral internacional, por lo que, en la medida de la remisión establecida en el artículo 53 para el régimen del arbitraje nacional, deberá entenderse como posible recurrir de la decisión pero apenas a través del recurso de anulación.

En Macao, la Ley de Arbitraje Voluntario permite que las partes puedan, en el propio convenio de arbitraje o a través de acuerdo escrito posterior, crear una instancia arbitral de recurso (confrontar 1, del artículo 34), disponiendo, también, que cabe recurso de la decisión arbitral, a interponer para el Tribunal Superior de Justicia, aplicándose en su tramitación, las correspondientes normas de la Ley del Enjuiciamiento Civil (2).

Al amparo del 3, de aquella normativa, la facultad atribuida a los árbitros de juzgar según la equidad determina la insusceptibilidad de recurso de la decisión.

Según los términos del artículo 38, caso las partes no hayan pactado la posibilidad de impugnación por recurso de la decisión arbitral, puede ser el Tribunal de Competencia Genérica a proceder a esa anulación, desde que cumplidos los requisitos impuestos por esa disposición y de acuerdo con los fundamentos de anulación del artículo 37.

El Régimen específico para el Arbitraje Comercial Externo, a su vez, ordena que la impugnación judicial de la decisión arbitral solo pueda revestir la forma de acción de anulación (artículo 34,1). 

⁽²⁵⁾ Artículo 21, parágrafo 2. “serán, siempre, respectados en el procedimiento arbitral los principios del contradictorio, de la igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro y de su libre convencimiento”.

A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE E O DIREITO INTERNO PORTUGUÊS

Por: NUNO SALAZAR CASANOVA (*)

SUMARIO: 1. *Introdução.* 2. *Capacidade das partes.* 3. *Da força obrigatória da sentença.* 4. *Da arbitrabilidade do litígio.* 5. *Ordem Pública Internacional.* 6. *Princípio da aplicação da norma mais favorável.* 6.1. *Validade da convenção arbitral, da capacidade das partes e da competência do tribunal.* 6.2. *Garantias de defesa no processo arbitral.* 6.3. *Arbitrabilidade do litígio.* 7. *Conclusão.*

1. INTRODUÇÃO

Em 18 de Outubro de 1994, e na sequência da sua aprovação, para ratificação, efectuada através da Resolução da Assembleia da República número 37/94, de 10 de Março, e posterior ratificação, através de Decreto do Presidente da República número 52/94⁽¹⁾, de 8 de Julho, Portugal aderiu –através do depósito do respectivo instrumento– à Convenção de

Nova Iorque, de 10 de Junho de 1958, sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (“a Convenção”).

A Convenção de Nova Iorque, designadamente no seu artigo V, estabelece quais os únicos fundamentos que podem ser opostos pelos Estados contratantes ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais proferidas noutros Estados⁽²⁾.

(*) Abogado de Uría Menéndez, Lisboa.

(1) Ambos publicados no Diário da República. Número 156, Série I-A, de 8 de Julho de 1994. pp. 3642 - 3647.

(2) Nos termos do número 1 do artigo I da Convenção, esta aplica-se ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais proferidas noutros Estados, mesmo que não contratante, salvo se –nos termos do número 3 do mesmo artigo– o Estado que aderir declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução apenas das sentenças proferidas no território de um outro Estado contratante. Portugal opôs esta reserva. Por outro lado, a Convenção aplica-se a sentenças proferidas no território de um Estado que não aquele em que são pedidos o reconhecimento e a execução das sentenças, ainda neste a mesma seja considerada uma sentença nacional. A Convenção aplica-se ainda a sentenças proferidas no território do Estado Contratante onde se pretende reconhecer ou executar a sentença, desde que esse Estado

Poderá assim parecer, numa primeira abordagem, que o Direito interno dos Estados contratantes se torna irrelevante para efeitos de aferir da existência de fundamentos substantivos para a recusa do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais proferidas em outros Estados contratantes, embora seja a lei interna que determine a tramitação e demais normas adjetivas do respectivo processo⁽³⁾.

Porém, em diversas situações, o Direito interno do Estado contratante onde se pretende reconhecer ou executar uma sentença arbitral, assume particular relevo, conforme se verá.

2. CAPACIDADE DAS PARTES

Desde logo, a alínea a) do artigo V da Convenção estabelece que um Estado contratante pode recusar o reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral, caso seja fornecida prova da incapacidade das partes outorgantes da convenção arbitral, nos termos da lei que lhes é aplicável, ou da invalidade da referida convenção ao abrigo da lei a que as partes a sujeitaram ou, no caso de omissão quanto

à lei aplicável, ao abrigo da lei do país em que for proferida a sentença.

Assim, embora proferida noutro Estado contratante, a lei aplicável à convenção arbitral pode ser a lei do Estado onde se pretende reconhecer o executar a decisão (quer por ter sido a lei designada pelas partes, quer por decorrer das normas de Direito Internacional Privado).

Caso as partes tenham sujeitado a convenção arbitral ou o litígio à lei do Estado contratante onde posteriormente venham a invocar para reconhecimento ou execução, dificilmente poderão desconhecer a relevância do direito interno desse Estado, designadamente para efeitos de incapacidade ou invalidade da Convenção (al. a) do artigo V).

Poderá, outrossim, constituir uma surpresa para as partes a lei aplicável à capacidade das partes, já que esta - para efeitos de recusa com base na incapacidade das partes - será dirimida em função das normas de direito internacional privado do Estado contratante onde se venha a invocar a sentença arbitral, independentemente de qual a lei designada pelas partes.

as não considere uma sentença nacional. O critério do lugar em que é proferida a arbitragem é, por isso, preponderante, mas deve ser cuidadosamente interpretado. Com efeito, levado ao extremo, o reconhecimento de uma sentença arbitral entre dois nacionais de um Estado Contratante, organizado de acordo com a leis daquele Estado, cujo o processo ali decorreu, mas cuja sentença foi proferida -até por motivos de oportunidade- noutro Estado Contratante, beneficiaria das normas previstas na Convenção. Isto permitiria, *ab absurdo*, que os árbitros determinassem se a Convenção era ou não aplicável, conforme escolhessem o lugar onde proferir a sentença. O lugar da arbitragem deve, contudo, entender-se como o local onde a decisão se considera proferida, sendo este o local designado pelas partes ou escolhido pelos árbitros (neste sentido CRAIG, PARK e PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 2da. Edição. Nova Iorque, Londres e Roma, 1990. p. 457. "A elaboração de decisão noutro lugar, devido a circunstâncias acidentais, não pode, em princípio, ser relevante" (LIMA PINHEIRO. *Arbitragem Transnacional*, 2005. p. 295).

(3) Sendo embora o Direito interno dos Estados Contratantes a determinar o processo de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais proferidas noutros Estados Contratantes, a Convenção estabelece que não serão aplicadas quaisquer condições sensivelmente mais rigorosas, nem custas sensivelmente mais elevadas, do que aquelas que são aplicadas para o reconhecimento ou a execução das sentenças arbitrais nacionais.

No que toca à capacidade das partes, assume aliás particular importância a idade estabelecida pelos diversos Estados contratantes quanto à maioria. Em Portugal, por regra, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos⁽⁴⁾, sendo a maioria atingida aos 18 anos.

De acordo com a norma de conflitos adoptada pela Lei Portuguesa, e salvo algumas restrições, a capacidade das pessoas singulares é regulada pela lei pessoal dos respectivos sujeitos⁽⁵⁾. Significa isto que, v.g., a execução de uma sentença arbitral, que condene um cidadão Português menor de 18 anos no âmbito de uma acção de responsabilidade civil extracontratual, poderá vir a ser recusada com fundamento na incapacidade do menor, ainda que, de acordo com a lei aplicável ao litígio, designada pelas partes ou onde foi proferida a sentença, a maioria se atinja ao dezanove anos.

Sendo certo que a convenção de arbitragem celebrada por menores será seguramente uma situação incomum, o mes-

mo não se dirá de convenções de arbitragem celebradas por pessoas colectivas, nomeadamente sociedades comerciais, onde se possam suscitar problemas de incapacidade ao abrigo da Lei Portuguesa⁽⁶⁾. Embora a capacidade das pessoas colectivas não se confunda com a respectiva forma de obrigar, i.e., vinculação da sociedade pelos actos dos seus representantes, o artigo V da Convenção tem sido interpretado extensivamente, no sentido de que a incapacidade ali referida incluiu a ausência de poderes de representação⁽⁷⁾, a incapacidade de demandar e ser demandado e a invalidade da procuração forense.

Não obstante, a solução consagrada na Lei Portuguesa protege claramente os terceiros contratantes, uma vez que estabelece que os actos praticados pelos gerentes e administradores, em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para com terceiros, não obstante as limitações constantes do contrato de sociedade ou resultantes de deliberações dos accionistas, mesmo que tais limitações estejam publicadas⁽⁸⁾.

(4) Os menores, porém, adquirem plena capacidade para o exercício de direitos com a emancipação, adquirida pelo casamento (artigo 132 e 133 do Código Civil Português), o que podem celebrar a partir dos dezanove anos (al. a) do artigo 1601 do Código Civil Português). Nos termos do disposto no artigo 127. Número 1, al. a) do Código Civil Português, são ainda válidos os actos de administração ou disposição de bens que o maior de dezanove anos haja adquirido por seu trabalho. Assim, é defensável a validade da convenção de arbitragem celebrada por menor com mais de dezanove anos relativa a bens que adquiriu por seu trabalho.

(5) Nos termos do disposto nos artigos 25 e 28 do Código Civil.

(6) De acordo com o Direito interno Português, a capacidade da pessoa colectiva é regulada pela respectiva lei pessoal, que por sua vez é a do Estado onde se encontra situada a sede principal e efectiva da sua administração (artigo 33 do Código Civil Português). A lei pessoal e capacidade das sociedades comerciais estão previstas nos artigos 3 e 6 do Código das Sociedades Comerciais.

(7) FOUCARD, GAILLARD e GOLDMAN. *On: International Commercial Arbitration*. Holanda, 1999. p. 242, 984.

(8) Artigos 260. Número 1 e 409. Número 1 do Código das Sociedades Comercial Português. Contudo, a sociedade pode, no entanto, opor a terceiros as limitações de poderes resultantes do seu objecto social, se provar que o terceiro sabia ou não podia ignorar, tendo em conta as circunstâncias que o acto praticado não respeitava essa cláusula e se, entretanto, a sociedade o não assumiu, por deliberação expressa ou tácita dos sócios/accionistas (Número 2 dos artigos 26 e 409). Não nos parece, porém, que a celebração de uma convenção de arbitragem, como acto de administração ordinário, possa bulir com o objecto social de uma sociedade comercial.

3. DA FORÇA OBRIGATÓRIA DA SENTENÇA

Nos termos da alínea e) do artigo V da Convenção, um Estado contratante pode recusar o reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral, caso seja fornecida prova de que a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes, foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país em que, ou segundo a lei do qual, a sentença foi proferida.

Sendo a sentença proferida no Estado contratante onde se pretende reconhecer ou executá-la, a Convenção não é aplicável segundo o seu artigo I, nos termos já expostos, salvo se aquele Estado a não considerar uma sentença nacional (*vide* número 1 do artigo I da Convenção, *in fine*). Um Estado poderá não considerar nacional uma sentença arbitral proferida em seu território quando a legislação desse Estado permita que as partes apliquem uma lei de arbitragem estrangeira a um processo arbitral a ter lugar naquele Estado⁽⁹⁾. Tal não é, porém, o caso de Portu-

gal, já que a Lei de Arbitragem Portuguesa, Lei da Arbitragem Voluntária⁽¹⁰⁾ estabelece que aquele diploma se aplica às arbitragens que tenham lugar em território nacional (artigo 37). Deste modo, se a arbitragem tiver lugar num país estrangeiro que aceite submetê-la à Lei de Arbitragem Portuguesa, os Tribunais Portugueses consideram-se, não obstante, incompetentes para a respectiva acção de anulação⁽¹¹⁾, podendo inclusivamente surgir um conflito negativo de competência.

Se, porém, a sentença arbitral foi proferida noutro Estado, Portugal recusará a sua execução se a mesma não se tiver tornado obrigatória para as partes. Nos termos do Código de Processo Civil Português, é fundamento para a impugnação da revisão e confirmação de sentenças arbitrais estrangeiras o facto de a sentença não ter transitado em julgado segundo a lei do país em que foi proferida (al. b) do artigo 1096). Assim, estando pendente recurso no país de origem, com ou sem efeito suspensivo, a sentença arbitral estrangeira não será reconhecida⁽¹²⁾. A definição de

⁽⁹⁾ VAN DEN BERG. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Deventer: Reimpressão, 1994. p. 23.

⁽¹⁰⁾ Lei número 31/86, de 29 de Agosto, publicada no Diário da República número 198, Série I-A, de 29 de Agosto de 1994 (páginas 2259 a 2264), com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei número 38/2003, de 8 de março.

⁽¹¹⁾ Os tribunais portugueses não deixarão de se considerar competentes para a acção de anulação, ainda que as Partes tenham estabelecido a sede de arbitragem noutro país, caso a arbitragem tenha natureza puramente interna, i.e., quando não existam qualquer elementos de "internacionalidade" do litígio. O elemento de "internacionalidade" tem sido discutido a propósito do artigo II, número 3, da Convenção (confrontar VAN DEN BERG. *Op. cit.* p. 58). No mesmo sentido, LIMA PINHEIRO. *Op. cit.* p. 365, estabelecendo um paralelo com o instituto da fraude à lei em Direito Internacional Privado. Nos termos do disposto no artigo 1096 do Código de Processo Civil português, é aliás fundamento de impugnação da revisão e confirmação de sentenças estrangeiras (judiciais ou arbitrais) a sentença que provenha de tribunal estrangeiro cuja competência tenha sido provocada em fraude à lei (al. c). Paralelamente no que toca ao direito aplicável ao mérito das causas, note-se ainda que 41 do Código Civil português (lei aplicável aos negócios jurídicos) não permite que os sujeitos possam designar uma lei estrangeira para regular o negócio jurídico celebrado se essa designação não corresponder a um interesse sério dos contratantes nem estiver em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do direito internacional privado.

⁽¹²⁾ Este é um dos pontos em que diverge a execução de sentenças nacionais e a execução de sentenças estrangeiras. Segundo o artigo 47 do Código Civil português (aplicável a sentenças nacionais), a sentença

trânsito em julgado dependerá, no entanto, da lei do país de origem. Desse modo, a pendência de uma acção de anulação no país de origem pode não obstar ao trânsito em julgado dessa decisão, nomeadamente para os países que consagrem, como Portugal, a dupla via de reacção recurso/acção de anulação, em que o recurso obsta ao trânsito em julgado da decisão recorrida, e a acção de anulação não.

Claro que, anulada ou suspensa a sentença arbitral pelos tribunais do país de origem, a sentença estrangeira não deve ser revista e confirmada em Portugal, na medida em que a sentença judicial de anulação ou suspensão for ela própria reconhecida em Portugal, após ser revista e confirmada. Não se tratariam de decisões contraditórias sobre a mesma pretensão⁽¹³⁾, porquanto o objecto da acção de anulação não é o mesmo da sentença arbitral; pelo contrário, o objecto da acção de anulação é a própria validade da decisão arbitral. De outro modo, a sentença de anulação ou suspensão não seria verdadeiramente eficaz em Portugal.⁽¹⁴⁾

4. DA ARBITRABILIDADE DO LITÍGIO

Nos termos do número 2 do artigo V da Convenção, poderão igualmente ser recusados o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral se a autoridade

competente do país em que o reconhecimento e a execução foram pedidos constatar que, de acordo com a lei desse país, o objecto de litígio não é susceptível de ser resolvido por via arbitral ou que o reconhecimento ou a execução da sentença são contrários à ordem pública desse país.

Estes dois fundamentos diferem dos restantes supra mencionados, desde logo por serem os únicos que podem ser conhecidos *ex officio* pelo Estado onde se pretende reconhecer ou executar a sentença arbitral. Todos os restantes fundamentos terão de ser invocados pela parte contra a qual for invocada a sentença.

O direito interno do Estado onde se pretende reconhecer e executar a sentença arbitral é, portanto, igualmente relevante no que toca à arbitrabilidade do litígio.

A Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa estabelece que apenas são arbitráveis os litígios respeitantes a direitos disponíveis (artigo 1, número 1). Esta norma é coerente com o disposto no Código Civil e no Código de Processo Civil português relativamente à confissão e transacção, os quais não podem ter lugar quanto a direitos de que as partes não podem dispor (confrontar artigo 353 e 1249 do Código Civil e artigo 299 do Código de Processo Civil).

O critério da disponibilidade, seguido por diversas legislações, não se con-

só constitui título executivo depois do trânsito em julgado, salvo se o recurso contra ela interposto tiver efeito meramente devolutivo. Esta excepção, prevista no final do número 1 do artigo 47, não tem paralelo no artigo 1096, aplicável a sentenças estrangeiras. Para que a sentença estrangeira seja executável em Portugal, a mesma terá de ter transitado em julgado segundo a lei do país de origem, mesmo que o recurso interposto segundo aquela lei tenha efeito meramente devolutivo.

(13) Contradição que, nos termos da Lei interna Portuguesa, seria dirimida a favor da que transitasse em julgado em primeiro lugar (artigo 675 do Código de Processo Civil Português).

(14) Parece-nos, também, que o Direito Interno Português não reconhece as designadas sentenças "a-nacionais", i.e., sentenças desligadas de qualquer ordem jurídica estadual.

funde com o da patrimonialidade. Nem todos os direitos de natureza patrimonial são disponíveis. Assim, por exemplo, nos termos do Código do Trabalho português, o trabalhador não pode renunciar aos créditos provenientes do direito à indemnização por acidente de trabalho (artigo 302). Por outro lado, nem todos os direitos disponíveis têm natureza patrimonial. De acordo com o artigo 79 do Código Civil português, pode-se dispor do respectivo direito à imagem.

No que toca à arbitragem com o Estado ou outras entidades públicas portuguesas, a Lei de Arbitragem Voluntária estabelece que o Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizadas por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado (número 4 do artigo 1). Desse modo, quando o litígio respeita a direito civil/privado (nomeadamente quando se tratam de actos de gestão privada), não existem restrições específicas à arbitragem com o Estado ou outras pessoas colectivas de direito público. Quanto a litígios relativos a normas de direito público, o actual Código de Processo nos Tribunais Administrativos estabelece que, sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução, questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efectivação do direito de regresso e questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade (artigo 180).

5. ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

Como se disse, nos termos da Convenção é igualmente fundamento de recusa de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral se a autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução foram pedidos constatar que o reconhecimento ou a execução da sentença são contrários à ordem pública desse país.

Trata-se de um fundamento tradicional de recusa de execução de sentenças estrangeiras, aliás um dos poucos admitidos pelo Regulamento (CE) 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial na Comunidade Europeia (artigo 34, número 1 e 45).

Embora a Convenção não distinga ordem pública interna de ordem pública internacional, tem-se entendido a referência à ordem pública na Convenção como relativa à ordem pública internacional do Estado onde se pretende reconhecer ou executar a decisão arbitral⁽¹⁵⁾. O artigo 1096 do Código de Processo Civil Português refere expressamente que é fundamento de recusa de revisão e confirmação de sentenças estrangeiras, aquela que contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português (a. f). A revisão, portanto, não é de mérito, “já que o tribunal do reconhecimento não pode sindicar a aplicação do direito ou reapreciar a matéria de facto, mas limitar-se a declarar a impossibilidade de

⁽¹⁵⁾ VAN DEN BERG. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Deventer: Reimpressão, 1994. p. 361.

reconhecimento com fundamento em contrariedade da decisão aos seus princípios fundamentais”⁽¹⁶⁾. Para a verificação do requisito exigido pela al. f) do artigo 1096 do Código de Processo Civil português, há apenas que atender à decisão em si e não nos respectivos fundamentos⁽¹⁷⁾.

E, nos termos da lei Portuguesa, tal desconformidade terá de ser manifesta, quando “da sua aplicação surja uma lesão enorme, insuportável ao mais profundo sentimento ético-jurídico do sistema português, como sistema de norma essenciais”⁽¹⁸⁾.

6. PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

O direito interno do Estado onde se pretende reconhecer ou executar uma sentença arbitral estrangeira ao abrigo da Convenção é ainda substancialmente relevante, não apenas pelas remissões expressas e já referidas feitas na Convenção, mas porquanto a Convenção estabelece no seu artigo VII que as suas disposições não prejudicam a validade dos acordos multilaterais ou bilaterais celebrados pelos Estados contratantes em matéria de reconhecimento e de execução de sentenças arbitrais, nem prejudicam o direito de invocar a sentença arbitral que qualquer das partes interessadas possa ter nos termos da lei ou dos tratados do país em que for invocada.

Isto é, segundo a Convenção, os Estados contratantes apenas podem recusar o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais com os fundamentos ali previstos, mas não poderão invocar aqueles fundamentos de recusa quando, de acordo com o seu direito interno ou outros tratados aplicáveis, o não pudessem fazer. A Convenção é o denominador comum mais pequeno mas, ao mesmo tempo, não queria que isso fosse um passo atrás para os Estados cujo direito era mais favorável que a própria convenção⁽¹⁹⁾.

Assim, o direito interno dos Estados contratantes pode revelar-se essencial na determinação da existência de fundamentos de recusa do reconhecimento ou execução de sentenças arbitrais estrangeiras, porquanto pode suceder que, nos termos do artigo V da Convenção a sentença arbitral possa ser recusada, mas nos termos do direito interno do Estado contratante não. Nesses casos, e como decorrência do princípio da aplicação da lei mais favorável vertido no artigo VII da Convenção, a sentença arbitral não pode ser recusada.

Vejamos, então, se à luz do direito interno português existem normas mais favoráveis ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras do que as previstas na Convenção, tendo também em atenção que Portugal aderiu à Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Intenacional, aberta à

⁽¹⁶⁾ COSTA E SILVA, Paula. *A Execução em Portugal de Decisões Arbitrais Nacionais e Estrangeiras*. En: *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 67, Setembro 2007. p. 654.

⁽¹⁷⁾ Neste sentido, recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03-07-2008, proc. 08B1733, disponível em www.dgsi.pt.

⁽¹⁸⁾ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/10/2004, proc. 0454490, disponível em www.dgsi.pt

⁽¹⁹⁾ DERAIS, Yves. *El principio de aplicación de la norma más favorable y su impacto en el desarrollo del arbitraje internacional*, comunicação feita no III Congresso Internacional de Arbitragem do Club Español del Arbitraje. Disponível em <http://www.clubarbitraje.com/files/docs/Y.Derains.pdf>.

assinatura no Panamá em 30 de Janeiro de 1975⁽²⁰⁾.

6.1. Validade da convenção arbitral, da capacidade das partes e da competência do tribunal

A Convenção estabelece, no seu artigo 1, número 1, que cada Estado Contratante reconhece a convenção escrita pela qual as partes se comprometem a submeter a uma arbitragem todos os litígios ou alguns deles que surjam ou possam surgir entre elas relativamente a uma determinada relação de direito, contratual ou não contratual, respeitante a uma questão susceptível de ser resolvida por via arbitral, sendo que se entende por convenção escrita uma cláusula compromissória inserida num contrato, ou num compromisso, assinado pelas partes ou inserido numa troca de cartas ou telegramas.

Sendo certo que a referência a carta e telegramas deve ser interpretada por forma a incluir outros meios de comunicação escrita, nomeadamente inexistentes à data da Convenção (caso das comunicações electrónicas), a Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa, não só expressamente admite a convenção de arbitragem constante de trocas de cartas, telex, telegramas ou outros meios de telecomunicação⁽²¹⁾ de que fique prova escrita, como também admite a convenção de arbitragem quando embora ela não conste directamente daquelas comunicações, des-

tas conste remissão para algum documento em que a convenção de arbitragem esteja contida (artigo 2, número 2).

Por outro lado, a Lei de Arbitragem Voluntária apenas admite que a sentença arbitral nacional seja impugnada com fundamento na incompetência do tribunal, quando a parte não pôde invocar oportunamente no decurso da arbitragem (artigo 27, número 2), restrição essa que não encontra paralelo na Convenção. E no que toca a sentenças arbitrais estrangeiras, o direito interno português é ainda mais permissivo, porquanto apenas admite que a sentença estrangeira seja recusada quando a competência do tribunal estrangeiro tenha sido provocada em fraude à lei (artigo 1096, al. c). Deste modo, e salvo o caso de fraude à lei, os tribunais portugueses não poderiam recusar a execução de uma sentença arbitral estrangeira pelo simples facto de a convenção arbitral não estar reduzida a escrito nem constar de comunicações de que fique prova escrita, porquanto admitir-se a convenção arbitral não reduzida a escrito⁽²²⁾ não fere com a ordem pública internacional do Estado Português. Se tal requisito de forma, contudo, fosse exigível pela lei aplicável à convenção de arbitragem, restaria à parte interessada recorrer ou intentar a competente acção de anulação no país de origem.

Também a capacidade das partes não consta como fundamento autónomo de impugnação de decisão arbitral estrangei-

⁽²⁰⁾ Aprovada, para ratificação, através da Resolução da Assembleia da República. Número 23/2002, de 20 de Dezembro de 2001, e posterior ratificação, através de Decreto do Presidente da República. Número 21/2002, de 13 de Março.

⁽²¹⁾ A Convenção Interamericana admite apenas a convenção de arbitragem quando conste de documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex.

⁽²²⁾ Como, por exemplo, prevê a Convenção de Genebra de 1961.

ra, embora se possa reconduzir à incompetência do tribunal arbitral. No entanto, a decisão sobre pessoa incapaz, por menoridade, anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, já poderá –em certos casos– bulir com os princípios da ordem pública internacional.

A Convenção determina ainda, na primeira parte do número 3 do artigo V, que é fundamento de recusa a sentença que diz respeito a um litígio que não foi objecto nem da convenção escrita nem da cláusula compromissória, ou que extravasa os seus termos. Também, quanto a este fundamento, vale a regra do direito interno português relativa à incompetência do tribunal arbitral. No entanto, entendemos que a menção, no artigo 1096 do Código de Processo Civil português, à competência do tribunal provocada por fraude à lei terá necessariamente de incluir os casos em que o litígio puro e simplesmente não foi objecto de convenção arbitral, independentemente da sua forma.

Mas note-se que a decisão que extravasa os termos da convenção de arbitragem não se confunde com as decisões *ultra petita*. Nas decisões *ultra petita*, o que está em causa é a desconformidade (em excesso) entre o pedido e a condenação, ao passo que no caso da sentença que extravasa os termos da convenção de arbitragem, poderá estar em causa apenas a incompetência parcial do tribunal. A decisão *ultra petita* não é fundamento de recusa de reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira ao abrigo do direito português.

6.2. Garantias de defesa no processo arbitral

A Convenção estabelece que é motivo de recusa da sentença arbitral quando

a parte contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada quer da designação do árbitro quer do processo de arbitragem, ou de que lhe foi impossível, por outro motivo, deduzir a sua contestação.

O direito interno português apenas admite a recusa da revisão e confirmação de sentença arbitral estrangeira, com base na violação das garantias de defesa do Réu, quando este não tenha sido regularmente citado para a acção, nos termos da lei do país do tribunal de origem, ou quando no processo não hajam sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes (artigo 1096, al. e) do Código de Processo Civil português). Aparentemente, os casos previstos na Convenção estarão sempre incluídos neste preceito da legislação portuguesa.

6.3. Arbitrabilidade do litígio

A não arbitrabilidade do litígio reconduz-se também à incompetência do tribunal. No entanto, como se viu supra, a incompetência do tribunal arbitral estrangeiro apenas é fundamento de recusa se a mesma tiver sido provocada em fraude à lei. Salvo os casos já referidos em que falece o elemento de internacionalidade, a não arbitrabilidade do litígio nos termos da lei Portuguesa não importa, por regra, a incompetência do tribunal arbitral.

O problema colocar-se-á, com mais acuidade, porquanto a decisão sobre direitos indisponíveis pode consubstanciar uma violação da ordem pública internacional do Estado Português.

No entanto, por um lado, a violação da ordem pública internacional tem de ser manifesta, ostensiva, intolerável, insupor-

tável. Por outro, as normas imperativas do Direito Interno Português não coincidem com os princípios da ordem pública internacional. Pelo contrário, apenas um núcleo restrito de normas imperativas da legislação Portuguesa pode ser reconduzido aos princípios da ordem pública internacional do Estado Português⁽²³⁾.

Por último, importa realçar que, nos termos do número 2 do artigo 1100 do Código Civil Português, se a sentença tiver sido proferida contra pessoa singular ou colectiva de nacionalidade portuguesa, a impugnação pode ainda fundar-se em que o resultado da acção lhe teria sido mais favorável se o tribunal estrangeiro tivesse aplicado o direito material português, quando por este devesse ser resolvida a questão segundo as normas de conflitos da lei portuguesa.

Esta norma, não tendo paralelo na Convenção, será aparentemente irrelevante para efeitos de reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral estrangeira proferida num Estado contratante. No entanto, a mesma pode ser invocada quando a sentença for proferida contra pessoa singular ou colectiva de nacionalidade portuguesa relativamente a direitos indisponíveis. Quando a Lei portuguesa aplicável segundo as respectivas normas de conflitos for imperativa e mais favorável ao cidadão português, os tribunais portugueses poderão recusar a sentença arbitral estrangeira à luz das disposições conjugadas do artigo V, número 2, al. a) da Convenção, e 1100, número 2 do Código de Processo Civil português.

7. CONCLUSÃO

O Direito interno dos Estados contratantes em que se pretende reconhecer ou executar uma decisão arbitral proferida no território de outro Estado Contratante ainda assume um papel relevante nos termos da Convenção de Nova Iorque, de 10 de Junho de 1958, quer porque tal Direito Interno poderá ser invocado para obstar ao reconhecimento ou execução da decisão arbitral - designadamente com fundamento na incapacidade das partes, na não arbitralidade do litígio ou nos princípios da ordem pública internacional), quer porque aquele Direito Interno pode ser invocado precisamente a favor do reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral que, segundo o artigo V da Convenção de Nova Iorque, poderia ser recusada.


Os requisitos na lei interna Portuguesa para a revisão e confirmação de sentença arbitrais estrangeiras são precisamente os mesmos para as sentenças judiciais estrangeiras. Os fundamentos de recusa de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras são poucos e apertados. O Direito Interno Português é, assim, altamente favorável à arbitragem estrangeira, tendo por isso substancial relevância no momento de reconhecer e executar uma decisão arbitral estrangeira em Portugal ao abrigo da Convenção de Nova Iorque.

A nosso ver, o Direito Interno Português –no que toca ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras– poderá, até, pecar por demasiado per-

⁽²³⁾ “Não é princípio fundamental de ordem pública o preceito relativo a direitos indisponíveis” (Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 12/12/1980. In: Colectânea de Jurisprudência, 1980. p. 5 - 36). São muitos os exemplos na jurisprudência Portuguesa de casos em que os tribunais Portugueses reconhecem decisões estrangeiras, ainda que em violação de normas imperativas internas.

missivo. Nos casos de decisões arbitrais proferidas no território de Estados Contratantes que as considerem decisões “anacionais”, a parte vencida poderá nunca ter a oportunidade de invocar alguns dos fundamentos típicos de anulação de decisões arbitrais, designadamente a própria arbitrabilidade do litígio ao abrigo da lei designada pelas partes aplicável à convenção. Por um lado, os tribunais do país de origem recusam-se a julgar a validade da decisão arbitral em acção de anulação por a considerarem desligada da sua ordem jurídica estadual. Por outro lado, os tribunais do país da execução, a serem

portugueses, podem por sua vez recusar-se a apreciar a questão da arbitrabilidade do litígio, que não no estrito âmbito da incompetência do tribunal provocada por fraude à lei ou da violação da ordem pública internacional do Estado Português.

Se o futuro da arbitragem internacional passa pela desconexão da arbitragem com o a ordem jurídica do Estado em que é proferida a decisão arbitral, os fundamentos de recusa do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras do direito interno português devem ser revistos. 

VENEZUELA

ANOTACIONES HISTÓRICAS Y PROCEDIMENTALES DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN VENEZUELA

Por: CARLOS LEPERVANCHE MICHELENA (*)

SUMARIO: 1. *Evolución del sistema de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en Venezuela.* 2. *La Convención de Nueva York en el ámbito del Derecho venezolano.* 2.1. *Su historia legislativa.* 2.2. *Procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.*

Para cuando el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas reunido el 3 de mayo de 1956 (mediante resolución 604 en su XXI período de sesiones) decidió convocar a una conferencia de plenipotenciarios para concretar una convención sobre el “reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras”; e igualmente estudiar otras medidas destinadas a acrecentar la eficacia del arbitraje a fin de darle solución a las controversias de derecho privado, transcurrían en Venezuela tiempos del penúltimo dictador de nuestra era moderna, general Marcos Pérez Jiménez. La situación política se mantenía para las sesiones transcurridas del 20 de mayo al 10 de junio de 1958

cuando se concretó definitivamente “la convención sobre el reconocimiento y la ejecución de la sentencias arbitrales extranjeras” adoptadas por las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York (de ahí su denominación común de “Convención de Nueva York”) fechada 10 de junio de 1958.

Quizás por estas razones y por estar la sociedad civil pendiente de recuperar su libertad plena, es que Venezuela se mantuvo ausente de dichas deliberaciones, aún cuando asistieron representantes latinoamericanos de Argentina, Colombia, Ecuador, Perú y Brasil. La errada concepción de una soberanía nacional tercermun-

(*) Miembro del Club Español del Arbitraje. Conjuer del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas. Socio principal de Tinoco, Travieso, Planchart & Nuñez, Venezuela.

dista y la implementación soberbia de la doctrina del diplomático argentino Carlos Calvo⁽¹⁾ haría que Venezuela demorase mucho en adentrarse en el modernismo jurídico del arbitraje.

1. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS EN VENEZUELA

“El arbitraje en Venezuela tiene sus antecedentes en las disposiciones españolas que estuvieron en vigencia en este país durante el periodo colonial. Figuró por primera vez en la legislación procesal venezolana en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Gran Colombia del año 1825. La Constitución venezolana de 1830, en su artículo 190, declaraba que los venezolanos tenían la libertad de resolver sus disputas por medio de árbitros, aún cuando hubiese sido iniciado un proceso judicial. Iguales disposiciones pueden ser encontradas en las Constituciones de Venezuela de 1857 y 1858. Esa disposición constitucional fue regulada en la legislación procesal venezolana en la Ley IX, Título VII del Código de Procedimiento Judicial de 1836”⁽²⁾.

Si bien la figura del arbitramento (según la Ley Procesal venezolana) aparece ya desde el Código de Procedimiento Civil del año 1825 no es sino hasta el año

1987, cuando se reforma por última vez dicho Código, que se establece la obligatoriedad de la cláusula compromisoria, ya que su predecesor de 1916 al igual que los anteriores establecían que “también cesará” todo procedimiento de arbitramento, cuando los que traten de constituirlo no convinieren en que se les someta para su decisión las cuestiones que, respectivamente, hubieren determinado o determinaren en la materia de su diferencia”.

Pero por el contrario, “debe resaltarse como gran avance, la validez de la cláusula compromisoria en contra de la parte renuente. Los Códigos de Procedimientos Civiles anteriores al de 1987 relegaron al arbitraje a su casi virtual extinción al disponer que la cláusula compromisoria arbitral sólo daba derecho a la parte promovente, a pedir al tribunal la citación de la otra parte que la había aceptado. Si ésta, una vez citada, rechazaba la constitución del arbitramento, aún cuando la hubiera aceptado, por ejemplo, en un contrato, cesaba de pleno derecho el procedimiento arbitral para pasar de lleno al juicio ordinario. El Código de 1987 corrige esta contradicción legal al hacerla obligatoria, aún en contra de la parte renuente, analizándose tan sólo si realmente hubo voluntad previa de excluir la vía del juicio ordinario mediante la citada cláusula compromisoria. Francisco Ramos le asigna a esta cláusula dos efectos, uno primero que llama positivo, según el cual

(1) MATTHIES, Roland y Oscar TODTMANN (editores). *Arbitrariedad y Arbitraje*, 1996. p. 151. Complementa Valedón que la cláusula Calvo establecía la presunción de la renuncia a la protección diplomática de personas y empresas extranjeras ante las autoridades del país huésped. Tal presunción operaba de derecho, sin prueba a contrario, y hacía someter a las personas y empresas extranjeras a las leyes y a los tribunales del país local, en este caso Venezuela. Surge esta teoría ante los abusos de la protección diplomática concedida en casos como el de Fabiani y que culminó, con la condenatoria de la República de Venezuela por parte del árbitro suizo.

(2) MANTELLINI GONZÁLEZ, Pedro J. *El Procedimiento del Arbitraje en Venezuela*. Discursos y Ponencias, 1999. p. 187.

las partes quedan vinculadas al arbitraje, y uno negativo, según el cual se impide a las partes acudir a los tribunales ordinarios”⁽³⁾.

El antecedente más remoto conocido en Venezuela acerca del reconocimien-

to y ejecución de laudos arbitrales extranjeros data de 1881, cuando el ciudadano Alberto Fabiani, de nacionalidad francesa y domiciliado en Francia, resolvió someter sus diferencias comerciales con sus socios Benito y Andrés Roncajolo⁽⁴⁾. El

(3) ROLAND MATTHIES. *Op. cit.* pp. 29 y 30.

(4) El ciudadano Antonio Fabiani, de nacionalidad francesa y domiciliado en Francia, mantenía relaciones de negocios en Venezuela, en sociedad con Benito y Andrés Roncajolo. Con vista de ciertas discrepancias resolvieron someter las diferencias existentes al conocimiento de árbitros: el Tribunal designado, se reunió en Marsella, de acuerdo con las cláusulas del compromiso, y su fallo fue inscrito el 17 de diciembre de 1880, habiendo sido declarado ejecutorio el 21 de ese mes por el presidente del Juzgado de Primera Instancia de la misma ciudad.

Benito y Andrés Roncajolo promovieron de seguida se declarara la nulidad del compromiso y la revocatoria del “Ejecútese” estampado al fallo. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia de Marsella, con fecha primero de abril de 1881, negó las antedichas pretensiones, e interpuesto recurso de apelación, su sentencia fue confirmada, en 25 de julio de 1882, por la Corte Superior de Aix, decisión esta última que quedó definitivamente firme.

Antonio Fabiani se trasladó a Venezuela, con el objeto de obtener la ejecución del fallo arbitral. Aún cuando en el compromiso arbitral se había establecido expresamente que la sentencia debía ejecutarse en Venezuela, sin tardanza y sin admitirse recurso alguno, la Alta Corte Federal, el once de noviembre de 1881 se declaró incompetente para conceder el exequátur al fallo pronunciado por el Tribunal Arbitral constituido en Marsella.

Tal negativa constituye, hasta donde nos ha sido posible determinar, el primer caso de exequátur solicitado en Venezuela de una decisión extranjera: el rechazo se fundamentó en el argumento de no poder “considerarse como Tribunal de Francia, la reunión de los árbitros que tuvo efecto en Marsella”, y de que una orden judicial de ejecución “no podía convertirse en jueces de la nación a los que no son, ni en sentencia de un tribunal extranjero lo que simplemente es un contrato”.

No obstante esta declaratoria, el ciudadano Antonio Fabiani se dirigió nuevamente a la Alta Corte Federal en 12 de noviembre de 1881, para solicitar en esta oportunidad que se concediera fuerza ejecutoria a la sentencia dictada por la Corte de Apelación de Aix, Francia, el 25 de julio de 1881, confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Marsella, que había declarado sin lugar la oposición hecha por Benito y Andrés Roncajolo al fallo de los árbitros.

La Alta Corte Federal, constituida accidentalmente, en seis de junio de 1882 declaró con lugar esta nueva solicitud.

A pesar del exequátur concedido por la Alta Corte Federal, el ciudadano Antoni Fabiani encontró numerosas y graves dificultades de orden práctico para lograr la efectiva ejecución del laudo.

Vistas las anteriores dificultades y previendo el surgimiento de muchas nuevas, el ciudadano Antonio Fabiani, que en el interregno había sido afectado por la fiebre amarilla, resolvió abandonar el proceso de ejecución y, en su carácter de extranjero, solicitó amparo diplomático por manifiesta denegación de justicia.

El representante de Francia en Caracas, con fecha 3 de agosto de 1887, interpuso una solicitud de resarcimiento por el Gobierno de Venezuela de los daños y perjuicios sufridos por el súbdito francés Antonio Fabiani. La negativa de nuestra Cancillería y la insistencia del Gobierno de Francia, constituyeron el punto de arranque de nuevas dificultades diplomáticas, luego de enojosos incidentes, la situación fue superada con la firma de un Tratado de Arbitramento relativo a la reclamación del señor Antonio Fabiani, suscrito en Caracas el 24 de febrero de 1891.

El ciudadano A. Lachenal, en su carácter de Presidente de la Confederación Suiza, dictó sentencia en 30 de noviembre de 1896 y ordenó pagar al Gobierno de Venezuela, por vía de indemnización la suma de cuatro millones trescientos cuarenta y seis mil seiscientos cincuenta y seis francos con cincuenta y un céntimos, más los intereses, calculados a la tasa del cinco por ciento anual.

Fácilmente se comprende cómo un asunto de tanta transcendencia para la república, acosada de reclamos diplomáticos, había de ocupar arduamente a nuestra Cancillería y no deben extrañar tampoco sus

desenlace de la ejecución del laudo dictado por un Tribunal de Marsella en Venezuela resultó en una condenatoria contra Venezuela por vía de indemnización por la suma de 4.346.656 francos más los intereses calculados a la tasa del cinco por ciento (5%) anual.

Así como dice el profesor Gonzalo Parra Aranguren. “*Y de esta manera, esporádica y accidental, la controversia surgida con motivo el reclamo formulado por la República de Francia en apoyo de las pretensiones de Antonio Fabiani, influyen decisivamente en la estructura de nuestro ordenamiento procesal, en lo que exequátur de sentencias extranjeras se refiere. Tal afirmación, por insólita que parezca, encuentra apoyo en las recomendaciones dirigidas al Congreso de la República, tanto por el Poder Ejecutivo como por la Alta Corte Federal, y las cuales necesariamente habrían de influir en la Comisión Codificadora creada el 12 de agosto de 1895 con la finalidad de revisar los Códigos nacionales(...)*”.

Venezuela a través de su historia ha convertido en derecho positivo venezolano cuatro convenciones internacionales que desarrollan los temas relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, a saber: (i) El Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros (Acuerdo Boliviano), ratificado por Venezuela el 19 de diciembre de 1914, es

el primer tratado internacional en Venezuela sobre la materia, aunque sólo se limita a regular un aspecto específico del arbitraje, como es la eficacia extraterritorial de un laudo arbitral dictado en asuntos civiles o comerciales en un Estado parte, (ii) la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Montevideo), ratificada por Venezuela mediante Gaceta Oficial de la República 33.144 del 15 de enero de 1985, que al igual que el Acuerdo Boliviano esta enfocado sobre la eficacia extraterritorial de un laudo extranjero y no al arbitraje comercial internacional propiamente, (iii) la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá), ratificada por Venezuela mediante Gaceta Oficial de la República 33.170 del 22 de febrero de 1985, que es el único tratado internacional vigente en Venezuela que regula de manera general el arbitraje comercial internacional, consagra la validez del acuerdo en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje una controversia presente o futura con respecto a un negocio mercantil, asimismo regula la forma del acuerdo, el nombramiento de los árbitros, el proceso arbitral, la asimilación del laudo arbitral a una sentencia judicial ejecutoriada y las causales para denegar y reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero y (iv) la Convención de las Naciones Unidas sobre el re-

reiterados informes al Congreso Nacional acerca del estado de la controversia. Menos aún puede sorprender que el Ministro de Relaciones Exteriores venezolano pretendiera extirpar el mal de raíz y sugiriera al Poder Legislativo los remedios estimados más conducentes para prevenir situaciones como aquella que había originado la reclamación del ciudadano Antonio Fabiani, de nacionalidad francesa.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo. *Ensayo de Derecho Procesal Civil Internacional*. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 30, 1986. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, 31, 1965. p. 39. La Función de la Reciprocidad en el Sistema Venezolano del Exequátur.

conocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), ratificada por Venezuela mediante Gaceta Oficial Extraordinaria 4.832 del 29 de diciembre de 1994, que tiene carácter universal y ha sido ratificada en gran número de Estados, siendo el tratado internacional de mayor relevancia sobre la materia en la comunidad Jurídica internacional. Su objeto es regular el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto a aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de los mismos y sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se solicita su reconocimiento y ejecución.

“Cabe advertir que antes de la ratificación del Convenio Bolivariano (hasta junio de 1912), con el predominio de la Doctrina Drago⁽⁵⁾, se aplicaba en forma absoluta el principio según el cual sólo las sentencias dictadas en países donde se conceda ejecución a sentencias firmes pronunciadas por el Poder Judicial venezolano, sin previa revisión de fondo, podrán declararse ejecutorias en la República. Hay silencio en el ordenamiento venezolano hasta 1912 en torno al reconocimiento y ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros en forma expresa, porque el Código de Procedimiento Civil, solo se refiere a sentencias dictadas por autoridades extranjeras. Creemos que, en sentido amplio tiene cabida aquí los Laudos

Arbitrales Internacionales, reconocidos como tales por las autoridades del lugar de su celebración”⁽⁶⁾.

Por otra parte, hoy día nuestras fuentes internas para la materia de arbitraje son:

- a) La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que contiene un principio relativo a la promoción del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, estableciendo en su artículo 258 que la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquier otro medio alternativo para la solución de conflictos. No obstante, observamos que la Constitución no distingue entre arbitraje interno e internacional.
- b) El Código de Procedimiento Civil en su artículo 608 establece que “*las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal que no sean cuestiones sobre el Estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción*”. Este cuerpo normativo regula el arbitraje en general sin distinguir entre interno o internacional, y no contiene regulación especial en materia de arbitraje internacional.
- c) La Ley de Arbitraje Comercial publicada en fecha 7 de abril de 1998, en Gaceta Oficial 36.340 regula por

⁽⁵⁾ En referencia a la doctrina Drago, comenta el Director General del Centro Nacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones con sede en Washington que la base de la misma es una nota enviada en 1902 por el canciller Drago de Argentina a la Cámara de Representantes de los Estados Unidos(...) Drago sostuvo que el uso de la fuerza militar para obligar a un Estado al pago de sus deudas violaba fundamentales principios de Derecho Internacional Público. MATTHIES. *Op. cit.* p. 151.

⁽⁶⁾ BARNOLA, José Pedro. *El Arbitraje en la Practica II*. Cámara de Comercio de Caracas. La Ejecución de los Laudos Arbitrales. p. 133.

primera vez el arbitraje internacional. Esta ley se aplica de manera preferente frente al Código de Procedimiento Civil cuando las controversias sometidas a arbitraje sean de naturaleza comercial.

- d) La Convención de Panamá y la Convención de Nueva York, las cuales ya hemos anotado.

2. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN EL ÁMBITO DEL DERECHO VENEZOLANO

2.1. Su historia legislativa

El proyecto de la Ley Aprobatoria de la Convención de Nueva York fue iniciativa propuesta por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República en su comisión de política exterior el día 5 de abril de 1994, resultando aprobada mediante discusiones de fechas 13 y 27 de septiembre de 1994 y mediante una única discusión en la Cámara de Diputados del Congreso Nacional en su sesión del 8 de noviembre del mismo año. La fecha de promulgación y publicación en la Gaceta oficial 4.832 Extraordinaria fue el 29 de diciembre de 1994.

Por considerarlo de interés histórico transcribiremos la exposición de motivos e informe presentado por la comisión de política exterior del Senado.

La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras fue aprobada durante la Conferencia de Plenipotenciarios realizada en la sede de la Organización de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York el 10 de junio de 1958. La convención representa la culminación de los trabajos iniciados cinco años antes con la

finalidad de superar las dificultades ofrecidas por el “Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en Materia comercial” y por las “Sentencias Arbitrales Extranjeras”, preparadas bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones y suscritas en Ginebra en 1923 y en 1927, respectivamente.

La Convención de Nueva York fue una de las fuentes utilizadas en la preparación de la “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional” suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975, al concluir sus sesiones la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-I); y la cual fue ratificada por Venezuela en 1985.

A este respecto es de señalar que Venezuela también ratificó en 1985 la “Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros”, suscrita el 8 de mayo de 1979 en Montevideo, con ocasión de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado; y la cual de acuerdo a su artículo primero, se aplicará en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional”.

Los antecedentes expuestos explican las coincidencias existentes entre la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional que se manifiestan, principalmente, en los siguientes puntos:

- a) Validez del acuerdo de arbitraje que cumpla las formalidades convencionales (Artículo II);

- b) Obligación de reconocer y ejecutar las sentencias arbitrales extranjeras (artículo III);
- c) Motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución (artículo V);
- d) La posibilidad de suspender la ejecución cuando se ha intentado la anulación o la suspensión de la sentencia arbitral ante la autoridad competente (artículo VI).

La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ha obtenido gran aceptación y, hasta el 31 de diciembre de 1985, se encontraba vigente en más de 65 Estados, dentro de los cuales pueden mencionarse los siguientes países latinoamericanos. Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Panamá y Uruguay.

Debido a la ratificación de Venezuela a las Convenciones Interamericanas sobre arbitraje antes mencionadas y a la reforma del Código de Procedimiento Civil en 1987, que sancionó la obligatoriedad de la cláusula compromisoria, resulta aconsejable que Venezuela se haga parte de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

No obstante, el Ejecutivo Nacional tiene la intención de formular en el momento de la adhesión de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la misma Convención, las declaraciones siguientes:

- a. “La República de Venezuela sólo aplicará la Convención al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante”.

- b. “La República de Venezuela sólo aplicará la presente Convención a los litigios surgidos de la relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno”.

Por las razones expuestas se somete a la aprobación del soberano Congreso la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrita en la sede de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York el 10 de junio de 1958.

Por su parte el presidente de la comisión permanente de política exterior del Senado presentó en fecha 17 de agosto de 1994, el informe de dicha comisión para ser considerado ante la Cámara del Senado del Congreso Nacional, el cual textualmente reza así:

El ciudadano Ministro de Relaciones Exteriores en oficio 0386 de fecha 23 de marzo de 1994, sometió al Congreso de la República, la consideración del “Proyecto de Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (ONU), suscrito en Nueva York el 10 de junio de 1958.

Pasado a la Comisión el referido Proyecto y de conformidad con el artículo 96 del Reglamento Interior y de Debates del Senado, esta Comisión ha procedido a hacer el estudio pertinente, consultando a la oficina de Investigación y Asesoría del Congreso de la República y al Consejo Nacional de Promoción de Inversiones (CONAPRI).

En Venezuela la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1987, consagró la obligatoriedad de la cláusula com-

promisoria, sin embargo nada se prevé sobre el arbitraje comercial internacional en el Título I del Libro Cuarto, referido al arbitramiento. Es indiscutible la aplicación por analogía de las disposiciones del Código en los supuestos con elementos extraños sometidos al arbitraje, sobre todo porque existe una desconfianza en las normas internas en esta materia que no se refieren específicamente al arbitraje internacional. Esta ausencia de regulación interna es un argumento poderoso a favor de la ampliación de la normativa internacional. Sobre este punto debe resaltarse que las disposiciones de esta convención están plenamente conformes con lo dispuesto en el artículo 2 de nuestro Código de Procedimiento Civil, relativo a la derogatoria de nuestra jurisdicción a favor de árbitros que resuelven en el exterior. Efectivamente, establece el mencionado artículo. *“La jurisdicción venezolana no puede derogarse convencionalmente a favor de una jurisdicción extranjera ni de árbitros que resuelvan en el exterior cuando se trate de controversias sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República o sobre otras materias que interesan al orden público o a las buenas costumbres. En todos los demás casos, se aplicaran los Tratados y Convenciones Internacionales suscritos por Venezuela”*.

Nuestro país ha ratificado dos instrumentos sobre esta materia de fecha más reciente como son las Convenciones Interamericanas sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, y sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979, ambas ratificadas por Venezuela en 1985 y publicadas en las Gacetas Oficiales número 33.170, de fecha 22 de febrero de 1985, y 33.144, del 15 de enero de 1985, respectivamente. La aplicación de estos nuevos

Convenios, sin haber ratificado la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (ONU) que los inspiró, resultaría incongruente e incompleta. Con esta Convención, comienza una nueva fase en el desarrollo del arbitraje comercial Internacional. Constituye ella un punto de partida no sólo para otras convenciones universales y regionales, multilaterales y bilaterales, sino también para normas internas de Derecho Internacional Privado, formando una verdadera (sic) todo instrumento regionales de esta institución. En el caso específico de Venezuela, esta Convención junto con las mencionadas, permitirá conformar una trilogía cuyos integrantes se complementarán mutuamente y facilitarán la labor del juez.

Finalmente, conviene hacer referencia a la manifestación del Ejecutivo, expresada en la Exposición de Motivos del Proyecto presentado, sobre las declaraciones (reservas) que tiene intención de efectuar al momento de la respectiva adhesión, las cuales están expresamente permitidas por la Convención (artículo I, numeral 3), y cuyo texto es el siguiente:

- a. *“La República de Venezuela sólo aplicará la Convención al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en territorio de otro Estado Contratante”*.
- b. *“La República de Venezuela sólo aplicará la presente Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno”*.

En su opinión consultiva la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del Congreso de la República, considera que

sólo la primera declaración debe ser efectuada debido a su criterio “defensivo”, mientras que la segunda es innecesaria puesto que: “la Convención no define que se entiende por ‘relaciones jurídicas comerciales’. Se trata de una norma que remite al derecho interno de cada Estado para calificar la comercialidad de la relación. Debido a esta remisión a la *lex fori*, la segunda reserva no nos parece necesaria”. Es la opinión de esta Comisión Permanente de Política Exterior, que ambas reservas son necesarias y convenientes. La segunda declaración, desestimada por la mencionada oficina asesora, representa la seguridad, al efectuarla, de su aplicación exclusiva a relaciones jurídicas comerciales por la *lex fori* (esta expresión indica que los actos o relaciones deben regirse por la ley del tribunal que haya de conocer de los mismos). De no hacerse esta declaración, la determinación de carácter comercial de la relación no queda claramente asignada por esta Convención a ninguna Ley en específico, y debería buscarse en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales de acuerdo los sujetos o a la voluntad de estos, cuestión altamente inconveniente, innecesaria y de complicada aplicación. Precisamente por el régimen liberal que impone esta Convención, se hacen necesarias ambas declaraciones para 1) No extenderla a todas las sentencias provenientes de cualquier Estado Parte o no en la Convención, y 2) Para impedir que la determinación de la comercialidad de la relación jurídica quede en forma confusa. Este sería el caso, de no hacerse la segunda declaración, ya que el supuesto por ella contemplado no formaría parte de la Convención para el Estado que no la efectuó.

En fecha 28 de octubre de 1994 se conoció ante la Cámara de Diputados del Congreso Nacional el informe presentado por su comisión permanente de Política Exterior, el cual fue debidamente aprobado.

2.2. Procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras

Si bien en cuanto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales internacionales, el ordenamiento positivo venezolano cuenta en la actualidad con la convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (1985) (Convención de Panamá) y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (1994) (Convención de Nueva York), contamos igualmente con el artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Como bien dice el profesor Mourre, aunque existen vigentes algunos acuerdos bilaterales de cooperación judicial que se aplican al reconocimiento no solo de fallos judiciales, sino también a laudos proferidos en otros Estados, la convención internacional por excelencia con vocación universal para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros es la Convención de Nueva York de 1958⁽⁷⁾.

Sostiene Andrés Mesgraviz, que la Convención de Nueva York y de Panamá, han sido simultáneamente ratificadas por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala,

(7) MOURRE, Alexis. *La Responsabilidad del Estado por incumplimiento de su obligación de ejecutar un laudo extranjero*. En: *Arbitraje comercial y Arbitraje de inversión*. Lima: Instituto Peruano del Arbitraje. p. 573.

Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Sobre la vigencia simultánea de la Convención de Nueva York y Panamá, sostiene igualmente que existe consenso en que ambas convenciones deben aplicarse en forma concomitante y complementaria, fundamentado entre otras fuentes en la sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia del 9 de octubre de 1997, caso Pepsi Cola Panamericana.

En este sentido, la extinta Corte Suprema se pronunció considerando que debe aplicarse la disposición más favorable para lograr los objetivos comunes de ambas convenciones, a saber, que los acuerdos arbitrales sean exigibles según sus términos y que los laudos sean ejecutables en países distintos del Estado sede del tribunal arbitral sin que haya una previa revisión en el fondo del asunto decidido, facilitando así el recurso al arbitraje en el comercio internacional.

Ahora bien, aún cuando pareciera desprenderse del artículo 1 de la Ley de

Arbitraje, que la misma se refiere única y exclusivamente a los arbitrajes domésticos, encontramos que los artículos 48 y 49 de dicha ley se refieren a laudos arbitrales internacionales en cuanto a su reconocimiento y ejecución⁽⁸⁾.

“La Ley de Arbitraje Comercial, regula tanto el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales comerciales nacionales, así como también el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales comerciales internacionales, sin perjuicio de los Tratados Internacionales en la materia suscritos por Venezuela. De otra manera no tendría ningún sentido el artículo 48 de la Ley por aquello de ‘cualquiera que sea el país en el cual haya sido dictado’, como luego comentaremos y con lo cual, de paso, quedo abolida toda reciprocidad prevista en el artículo aparte único del artículo 850 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a esta materia”⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Artículo 48. *“El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable y tras la presentación de una petición por escrito al tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequátur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá acompañar a su solicitud una copia del laudo certificada por el tribunal arbitral, con traducción al idioma castellano si fuere necesario”.*

Artículo 49. *“El reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país que lo haya dictado sólo se podrá denegar: a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje; b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un arbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos; c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo, e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, por una autoridad competente de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral; f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea el reconocimiento o la ejecución del laudo compruebe que según la ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público; g) Que el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido”.*

⁽⁹⁾ BARNOLA. *Op. cit.* p. 129.

Bajo la vigencia de la Convención de Nueva York, a partir de 1994 y hasta la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial en 1998, se mantenía vigente la necesidad de recurrir al exequátur del laudo a reconocerse y ejecutarse conforme a lo establecido en los artículos 850 y 851 del Código de Procedimiento Civil⁽¹⁰⁾.

Pero actualmente Venezuela cuenta con una base legislativa y hasta constitucional privilegiada.

En efecto, como dice Mesgraviz, Venezuela es parte de las convenciones de Nueva York, Panamá, del Convenio CIADI, y desde 1988 cuenta con una Ley de Arbitraje Comercial inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL, que no exige la reciprocidad ni el engorroso trámite de exequátur para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales.

Es a partir del año 1998, al aprobarse la Ley de Arbitraje Comercial que conforme el artículo 48 de la misma se establecen importantes cambios que coadyuvan al propósito, espíritu y razón de la Convención de Nueva York. Entre ellos que al establecerse en dicho artículo que el laudo arbitral se reconocerá, “cualquiera que sea el país en el que ha sido dictado” ratifica y expone la posición venezolana de reconocer la vinculación e inapelabilidad de los laudos comerciales internacionales independiente de si el país donde fue dictado sea parte o no de tratado de convención alguno sobre la materia. La condición de aplicabilidad es simplemente la adecuación de

dicho laudo al artículo 49 de la Ley de Arbitraje, el cual particulariza las causas de denegación del mismo laudo.

Dadas pues las coincidencias existentes entre las normas de las Convenciones de Panamá y de Nueva York con las disposiciones de los artículos 48 y 49 de la Ley de Arbitraje Comercial, y siendo esta última posterior a las fechas de las Convenciones, es esta última la cual tiene prelación a la hora de solicitarse en Venezuela el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

En cuanto al procedimiento a seguir para solicitar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales podemos adelantar las siguientes notas.

Considerando que la solicitud de reconocimiento y ejecución, y de ser el caso, la oposición a las mismas, han de desarrollarse conforme a las reglas procedimentales del país en donde se pretenda el reconocimiento y ejecución, tenemos lo siguiente:

- (I) De conformidad con el citado artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial el tribunal para conocer de la solicitud será el Tribunal de Primera Instancia competente (es decir, el Tribunal de Primera Instancia con competencia Mercantil del lugar donde se pretenda ejecutar el laudo), no obstante que el artículo 5.42 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece que será la Sala de Casación Civil del

⁽¹⁰⁾ José Pedro Barnola sostiene que continua la discusión doctrinaria antes anotada respecto a la necesidad o no para la ejecución en Venezuela de laudos arbitrales comerciales internacionales, ya bien sea provenientes de países signatarios o adherentes de las Convenciones de Montevideo, Panamá y ahora la de New York, de la necesidad de cumplir el procedimiento previsto en los artículos 850 y 851 del vigente Código de Procedimiento Civil.

Tribunal Supremo la encargada de declarar la fuerza ejecutoria de las sentencias de autoridades jurisdiccionales extranjeras, de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales o en la Ley, pero caso diferente es precisamente el de los laudos arbitrales comerciales internacionales.

- (II) Al presentarse ante el Tribunal de Primera Instancia la solicitud de reconocimiento y ejecución de un determinado laudo arbitral internacional, deberá acompañarse copia certificada del mismo expedida por el Tribunal Arbitral y debidamente traducido al castellano (de ser necesario) por interprete público.

De igual forma y aún cuando no es exigencia legislativa, será prudente acompañar *affidavit o certificación* que acredite que el laudo cuyo reconocimiento y ejecución se pretende, cumple con los extremos exigidos por el artículo 49 de la Ley de Arbitraje para no ser denegado, a saber:

- a) Inexistencia de incapacidad alguna de las partes al celebrarse el acuerdo de arbitraje.
- b) Cumplimiento de los procesos debidos de notificación de designación de los árbitros, de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten y que no existieren impedimentos que obstaculizaran el hacer valer sus derechos.
- c) Que la composición del tribunal arbitral y el procedimiento arbitral se ha ajustado a la Ley del país donde el mismo se efectuó.
- d) Que el laudo cuyo reconocimiento y ejecución se solicita, se re-

fiera a la controversia prevista en el arbitraje y sus decisiones no exceden el acuerdo del mismo.

- e) Que el laudo sometido ante el Tribunal de Primera Instancia sea vinculante para las partes y no existe orden de anulación o suspensión sobre el mismo, dictada por la autoridad convenida por las partes.
- f) Que el objeto de la controversia sea susceptible de arbitraje y no sea contraria al orden público, según la Ley venezolana.
- g) Y por último, que se pruebe la validez del acuerdo de arbitraje conforme la ley a la cual las partes lo han sometido.

Aún cuando la mayoría de las causales de denegación (“a”, “b” y “e” del artículo 49) deben ser propuestas por la parte contra quien se pretende la ejecución, como defensa propia, es decir sería su carga de alegación, consideramos que la consignación de este *affidavit o certificación*, si bien no es requisito exigido por la Ley, conlleva ciertos beneficios para la parte solicitante, como podría ser la de infundir en el juez un grado suficiente de verosimilitud de ejecutoria a fin de dictar medidas cautelares solicitadas, desvirtuar de una vez posibles intenciones dilatorias de la parte contra quien se pretende ejecutar, al mostrar de una vez la procedencia del reconocimiento y ejecución y por último adelantar el camino probatorio al respecto.

En cuanto a las causales de denegación, contenidas en los literales “c” y “g”, es decir la declaración de la

correcta composición del tribunal arbitral, la de cumplimiento de la Ley del país donde se efectuó el arbitraje y la validez del arbitraje conforme a la ley a la cual lo han sometido, conducen a mayor claridad y conocimiento por parte del Juez de Primera Instancia sobre el fondo del asunto; igual consideración procede con respecto al literal “d”, es decir la sumisión de las decisiones acordadas en el laudo en un todo de acuerdo con la controversia sometida a arbitraje.

Por último y con respecto al literal “f” del artículo 49 de la ley de arbitraje al igual que “*el numeral ‘2’ del artículo V de la Convención de Nueva York, distingue la arbitrabilidad y orden público como las dos únicas causales por las cuales se puede negar de oficio el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral si se comprueba: a) Que según la ley del país en donde se pide el reconocimiento y ejecución, el objeto de la diferencia no sea susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia arbitral serían contrarios al orden público del país en donde se pide el reconocimiento y ejecución. Como puede observarse, en ambos casos la ley aplicable para determinar la arbitrabilidad, o si el reconocimiento o la ejecución de la*

sentencia arbitral serían contrarios al orden público, es la del país en donde se pide el correspondiente exequátur. De allí, que un laudo puede ser válido a la luz de la legislación aplicable al arbitraje o al acuerdo de arbitraje, y ser luego negado su reconocimiento y ejecución por razones de inarbitrabilidad conforme a la legislación del Estado ante el cual se solicita”⁽¹¹⁾.

(III) En cuanto a la solicitud que debe ser presentada ante el Tribunal de Primera Instancia a fin del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero, no dice nada el artículo 48 de la Ley de Arbitraje sobre su forma y contenido. Por dicho silencio, consideramos que la misma y a fin de lograr formas mínimas acordes con nuestra práctica procesal, debería contar con las exigencias que el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil requiere para los libelos de demanda, en tanto dichos requisitos sean acordes con la finalidad y la naturaleza de la solicitud presentada. Es por ello que entendemos que dicha solicitud deberá contener al menos (i) la indicación del Tribunal ante el cual se propone la solicitud, (ii) el nombre, apellido y domicilio de la parte solicitante y de la parte contra quien se solicita la ejecución, siendo que si fuesen per-

(11) MESGRAVIZ, Andrés. Conferencia dictada en el tercer Congreso del Club Español del Arbitraje. Madrid, 2008. Abunda Mesgraviz exponiendo que “Afortunadamente en esta materia la legislación venezolana ha dado importantes pasos siguiendo la más avanzada corriente del derecho comparado. Primero, con la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana (1998) y luego con la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana (1999), que es la normativa vigente sobre la materia. Ambos textos legales, a diferencia de lo establecido en el derogado artículo 2 del Código de Procedimiento Civil venezolano (1987), ya no se refiere a la posibilidad de arbitraje, denegación de laudos arbitrales o prohibición de la derogación de la jurisdicción en materias que interesen al orden público. Ahora es necesario que dichas materias sean contrarias al orden público o afecten principios esenciales de éste”.

sonas jurídicas deberán contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro, (iii) el objeto de la solicitud, que no sería otra que la identificación pormenorizada y precisa del laudo arbitral internacional que se pretende reconocer y ejecutar con los límites y naturaleza de las obligaciones que el mismo ha establecido para su ejecución, (iv) la relación de los hechos y fundamentos de derecho en que se basa la solicitud, a conocer los hasta aquí señalados en el curso de estas anotaciones y (v) la sede o dirección procesal del solicitante.

(IV) Aparte del contenido propio de la solicitud, que acabamos de mencionar, somos de la opinión que el solicitante podrá solicitar del Tribunal de Primera Instancia se acuerden medidas preventivas que aseguren la ejecución del laudo arbitral, considerándose al laudo como instrumento ejecutivo suficiente para acordar las medidas solicitadas teniéndose al mismo como prueba suficiente de los requisitos exigidos por el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, ya que el incumplimiento voluntario inmediato del laudo (al punto de tener que acudir a solicitar su reconocimiento y ejecución) ante el propio Tribunal arbitral, es prueba suficiente del “*Periculum in Mora*” y la presentación de la copia certificada del laudo, suficiente prueba del derecho que se reclama.

(V) Al recibir el Tribunal de Primera Instancia competente la solicitud de reconocimiento y ejecución el laudo arbitral internacional, deberá admitir-

lo salvo que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 49. f de la Ley de Arbitraje, compruebe que, según la ley, el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa sea contraria al orden público, todo ello conforme la ley venezolana, caso en el cual negará su admisión.

La parte solicitante podrá apelar de dicha negativa por ante el Tribunal Superior competente, así como ejercer el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior no siendo procedentes dichos recursos contra la decisión que admita el inicio del proceso de reconocimiento y ejecución.

(VI) Al admitirse la solicitud, el Tribunal procederá conforme los preceptos contenidos en los artículos 524 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, fijándose al deudor el plazo para la ejecución voluntaria y previéndolo acerca de la ejecución forzosa en caso de incumplimiento. El Tribunal citará al deudor para el cumplimiento voluntario de laudo arbitral en el plazo fijado, plazo durante el cual podrá oponerse a la misma alegando exclusivamente las causas de denegación previstas en el artículo 49 de la Ley de Arbitraje.

Dado el supuesto de la oposición al reconocimiento y ejecución del laudo, el Tribunal deberá abrir una articulación probatoria conforme lo pautado por el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil y dictar sentencia sobre la oposición dentro de los 3 días siguientes al vencimiento de la misma.

(VII) La sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia deberá contener los requisitos expresados en el artículo 243 del Código Procesal y contra ella cabrá el recurso ordinario de apelación, sea que la misma declare procedente o no el reconocimiento y consiguiente ejecución del laudo arbitral. En caso de declararse con lugar el reconocimiento del laudo arbitral internacional y se ordene su ejecución, la apelación deberá oírse en un solo efecto de forma de no retrasar su cumplimiento.

(VIII) Ahora bien, cabe preguntarse si contra las decisiones dictadas por el Tribunal Superior de las apelaciones interpuestas cabría el recurso de casación.


A nuestro entender, ante una decisión del Tribunal Superior acordando o negando el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, si cabría el recurso extraordinario de casación siempre que cumpla con los requerimientos que para tal ejercicio establece el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

La razón en que basamos nuestra afirmación es que siendo la sentencia comentada de naturaleza diversa al laudo propiamente dicho, no pareciera ajustado al principio constitucional de la tutela judicial efectiva que se le negara la posibilidad de acudir a la casación. Es decir, una es la naturaleza de la sentencia que acuerda el reconocimiento y ejecución del laudo y otra es la del laudo arbitral extranjero cuyo reconocimiento y eje-

cución se pretende. Contra esta última no cabe otro recurso que el de nulidad ante la jurisdicción de lugar donde fue dictada, a diferencia de aquella que pretende darle valor y eficacia ejecutoria en Venezuela.

(IX) Por último, toca brevemente referirnos al tema del ejercicio de la acción de amparo constitucional contra los laudos arbitrales extranjeros.

Aún cuando en este aspecto ya existe un antecedente de la Sala Constitucional del Tribunal de Justicia (caso *Haagendaz Internacional v. Corporación Todo Sabor*) al acordarse que los tribunales nacionales son competentes para conocer de estos recursos contra laudos arbitrales extranjeros, no compartimos dicha posición por ser contraria a lo estipulado en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, ya que ello representa un atentado contra los recursos ordinarios existentes para la impugnación propia del laudo arbitral o de la sentencia que acuerde su reconocimiento y ejecución.

Esta nefasta posición o entuerto no ha podido ser todavía resuelto, salvo por un intento de la presidenta de dicha sala en aquella época, quien en su voto salvado expresó que “no se trataba de una verdadera oposición a la ejecución del laudo sobre bienes ubicados en Venezuela; sino más bien un amparo constitucional que busca “veladamente” la nulidad del laudo arbitral. En virtud de que dicho laudo fue dictado en la ciudad de Miami, USA, conforme a las reglas de la AAA, la nulidad por ende no podía ser conocida por el foro venezolano”. 

EL ORDEN PÚBLICO SUSTANTIVO, EL ORDEN PÚBLICO PROCESAL Y LA ARBITRABILIDAD COMO CAUSALES DE DENEGACIÓN DEL LAUDO: ESPECIAL REFERENCIA A VENEZUELA Y OTROS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

Por: ANDRÉS A. MEZGRAVIS (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Situación actual del arbitraje internacional en Latinoamérica.* 3. *Arbitrabilidad y su distinción con el Orden Público.* 3.1. *Arbitrabilidad subjetiva.* 3.2. *Arbitrabilidad objetiva.* 4. *Orden Público y sus diferentes nociones.* 4.1. *Orden Público interno v. Orden Público internacional.* 4.2. *Orden Público internacional sustantivo.* 4.3. *Orden Público internacional procesal.* 5. *Avances legislativos y retrocesos jurisprudenciales.* 6. *El Orden Público una causal imprecisa e inconveniente en materia de eficacia de los laudos.* 7. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Nos corresponde en el marco de la celebración de los 50 años de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York (Convención de NY)⁽¹⁾, comentar las tendencias latinoamericanas en lo atinente al orden público sustantivo, el orden público procesal y la arbitrabili-

dad como causales de denegación del laudo arbitral. Se me ha solicitado que realice este análisis con especial referencia a Venezuela y otros Países de América Latina como Brasil, Colombia y Ecuador, en virtud de que mis compañeros del panel lo harán sobre otros países de la región.

El gran éxito que ha tenido la Convención de NY a lo largo de su existencia,

(*) Profesor de Mecanismos Alternativos de Conflictos en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Central de Venezuela. Socio de Travieso, Evans, Arria, Rengel & Paz, Venezuela.

(1) La Convención de NY, suscrita en 1958, entró en vigencia el 7 junio de 1959. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

también ha sido responsable de que la generalidad de los juristas de las diversas culturas jurídicas del mundo, se hayan esforzado en precisar los parámetros con que deben ser interpretadas las nociones de arbitrabilidad y de orden público, existiendo en la actualidad un amplio consenso en la doctrina universal, incluyendo la latinoamericana, respecto a que estos temas deben ser analizados desde una perspectiva internacional. En este sentido, se señala que el concepto de orden público referido en la Convención de NY, mal se puede identificar con el concepto de norma *imperativa* o con el amplio alcance del concepto de orden público interno. Sin embargo, a pesar de los intentos por precisar el contenido del “orden público”, o mejor dicho del “orden público internacional”, todavía no se ha logrado una definición precisa y uniforme, puesto que el concepto en cuestión, por más adjetivo internacional que se le añada, en definitiva se le sigue relacionando, no con el orden público común a la generalidad de los Estados (*orden público transnacional como ahora se le denomina*), sino con los principios esenciales de orden público de cada Estado individualmente considerado.

La realidad nos enseña, que la necesaria distinción entre arbitrabilidad interna e internacional, y orden público interno y su *restricción* en el contexto internacional, muchas veces podría pasar desapercibida en las cortes locales, especialmente latinoamericanas. Ello no sólo por lo impreciso y complejo que pudieran resultar estos conceptos, que tal y como es-

tán expuestos en el texto de la Convención de NY, dan cabida a una amplia discrecionalidad, sino porque en la jurisprudencia de ciertos países de la región todavía pareciera prevalecer la idea de que el “elemento internacional” supone una renuncia de la soberanía y un menoscabo de los intereses nacionales o colectivos, especialmente en los casos en que una de las partes del arbitraje es un ente público o estatal. Así, al menos lo han señalado recientemente los gobiernos de Bolivia, Ecuador y Venezuela; mientras que Brasil, que pareciera estar transitando hacia una concepción más moderna, por largas décadas fue el Estado de la región que impuso mayores trabas al desarrollo del arbitraje. De allí, que luce como un gran logro que las jurisprudencias de esos Estados comiencen por reconocer que las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo, son exclusivamente aquellas establecidas en la Convención de NY o Panamá y no las establecidas en las leyes locales, si éstas son menos favorables al reconocimiento y ejecución de los laudos; y sólo en caso contrario, es decir, en caso de que las leyes locales sean más favorables, es que, a tenor de lo establecido en el artículo VII.1 de la propia Convención de NY, éstas podrán aplicarse con preferencia⁽²⁾.

En nuestra modesta opinión, la noción de orden público, lejos de contribuir con el objetivo de la Convención de NY que es facilitar la circulación internacional de los laudos arbitrales extranjeros, ha sido siempre el flanco más vulnerable de este exitoso tratado internacional. En este

(2) Ver Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de NY adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el 7 de julio de 2006 en su 39 período de sesiones.
http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

sentido, hay muchos logros y avances que justifican el júbilo de estos 50 años de la Convención de NY. No obstante, en lo relativo al orden público no nos engañemos, hay muy poco que celebrar. En nuestro criterio, un análisis de esta problemática debe centrarse, no en si son “muy pocos” los laudos que han sido denegados por razones de orden público. Tampoco el problema radica en saber ¿cuántas veces se ha utilizado esta causal como excusa para demorar la ejecución? –aparentemente muchas veces–. El verdadero problema que en nuestra opinión se debe enfrentar es ¿cuántas veces la parte vencedora se ha visto en la necesidad de acudir a otras jurisdicciones, incluso donde existen menos bienes que ejecutar, por la convicción de que el laudo será denegado en la jurisdicción de la parte perdedora, especialmente si ésta es una entidad estatal? Ese es el mayor problema que enfrenta la ejecución del laudo internacional en Latinoamérica.

Cincuenta años de esfuerzo por parte de la doctrina internacional, no han sido suficientes para lograr la uniformidad del significado de orden público. Y luego de cincuenta años, la causal del orden público continua siendo hoy la excusa preferida y el aliado perfecto de aquellas partes perdedoras que sólo están dispuestas a respetar las reglas y resultados del arbitraje internacional cuando les son favorables.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI), no contempla la arbitrabilidad ni el orden público como una causal de denegación del laudo ¿No será entonces ése el ejemplo a seguir? Por nuestra parte creemos que sí.

2. SITUACIÓN ACTUAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LATINOAMÉRICA

La Convención de NY junto al Convenio CIADI, ratificados hasta enero de 2008, por 142⁽³⁾ y 143⁽⁴⁾ países respectivamente, son los tratados en materia de arbitraje de mayor éxito en la historia. No obstante, en América Latina podría decirse que, hasta el presente, la Convención de NY ha tenido mayor acogida que el Convenio CIADI. Dos argumentos de peso así lo demuestran: i) El Convenio CIADI, a pesar de tener más de 40 años de vigencia⁽⁵⁾, sólo en esta última década, es que ha tenido un importante auge como consecuencia de la proliferación en los años 90 de los Tratados Bilaterales de Inversión que remiten a dicho mecanismo, mientras que la Convención de NY ha tenido casi 50 años de intensa aplicación, ii) Del Convenio CIADI no forman parte Brasil ni México⁽⁶⁾; Bolivia se retiró recientemente⁽⁷⁾ y Ecuador retiró su con-

(3) http://www.uncitral.org/pdf/07-87406_Ebook_ALL.pdf

(4) <http://icsid.worldbank.org>

(5) El Convenio CIADI entró en vigencia el 14 de octubre de 1966.

(6) Aunque México es parte de 33 tratados de inversión, contando Tratados de Libre Comercio e Instrumentos Afines, y en todos se contempla el arbitraje CIADI como una opción. Confrontar GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *México ante el Arbitraje CIADI ¿Prudente o Rebelde?* <http://www.gdca.com.mx/english/publications/arbitration/PDF/Mexico%20y%20el%20CIADI%20Canaco%20Final.pdf>

(7) El 2 de Mayo de 2007, Bolivia presentó su denuncia la cual, conforme al artículo 71 de la Convención, se hizo efectiva seis meses después.

sentimiento de someter a la jurisdicción del CIADI las controversias relativas al aprovechamiento de recursos naturales, tales como petróleo, gas, minerales y otros⁽⁸⁾ Venezuela también amenazó con denunciar el Convenio CIADI, pero hasta la presente fecha, no ha formalizado dicha denuncia⁽⁹⁾.

Otro tratado que ha tenido mucho éxito en América es la Convención de Panamá (1975)⁽¹⁰⁾, suscrita por todos los países de la Organización de Estados Americanos⁽¹¹⁾, la cual sigue muy de cerca las disposiciones de la Convención de NY, al punto que reproduce casi de ma-

nera idéntica lo relativo a la arbitrabilidad y la denegación del laudo por razones de orden público⁽¹²⁾.

La Convención de NY y de Panamá, han sido simultáneamente ratificadas por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Sobre la vigencia simultánea de la Convención de NY y de Panamá, existe consenso en que ambas convenciones deben aplicarse en forma concomitante y complementaria⁽¹³⁾.

⁽⁸⁾ Ecuador hizo tal notificación conforme al artículo 25(4) del Convenio CIADI, el 4 de diciembre de 2007.

⁽⁹⁾ El Gobierno Venezolano, a través del Ministro de Energía y Petróleo, igualmente anunció que revisaría el Tratado Bilateral de Inversiones con el Reino de los Países Bajos, en virtud de su alto uso por parte de transnacionales que a su juicio tienen otra nacionalidad. Por otra parte, Venezuela bajo el gobierno del presidente Chávez se ha retirado de tratados multilaterales como el Grupo de Los Tres y de la Comunidad Andina. En fecha 4 de julio de 2006, Venezuela firmó el "Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR". Según el referido Protocolo, Venezuela ingresa como miembro pleno del MERCOSUR adhiriéndose al Tratado de Asunción (constitutivo del MERCOSUR), al Protocolo de Ouro Preto (que establece la estructura institucional del MERCOSUR) y al Protocolo de Olivos (para Solución de Controversias del MERCOSUR). El referido Protocolo de Adhesión entrará en vigencia 30 días después de la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación que deben consignar los cinco países signatarios. Hasta la fecha no se ha completado totalmente ese proceso de ratificación, pero Venezuela participa con derecho a voz y sin derecho a voto en la mayoría de las decisiones del MERCOSUR. En todo caso, el Protocolo de Adhesión establece un sistema de entrada en vigencia progresiva de la normativa del MERCOSUR para Venezuela y establece plazos que van desde el año 2010 hasta el año 2013 para la entrada en vigencia del mercado común entre Venezuela y cada uno de los países miembros del MERCOSUR.

⁽¹⁰⁾ Cfr: <http://www.ciac-iacac.org/documentos>.

⁽¹¹⁾ Hasta la fecha, sólo República Dominicana no ha ratificado la Convención de Panamá. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>

⁽¹²⁾ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial, aprobada en el marco de la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, celebrada en Panamá en 1975. Otros tratados de antigua data todavía vigentes en Latinoamérica sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales son: i) La Convención Bolivariana para la Ejecución de Actos Extranjeros (1911) vigente entre Bolivia, Colombia, Ecuador Perú y Venezuela; ii) Código de Bustamante (1928); iii) Convención Interamericana de Montevideo sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (1979), que expresamente establece que es subsidiaria a la Convención de Panamá; iv) Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los países del MERCOSUR (Protocolo de Las Lenas - 1992).

⁽¹³⁾ Así lo confirmó la extinta Corte Suprema de Justicia Venezolana, en sentencia del 9 de octubre de 1997 (Caso Pepsi Cola Panamericana). Estados Unidos de América manifestó en una de sus reservas, que en caso de aplicación de ambos textos, debía aplicarse la Convención de Panamá si la mayoría de las partes eran miembros de la Organización de Estados Americanos. Para un análisis comparativo y aplicación concurrente de ambas convenciones, ver ALLJURE SALAME Antonio. *Ámbito de aplicación de las convenciones de Nueva Cork y de Panamá sobre arbitraje internacional*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Junio-Diciembre 2004, 1. pp. 105 y siguientes.

En realidad, en las últimas décadas, Latinoamérica ha experimentado grandes avances en materia de arbitraje, pero también lamentables retrocesos, especialmente en lo relativo al arbitraje internacional. Las razones no están vinculadas tanto a sus leyes, que en general son bastantes modernas, sino a las interpretaciones que hacen de éstas sus jueces⁽¹⁴⁾.

Así, por ejemplo, Brasil, que hasta mediados de los años noventa tenía quizá la legislación arbitral con mayores trabas del continente, promulgó en 1996 su Ley de Arbitraje que representaría un importante avance en la materia⁽¹⁵⁾. Sin embargo, inmediatamente después fue cuestionada ante el Supremo Tribunal Federal, la constitucionalidad de uno de sus más fundamentales principios: el de la fuerza vinculante de la cláusula compromisoria. Durante el largo período en que el recurso por inconstitucionalidad estuvo pendiente ante la Corte Suprema brasileña, prácticamente, no se adoptó el arbitraje en dicho país.

Fue tan sólo en diciembre de 2001, que el Supremo Tribunal Federal finalmente ratificó la constitucionalidad de todos los términos de la Ley Brasileña de Arbitraje y fue a partir de ese momento que la institución del arbitraje

comenzó a desarrollarse con fuerza en dicho país. Asimismo, no es sino hasta el año 2002, que Brasil ratifica la Convención de NY⁽¹⁶⁾.

Actualmente, se puede decir que el éxito que el arbitraje está logrando en Brasil se debe, en gran parte, al reconocimiento e importancia que los jueces le están dando a la institución arbitral, y principalmente, al creciente número de decisiones judiciales que han acordado medidas cautelares y otras decisiones que han consolidado la eficacia de los procedimientos arbitrales⁽¹⁷⁾.

En Colombia, el arbitraje, de igual manera con algunos tropiezos como el celebre caso Termorío que más adelante comentaremos, ha tenido un desarrollo progresivo y en la actualidad su balance es positivo. En los años 90, la institución arbitral colombiana experimentó diversas reformas, pasando por un periodo de incertidumbre que se generó con un Decreto “transitorio” que estuvo vigente desde 1991 hasta que la Ley de 1998 lo reemplazó. Una de las críticas que se le hace a la legislación arbitral colombiana, es que a pesar del intento de compilar las distintas modalidades arbitrales, esa compilación no ha sido todavía exitosa⁽¹⁸⁾. En términos generales, y naturalmente con al-

(14) Esta misma observación la hacía en el año 1994 GRIGERA NAON, Horacio en la XIII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial, en Cali, Colombia. Confrontar *Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales en América Latina*. En: *El Arbitraje en los Conflictos Económicos Internacionales*. Cámara de Comercio de Bogotá, 1995.

(15) Sin embargo, la legislación brasileña sigue exigiendo la consolidación de la cláusula compromisoria en un compromiso arbitral, y en caso de no perfeccionarse de manera voluntaria, se impone la necesidad de formalizarlo ante el juez competente, lo que sin duda sigue siendo un importante obstáculo para el desarrollo del arbitraje en ese país.

(16) Brasil al ser parte integrante del MERCOSUR, se adhiere a los diversos instrumentos que lo regulan, dentro de los cuales se establecen diversas normas arbitrales, tanto en el ámbito estatal como privado.

(17) GIUSTI, Gilberto. *El Arbitraje y el Poder Judicial, la intervención de las Cortes Judiciales en el arbitraje*. Ponencia presentada en el Latin American Forum of the IBA. Caracas, 2008.

(18) Confrontar BENETTI SALGAR, Julio. *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*. 2da. Edición. Bogotá: Temis, 2001.

gunas excepciones, la jurisprudencia colombiana ha sido un factor clave en el desarrollo del arbitraje en ese país, tanto por medio de las sentencias cada vez más numerosas con que se han resuelto demandas formuladas mediante la acción pública de inconstitucionalidad de diversas normas legales, como las proferidas con ocasión de los recursos de nulidad intentados contra los laudos arbitrales. Actualmente se discute un proyecto de reforma de la legislación arbitral.

No se puede decir lo mismo de Ecuador. A pesar de que una moderna Ley de Arbitraje y Mediación rige en el Ecuador desde el 4 de Septiembre de 1997, el arbitraje internacional pareciera estar atravesando un mal momento en dicho país. El 25 de febrero del 2005, se promulgó una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación en la que entre otras cosas, modifica los requisitos del arbitraje internacional estableciendo que el objeto de litigio debe referirse a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción, “y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad”.

Lo que pareciera ser más grave es que según ciertos artículos aprobados el 20 de mayo de 2008 por la Asamblea Constituyente que se lleva a cabo en dicho país, el Estado ecuatoriano no aceptará arbitrajes internacionales con particulares a menos que el arbitraje sea en Latinoamérica y a instancias arbitrales regionales, o verse sobre la deuda externa. En efecto, la Asam-

blea Constituyente aprobó siete artículos constitucionales que posiblemente constituirán el nuevo capítulo sobre política internacional de la nueva Carta Magna Ecuatoriana. Sin duda, el de mayor impacto es el séptimo que establece textualmente: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancia del arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica, por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y siguiendo los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”.

Por su parte, Venezuela cuenta con una base legislativa y hasta constitucional privilegiada. En efecto, Venezuela es parte de las Convenciones de NY, Panamá, del Convenio CIADI, y desde 1998 cuenta con una Ley de Arbitraje Comercial inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL, que no exige la reciprocidad ni el engorroso trámite de exequátur para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales⁽¹⁹⁾. Venezuela,

(19) En Venezuela, para que las sentencias judiciales extranjeras sean reconocidas y ejecutadas deben cumplir con el proceso de exequátur ante el Tribunal Supremo de Justicia, mientras que los laudos arbitrales internacionales son presentados directamente ante los tribunales ordinarios para su reconocimiento y ejecución. Establece textualmente el artículo 48 de la LAC que “tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequátur”. Conforme al artículo 49 de la LAC, los tribunales ordinarios sólo pueden denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo por causales taxativas similares a las previstas en la Convención de NY.

además de ser parte de más de 20 Tratados Bilaterales de Inversión en los que ofrece el arbitraje internacional como mecanismo para la resolución de las controversias con los inversionistas, también cuenta con un marco constitucional que promueve el desarrollo del arbitraje. En este sentido, establece la Constitución venezolana vigente en su artículo 258 que: “*La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos*”. En otras palabras, en la actualidad una ley venezolana que restrinja el uso del arbitraje, debería ser declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano.

Ahora bien, la tendencia jurisprudencial venezolana, claro está con algunas excepciones, ha sido la de impulsar el desarrollo del *arbitraje doméstico*. Así lo revelan numerosas sentencias y hasta recientes leyes. Al menos dos Centros de Arbitraje nacionales se han establecido desde 1998 con bastante éxito y reportan un aumento significativo de casos. Sin duda alguna, los arbitrajes domésticos son cada vez más comunes en el ámbito comercial venezolano.

Lamentablemente, el campo del arbitraje internacional, y especialmente cuando están empresas del Estado involucradas, la situación venezolana refleja un tratamiento distinto y una tendencia similar a la de Ecuador y Bolivia. A principios del año 2006 declaraciones, e incluso propagandas de televisión del Ministerio de Energía y Petróleo, indicaban que eliminar el arbitraje de los contratos

petroleros representaría un gran triunfo de la “revolución” y un rescate de la soberanía. Probablemente entiende dicho Ministerio, que el arbitraje implica una especie de renuncia al privilegio que debe tener la estatal petrolera venezolana PDVSA, de ser juzgada sólo por los tribunales de la República Bolivariana de Venezuela. Pareciera que esa percepción del Ministerio, aparece luego de que PDVSA y otras empresas del Estado venezolano sufrieran importantes derrotas en el campo del arbitraje internacional. Casualidad o no, también aparecen, luego de que varios inversionistas asomaron la posibilidad de acudir al arbitraje internacional para resolver ciertas situaciones que consideraban violatorias de sus derechos internacionales.

No obstante, tenemos la percepción de que, salvo algunas excepciones, la mayoría de los países latinoamericanos entiende hoy que sus empresas estatales también realizan proyectos y negocios en el exterior⁽²⁰⁾, de manera que la soberanía de ambas partes estaría salvaguardada si un órgano imparcial, y no los tribunales de uno de los Estados vinculados, es el que decide las eventuales controversias. La mayoría de los Estados latinoamericanos comprende que, precisamente, porque ninguna empresa se siente cómoda sometándose a los tribunales de la otra parte, es que el arbitraje internacional se ha convertido en el mecanismo por excelencia de resolución de conflictos en el comercio internacional. Y precisamente por ello, la generalidad de los países ha ratificado la Convención de NY.

(20) Un caso representativo fue el de las diferencias surgidas entre el Gobierno de Bolivia y la petrolera brasileña Petrobras, por la nacionalización decretada por el presidente Evo Morales.

3. ARBITRABILIDAD Y SU DISTINCIÓN CON EL ORDEN PÚBLICO

Ante todo, cabe advertir que los siguientes comentarios no están referidos a los complejos problemas que las nociones de arbitrabilidad y orden público pueden suscitar en el curso del proceso arbitral, y que pueden ocasionar la declinación de competencia del tribunal arbitral.⁽²¹⁾ Sólo están orientados a las problemáticas que plantean dichas causales ante la autoridad judicial en la que se solicita el reconocimiento o ejecución del laudo.

El numeral 2 del artículo V de la Convención de NY, distingue la arbitrabilidad y orden público como las dos únicas causales por las cuales se puede negar de *oficio* el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral si se comprueba:

- a) Que, según la ley del país en donde se pide el reconocimiento y ejecución, el objeto de la diferencia no sea susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia arbitral serían contrarios al orden público del país en donde se pide el reconocimiento y ejecución.

Como puede observarse, en ambos casos la ley aplicable para determinar la

arbitrabilidad, o si el reconocimiento o la ejecución de la sentencia arbitral serían contrarios al *orden público*, es la del país en donde se pide el correspondiente exequátur. De allí que, un laudo puede ser válido a la luz de la legislación aplicable al arbitraje o al acuerdo de arbitraje, y ser luego negado su reconocimiento y ejecución por razones de inarbitrabilidad conforme a la legislación del Estado ante el cual se solicita.

A menudo, y especialmente en la jurisprudencia Latinoamérica, la noción de arbitrabilidad y orden público van de la mano. Y es que, en *algunos* casos, la inarbitrabilidad responde a que la respectiva materia está relacionada con un asunto de orden público. A pesar de la estrecha vinculación, ambas nociones son distintas. Hay materias que algunos Estados excluyen del arbitraje, no por verdaderas razones de orden público, sino por simple política legislativa. Hay otras materias que no son arbitrables y que también son de orden público. Y finalmente, hay materias que son de orden público que son arbitrables, porque son susceptibles de transacción, y el eventual laudo que se dicte, sólo sería objeto de anulación si desconoce o viola ese orden público ⁽²²⁾.

De manera que, tal distinción entre arbitrabilidad y orden público en la Convención de NY no se produjo por azar, sino por convicción de sus redac-

⁽²¹⁾ El problema es complejo porque al menos tres distintos ordenamientos jurídicos podrían estar involucrados en determinar si una disputa es o no arbitrable, y no necesariamente aportan la misma conclusión. Todo ello como consecuencia de: i) la aplicación de la ley que gobierna al acuerdo de arbitraje (artículo II.1 de la Convención de NY), ii) la aplicación de la ley del lugar del arbitraje, (artículo V.1 (a) de la Convención de NY; y iii) la aplicación de la ley del lugar de la ejecución (Artículo V.2(a) de la Convención de NY. Confrontar REDFERN Alan and Martin, HUNTER. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Second Edition, 1991, p. 146. Asimismo, CRAIG W. Laurence, PARK William W., PAULSSON Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana, 2000. pp. 60 y siguientes.

⁽²²⁾ Ver infra Capítulo iv.a)

tores, al punto que durante su discusión se planteó la conveniencia de eliminar la causal de arbitrabilidad y referir todo el análisis a la violación del orden público, lo cual fue negado⁽²³⁾.

Por otra parte, cabe señalar que en el derecho comparado las nociones de arbitrabilidad y orden público, responden a dinámicas completamente inversas: mientras, por un lado, existe una corriente expansiva de la arbitrabilidad, existe simultáneamente otra corriente restrictiva o minimalista en materia de orden público⁽²⁴⁾.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derechos Mercantil Internacional (CNUDMI) en el Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 48 periodo de sesiones (NY 4 al 8 de Febrero de 2008), “mencionó la importancia de determinar el ámbito de la ‘arbitrabilidad’, estimándose que también debería darse prioridad a esta cuestión. Se estimó asimismo que correspondería al Grupo de Trabajo determinar si procedía dar una definición genérica de los tipos de controversias que cabría dirimir por arbitraje, complementándola tal vez con una lista ilustrativa de las mismas, o si sería preferible que se definieran en una disposición de rango legislativo las cuestiones o tipos de controversias que no cabría dirimir por la vía arbitral. Se sugirió que

tal vez fuera útil para los Estados que se estudiara la cuestión de la arbitrabilidad de las controversias concernientes a la propiedad inmobiliaria, a la competencia desleal y a la insolvencia. No obstante, se expresó cierto reparo al respecto dado que esa delimitación de las controversias dirimibles o no por arbitraje suscitaba cuestiones de orden público legal interno que eran notoriamente difíciles de definir en términos uniformes por lo que toda tentativa de facilitar una lista predefinida de materias susceptibles o no de arbitraje pudiera restringir innecesariamente los márgenes de cada Estado para responder a ciertas inquietudes de orden público de su derecho interno que tal vez evolucionaran con el tiempo”⁽²⁵⁾.

Al igual que ocurre en otras legislaciones del mundo, en Latinoamérica cabe hacer la distinción entre inarbitrabilidad subjetiva y la objetiva:

3.1. Arbitrabilidad subjetiva

Esta se presenta cuando no se permite someter al arbitraje una determinada controversia, por razón del carácter, naturaleza o calidad de las partes en conflicto. Normalmente, la inarbitrabilidad subjetiva existe respecto de los Estados o las entidades estatales o de derecho público, que en virtud de normas legales no se les permite acudir al arbitraje o se les permite bajo ciertas y estrictas

(23) Confrontar FOUCHARD, Ph; GAILLARD, E., y B. GOLDMAN. *Traté de l' arbitrage comercial internacional*. París: Litec. p. 1011, citado por CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Las Causales que pueden ser Declaradas de Oficio para Negar el Reconocimiento de un Laudo*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, Enero-Junio 2007, 6. p. 62.

(24) Confrontar GONZALES DE COSSIO, Francisco. *Orden Público y Arbitrabilidad: Dúo dinámico del arbitraje*. México, 2008. p. 15.

(25) http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

condiciones⁽²⁶⁾. Precisamente, en las legislaciones y jurisprudencias latinoamericanas, uno de los principales problemas de inarbitrabilidad gira en torno al arbitraje con entes públicos.

En ese sentido, Brasil promulgó una ley sobre el contrato de consorcio en el 2004. Esta normativa permite el uso del arbitraje para la resolución de los conflictos que puedan surgir de estos contratos, siempre y cuando la sede del arbitraje esté situada en ese país, se aplique su derecho interno y la lengua que se utilice en el procedimiento arbitral sea el portugués. El Tribunal Superior de Justicia de Brasil, con competencia en todo el territorio nacional, reconoció que las sociedades pertenecientes al Estado, ya sean empresas públicas o sociedades de economía mixta, efectivamente pueden someterse al arbitraje, sin que eso represente ninguna ofensa a la soberanía nacional o al orden público⁽²⁷⁾.

Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial venezolana (Artículo 4) se apartó en este sentido de la Ley Modelo UNCITRAL e introdujo una novedosa norma en la que establece que las empresas estatales para poder celebrar acuerdos de arbitraje,

deben contar con la autorización por escrito del Ministro de tutela de dicho organismo; la controversia debe ser resuelta por al menos tres árbitros, y el acuerdo debe indicar el tipo de arbitraje. Asimismo, según la Ley de la Procuraduría General de la República, el gobierno venezolano debe solicitar antes de celebrar acuerdos de arbitraje la opinión del Procurador General de la República⁽²⁸⁾.

Lamentablemente y contrariando los principios consagrados en la legislación venezolana, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en sentencia del 05 de abril de 2006, en un caso que involucraba a la principal televisora del Estado (caso VTV vs Eletrónica Industriale S.P.A.) anuló un laudo arbitral dictado en Venezuela por árbitros venezolanos, conforme a las reglas de la CCI, destacándose “*especiales razones de orden constitucional*” y “*que en los contratos donde existe una finalidad pública no pueden ser objeto de arbitraje*”. Como puede observarse, esta sentencia anula el laudo tanto por razones de orden público (orden constitucional) como por inarbitrabilidad (finalidad pública), a pesar de que no existe en el

(26) Confrontar CARDENAS MEJIA Juan Pablo. *Las causales que pueden ser declaradas de oficio para negar el reconocimiento de un laudo*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, enero-junio 2007. Número 6. pp. 63 y 64.

(27) Recurso Especial número 606.345/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, juzgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça em 17.5.2007. GIUSTI Gilberto. *El Arbitraje y el Poder Judicial, la intervención de las Cortes Judiciales en el arbitraje*, ponencia presentada en el Latin American Forum of the IBA, Caracas, 2008.

(28) Confrontar Decreto 1.556 del 13 de noviembre de 2001. Gaceta Oficial 5.554 Extraordinario.

Artículo 12. “Los contratos a ser suscritos por la República que establezcan cláusulas de arbitraje, tanto nacional como internacional, deben ser sometidos a la opinión previa y expresa de la Procuraduría General de la República”.

Artículo 13. “A los fines previstos en el artículo anterior, las máximas autoridades de los órganos del Poder Público Nacional, deben remitir a la Procuraduría General de la República los proyectos de contratos a suscribirse, conjuntamente con sus soportes y la opinión de la respectiva Consultoría Jurídica, la cual debe hacer pronunciamiento expreso, de ser el caso, sobre la procedencia de las cláusulas de arbitraje nacional e internacional”.

ordenamiento jurídico venezolano norma alguna que contemple semejante prohibición.

En el caso de Colombia, y según reseña la doctrina colombiana, la Ley 315 limitó a las entidades públicas la posibilidad de pactar arbitraje internacional, autorizándolo sólo en los convenios que requieren financiación. Por tanto, a las entidades públicas colombianas en los demás casos, no les está permitido acudir al arbitraje internacional⁽²⁹⁾.

Desde un punto de vista conceptual, se podría plantear si en estos casos se trata en realidad de un problema de *capacidad* para suscribir el pacto arbitral (Numeral 1(a) del Artículo V de la Convención de NY) o de *arbitrabilidad* (Numeral 2 (a) del artículo V de la Convención de NY). Y es que esta distinción podría tener importantes efectos, ya que la capacidad se determina conforme a la ley personal, mientras que la arbitrabilidad se determina conforme a las normas del Estado en donde se pretende el reconocimiento y ejecución del laudo. En cualquier caso, la doctrina moderna se orienta en el sentido de considerar que “desde el punto de vista internacional no es posible aceptar que el Estado, que tiene la capacidad de administrar los asuntos públicos, se encuentre en una situación de incapacidad. En efecto, conceptualmente la incapacidad corresponde más bien al hecho de que es necesario proteger a una perso-

na porque carece de la posibilidad de formar adecuadamente su consentimiento o de la experiencia y ponderación para hacerlo”⁽³⁰⁾. De allí que se ha arraigado el principio internacional relativo a que los Estados o las entidades públicas pueden someter al arbitraje las controversias en las cuales son parte, sin que puedan luego invocar las limitaciones (de capacidad o de arbitrabilidad) de su propio derecho interno que, se supone, deberían conocer mejor que los particulares o inversionistas⁽³¹⁾.

3.2. Arbitrabilidad objetiva

Se da cuando el conflicto en sí mismo no es susceptible de ser sometido a arbitraje. En definitiva, se circunscribe a las materias que el legislador ha querido reservar a los jueces estatales. Las soluciones tradicionales en el Derecho Comparado hacen referencia a que son arbitrables las controversias transigibles, como es el caso de la ley colombiana, ecuatoriana o venezolana⁽³²⁾; o aquellos asuntos patrimoniales en los cuales las partes tienen poder de disposición, como es el caso de la legislación brasilera⁽³³⁾.

Concretamente, la Ley de Arbitraje Comercial venezolana exceptúa las controversias:

- a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad

(29) CARDENAS MEJÍA. *Op. cit.*, p. 77.

(30) *Ibidem*. p. 64.

(31) Para un análisis de la arbitrabilidad subjetiva en Francia, ver SILVA ROMERO Eduardo. *Crónica sobre jurisprudencia en materia de arbitraje*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Número 3, Julio-Diciembre 2005, quien en conclusión señala que el tratamiento a la arbitrabilidad subjetiva es mucho más claro en América Latina que en Francia.

(32) Así como de la legislación belga e italiana.

(33) También es el caso de la Ley española y francesa.

- civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
 - c) Que versen sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
 - d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y
 - e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

Aparte de la propia Constitución de 1999, la Ley de Arbitraje Comercial, la Ley de Derecho Internacional Privado y el Código de Procedimiento Civil, existen diversas leyes venezolanas que establecen expresamente la posibilidad de acudir al arbitraje o lo regulan de manera especial, aunque a veces, inadecuadamente. A saber: i) Ley Orgánica de Hidrocarburos; ii) Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos; iii) Ley de Minas; iv) Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; v) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; vi) Ley de Concesiones; vii) Estatuto Orgánico del Desa-

rollo de Guayana; viii) Ley de Promoción y Protección de Inversiones; ix) Código Orgánico Tributario; x) Ley sobre el Derecho de Autor; xi) Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; xii) Ley de Protección al Consumidor y al Usuario; xiii) Ley de Reforma Agraria, xiv) Ley Orgánica del Trabajo, Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y xv) el Código de Comercio en materia de quiebra.

A pesar de la claridad de la norma sobre arbitrabilidad establecida en de la Ley de Arbitraje Comercial, y de la corriente legislativa moderna, la jurisprudencia venezolana ha cuestionado la posibilidad de arbitraje en materia de arrendamientos inmobiliarios, y cierta doctrina y jurisprudencia también han planteado dudas en cuanto a la posibilidad de arbitraje institucional en materia laboral o contratos individuales de trabajo. Sin embargo, en lo que respecta a la materia arrendaticia, los confusos razonamientos expuestos por el máximo tribunal venezolano, más que estar referidos a la inarbitrabilidad objetiva, se sustentaron en razones de *orden público* que comentaremos más adelante, por lo que sólo en este espacio nos limitaremos a analizar lo relativo a la materia laboral.

Tal y como sostiene un sector de la doctrina venezolana, ni la legislación laboral, ni alguna otra, establece limitaciones que impidan el arbitraje en Venezuela en materia laboral⁽³⁴⁾. Por el contrario, se admite y con carácter forzoso en los conflictos colectivos del trabajo, y a

(34) VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Apuntamientos de Derecho Colectivo de Trabajo: Negociaciones y Conflictos*. Caracas, 1995. pp 67 - 70. HUNG VAILLANT, Francisco. *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*. Caracas, 2001. pp. 96 y siguientes. Asimismo, MEZGRAVIS, Andrés A. *La promoción del arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia*. En: *Revista de Derecho Constitucional* 5, julio-diciembre 2001. pp. 141 y siguientes.

partir del 2002 se regula expresamente en los conflictos laborales individuales cuando las partes, ya en juicio laboral, se lo solicitan al Juez⁽³⁵⁾.

El sector de la Doctrina venezolana que ha rechazado la figura del arbitraje en materia laboral, lo hace argumentando que la transacción sólo es factible en dicho campo, una vez terminada la relación laboral y formulada la pretensión por el trabajador de los derechos laborales que afirma le corresponden; y por ende, sólo en dicho momento, y no antes, es que resulta factible el acuerdo arbitral⁽³⁶⁾.

En nuestro criterio, si bien es cierto que la transacción sólo es factible en el campo laboral una vez terminada la relación laboral y luego de que el trabajador haya reclamado los derechos laborales que a su juicio le corresponden, no hay que confundir arbitraje con acuerdo arbitral, ni los efectos de éste con los que resultan aplicables a la transacción. En efecto, la cláusula arbitral es anterior al arbitraje propiamente dicho y no supone renuncia a derecho alguno. La cláusula arbitral, contrariamente a lo que pudieran pensar algunos, implica el ejercicio de un derecho reconocido en la Constitución venezolana; el de escoger voluntariamente una vía expedita consagrada en el sistema de justicia para solucionar una eventual controversia. Es importante tener claro que cuando las partes renuncian a través del acuerdo de arbitraje a hacer valer sus pretensiones ante la justicia ordinaria, no están renunciando a un derecho (acceso a la justicia), simplemente se están compro-

metiendo a ejercerlo a través de otra vía distinta, igualmente legítima y efectiva.

El arbitraje, por su parte, configuraría la materialización de la reclamación de los derechos que se alegan tener, a través de un proceso que surgiría luego de terminada la relación laboral. De manera que, bien a través de la celebración de una cláusula arbitral, o bien con la realización de un arbitraje propiamente dicho, se cumplirían en principio todos los extremos exigidos por la legislación laboral venezolana vigente. Sin embargo, en una sentencia del 19-2-02, publicada antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁽³⁷⁾, (caso *Texeira de Miguel vs. Shell Venezuela Productos C.A.*), la Sala Política Administrativa, con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, da un nuevo golpe al arbitraje al establecer:

“(...) la Sala como promotora de los medios alternativos de conflictos atendiendo a lo dispuesto en el artículo 258 de nuestra Carta Magna que revela el interés del constituyente en promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de una controversia, ha reconocido el que se pueda alegar la existencia de un compromiso arbitral, como una razón para que la parte interesada solicite que el tribunal declare su falta de jurisdicción para conocer la causa, pudiendo ser satisfecho su planteamiento, de acuerdo a

(35) Artículo 138 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

(36) Confrontar MATTHIES Roland. *Arbitrariedad y arbitraje*. Caracas: OT. editores, 1996, p. 134.

(37) Confrontar Gaceta Oficial Número 37.50 del 13 de Agosto de 2002.

su carácter, cuando, el asunto se pueda resolver por dicha vía.

(...) Atendiendo a la pretensión procesal del demandante, debe determinarse si la misma puede ser satisfecha, como afirman las partes solicitantes de la regulación de jurisdicción, a través de un tribunal arbitral siguiendo el procedimiento establecido en el Reglamento del Centro de Conciliación y de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, según lo indicado en la cláusula vigésima segunda del contrato de operación.

Al respecto, observa la Sala que quienes alegan la falta de jurisdicción pretenden que la controversia sea resuelta a través del arbitraje comercial, el cual ha sido creado con el fin de resolver conflictos en los cuales se discutan derechos de naturaleza comercial, mercantil o industrial; por lo que al estar la parte accionante argumentando la existencia de un vínculo laboral con las sociedades mercantiles demandadas, manifestando que se ha querido simular otro tipo de relación, son los tribunales laborales los llamados a verificar si en efecto entre el demandante y las sociedades mercantiles accionadas, existe o existió un vínculo laboral que genere como consecuencia la serie de pasivos laborales que él demanda.

Conforme a lo expuesto, considera esta Sala que la pretensión procesal del demandante no puede ser resuelta por un tribunal arbitral que se rija por las regulaciones de la Cámara de Comercio de Caracas, ya que son los tribunales del trabajo, conforme lo dispone el artículo 1° del

la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo, los que deben determinar si el asunto contencioso cuyo conocimiento le ha sido sometido por el demandante, quien lo ha calificado como de naturaleza laboral, responde a tal carácter. Así se decide”.

Como puede observarse, el primer argumento del Tribunal Supremo venezolano para objetar la validez del acuerdo arbitral, es que éste contempla que el procedimiento a seguir es el establecido en el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, lo cual a juicio de la Sala implica un arbitraje comercial. Siendo así, considera que por estar la parte actora argumentando la existencia de un vínculo laboral, dicho arbitraje institucional no es apto para verificar si en efecto existe o no dicho vínculo. Nótese que la Sala no dice que en materia laboral no sea factible el arbitraje. Se limita simplemente a señalar que el acuerdo de arbitraje es de naturaleza comercial, por el simple hecho de remitir el acuerdo de arbitraje al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas.

Pensamos que la Sala está en lo cierto cuando afirma que dicho asunto no corresponde a un arbitraje de naturaleza comercial. Ciertamente pensamos que en la actualidad el arbitraje laboral en Venezuela que se solicita *iniciado* el juicio laboral está regulado por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y por el Código de Procedimiento Civil (CPC), y no por la Ley de Arbitraje Comercial. No obstante, olvida la Sala que conforme al CPC las partes pueden indicar *a los árbitros* las formas y reglas de procedimiento⁽³⁸⁾. Lo que

(38) Confrontar Parágrafo primero del artículo 618 del CPC.

no pueden las partes en Venezuela es indicarle *al Juez* que está en conocimiento de un juicio laboral, otras normas de procedimiento distintas a las previstas en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. De manera que, aun tratándose de un arbitraje civil o laboral, las partes, *antes* de iniciar un juicio laboral, podrían perfectamente convenir en aplicar las reglas contenidas en un determinado reglamento, independientemente de que éste pertenezca a una Cámara de Comercio. Dicha indicación, en modo alguno, transforma o altera la naturaleza de la controversia⁽³⁹⁾. De allí, que en nuestra opinión, resulta factible el arbitraje institucional en materia laboral.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha aceptado la posibilidad de acudir al arbitraje en materia laboral⁽⁴⁰⁾.

4. ORDEN PÚBLICO Y SUS DIFERENTES NOCIONES

La doctrina mayoritaria coincide en limitar la noción de orden público a los principios fundamentales atinentes a la *justicia y la moral*⁽⁴¹⁾, o a los intereses esenciales del Estado requeridos en materia política, social y económica. Dichos principios e intereses esenciales no pueden ser violados por la sentencia arbitral,

sea por el procedimiento según el cual la última fue dictada, sea por su contenido sustantivo.

La Resolución 2/2002 adoptada por la Asociación de Derecho Internacional durante su LXX Conferencia Bienal celebrada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de abril de 2002, contribuye con sus recomendaciones a despejar algunas dudas sobre lo que debe interpretarse como “orden público” como causal para denegar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales de carácter internacional.

En el precitado informe, la Asociación de Derecho Internacional señaló que el orden público internacional de cualquier Estado puede tener un triple origen:

- (i) El primer origen está relacionado con los *principios fundamentales*, relativos a justicia y moralidad, que el Estado desee proteger aun cuando no le atañan directamente, y estos principios fundamentales pueden ser tanto sustantivos como procesales.
- (ii) En segundo lugar, se mencionan las normas diseñadas para servir a los intereses políticos, sociales o económicos fundamentales del Estado, siendo éstas conocidas como “*lois de police*”, como sería el caso de las Leyes antimonopolios, y

⁽³⁹⁾ Cabe advertir que las normas contenidas en los Reglamentos de los distintos centros de arbitraje, aunque pueden tener efecto de ley entre las partes y frente al árbitro, no son en realidad leyes en sentido formal, y por ende, no tienen nacionalidad ni se circunscriben en principio a una jurisdicción o materia determinada.

⁽⁴⁰⁾ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-330, 22/03/2000. Cita por CARDENAS MEJÍA. *Op. cit.* p. 79. Para un estudio general sobre los problemas de arbitralidad ver BERNARDINI PIERO. *The Problem of Arbitrability in General. Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. Edited by GAILLARD, Emmanuel and DOMENICO DI PIETRO. Cameron May, 2008.

⁽⁴¹⁾ O de “*natural justice*” como se le denomina en la jurisprudencia anglosajona. La jurisprudencia más citada en este sentido es la del juez Joseph Smith en el caso *Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc., v Societé Générale de l'Industrie du Papier Rakta and Bank of America* (1974).

(iii) Finalmente, está el deber del Estado de respetar sus obligaciones con otros Estados u organizaciones internacionales, como por ejemplo sería el caso de una resolución de las Naciones Unidas⁽⁴²⁾.

Se señala en el referido informe, que las normas que prohíben la corrupción, pertenecen a más de una categoría⁽⁴³⁾.

Al discutirse en el seno de la CNUDMI (UNCITRAL) la redacción de los artículos 34 (2)(b)(ii) y 36 (1)(b)(2) de la Ley Modelo, algunos de sus autores sugirieron que se excluyera la expresión “orden público” por ser demasiado vaga y no constituir una causal justificada. Al examinar dicho concepto previsto en la Convención de NY, quedó entendido que éste no equivalía a la posición política o a la política internacional de un Estado, sino que abarcaba los conceptos y principios fundamentales de justicia. Se señaló que en algunos ordenamientos de tradición anglosajona, ese término podría ser interpretado en el sentido de no incluir los principios de justicia procesal.

Sin embargo, la Comisión estuvo de acuerdo en que debía conservarse ese apartado, ya que todos los sistemas de tradición de “derecho civil” están inspirados en el concepto francés de “ordre public”, en el que se consideran contenidos los principios de justicia procesal; igualmen-

te que su inserción en muchos tratados abarca los principios de legislación y justicia, tanto sustantivos como de procedimiento. Finalmente, en el Reporte de la Comisión “se entendió que el término ‘orden público’, el cual es usado en la Convención de Nueva Cork de 1958 y en otros tratados, cubre principios fundamentales de derecho y justicia, tanto en materias sustantivas como procesales”.

Aclara el informe final de la Asociación de Derecho Internacional, que la “expresión ‘orden público internacional’ se usa en estas Recomendaciones para indicar el conjunto de principios y reglas reconocidas por un determinado Estado, que por su naturaleza podrían impedir el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral dictado en el contexto del arbitraje comercial internacional, cuando el reconocimiento o la ejecución de dicho laudo pudiera implicar su violación, en razón ya fuese del procedimiento conforme al cual se dictó –orden público internacional procesal– o de su contenido –orden público internacional sustantivo–”⁽⁴⁴⁾.

4.1. Orden Público interno v. Orden Público internacional

Ante todo, es importante resaltar que una cosa es la denegación del reconocimiento o ejecución de aquellos laudos que afecten o sean contrarios al orden público,

⁽⁴²⁾ Recomendación 1 (d) y 1 (e). El texto original puede consultarse en www.ila-hq.org Para un análisis de este informe ver MAYER, Pierre y Audley SHEPARD. *Informe final de la Asociación de Derecho Internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales*. En: Revista Internacional de Arbitraje, junio-diciembre de 2004, 1. p. 220.

⁽⁴³⁾ Ver recomendación 1(e) del informe final.

⁽⁴⁴⁾ MAYER y SHEPARD. *Op. cit.* p. 217. Para un reciente estudio del tema del orden público ver HANOTIAU Bernard y Olivier, CAPRASSE. *Public Policy in International Arbitration*. Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice. Edited by GAILLARD and DI PIETRO. Cameron May, 2008. pp. 787 y siguientes.

y otra, es la posibilidad de someter a arbitraje materias, en las que si bien pudiera estar interesado el orden público, pueden ser objeto de transacción y por ende de arbitraje. En este sentido, “la jurisprudencia francesa ha ido liberalizando la intocable cuestión del orden público, y en L’Arret de la Cour de Cassation de 17 de abril de 1974, y otros posteriores de 22 de marzo de 1983 y 31 de junio de 1986, han declarado que no es nulo el acuerdo arbitral o laudo que tenga por objeto una controversia que se refiera al orden público, sino cuando el orden público haya sido directamente violado”⁽⁴⁵⁾.

Al analizar las dos acepciones del concepto de orden público (interno e internacional), tenemos que, por una parte, atendiendo al Derecho positivo interno, el orden público es, como acertadamente ha escrito el jurista español Martín Retortillo, un límite impreciso y creciente al ejercicio de los derechos, que cuando se aplica a la esfera del Derecho administrativo, funciona como un instrumento del poder para limitar el ejercicio de los derechos. Por otro lado, en el Derecho privado internacional, el concepto de orden público se maneja dentro del complejo sistema del conflicto de leyes. No obstante, muchas críticas se han hecho en cuan-

to a que el *orden público internacional* sólo tiene en realidad de “internacional” su adjetivo, pues sólo está relacionado con el rigor o amplitud con que se aplica el propio derecho interno o nacional⁽⁴⁶⁾.

Algunos autores hablan de un paralelismo entre las dos clases del orden público. Esta idea para el recordado jurista venezolano Herrera Mendoza no es exacta: “no se trata de dos conceptos distintos: hay entre ellos la relación de continente a contenido. El llamado ‘orden público internacional’ sólo es una parte del orden público interno; su parte más enérgica, más enfática, más rigurosa”. Asimismo, enseña este notable jurista venezolano que, “no basta que la ley extranjera sea distinta del precepto propio de orden público; es preciso que sea adversa, incompatible”⁽⁴⁷⁾.

Afortunadamente en esta materia la legislación venezolana ha dado importantes pasos siguiendo la más avanzada corriente del Derecho Comparado. Primero, con la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana (1998) y luego con la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana (1999), que es la normativa vigente sobre la materia. Ambos textos legales, a diferencia de lo establecido en el derogado

(45) Confrontar CHILLÓN MEDINA, José y José MERINO MERCHAN. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Segunda Edición, 1991. p. 189. Asimismo, CÁRDENAS MEJÍA. *Op. cit.* pp. 67 y siguientes, quien además de fundamentarse en la doctrina de FOUCHARD, GAILLARD y GODLMAN, hace una recopilación de la jurisprudencia francesa y suiza sobre este tema.

(46) Para un análisis del caos terminológico que ha generado el concepto de orden público, ver MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Orden Público y Arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR. En: *Lima Arbitration*, 2, 2007, disponible en Internet: http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf

(47) HERRERA MENDOZA, LORENZO. *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y otros temas conexos*. Caracas: El Cojo, 1960. p. 36. En este mismo sentido: SANCHEZ-COVISA. *Orden público internacional y divorcio vincular*. p. 445. En: *Obra jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*. Para un concepto de orden público por parte de la jurisprudencia venezolana ver Sent. del 29/9/99, SCC, (Caso Club Oricao). Asimismo, Sent. del 23-09-99, SPA (Caso exequátur Armando José Duran).

artículo 2 del Código de Procedimiento Civil Venezolano (1987)⁽⁴⁸⁾, ya no se refieren a la imposibilidad de arbitraje, denegación de laudos arbitrales o prohibición de la derogación de la jurisdicción en materias que interesen al orden público. Ahora es necesario que dichas materias sean contrarias al orden público o afecten principios esenciales de éste⁽⁴⁹⁾.

Cabe destacar que en materia de eficacia de las *sentencias* (judiciales) extranjeras la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana *elimina*, como causal para la denegación del exequátur la tradicional causal de *orden público internacional sustantivo* que de inmediato comentaremos.

4.2. Orden Público internacional sustantivo

En la aludida Resolución 2/2002 adoptada por la Asociación de Derecho Internacional, el Comité recomienda que

el criterio para denegar la ejecución de laudos arbitrales internacionales sea el del “orden público internacional”, el cual incluye tanto violaciones a principios fundamentales sustantivos como procesales del ordenamiento jurídico en que se pretende reconocer o ejecutar el laudo arbitral. Como ejemplo de orden público internacional sustantivo se señalan:

- a) El principio del no abuso de los derechos.
- b) El principio de la buena fe.
- c) El principio de la fuerza obligatoria del contrato.
- d) La prohibición de discriminación y expropiación sin indemnización.
- e) La prohibición de actividades contrarias a las buenas costumbres, como la proscripción de la piratería, el terrorismo, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, el tráfico de drogas y la pedofilia⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ Establece textualmente el artículo 2 del CPC: “La jurisdicción venezolana no puede derogarse convencionalmente en favor de una jurisdicción extranjera, ni de árbitros que resuelvan en el exterior cuando se trate de controversias sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República o sobre materias que interesen al orden público o a las buenas costumbres. En todos los demás casos, se aplicarán los Tratados y Convenciones Internacionales suscritos por Venezuela”.

⁽⁴⁹⁾ El literal a, del artículo 3 de la LAC exceptúa el arbitraje en materias que: “a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme (...)”. Asimismo, el artículo 44, literal f, *eiusdem*, establece que: “la nulidad del laudo se podrá declarar: cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público”. Igualmente, el artículo 49 de la LAC establece que: “sólo el reconocimiento o ejecución se podrá denegar (...) Cuando el tribunal ante el cual se plantea el reconocimiento o la ejecución del laudo compruebe que según la ley (...) la materia sobre la cual versa es contraria al orden público”. Por su parte, establece el artículo 47 de la LDIP: “La jurisdicción que corresponde a los Tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de Tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano”.

⁽⁵⁰⁾ Confrontar Informe Provisional del Comité presentado en la Conferencia de Londres en junio de 2000. Disponible en www.ila-hg-org Report of the Sixty-ninth conference, London. Asimismo, ver MAYER y SHEPARD. *Op. cit.* p. 221.

En fin, el orden público internacional sustantivo se refiere a que la sentencia extranjera o laudo internacional, no contenga declaraciones que vulneren *principios fundamentales* del ordenamiento jurídico *sustantivo* (no procesal) del Estado en que se solicita el exequátur.

Tradicionalmente, en Venezuela se había incluido, entre los requisitos del exequátur, la no violación del *orden público internacional sustantivo*. Así estaba establecido en el artículo 851, ordinal 6° del Código de Procedimiento Civil (1987), y en la vigente Ley de Arbitraje Comercial de 1998 también se contempló para el laudo. Sin embargo, la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana que entró en vigencia en 1999, derogó expresamente dicho artículo 851 del Código de Procedimiento Civil y eliminó, léase bien, el requisito del *orden público sustantivo* de vasta y reiterada tradición⁽⁵¹⁾. En cambio, sí mantuvo ciertos requisitos relativos al *orden público internacional procesal* que más adelante comentaremos.

Como quiera que la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana estableció que, salvo lo dispuesto en el artículo 47 relativo a la derogatoria convencional de jurisdicción, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia, se plantea entonces la duda de si la eliminación del requisito del *orden público sustantivo* puede ser extendido a los laudos arbitrales. Por nuestra parte, nos inclinamos por una respuesta afirmativa,

puesto que tratándose de una materia comercial y esencialmente disponible, no hay razones para que los laudos arbitrales comerciales extranjeros sean objeto de una regulación más rígida que aquella que se le da a las sentencias judiciales extranjeras que pueden versar sobre materias que no admiten transacción. Además, en atención a lo dispuesto en el artículo VII de la Convención de NY, las *normas más favorables* deberían ser las aplicables en esta materia.

4.3. Orden Público internacional procesal

En términos generales, el *orden público internacional procesal* está relacionado con las garantías fundamentales procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa y un juicio imparcial. En este sentido, se ha señalado que debe negarse la ejecución de un laudo cuando éste es producto de corrupción, soborno, fraude o casos similares⁽⁵²⁾.

Otros ejemplos de principios fundamentales en materia procesal que citan tanto la doctrina como jurisprudencia internacional son:

- a) Los principios de justicia natural que incluye el derecho a: (i) recibir una notificación debida y adecuada; (ii) una oportunidad razonable de defensa; (iii) igualdad entre las partes, y (iv) un juicio justo ante un tribunal imparcial.
- b) El respeto de la cosa juzgada en la jurisdicción de ejecución⁽⁵³⁾.

(51) Confrontar DE MAEKELT, Tatiana. *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado, tres años de su vigencia*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002. pp. 124 y 125.

(52) Así se señaló en el Reporte de la Comisión CNUDMI relativo a la Ley Modelo UNCITRAL.

(53) Confrontar MAYER Pierre y SHEPARD Audley. *Op. cit.*, p. 222.

El Convenio CIADI, que como antes mencionamos, no contempla el orden público como causal para la denegación del reconocimiento o ejecución del laudo, sí contempla causales vinculadas al *orden público procesal*⁽⁵⁴⁾, para determinar la nulidad o suspensión del laudo.

5. AVANCES LEGISLATIVOS Y RETROCESOS JURISPRUDENCIALES

A pesar de los importantes y modernos avances legislativos que como antes indicamos realizó Venezuela en los últimos años, su jurisprudencia ha ido en sentido contrario. Desde el año 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha venido sosteniendo que los laudos arbitrales internacionales, incluso los del CIADI, se harían *inejecutables* cuando violaran la Constitución. En criterio del Tribunal Supremo ello involucraría “*la independencia y soberanía de la nación*”. Esta cuestión, salvo el

tono hostil hacia el arbitraje, en realidad está en armonía con lo que establecen la Convención de NY y Panamá sobre orden público. Lo que sí es motivo de alarma son otras jurisprudencias que ha dictado el máximo tribunal venezolano en la última década. En este sentido, la más criticable de todas es la del 5 de abril de 2006, caso *VTV v Eletrónica Industriale S.P.A*, que, como antes indicamos, anuló un laudo arbitral dictado en Venezuela por árbitros venezolanos, conforme a las reglas de la CCI, fundamentándose tanto en “*especiales razones de orden constitucional*” (orden público), como en otras relativas a una supuesta inarbitrabilidad que ya antes comentamos⁽⁵⁶⁾.

Asimismo, en una anterior sentencia, referida a un arbitraje doméstico, el máximo tribunal venezolano mezcló razones de orden público interno con la arbitrabilidad al declarar (Caso La Media Manzana, Sent., del 11-2-01) improcedente el arbitraje en materia de arrendamiento inmobiliario⁽⁵⁶⁾.

(54) Como que el tribunal arbitral no estuvo debidamente constituido, o se violó una regla fundamental de procedimiento, o hubo corrupción por parte de algún miembro del tribunal. Confrontar Regla de Arbitraje 50, (c), iii), del Convenio CIADI.

(55) Ver supra Arbitrabilidad subjetiva, Capítulo III a).

(56) MEZGRAVIS. *Op. cit.* p. 140. La sentencia, además de ser un tanto confusa al no establecer con claridad si se refiere a todo tipo de arbitraje (incluyendo el de derecho e internacional) o sólo al arbitraje de equidad doméstico, no analiza el punto de si en dicha materia cabe o no transacción. Se limita a establecer que por estar involucrado el orden público no es válido el acuerdo de arbitraje de equidad en el que el árbitro puede dirimir el conflicto con entera libertad, sin tener que observar las disposiciones de Derecho. No considera la Sala que al tratarse de derechos disponibles, el árbitro, e incluso el Juez, (artículo 13 del CPC), pueden decidir el fondo de la causa con arreglo a la equidad. El hecho de que una Ley contenga disposiciones de orden público no impide que esa misma Ley contenga otras disposiciones relativas a derechos disponibles. Más aún, tal y como antes apuntamos, lo relevante no es que el asunto se refiera a una materia en la que esté interesado el orden público, lo importante es que ese asunto (acuerdo de arbitraje o el propio laudo arbitral) no resulte contrario a ese orden público. El árbitro al igual que el juez no sólo puede, sino que debe, observar una disposición imperativa o de orden público. Lo que no puede hacer ni el árbitro ni el juez, es dejar de aplicar o relajar dicha disposición legal. Si la materia es susceptible de transacción, independientemente de que en ella esté interesado el orden público, entonces también será susceptible de arbitraje. Es claro que una demanda por resolución de contrato o cobro de cánones de arrendamiento vencidos de un inmueble, no afecta principios esenciales ni es contraria en forma alguna al orden público, y si las partes pueden celebrar una transacción en tales eventos, es porque sencillamente se trata de una materia que es disponible. Sin perjuicio de lo anterior, llama poderosamente la atención el hecho de que la

Por otra parte, el 14 de febrero de 2006, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela dictó otra lamentable sentencia al declarar (*caso Haagendaz International v. Corporación Todosabor*), que los tribunales venezolanos tienen competencia para conocer recursos de amparo contra laudos extranjeros.

Afortunadamente, la Presidente de la propia Sala Constitucional salvó su voto y acertadamente señaló que *no se trataba de una verdadera “oposición” a la ejecución del laudo sobre bienes ubicados en Venezuela; sino más bien, de un “amparo constitucional” que busca –veladamente– la “nulidad” del laudo arbitral. En virtud de que dicho laudo fue dictado en la ciudad de Miami, USA, conforme a las reglas de la AAA, la nulidad por ende no podía ser conocida por el foro venezolano.*

Colombia, a pesar de tener una legislación menos moderna que la venezolana, nos parece que ha tenido, sin embargo, un mejor desarrollo jurisprudencial, aunque también con algunas contradicciones y retrocesos. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de este país ha establecido:

“La noción de orden público, por lo tanto, solo debe usarse para evitar

que una sentencia o ley extranjera tenga que ser acogida cuando contradice principios fundamentales. Por esto la doctrina ha enseñado que ‘no existe inconveniente para un país en aplicar leyes extranjeras que, aunque difieran de sus propias leyes, no chocan con los principios básicos de sus instituciones. Sin embargo, cuando una ley extranjera o la sentencia que la aplica se basan en principios no solo diferentes, sino contrarios a las instituciones fundamentales del país en que aquellas pretenden aplicarse, los jueces del Estado pueden, excepcionalmente, negarse a aplicar la ley o el fallo extranjero que se aparta de esa comunidad de principios’⁽⁵⁷⁾.

Sin embargo, el caso Termorío, es un caso emblemático y duramente criticado por la doctrina. En su decisión, y según reporta la doctrina, el Consejo de Estado colombiano hizo una amalgama entre proceso arbitral, proceso judicial, función pública de administrar justicia y orden público, para concluir que las partes no podían derogar el procedimiento previsto en el Decreto 2279 de 1989, porque consagraba normas de orden público⁽⁵⁸⁾.

Sala elabora la referida tesis argumentando que lo hace para salvaguardar “los derechos de los arrendatarios”, cuando en realidad, en el caso sentenciado, es precisamente el propio arrendatario quien intentó hacer valer el acuerdo arbitral. Paradójicamente se le cercena al arrendatario su derecho de someter la controversia a arbitraje y se le da la razón al arrendador, quien luego de haber suscrito tal acuerdo arbitral, niega su eficacia.

(57) Corte Suprema de Justicia de Colombia, S. Civil, Sent. 11001-0203-000-2001-0190-01, 6/08/2004. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Confrontar CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Las Causales que pueden ser Declaradas de Oficio para Negar el Reconocimiento de un Laudo*. En: Revista Internacional de Arbitraje, enero-junio 2007, 6. p. 86.

(58) Así lo indica MANTILLA SERRANO, Fernando. *Termorío: un duro golpe al arbitraje*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, 1. p. 201. Un resumen de este célebre caso es el siguiente: La demandada, Electricadora del Atlántico S.A. E.S.P. (Electranta), era una sociedad controlada por el Estado colombiano.

6. EL ORDEN PÚBLICO UNA CAUSAL IMPRECISA E INCONVENIENTE EN MATERIA DE EFICACIA DE LOS LAUDOS

Los intentos por precisar el contenido del “orden público” y el “orden público internacional” no han logrado una definición precisa y uniforme, puesto que en definitiva el concepto está relacionado, no con el orden público común a la generalidad de los Estados (orden público transnacional), sino con los principios esenciales de orden público de cada Estado individualmente considerado, que en caso de violarse impedirían invocar los efectos de un laudo internacional⁽⁵⁹⁾. Similar situa-

ción ocurre con la arbitrabilidad, pues, los esfuerzos no se han concentrado en precisar el contenido de una “arbitrabilidad transnacional”, o en circunscribirla a la *lex fori*, sino en persuadir a las autoridades del Estado en que se solicita el reconocimiento o ejecución del laudo de que el tema de la inarbitrabilidad debe ser interpretado de manera restrictiva⁽⁶⁰⁾. Por las circunstancias antes indicadas, nos luce que es una tarea notoriamente difícil, por no decir imposible, definir en términos uniformes un concepto de orden público y de arbitrabilidad.

Si bien es cierto que estudios recientes demuestran que la mayoría de los tri-

La actora, Termorío S.A. E.S.P. (Termorío), y Electranta habían celebrado en junio de 1997 un contrato en virtud del cual Termorío se comprometió a generar electricidad y Electranta a comprarla por un lapso de 20 años. El contrato contenía una cláusula en virtud de la cual cualquier controversia sería resuelta por arbitraje a realizarse en Colombia bajo las reglas de la CCI. En marzo de 1998 Colombia anunció un plan de privatización y creó una nueva sociedad –ElectroCaribe– a la que transfirió todos los activos de Electranta, pero no las obligaciones derivadas del acuerdo celebrado con Termorío. Electranta, entonces, continuaba obligada a adquirir la electricidad generada por Termorío, pero, como consecuencia de la transferencia de activos realizada, carecía de recursos y en consecuencia incumplió el contrato. El proyecto finalmente fue abandonado y la planta generadora de electricidad no se construyó, pero para ese entonces Termorío ya había realizado una inversión de alrededor de US\$ 7 millones. Termorío demandó en arbitraje el resarcimiento de los daños sufridos. El tribunal arbitral condenó a Electranta a pagar US\$ 60.3 millones. La parte vencida Electranta interpuso, dos días después de dictado el laudo, un recurso extraordinario ante el Consejo de Estado quien decretó la nulidad del acuerdo arbitral y, consecuentemente, del laudo. Conocida la sentencia del Consejo de Estado, Termorío y Lease Co. Group, LLC, un inversor en Termorío, iniciaron una acción en los tribunales de EUA contra Electranta y la República de Colombia pidiendo la ejecución del laudo. Señalaron los actores que los tribunales de EUA tienen facultades discrecionales, de conformidad con el Artículo V(1)e de la Convención [enforcement may be refused (...)], para ordenar la ejecución de un laudo a pesar de que éste haya sido anulado previamente. La Corte de Distrito de Columbia rechazó la demanda, sentencia que fue luego confirmada el 25 de mayo de 2007 por la Corte de Apelaciones. La Corte de Apelaciones concluyó que el laudo había sido dictado en Colombia y el Consejo de Estado era la autoridad competente de dicho país para resolver la nulidad del laudo de conformidad con las leyes colombianas. Fundamentó su posición el artículo V(1)e de la Convención de NY, y señaló que nada indicaba la presencia de corrupción en los procedimientos seguidos ante los tribunales colombianos, y por tanto, era obligatorio respetar dicha decisión. Invocó como precedente la sentencia de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en el caso *Baker Marine v. Chevron*. Confrontar DEUTSH Richard D., Importance of Choice of the Seat. *The Institute for Transnational Arbitration*, Vol. 22, Winter 2008. http://www.cailaw.org/ita/publications/NN_Current.pdf

⁽⁵⁹⁾ Para un análisis más profundo sobre las nociones de orden público v. orden público internacional, leyes de policía, y orden público transnacional ver HANOTIAU, Bernard and Oliver CAPRASSE. *Public Policy in International Commercial Arbitration*. HANOTIAU Bernard and CAPRASSE, Olivier. *Public Policy in International Arbitration*. Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice, Edited by GAILLARD and DI PIETRO. Cameron, May, 2008. pp. 788 y siguientes.

⁽⁶⁰⁾ Dicho de otra forma, el tema de la arbitrabilidad debe ser interpretado de manera extensiva, o la inarbitrabilidad de manera restrictiva.

bunales nacionales, especialmente de países desarrollados, favorecen una interpretación y aplicación restrictiva del concepto de orden público, lo cual ha dado como resultado una notable uniformidad en las decisiones entre tribunales de diversos países y tradiciones jurídicas, la noción de orden público sigue siendo el aspecto más significativo de la Convención de NY respecto del cual podrían continuar las discrepancias entre las leyes de los diferentes países⁽⁶¹⁾. Y lo que es más importante, si bien “*los intentos por denegar la ejecución de un laudo por razones de orden público rara vez han tenido éxito, la incertidumbre e incongruencia percibidas con relación a la interpretación y la aplicación del orden público por parte de los tribunales nacionales ha alentado a las partes perdedoras a recurrir al orden público para oponerse, o al menos demorar, la ejecución*”⁽⁶²⁾.

La ejecución de un laudo normalmente es solicitada por el *demandante vencedor*, quien por lo general persigue embargar ejecutivamente bienes del demandado que se niega a cumplir voluntariamente lo establecido en el laudo. En cambio, el demandado vencedor podría solicitar el reconocimiento del laudo para obtener los efectos de la cosa juzgada, y evitar así que el demandante vencido presente nuevamente su pretensión ante otra jurisdicción ignorando lo establecido en el laudo. En el contexto internacional, el

demandante vencedor también podría estar interesado en el reconocimiento del laudo aún cuando no haya logrado todavía ubicar bienes del demandado, pues algunas jurisdicciones como la norteamericana establecen un periodo en el cual debe ser reconocido el laudo so pena de caducidad⁽⁶³⁾. Como señalan algunos reconocidos autores, mientras el *reconocimiento* funciona como un “escudo” para frenar un nuevo proceso sobre el mismo asunto, la *ejecución* funciona como una “espada”⁽⁶⁴⁾.

Si dicha ejecución, que configura un proceso distinto y de naturaleza judicial, tiene por objeto bienes o derechos disponibles, incluso, y muy frecuentemente, ajenos o extraños a la controversia resuelta en el arbitraje, ¿cómo entonces podría ser esa ejecución sobre bienes patrimoniales contraria al orden público incluso en su concepción más amplia? Pareciera entonces que el reconocimiento del laudo, y no una ejecución limitada al campo patrimonial, es el que en realidad determina el controversial asunto del orden público. En efecto, la ejecución en realidad no reconoce nada. La ejecución generalmente tiene por fin embargar ejecutivamente el patrimonio del demandado hasta por una cantidad que haga efectiva el cumplimiento del laudo. Esto nos hace plantearnos la posibilidad de que una futura reforma de la Convención de NY divida la fase de reconocimiento de la fase de ejecución.

(61) MAYER, Pierre y Audley SHEPARD. *Informe final de la Asociación de Derecho Internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, Junio-Diciembre de 2004, 1. p. 219.

(62) MAYER y SHEPARD. *Op. cit.* pp. 219 y 220.

(63) Las partes tienen tres años desde la fecha de publicación del laudo para obtener su reconocimiento. Confrontar PARK William W. and Alexander A. YANOS. *Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts*. In: *International Arbitration*. *Hastings Law Journal*, University of California. Volumen 58, 2, December 2006. p. 260.

(64) REDFERN and HUNTER. *Op. cit.* p. 449.

En este sentido, se ha dicho que puede haber reconocimiento sin ejecución pero no viceversa⁽⁶⁵⁾.

Es nuestra opinión que el quid del asunto radica en que el “reconocimiento”, que implica admitir la validez del laudo, es algo que en realidad no necesariamente le atañe a la autoridad o tribunal ejecutor del laudo, sino que podría ser en *gran medida* atribuida al tribunal de la jurisdicción escogida por las partes para velar por el cumplimiento de las reglas procesales, es decir, al tribunal del lugar del arbitraje que es en definitiva el competente para conocer el recurso de nulidad. Bajo esta tesis las funciones de reconocimiento del Estado de la ejecución se reducirían substancialmente, ya que dejarían de existir la gran mayoría de las causales para denegar el *reconocimiento* de un laudo. Algunas de dichas causales, o bien se eliminarían por completo como el orden público, o pasarían a ser causales de nulidad, o bien de suspensión. Obviamente, esas causales serían precisadas en la propia Convención conforme a los estándares internacionales y no locales. Aún más, siguiendo la discutida tesis de Jan Paulsson⁽⁶⁶⁾, podría contemplarse que el juez de la ejecución de manera discrecional puede resolver ejecutar un laudo que haya sido anulado o suspendido por razones

legales *locales*, si a su juicio no se han infringido los estándares internacionales establecidos en la Convención.

Una de las principales diferencias entre el Convenio CIADI, por un lado, y la Convención de NY y de Panamá por el otro, es que el Convenio CIADI no tiene entre sus causales de denegación del laudo la arbitrabilidad y el *orden público*, mientras que bajo la Convención de NY esas causales pueden ser declaradas incluso de *oficio* por la autoridad o tribunal del país en que se pide el reconocimiento y ejecución. Algunos señalan⁽⁶⁷⁾ que esa es una de las principales ventajas del Convenio CIADI, pues el *orden público* se ha convertido en una de las principales excusas utilizadas por quienes luego de perder un arbitraje se resisten a cumplir lo decidido por los árbitros. Y cuando la parte que pierde el arbitraje es un ente o empresa estatal, estas causales de arbitrabilidad y orden público parecerían convertirse, especialmente en América Latina, en verdaderos e insuperables obstáculos para el reconocimiento y ejecución del laudo en el Estado al que pertenecen dichas empresas y en el que se encuentran generalmente la mayoría de sus bienes. Eso, pues, obliga a la parte vencedora a tener que acudir a otras jurisdicciones en las que paradójicamente la parte perdedora tiene

(65) PARK and YANOS. *Op. cit.* p. 260.

(66) PAULSSON, Jan. *The impact of treaties on ICC arbitration*. En: *Libro Arbitraje Comercial Internacional*. PEREZ-NIETO CASTRO, Leonel (compilador). DJC; 2002. pp. 177 y siguientes. Para un análisis y resumen del debate entre Jan PAULSSON y el reconocido experto en arbitraje internacional Albert VAN DEN BERG sobre la posibilidad de reconocer o ejecutar un laudo aún cuando éste haya sido anulado ver: JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. *La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, 4. pp. 179 y siguientes. Asimismo, FREYER, Dana. *The Enforcement of Awards by Judicial Orders of Annulment at the Place of Arbitration*. En: *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. Edited by GAILLARD and DI PIETRO. Cameron, May, 2008. pp. 757 y siguientes.

(67) REED, Lucy; PAULSSON Jan and Nigel BLACKABY. *Guide To ICSID Arbitration*, Kluwer Law Internacional, 2004. p. 96.

menor cantidad de bienes y menores vinculaciones. De allí que no nos parece satisfactorio conformarnos con esas estadísticas que señalan que, como las cortes locales han comenzado a unificar la noción de orden público internacional, rara vez la defensa de orden público encuentra receptividad en dichas cortes⁽⁶⁸⁾. En realidad no se conocen estadísticas que demuestren cuántas veces los demandantes vencedores se han abstenido de siquiera iniciar en la jurisdicción a la que pertenece la empresa estatal vencida el respectivo exequátur.

Es por ello que nos preguntamos si hacia un modelo similar al establecido en el Convenio CIADI debería apuntar una futura reforma o protocolo adicional de la Convención de NY. Es decir, hacia un sistema en el que en lugar de listarse unas causales de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo, se establezcan las causales taxativas y fundadas en estándares verdaderamente internacionales o transnacionales por las cuales las autoridades o tribunales del lugar del arbitraje⁽⁶⁹⁾, y sólo estos exclusivamente, puedan declarar la suspensión y nulidad del laudo, y salvo estas excepciones todos los demás Estados parte de la Convención

estén obligados a ejecutar el laudo como si se tratara de una sentencia judicial dictada por sus propios tribunales judiciales.

¿No existe acaso ya la prueba (Convenio CIADI) de que 143 Estados ratificaron un tratado internacional en el que se excluye la arbitrabilidad y el orden público de las causales de denegación del laudo? Más aún, ya existen ordenamientos jurídicos como el de Venezuela en los que se ha logrado erradicar el orden público sustantivo de su legislación como causal de denegación de la sentencia extranjera. Pensamos que la arbitrabilidad y el orden público deberían ser temas limitados a la *lex fori* y al arbitraje doméstico⁽⁷⁰⁾, para determinar, o bien la competencia del Tribunal Arbitral, o bien para determinar la validez o nulidad del laudo, pero no para denegar su reconocimiento o ejecución en otros Estados.

Tenemos la percepción de que pocos esfuerzos se están haciendo en ese sentido. Pareciera que la polémica que ha generado el concepto de orden público durante los últimos 50 años y que muchos académicos todavía encuentran fascinante, es tan apasionada que se hace difícil prescindir de ella; y que al menos, por el

(68) MAYER Pierre y Audley SHEPARD. *Informe final de la Asociación de Derecho Internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, Junio-Diciembre de 2004, 1. p. 219.

(69) Las partes seleccionan, entre todas las jurisdicciones posibles del planeta, el lugar del arbitraje; y ello tiene importantes implicaciones, pues, dicha elección va mucho más allá de seleccionar un sitio geográfico en el que se desarrollarán las audiencias, puesto que como ha dicho la doctrina, al escoger el lugar del arbitraje las partes eligen la sede jurídica o legal del asunto, cuya ley sustentará y gobernará el procedimiento. De allí que, por lo general se busquen lugares cuyas jurisdicciones no sean hostiles al arbitraje y así poder garantizar la eficacia del laudo según las normas y consecuencias pactadas. Para un estudio de las implicaciones de la escogencia del lugar del arbitraje ver ALVAREZ Henri C. *La Escogencia del Lugar del Arbitraje*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Número 3. Julio-Diciembre 2005. pp. 15 y siguientes. Asimismo, REDFERN and HUNTER. *Op. cit.* p. 8.

(70) REDFERN and HUNTER. *Op. cit.* p. 448. Quizá en el pasado, cuando no había mucha experiencia en arbitrajes internacionales, la sede se escogía se escogía por razones de geografía o neutralidad política, pero hoy son notorias las importantes implicaciones de la selección del lugar del arbitraje.

momento, no queda otra opción que resignarse.

Sin embargo, no debe olvidarse que cuando los gerentes de negocios acuerdan someter las eventuales disputas a arbitraje bajo el marco de la Convención de NY, precisamente lo hacen con la esperanza de que a la hora de tener que ejecutar el laudo, dicha ejecución en otro Estado miembro de la Convención de NY puede llevarse a cabo bajo la menor cantidad posible de obstáculos⁽⁷¹⁾. Todo el propósito de la Convención de NY es hacer de los laudos arbitrales un instrumento internacional de pago que los haga transportables desde un país a otro sin tener que depender de las idiosincrasias del lugar en que se solicita su reconocimiento y ejecución⁽⁷²⁾. Precisamente por el objetivo principal que tiene la Convención de NY, y por las enormes dificultades que presenta el concepto de orden público, nacional, internacional, sustantivo, procesal, etcétera, no solamente en el campo de la doctrina internacional, sino especialmente en el campo de la jurisprudencia, tanto de países desarrollados como de los países en vías de desarrollo, es que nos inclinamos por abogar por una reforma de esas magnitudes.

7. CONCLUSIONES

América Latina en general cuenta con modernos instrumentos que favorecen de manera clara la circulación internacional de los laudos. Lo que todavía sigue faltando es que estos instrumentos

modernos sean interpretados por la jurisprudencia latinoamericana con criterios internacionales, especialmente en los casos en que entes estatales son condenados por laudos.

Indiscutiblemente la Convención es uno de los tratados internacionales de mayor éxito en la historia, pero el orden público sigue siendo su talón de Aquiles. El hecho de que sean pocos los casos en que la causal referente al orden público se ha opuesto con éxito, no es motivo de celebración ni de triunfo. Por el contrario, nos hace cuestionarnos su verdadera importancia ¿Realmente se justifica la existencia de este concepto tan impreciso como causal de denegación de los laudos arbitrales internacionales?


Tenemos la impresión de que por el hecho de haber lidiado la doctrina durante 50 años con este concepto tan impreciso, se pretende justificar su permanencia en virtud de los avances logrados hacia su uniformidad. Sin embargo, ello en nada evita la continua invitación a que en el futuro se siga utilizando como mera excusa para retrasar o impedir la ejecución del laudo arbitral cuya validez, no sólo procuró el tribunal arbitral escogido de acuerdo con la voluntad de las partes, sino que también quedó sometida al control de las autoridades de la jurisdicción que las partes, directa o indirectamente, escogieron como lugar del arbitraje.

Si los Estados aceptan la ausencia de dicho concepto en el Convenio CIADI que es de fecha posterior y cuyos arbitrajes

(71) PARK, William W. and Alexander A. YANOS. *Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts*. In: *International Arbitration*. Hastings Law Journal. University of California. Volumen. 58, 2, December 2006. p. 287.

(72) *Ibidem*.

siempre involucran como parte al Estado, y si Venezuela pudo excluir de la Ley de Derecho Internacional Privado el *orden público sustantivo* como causal de denegación del exequátur de la sentencia judicial ¿por qué sería tan difícil lograrlo con la Convención de NY?

Ni los 50 años de éxito de la Convención de NY, ni la uniformidad alcanzada en cuanto a la noción de orden público en el contexto internacional pueden servir de excusa o justificación para resignarnos y dejar de modificar lo que corresponde. 

ANEXOS

- ▣ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958)
- ▣ Proyecto de Reforma de la Convención de Nueva York del Profesor Albert Jan van den Berg
- ▣ In Memoriam del Profesor Thomas W. Waelde (1949 - 2008)

CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS

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.
2. La expresión «sentencia arbitral» no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.
3. En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.

ARTÍCULO II

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión «acuerdo por escrito» denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

ARTÍCULO III

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

ARTÍCULO IV

1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

- a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;
- b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

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 le 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.

ARTÍCULO VI

Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que de garantías apropiadas.

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.

2. El Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927 sobre la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras dejarán de surtir efectos entre los Estados Contratantes a partir del momento y en la medida en que la presente Convención tenga fuerza obligatoria para ellos.

ARTÍCULO VIII

1. La presente Convención estará abierta hasta el 31 de diciembre de 1958 a la firma de todo Miembro de las Naciones Unidas, así como de cualquier otro Estado que sea o llegue a ser miembro de cualquier organismo especializado de las Naciones Unidas, o sea o llegue a ser parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, o de todo otro Estado que haya sido invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. La presente Convención deberá ser ratificada y los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO IX

1. Podrán adherirse a la presente Convención todos los Estados a que se refiere el artículo VIII.

2. La adhesión se efectuara mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO X

1. Todo Estado podrá declarar, en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, que la presente Convención se hará extensiva a todos los territorios cuyas relaciones internacionales tenga a su cargo, o a uno o varios de ellos. Tal declaración surtirá efecto a partir del momento en que la Convención entre en vigor para dicho Estado.

2. Posteriormente, esa extensión se hará en cualquier momento por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas y surtirá efecto a partir del nonagésimo día siguiente a la fecha en que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido tal notificación o en la fecha de entrada en vigor de la Convención para tal Estado, si esta última fecha fuere posterior.

3. Con respecto a los territorios a los que no se haya hecho extensiva la presente Convención en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, cada Estado interesado examinará la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para hacer extensiva la aplicación de la presente Convención a tales territorios, a reserva del consentimiento de sus Gobiernos cuando sea necesario por razones constitucionales.

ARTÍCULO XI

Con respecto a los Estados federales o no unitarios, se aplicaran las disposiciones siguientes:

- a) En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la competencia legislativa del poder federal, las obligaciones del Gobierno federal serán, en esta medida, las mismas que las de los Estados Contratantes que no son Estados federales;
- b) En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la competencia legislativa de cada uno de los Estados o provincias constituyentes que, en virtud del régimen constitucional de la federación, no estén obligados a adoptar medidas legislativas, el Gobierno federal, a la mayor brevedad posible y con su recomendación favorable, pondrá dichos artículos en conocimiento de las autoridades competentes de los Estados o provincias constituyentes;
- c) Todo Estado federal que sea Parte en la presente Convención proporcionará, a solicitud de cualquier otro Estado Contratante que le haya sido transmitida por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, una exposición de la legislación y de las prácticas vigentes en la federación y en sus entidades constituyentes con respecto a determinada disposición de la Convención, indicando la medida en que por acción legislativa o de otra índole, se haya dado efecto a tal disposición.

ARTÍCULO XII

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Respecto a cada Estado que ratifique la presente Convención o se adhiera a ella después del depósito del tercer instrumento de ratificación o de adhesión, la presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o de adhesión.

ARTÍCULO XIII

1. Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.
2. Todo Estado que haya hecho una declaración o enviado una notificación conforme a lo previsto en el Artículo X, podrá declarar en cualquier momento posterior, mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, que la Convención dejará de aplicarse al territorio de que se trate un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido tal notificación.
3. La presente Convención seguirá siendo aplicable a las sentencias arbitrales respecto de las cuales se haya promovido un procedimiento para el reconocimiento o la ejecución antes de que entre en vigor la denuncia.

ARTÍCULO XIV

Ningún Estado Contratante podrá invocar las disposiciones de la presente Convención respecto de otros Estados Contratantes más que en la medida en que el mismo esté obligado a aplicar esta Convención.

ARTÍCULO XV

El Secretario General de las Naciones Unidas notificará a todos los Estados a que se refiere el artículo VIII:

- a) Las firmas y ratificaciones previstas en el artículo VIII;
- b) Las adhesiones previstas en el artículo IX;
- c) Las declaraciones y notificaciones relativas a los artículos I, X y XI;
- d) La fecha de entrada en vigor de la presente Convención, en conformidad con el artículo XII;
- e) Las denuncias y notificaciones previstas en el artículo XIII.

ARTÍCULO XVI

1. La presente Convención, cuyos textos chino, español, francés, inglés y ruso serán igualmente auténticos, será depositada en los archivos de las Naciones Unidas.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá una copia certificada de la presente Convención a los Estados a que se refiere el Artículo VIII.

I hereby certify that the foregoing text is a true copy of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York on 10 June 1958, the original of which is deposited with the Secretary-General of the United Nations, as the said Convention was opened for signature, and that it includes the necessary rectifications of typographical errors, as approved by the Parties.

For the Secretary-General,
The Legal Counsel:
(Signed) *Carl-August Fleischhauer*

United Nations, New York
6 July 1988

SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958: ESTADOS PARTES

A la fecha son 143 Estados Partes

Estado	Firma	Ratificación, adhesión o sucesión	Entrada en vigor
Afganistán (a, b)		30 noviembre 2004 (a)	28 febrero 2005
Albania		27 junio 2001 (a)	25 septiembre 2001
Alemania (a)	10 junio 1958	30 junio 1961	28 septiembre 1961
Antigua y Barbuda (a, b)		2 febrero 1989 (a)	3 mayo 1989
Arabia Saudita (a)		19 abril 1994 (a)	18 julio 1994
Argelia (a, b)		7 febrero 1989 (a)	8 mayo 1989
Argentina (a, b)	26 agosto 1958	14 marzo 1989	12 junio 1989
Armenia (a, b)		29 diciembre 1997 (a)	29 marzo 1998
Australia		26 marzo 1975 (a)	24 junio 1975
Austria		2 mayo 1961 (a)	31 julio 1961
Azerbaiyán		29 febrero 2000 (a)	29 mayo 2000
Bahamas		20 diciembre 2006 (a)	20 marzo 2007
Bahrein (a, b)		6 abril 1988 (a)	5 julio 1988
Bangladesh		6 mayo 1992 (a)	4 agosto 1992
Barbados (a, b)		16 marzo 1993 (a)	14 junio 1993
Belarús (e)	29 diciembre 1958	15 noviembre 1960	13 febrero 1961
Bélgica (a)	10 junio 1958	18 agosto 1975	16 noviembre 1975
Benin		16 mayo 1974 (a)	14 agosto 1974
Bolivia		28 abril 1995 (a)	27 julio 1995
Bosnia y Herzegovina (a, b, f)		1 septiembre 1993 (s)	6 marzo 1992
Botswana (a, b)		20 diciembre 1971 (a)	19 marzo 1972

Brasil		7 junio 2002 (a)	5 septiembre 2002
Brunei Darussalam (a)		25 julio 1996 (a)	23 octubre 1996
Bulgaria (a, e)	17 diciembre 1958	10 octubre 1961	8 enero 1962
Burkina Faso		23 marzo 1987(a)	21 junio 1987
Camboya		5 enero 1960 (a)	4 abril 1960
Camerún		19 febrero 1988 (a)	19 mayo 1988
Canadá (h)		12 mayo 1986 (a)	10 agosto 1986
Chile		4 septiembre 1975 (a)	3 diciembre 1975
China (a), (b), (j)		22 enero 1987 (a)	22 abril 1987
Chipre (a, b)		29 diciembre 1980 (a)	29 marzo 1981
Colombia		25 septiembre 1979 (a)	24 diciembre 1979
Costa Rica	10 junio 1958	26 octubre 1987	24 enero 1988
Côte d' Ivoire		1º febrero 1991 (a)	2 mayo 1991
Croacia (a, b, f)		26 julio 1993 (s)	8 octubre 1991
Cuba (a, b, e)		30 diciembre 1974 (a)	30 marzo 1975
Dinamarca (a, b,c)		22 diciembre 1972 (a)	22 marzo 1973
Djibouti		14 junio 1993 (s)	27 junio 1977
Dominica		28 octubre 1988 (a)	26 enero 1989
Ecuador (a, b)	17 diciembre 1958	3 enero 1962	3 abril 1962
Egipto		9 marzo 1959 (a)	7 junio 1959
El Salvador	10 junio 1958	26 febrero 1998	27 mayo 1998
Emiratos Árabes Unidos		21 agosto 2006 (a)	19 noviembre 2006
Eslovaquia (i)		28 mayo 1993 (s)	1 enero 1993
Eslovenia (f, k)		6 julio 1992 (s)	25 junio 1991
España		12 mayo 1977 (a)	10 agosto 1977
Estados Unidos de América (a, b)		30 septiembre 1970 (a)	29 diciembre 1970
Estonia		30 agosto 1993 (a)	28 noviembre 1993
ex República Yugoslava de Macedonia (a, b, f)		10 marzo 1994 (s)	17 noviembre 1991
Federación de Rusia (e)	29 diciembre 1958	24 agosto 1960	22 noviembre 1960
Filipinas (a, b)	10 junio 1958	6 julio 1967	4 octubre 1967
Finlandia	29 diciembre 1958	19 enero 1962	19 abril 1962
Francia (a)	25 noviembre 1958	26 junio 1959	24 septiembre 1959
Gabón		15 diciembre 2006 (a)	15 marzo 2007
Georgia		2 junio 1994 (a)	31 agosto 1994
Ghana		9 abril 1968 (a)	8 julio 1968
Grecia (a, b)		16 julio 1962 (a)	14 octubre 1962
Guatemala (a, b)		21 marzo 1984 (a)	19 junio 1984

Guinea		23 enero 1991 (a)	23 abril 1991
Haití		5 diciembre 1983 (a)	4 marzo 1984
Honduras		3 octubre 2000 (a)	1 enero 2001
Hungría (a, b)		5 marzo 1962 (a)	3 junio 1962
India (a, b)	10 junio 1958	13 julio 1960	11 octubre 1960
Indonesia (a, b)		7 octubre 1981 (a)	5 enero 1982
Iran (Rep. Islámica del) (a, b)		15 octubre 2001 (a)	13 enero 2002
Irlanda ^a		12 mayo 1981 (a)	10 agosto 1981
Islandia		24 enero 2002 (a)	24 abril 2002
Islas Marshall		21 diciembre 2006 (a)	21 marzo 2007
Israel	10 junio 1958	5 enero 1959	7 junio 1959
Italia		31 enero 1969 (a)	1 mayo 1969
Jamaica (a, b)		10 julio 2002 (a)	8 octubre 2002
Japón (a)		20 junio 1961 (a)	18 septiembre 1961
Jordania	10 junio 1958	15 noviembre 1979	13 febrero 1980
Kazajstán		20 noviembre 1995 (a)	18 febrero 1996
Kenya (a)		10 febrero 1989 (a)	11 mayo 1989
Kirguistán		18 diciembre 1996 (a)	18 marzo 1997
Kuwait (a)		28 abril 1978 (a)	27 julio 1978
Lesotho		13 junio 1989 (a)	11 septiembre 1989
Letonia		14 abril 1992 (a)	13 julio 1992
Líbano (a)		11 agosto 1998 (a)	9 noviembre 1998
Liberia		16 septiembre 2005 (a)	15 diciembre 2005
Lituania (e)		14 marzo 1995 (a)	12 junio 1995
Luxemburgo (a)	11 noviembre 1958	9 septiembre 1983	8 diciembre 1983
Madagascar (a, b)		16 julio 1962 (a)	14 octubre 1962
Malasia (a, b)		5 noviembre 1985 (a)	3 febrero 1986
Mali		8 septiembre 1994 (a)	7 diciembre 1994
Malta (a, f)		22 junio 2000 (a)	20 septiembre 2000
Marruecos (a)		12 febrero 1959 (a)	7 junio 1959
Mauricio (a)		19 junio 1996 (a)	17 septiembre 1996
Mauritania		30 enero 1997 (a)	30 abril 1997
México		14 abril 1971 (a)	13 julio 1971
Moldova (a, f)		18 septiembre 1998 (a)	17 diciembre 1998
Mónaco (a, b)	31 diciembre 1958	2 junio 1982	31 agosto 1982
Mongolia (a, b)		24 octubre 1994 (a)	22 enero 1995
Montenegro (a, b, f)		23 octubre 2006 (s)	3 junio 2006
Mozambique (a)		11 junio 1998 (a)	9 septiembre 1998

Nepal (a, b)		4 marzo 1998 (a)	2 junio 1998
Nicaragua		24 septiembre 2003 (a)	23 diciembre 2003
Níger		14 octubre 1964 (a)	12 enero 1965
Nigeria (a, b)		17 marzo 1970 (a)	15 junio 1970
Noruega (a, i)		14 marzo 1961 (a)	12 junio 1961
Nueva Zelandia (a)		6 enero 1983 (a)	6 abril 1983
Omán		25 febrero 1999 (a)	26 mayo 1999
Países Bajos (a,d)	10 junio 1958	24 abril 1964	23 julio 1964
Pakistán (a)	30 diciembre 1958	14 julio 2005	12 octubre 2005
Panamá		10 octubre 1984 (a)	8 enero 1985
Paraguay		8 octubre 1997 (a)	6 enero 1998
Perú		7 julio 1988 (a)	5 octubre 1988
Polonia (a, b)	10 junio 1958	3 octubre 1961	1 enero 1962
Portugal (a)		18 octubre 1994 (a)	16 enero 1995
Qatar		30 diciembre 2002 (a)	30 marzo 2003
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (a,g)		24 septiembre 1975 (a)	23 diciembre 1975
República Árabe Siria		9 marzo 1959 (a)	7 junio 1959
República Centroafricana (a, b)		15 octubre 1962 (a)	13 enero 1963
República Checa		30 septiembre 1993 (s)	1 enero 1993
República de Corea (a, b)		8 febrero 1973 (a)	9 mayo 1973
República Democrática Popular Lao		17 junio 1998 (a)	15 septiembre 1998
República Dominicana		11 abril 2002 (a)	10 julio 2002
República Unida de Tanzania (a)		13 octubre 1964 (a)	12 enero 1965
Rumania (a, b, e)		13 septiembre 1961 (a)	12 diciembre 1961
Rwanda		31 octubre 2008	29 enero 2009
San Marino		17 mayo 1979 (a)	15 agosto 1979
San Vicente y las Granadinas (a, b)		12 septiembre 2000 (a)	11 diciembre 2000
Santa Sede (a, b)		14 mayo 1975 (a)	12 agosto 1975
Senegal		17 octubre 1994 (a)	15 enero 1995
Serbia (a, b, f)		12 marzo 2001 (s)	27 abril 1992
Singapur (a)		21 agosto 1986 (a)	19 noviembre 1986
Sri Lanka	30 diciembre 1958	9 abril 1962	8 julio 1962
Sudáfrica		3 mayo 1976 (a)	1 agosto 1976
Suecia	23 diciembre 1958	28 enero 1972	27 abril 1972
Suiza	29 diciembre 1958	1º junio 1965	30 agosto 1965

Tailandia		21 diciembre 1959 (a)	20 marzo 1960
Trinidad and Tabago (a, b)		14 febrero 1966 (a)	15 mayo 1966
Túnez (a, b)		17 julio 1967 (a)	15 octubre 1967
Turquía (a, b)		2 julio 1992 (a)	30 septiembre 1992
Ucrania (e)	29 diciembre 1958	10 octubre 1960	8 enero 1961
Uganda (a)		12 febrero 1992 (a)	12 mayo 1992
Uruguay		30 marzo 1983 (a)	28 junio 1983
Uzbekistán		7 febrero 1996 (a)	7 mayo 1996
Venezuela (República Bolivariana de) (a, b)		8 febrero 1995 (a)	9 mayo 1995
Vietnam (a, b, e)		12 septiembre 1995 (a)	11 diciembre 1995
Zambia		14 marzo 2002 (a)	12 junio 2002
Zimbabwé		29 septiembre 1994 (a)	28 diciembre 1994

Estados Partes: 143

- (a) Declaraciones y reservas. Este Estado sólo aplicará la Convención al reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el territorio de otro Estado Contratante.
- (b) Declaraciones y reservas. Este Estado aplicará la Convención sólo a las controversias derivadas de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas como mercantiles por el derecho interno.
- (c) El 10 de febrero de 1976, Dinamarca declaró que la Convención se aplicará a las Islas Feroe y Groenlandia.
- (d) El 24 de abril de 1964, los Países Bajos declararon que la Convención se aplicará a las Antillas Neerlandesas.
- (e) Declaraciones y reservas. Con respecto a los laudos dictados en el territorio de Estados no contratantes, el Estado aplicará la Convención sólo en la medida en que estos Estados otorguen un trato recíproco.
- (f) Declaraciones y reservas. Este Estado aplicará la Convención únicamente a los laudos arbitrales dictados después de la entrada en vigor de la Convención.
- (g) El Reino Unido extendió la aplicación territorial de la Convención, en el caso de los laudos arbitrales dictados únicamente en el territorio de otro Estado Contratante, a los siguientes territorios: Gibraltar (24 de septiembre de 1975), Isla de Man (22 de febrero de 1979), Bermudas (14 de noviembre de 1979), Islas Caimán (26 de noviembre de 1980), Guernsey (19 de abril de 1985) y Jersey (28 de mayo de 2002).
- (h) Declaraciones y reservas. El Canadá declaró que aplicaría la Convención únicamente a las controversias derivadas de relaciones jurídicas, fueran o no contractuales, consideradas como mercantiles por el derecho interno de Canadá, excepto en el caso de la Provincia de Quebec, donde la ley no preveía esa limitación.
- (i) Este Estado no aplicará la Convención a las controversias en las que sean objeto de litigio bienes inmuebles situados en el territorio del Estado o algún derecho real sobre esos bienes.
- (j) Cuando recuperó la soberanía sobre Hong Kong el 1 de julio de 1997, el Gobierno de China extendió la aplicación territorial de la Convención a Hong Kong, Región Administrativa Especial de China, a reserva de la declaración formulada inicialmente por China al adherirse a la Convención. El 19 de julio de 2005, China declaró que la Convención se aplicará a Macao, Región Administrativa Especial de China, a reserva de la declaración formulada inicialmente por China al adherirse a la Convención.
- (k) El 4 de junio de 2008, Eslovenia retiró las declaraciones realizadas al momento de la sucesión, mencionadas en las notas a pie de página (a) y (b) .

HYPOTHETICAL DRAFT CONVENTION ON THE INTERNATIONAL ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND AWARDS

TEXT

Por: ALBERT JAN VAN DEN BERG (*)

ARTICLE 1. FIELD OF APPLICATION

1. This Convention applies to the enforcement of an arbitration agreement if:
 - (a) the parties to the arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their place of business or residence in different States, or
 - (b) the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one State.
2. This Convention applies also to the enforcement of an arbitral award based on an arbitration agreement referred to in paragraph 1.
3. Where this Convention refers to the enforcement of an arbitral award, it comprises the recognition of an arbitral award.

ARTICLE 2. ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENT

1. If a dispute is brought before a court of a Contracting State which the parties have agreed to submit to arbitration, the court shall, at the request of a party, refer the dispute to arbitration, subject to the conditions set forth in this article.
2. The court shall not refer the dispute to arbitration if the party against whom the arbitration agreement is invoked asserts and proves that:

(*) Profesor en la Universidad Erasmus. Presidente del Netherlands Arbitration Institute (NAI), Rotterdam. Socio fundador de Hanotiau & Van den Berg, Brussels.

- (a) the other party has requested the referral subsequent to the submission of its first statement on the substance of the dispute in the court proceedings; or
 - (b) there is prima facie no valid arbitration agreement under the law of the country where the award will be made; or
 - (c) arbitration of the dispute would violate international public policy as prevailing in the country where the agreement is invoked.
3. The court may on its own motion refuse to refer the dispute to arbitration on ground (c) mentioned in paragraph 2.

ARTICLE 3. ENFORCEMENT OF AWARD – GENERAL

1. An arbitral award shall be enforced exclusively on the basis of the conditions set forth in this Convention.
2. The law of the country where enforcement is sought shall govern the procedure for enforcement of the award.
3. There shall not be imposed onerous requirements on the procedure for enforcement nor substantial fees or charges.
4. Courts shall act expeditiously on a request for enforcement of an arbitral award.

ARTICLE 4. REQUEST FOR ENFORCEMENT

1. Fulfillment of the conditions set forth in this article entitles the party seeking enforcement to be granted enforcement of the arbitral award, unless the court finds that a ground for refusal is present under the conditions set forth in articles 5 and 6.
2. The party seeking enforcement shall supply to the court the original of the arbitral award.
3. Instead of an original of the arbitral award, the party seeking enforcement may submit a copy certified as conforming to the original. The certification shall be in such form as directed by the court.
4. If the arbitral award is not in an official language of the court before which enforcement is sought, the party seeking enforcement shall, at the request of the other party or the court, submit a translation. The translation shall be in such form as directed by the court.

ARTICLE 5. GROUNDS FOR REFUSAL OF ENFORCEMENT

1. Enforcement of an arbitral award shall not be refused on any ground other than the grounds expressly set forth in this article.

2. Enforcement shall be refused on the grounds set forth in this article in manifest cases only.

3. Enforcement of an arbitral award shall be refused if, at the request of the party against whom the award is invoked, that party asserts and proves that:

- (a) there is no valid arbitration agreement under the law of the country where the award was made; or
- (b) the party against whom the award is invoked was not treated with equality or was not given a reasonable opportunity of presenting its case; or
- (c) the relief granted in the award is more than, or different from, the relief sought in the arbitration and such relief cannot be severed from the relief sought and granted; or
- (d) the composition of the arbitral tribunal was not in accordance with the agreement of the parties, or in the absence of such an agreement, not in accordance with the law of the country where the award was made; or
- (e) the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or in the absence of such an agreement, not in accordance with the law of the country where the award was made; or
- (f) the award is subject to appeal on the merits before an arbitral appeal tribunal or a court in the country where the award was made; or
- (g) the award has been set aside by the court in the country where the award was made on grounds equivalent to grounds (a) to (e) of this paragraph; or
- (h) enforcement of the award would violate international public policy as prevailing in the country where enforcement is sought.

4. The court may on its own motion refuse enforcement of an arbitral award on ground (h) of paragraph 3.

5. The party against whom the award is invoked cannot rely on grounds (a) to (e) of paragraph 3 if that party has not raised them in the arbitration without undue delay after the moment when the existence of the ground became known to that party.

ARTICLE 6. ACTION FOR SETTING ASIDE PENDING IN COUNTRY OF ORIGIN

1. If the application for setting aside the award referred to in article 5(3)(g) is pending in the country where the award was made, the court before which the enforcement of the award is sought under this Convention has the discretion to adjourn the decision on the enforcement.

2. When deciding on the adjournment, the court may, at the request of a party, require suitable security from the party seeking enforcement or the party against whom the award is invoked.

ARTICLE 7. MORE-FAVOURABLE-RIGHT

If an arbitration agreement or arbitral award can be enforced on a legal basis other than this Convention in the country where the agreement or award is invoked, a party seeking enforcement is allowed to rely on such basis.

ARTICLE 8 – GENERAL CLAUSES

The General Clauses to be considered and possibly included in the Draft Convention include amongst others:

- (a) Designation of Competent Enforcement Court
- (b) Interpretation
- (c) Relationship with the New York Convention
- (d) References to the New York Convention in other treaties
- (e) Compatibility with other treaties
- (f) [No] reservations
- (g) General reciprocity (see also § Error! Reference source not found.)
- (h) Applicability of the Draft Convention to territories and in federal states
- (i) Signature, ratification and accession, and deposit
- (j) Entry into force
- (k) Retroactive [in]applicability; transitional clauses
- (l) Denunciation
- (m) Notifications
- (n) Language of authentic texts.

HYPOTHETICAL DRAFT CONVENTION ON THE INTERNATIONAL ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND AWARDS

EXPLANATORY NOTE

Por: ALBERT JAN VAN DEN BERG (*)

GENERAL CONSIDERATIONS

1. After 50 years of its existence, the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958 (the “New York Convention”) is in need of modernization:

- (a) A number of provisions needs to be added [for example, a definition of the scope of application with respect to agreements that fall under the referral provisions of article II(3); a waiver of a party to rely on a ground for refusal of enforcement; a reference to the arbitration agreement in the more-favourable-right provision of article VII(1)];
- (b) A number of provisions needs to be revised (for example, the written form as required by article II(2) for the arbitration agreement is stricter than almost any national law; the refusal of enforcement on the ground of a setting aside on any ground in the country of origin may import parochial annulment);
- (c) A number of provisions is unclear [for example, the notion of an award “not considered as domestic” in article I(1); the expression “duly

(*) Profesor en la Universidad Erasmus. Presidente del Netherlands Arbitration Institute (NAI), Rotterdam. Socio fundador de Hanotiau & Van den Berg, Brussels.

authenticated original award” in article IV(1)(a); the word “may” in the English text of article V(1); the words “terms of submission” and “scope of submission” to arbitration in article V(1)(c); the notion of a “suspended” award in article V(1)(e); the reference to “any interested party” in article VII(1);

- (d) A number of provisions is outdated [for example, the reference to “permanent arbitral bodies” in article I(2); the reference to the law under which the award was made in article V(1)(e)]; and
- (e) A number of provisions needs to be aligned with prevailing judicial interpretation [for example, the public policy referred to in article V(2) means international public policy].

2. The Preliminary Draft Convention on International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards (the “Draft Convention”) is intended to achieve the above modernization. The Draft Convention is also intended to be readily understandable by practitioners and judges in many countries. To achieve that goal, the text is kept at a bare minimum and the solutions offered are clear and simple, and are based on what is current practice.

3. The above shortcomings in the New York Convention cannot be remedied by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985 (the “UNCITRAL Model Law”), as revised in 2006. The reason is that the provisions relating to enforcement of an arbitral award as set forth in the UNCITRAL Model Law are almost the same as those contained in articles III-VI of the New York Convention (article 35), because of the policy decision taken in 1985 to follow as closely as possible the New York Convention.

4. Nor can the New York Convention’s shortcomings be remedied adequately and comprehensively by a “Recommendation regarding the interpretation” issued by international bodies such as UNCITRAL in 2006 regarding articles II(2) and VII(1). The mechanism of guidance notes in interpreting an international convention is useful for texts that can be subject to various interpretations, but its value is limited if a text is lacking or if the guidance contradicts an existing text.

5. It is expected that the time required for adherence by States to the Draft Convention is less than for the New York Convention since the Draft Convention builds on the structure and concepts of the New York Convention. Thus, articles 1 to 7 deal with matters that are similar to those contained in article I to VII of the New York Convention. Furthermore, the New York Convention having matured after 50 years of its existence, it will be readily understood that the Draft Convention constitutes a necessary update of the New York Convention.

6. The object and purpose of the Draft Convention are the same as for the New York Convention: to facilitate the enforcement of the arbitration agreement and arbitral award as much as possible. However, the Draft Convention is clearer in that the object and purpose aim specifically at international arbitration.

TITLE

7. The title of the Draft Convention reflects what is covered by it: the enforcement of the arbitration agreement (i.e., the referral of the dispute to arbitration) and the enforcement of the arbitral award. The title of the Draft Convention also makes clear that the Convention is intended to serve international arbitration.

8. In contrast to the New York Convention, the Draft Convention's title no longer refers to the enforcement of "foreign" arbitral awards, but rather to the "international" enforcement of arbitral awards. The word "foreign" is omitted since, insofar as its field of application is concerned, the Draft Convention does not distinguish between an award made abroad and an award made within the country in which enforcement of the award is sought (see article 1). Instead, the Draft Convention's applicability is dependent on whether the agreement or award is international according to the criteria set forth in article 1(1).

ARTICLE 1 – FIELD OF APPLICATION

Paragraph 1 - Arbitration Agreement

9. As mentioned, the New York Convention does not contain a definition as to which arbitration agreements fall under the referral provisions of its article II(3). That lacuna is filled by the definition given in the first paragraph of article 1 of the Draft Convention.

10. The definition requires in essence that the arbitration agreement concerns international arbitration. The broad criteria for determining international arbitration as set forth in article 1(1) of the Draft Convention are a condensed version of the definition set forth in article 1 of the UNCITRAL Model Law. It therefore should be assumed that an arbitration agreement is international for the purposes of the Draft Convention unless the parties have their place of business or residence in the same State and all other elements relevant to the dispute referred to in the agreement are connected only with that State.

11. The court shall refer the dispute to arbitration under the provisions of article 2 irrespective of whether the place of arbitration is within or outside the country where the agreement is invoked. The agreement providing for international arbitration as defined in article 1(1) is not limited to an agreement providing for arbitration in a country other than the country where the agreement is invoked [which is one of the limited interpretations under article II(3) of the New York Convention].

Paragraph 2 - Arbitral Award

12. With respect to the enforcement of the arbitral award, according to its article I(1), the New York Convention applies to the enforcement of an arbitral award made in another (Contracting) State in any event (first criterion). The New York Convention

further applies to the enforcement of an arbitral award that is not considered as a domestic award in the State where the enforcement is sought (second criterion).

13. The first criterion also applies to the enforcement of a purely domestic award under the New York Convention if such an award was made in another (Contracting) State. In contrast, the first criterion excludes an award resulting from an international arbitration that was made in the State where enforcement is sought.

14. The applicability of the second criterion, on the other hand, depends on whether the State where enforcement is sought considers certain awards as non-domestic awards. The drafters of the New York Convention had in mind an arbitral award resulting from an arbitration that is governed by an arbitration law that is different from the arbitration law of the place of arbitration. The legislation implementing the New York Convention in the United States, as interpreted by the courts, applies the second criterion to arbitral awards that result from an international arbitration in the United States governed by federal law.

15. The uncertainties inherent to the applicability of the New York Convention are resolved by the definition given in paragraph 2 of article 1 of the Draft Convention. According to that definition, the Draft Convention applies to the enforcement of any arbitral award that concerns international arbitration, irrespective of the place where the award was made. The criteria according to which an arbitral award is international are the same as those for the arbitration agreement set forth in paragraph 1.

16. Under this approach, the same arbitration is treated in a uniform manner for the purposes of the Draft Convention's field of application. This remedies another shortcoming of the New York Convention under which it can happen with respect to the same arbitration that the arbitration agreement is deemed to fall under the referral provisions of article II(3), whilst the arbitral award does not come within the New York Convention's definition of its field of application (e.g., the award is made within the country where enforcement is sought).

17. The clear choice for international arbitration also comports with the reference to international public policy in connection with the referral to arbitration [article 2(2)(c)] and the enforcement of the award [article 5(3)(h)].

18. The definition of the Draft Convention's scope means that the arbitration law of the place of arbitration (which is also the place where the award was or will be made) does not determine the Convention's applicability. On the other hand, the arbitration law of the place of arbitration and award can be relevant under the Convention in a number of other respects (validity of the arbitration agreement, articles 2(2)(b) and 5(3)(b); composition of the arbitral tribunal, article 5(3)(d); arbitral procedure, article 5(3)(e); binding force of the award, article 5(3)(f); setting aside of the award, article 5(3)(g); see also § 94 below). In this respect too, the Draft Convention is compliant with the UNCITRAL Model Law whose field of application is in essence territorial.

19. A consequence of the Draft Convention's field of application to the enforcement of any award resulting from an international arbitration is that the references in its text to "the country where the award was made" in article 5(3) may include the country where enforcement of the award is sought under the Draft Convention.

Paragraph 3 - Recognition

20. Paragraph 3 provides that the provisions of the Draft Convention apply to the recognition of the arbitral award accordingly. A separate provision regarding recognition is inserted for reasons of drafting so that the Draft Convention's provisions are not unduly burdened by recurring references to the recognition of the award as it is the case in the New York Convention.

No Reservations

21. Unlike article I(3) of the New York Convention, the Draft Convention does not offer States the possibility to adopt a reciprocity reservation or a commercial reservation. With respect to the reciprocity reservation, the Draft Convention is premised on the more modern principle of universal applicability of treaties. As regards the commercial reservation, that reservation has not played any significant role in the interpretation and application by the courts of the New York Convention.

ARTICLE 2 – ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENT

22. Article 2 is an elaboration of article II(3) of the New York Convention.

Paragraph 1 - General Obligation to Refer

23. Paragraph 1 sets forth the general obligation of the courts in the Contracting States to enforce arbitration agreements by means of referral to arbitration.

24. The obligation concerns arbitration agreements that fall under the Draft Convention as defined in article 1(1). See §§ 9-10 above.

25. The term “refer (...) to arbitration” is retained from article II(3) of the New York Convention. It includes other forms of enforcing arbitration agreements as practised in a number of countries (such as the “stay of court proceedings” in favour of arbitration).

26. The text mentions referral of a “dispute” to arbitration, which language is considered to be semantically more correct than referral of the “parties” to arbitration as stated in article II(3) of the New York Convention.

27. The language is mandatory (“shall,” see also paragraph 2) and, as it is the case under the New York Convention, a court does not have a discretionary power whether or not to refer.

28. The text of paragraph 1 is concerned with the situation of a dispute having been brought before a national court, like it is the case in article II(3) of the New York Convention. However, it should not be taken to exclude other types of court proceedings in relation to the arbitration agreement, such as a specific action to compel arbitration.

29. It is not incompatible with the arbitration agreement to which article 2 applies for a party to request, before or during the arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection, and for a court to grant such measure (cf. articles 9 and 17 J of the UNCITRAL Model Law).

Paragraph 2 - Grounds for Refusal of Referral

30. Paragraph 2 of article 2 contains a limitative list of circumstances under which a court shall not refer the dispute to arbitration. Referral may not be refused on any other ground.

31. The introductory sentence of paragraph 2 makes clear that the grounds for non-referral are to be asserted and proven by the party against whom the arbitration agreement is invoked in the court proceedings. Such an express provision is lacking in the New York Convention. It corresponds to the provision in article 5(3) of the Draft Convention (built on article V(1) of the New York Convention) that the party against whom enforcement of an arbitral award is sought has to assert and prove the grounds for refusal of enforcement of the arbitral award.

Ground (a) – Arbitration Agreement Not Invoked In Limine***Litis***

32. Ground (a) of paragraph 2 is to the effect that the arbitration agreement is to be invoked before submitting a statement on the substance of the dispute (in ordinary cases, that is the defendant). It is another provision that is lacking in the New York Convention but can be found in a number of arbitration laws (e.g., article 8(1) of the UNCITRAL Model Law).

Ground (b) – Lack of Valid Arbitration Agreement

33. Ground (b) of paragraph 2 addresses a major problem under the New York Convention. Article II(1) of the New York Convention requires the written form for an arbitration agreement, which is defined in article II(2) as including “an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams”. The requirement of the written form is more stringent than is imposed by virtually all modern arbitration laws. It prompted UNCITRAL to issue a “Recommendation regarding the interpretation” in 2006, in which it suggested to apply article II(2) “recognizing that the circumstances described therein are not exhaustive”. The interpretation, however, has its limits as the text of article II(2) requires either a signed contract or an exchange, which excludes less formal ways of acceptance.

34. It is submitted that requirements for the form of the arbitration agreement are no longer needed. Actually, modern arbitration laws are gradually abandoning the requirement of the written form, treating the arbitration clause on the same footing as other clauses in a contract (see the recent discussion at UNCITRAL, resulting in alternative options for the definition and form of the arbitration agreement in article 7 of the UNCITRAL Model Law at the thirtyninth session in 2006). The Draft Convention follows this trend by no longer imposing an internationally required written form. Rather, as it is the case under the New York Convention in other respects regarding the arbitration agreement, the Draft Convention refers to the applicable law for question concerning the validity of the arbitration agreement. The applicable law may include provisions similar to the revised article 7 of the UNCITRAL Model Law.

35. The New York Convention does not contain a rule of conflict of laws for determining the law applicable to the arbitration agreement at the stage of referral to arbitration. The absence of conflict rules has given rise to diverging judicial interpretations, ranging from the law of the forum to the law where the award will be made or will likely be made. The Draft Convention retains the latter conflict rule since it will lead to the same law governing the arbitration agreement at the stage of enforcement of the arbitral award [see article 5(3)(a)]. This option is supported by the experience in practice that, whilst a number of laws is a potential candidate for governing an arbitration agreement, the law of the place of arbitration is held to be the governing law in most cases. Furthermore, the applicability of the law of the place of arbitration to the validity of the arbitration agreement has the advantage that a choice by the parties (or arbitral institution) for a favourable place of arbitration implies a choice for a law that is probably also favourable to the validity of the arbitration agreement.

36. Ground (c) mentions the place where the award will be made. The country where the award will be made is the same as the place of arbitration [cf. UNCITRAL Model Law, article 31(3)].

37. It will frequently happen that the place of arbitration is known at the time the validity of the arbitration agreement is to be determined under article 2 of the Draft Convention. Unlike 50 years ago, parties are now well aware of the legal significance of choosing the place of arbitration, being that it entails the applicability of the arbitration law of the place of arbitration, and that it is not to be confused with the place of arbitration in the physical sense [cf. UNCITRAL Model Law, articles 1(2) and 20(2); see also § 94 below]. In many cases, the parties have fixed a place of arbitration in their arbitration agreement or have agreed on arbitration rules under which the arbitral institution or the arbitral tribunal determines the place in the absence of an agreement of the parties.

38. In those rare cases in which the place of arbitration is not yet known at that time or any indication is lacking where the award will likely be made, one has to fall back on the arbitration law of the country where the arbitration agreement is invoked.

39. It may be recalled that most arbitration laws adopt the doctrine of the separability of the arbitration agreement, that is, the invalidity of the main contract in which the arbitration agreement (clause) is included or to which the arbitration agreement relates does not affect the validity of the arbitration agreement [e.g., UNCITRAL Model Law, article 16(1)]. A logical consequence of the separability doctrine is that the law applicable to the contract is not necessarily the same as the law governing the arbitration agreement (clause).

40. Questions regarding validity of the arbitration agreement should be broadly understood. They include capacity, existence, formation, scope and contents. In practice, most cases concern the scope of the arbitration agreement, i.e., whether a dispute is covered by the wording of the arbitration agreement (in the United States also referred to as “arbitrability”). With respect to contents, that matter too is to be determined under the applicable law. The sole exception is public policy (see § 44 below).

41. There is no need to include in the Draft Convention language such as that which appears in article II(1) of the New York Convention (“an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not”) as these matters are almost always dealt with by the applicable law (e.g., UNCITRAL Model Law, article 7, Option I and II).

42. Ground (b) of paragraph 2 allows a court to examine the validity of the arbitration agreement on a prima facie basis only in the context of dealing with a request to refer the dispute to arbitration under article 2 of the Draft Convention. The reasons for such a limited examination are that the referral should be decided expeditiously by the court, and that that arbitral tribunal is the first instance to conduct a full review of an objection to the validity of the arbitration agreement, subject to eventual subsequent court control in an action for setting aside or enforcement of the arbitral award.

Ground (c) – Violation of Public Policy

43. Ground (c) of paragraph 2 corresponds to the terminal proviso of article II(1) of the New York Convention (“concerning a subject matter capable of settlement by arbitration”). There are three differences. First, the ground is listed as a ground for refusal of referral of the dispute to arbitration that is to be asserted and proven by the party against whom the arbitration agreement is invoked (with the possibility of the court relying on it on its own motion pursuant to paragraph 3). Second, the matter of arbitrability forms part of public policy. Arbitrability, therefore, is not expressed as a separate ground for refusal of referral to arbitration, but is subsumed in the public policy ground. Third, the public policy is limited to the narrower category of international public policy as developed by courts in many countries in relation to public policy, including arbitrability, under the New York Convention.

44. Ground (c) of paragraph 2 concerning public policy also means that it can constitute an exception to the applicability of the law of the place of arbitration for determining the validity of the arbitration agreement as provided in paragraph 2(b). The exception will occur if the place of arbitration is in a country other than the country where the agreement is invoked. In that case, all questions regarding the validity of the arbitration agreement are to be determined under the law of the place of arbitration, with the exception of questions regarding public policy, in particular arbitrability in the sense of the dispute being capable of settlement by arbitration, which questions are to be judged under the rules of international public policy of the country where the agreement is invoked.

Paragraph 3 - Application of Public Policy by Court on Its

Own Motion

45. Paragraph 3 is to be viewed in light of the fact that the New York Convention provides that a court can apply the public policy exception on its own motion with respect to the arbitral award [article V(2)]. If the Convention expressly allows a court to rely on its own motion on public policy in relation to the arbitral award [see article

5(4)], a court should also be allowed to rely on public policy on its own motion in relation to the arbitration agreement. Although –to the extent that it could be researched– a court has never applied the public policy defence on its own motion, that provision is repeated in the Draft Convention for reasons of its acceptability.

ARTICLE 3 – ENFORCEMENT OF AWARD – GENERAL

46. The sequence of the articles concerning enforcement of the arbitral award are the same as under the New York Convention: article 3 concerns enforcement in general; article 4 deals with the matters that the party seeking enforcement has to accomplish; article 5 contains the grounds for refusal of enforcement to be asserted and proven by the party against whom enforcement is sought or to be applied by a court on its own motion; and article 6 addresses the situation where the action for setting aside is pending in the country of origin. Within that sequence, a number of redundancies, obstacles and uncertainties created by the New York Convention are dealt with in the Draft Convention.

47. The obligation to enforce awards concerns arbitral awards that fall under the Draft Convention as defined in article 1(2). See §§ 12- 21 above.

48. Article 3 no longer contains the New York Convention article III language “Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and” as this language has not proven to be necessary in practice. Rather, like the other provisions of the Draft Convention, article 3 specifies that it is to be applied by the courts in the Contracting States.

Paragraph 1 - Conditions for Enforcement

49. Paragraph 1 expresses what is the generally accepted interpretation under the New York Convention: the conditions for enforcement are those set forth in the Convention only. Contracting States are not allowed to add, delete or amend conditions. For example, if an arbitral award comes within the scope of article 1(2) of the Draft Convention, an enforcement court is not allowed to impose other requirements as to jurisdiction in respect of a request for enforcement. Paragraph 1 applies only to awards the enforcement of which is sought under the Draft Convention (see article 7 concerning the more-favourable-right to enforce on another basis).

Paragraph 2 - Procedure for Enforcement

50. Paragraph 2 is also similar to the New York Convention. The Draft Convention does not specify the procedure for enforcement of an arbitral award, which procedure is left to the law of the country where enforcement is sought (subject to the provisions of paragraphs 3 and 4). In light of the grounds for refusal of enforcement set forth in article 5, the procedure implies that the party against whom the award is invoked is afforded the opportunity to present its case. Hence, the procedure is not *ex parte*.

51. The procedure under the law of the forum cannot be such that it affects in some manner the conditions of enforcement mentioned in the Draft Convention.

Accordingly, the Draft Convention's conditions for enforcement referred to in paragraph 1 prevail over the domestic rules of procedure of enforcement referred to in paragraph 2 if they conflict with each other.

Paragraph 3 - No Onerous Requirements

52. Paragraph 3 comes in lieu of the second sentence of article III of the New York Convention ("There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards").

53. The language is changed from "conditions" in article III of the New York Convention to "requirements on the procedure" in order to make clear the difference between paragraph 1 (conditions for enforcement are exclusively governed by the Convention) and paragraph 2 (procedure for enforcement is governed by the law of the country where enforcement is sought). Furthermore, the comparison with the enforcement procedure of domestic awards is abandoned so that an harmonized "light" international standard for the enforcement procedure can be achieved. The change in language should also be viewed in light of the requirement of paragraph 4.

Paragraph 4 - Court to Act Expeditiously

54. Paragraph 4 addresses a serious problem under the New York Convention: in a number of Contracting States, the procedure for enforcement of Convention awards is unacceptably slow. The Draft Convention stipulates that the courts must act expeditiously on a request for enforcement. Corollary to that obligation is the obligation of the parties to assist the enforcement court in fulfilling the obligation. It is left to the legislature and judiciary in the Contracting States how the enforcement proceedings can be expedited in terms of procedure.

55. Paragraph 4 prevails over the provisions of paragraph 3 if and to the extent that the procedure under the law of the country where enforcement is sought has the effect of an unacceptably slow enforcement procedure for an award falling under the Draft Convention.

Provisions Not Included in the Draft Convention

56. A counterclaim in enforcement proceedings would in principle be incompatible with the Draft Convention, and in particular paragraphs 3 and 4 of article 3.

57. The Draft Convention does not contain provisions on the periods of limitation for the enforcement of an arbitral award. It is to be noted that these periods vary considerably. For example, the period is 6 months in PR China, 3 years in the United States, 6 years in England, and 20 years in the Netherlands.

58. Nor does the Draft Convention contain provisions on the awarding of post-judgment interest by the enforcement court. That faculty is granted to courts in some

Common Law countries, but unknown in many other countries. There is no need to include provisions on interest in the Draft Convention as interest until the date of payment is usually granted in international awards, provided that a party has specifically sought an award of such interest.

ARTICLE 4 – REQUEST FOR ENFORCEMENT

59. Article 4 deals with the conditions that a party seeking enforcement of an award within the scope of the Convention should comply with.

Paragraph 1 - Conditions Entitling Leave for Enforcement

60. Paragraph 1 makes clear that the conditions set forth in article 4 are the only conditions that need to be met. Once the party seeking enforcement of the award has fulfilled them, that party is entitled to a leave for enforcement on the award, unless the party against whom the award is invoked asserts and proves one of the grounds for refusal of enforcement set forth in article 5(3), or the enforcement court finds that enforcement of the award would violate its international public policy under article 5(3)(h) in conjunction with article 5(4).

61. Paragraph 1 further specifies that the presence of grounds for refusal of enforcement can be found by a court “under the conditions of articles 5 and 6,” which include: the principles set out in article 5(1)-(2) (grounds for refusal of enforcement are exclusive and to be applied in manifest cases only); article 5(5) (waiver of right to invoke a ground for refusal of enforcement); and article 6 (setting aside action pending in country of origin, i.e., country where award was made).

Paragraph 2 - Original Award

62. Paragraph 2 requires a party seeking enforcement of an award to submit the original of the award. Paragraph 3 adds that instead of the original of the award, a certified copy can be supplied.

63. Article IV(1)(a) of the New York Convention requires the submission of: “The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof”. In practice, a party seeking enforcement either submits the original of the award, without any authentication, or a certified copy. The text of paragraph 2 of article 4 of the Draft Convention conforms to that practice.

Paragraph 3 - Copy of the Award

64. Paragraph 3 allows a party seeking enforcement to submit a certified copy. Under the New York Convention, most courts accept a certification by variety of authorities (the administrator of a reputed arbitral institution; a notary public; a consular service) and do not impose formalistic requirements. That practice is carried forward in paragraph 3 by providing that the certification should be in such form as directed by the court before which enforcement is sought.

Paragraph 4 - Translation

65. Paragraph 4 is also less formal than article IV(2) of the New York Convention which prescribes a translation that in all cases is certified by “an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent”. A number of courts no longer require the translation of documents if they are familiar with the foreign language in question (notably English). The main reason for this attitude is to avoid unnecessary costs as it is commonly known that the translation of an arbitral award can be expensive. Paragraph 4 reflects that practice.

No Submission of Arbitration Agreement

66. Unlike article IV(1)(b) of the New York Convention, article 4 of the Draft Convention does not oblige the party seeking enforcement of the award to supply (a copy of) the arbitration agreement. The abandonment of this requirement follows the liberalization of the formal requirements regarding the arbitration agreement in the Draft Convention (see § 33 above).

67. An identical amendment was made with respect to the UNCITRAL Model Law in 2006, in which the presentation of a copy of the arbitration agreement is no longer required under article 35(2) for enforcement of the award irrespective of the country of origin.

68. Moreover, certain courts interpret article IV(1)(b) of the New York Convention as requiring the party seeking enforcement to prove the validity of the arbitration agreement, which is contrary to one of the main features of the Convention that the party against whom the enforcement is sought has the burden to prove the invalidity of the arbitration agreement. That main feature is retained in the Draft Convention [article 5(3)(a)].

69. The arbitration agreement on which the arbitral award is based is almost always referenced in the arbitral award so that no uncertainty will exist regarding the agreement on which the award is based.

Other Provisions Not Included in the Draft Convention

70. The phrase “at the time of the application” as appearing in article IV(1) of the New York Convention has not been retained either. The phrase has led to refusals of enforcement by some courts on formalistic grounds. By omitting the phrase in the Draft Convention, courts are offered more flexibility as to determining the latest moment on which a party can submit the original or certified copy of the arbitral award in the proceedings (or rectify an incorrect filing).

ARTICLE 5 – GROUNDS FOR REFUSAL OF ENFORCEMENT

71. Article 5 is modelled after article V of the New York Convention with a number of clarifications and adjustments.

Paragraph 1 - Grounds Are Limitative

72. Paragraph 1 provides that the grounds for refusal of enforcement are listed limitatively. No other grounds may be applied. In particular, the review of the merits of an arbitral award is not one of the grounds for refusal of enforcement set forth in article 5.

Paragraph 2 - In Manifest Cases Only

73. Paragraph 2 addresses an issue under the New York Convention: does an enforcement court have a residual power to enforce an award notwithstanding the presence of a ground for refusal of enforcement? The answer to the question is given in paragraph 2 by providing that enforcement shall be refused in manifest cases only. In manifest cases, there is no room for the application of a residual power.

74. Paragraph 2 comports with the underlying rationale that enforcement should be refused solely in serious cases. See also article 5(5) (waiver of right to invoke ground for refusal)

Paragraph 3 - Ground for Refusal of Enforcement

75. Paragraphs 2 and 5 of article 5 combined alleviate the need to deal with the question under article V(1) of the New York Convention whether the introductory language of the grounds for refusal of enforcement should be permissive (“enforcement may be refused”) or mandatory (“enforcement shall be refused”). Having both provisions in the Draft Convention, the introductory language of paragraph 3 can be unambiguous by being mandatory.

76. The introductory language of paragraph 3 is also clearer than article V(1) of the New York Convention in respect of the distinction between an assertion and proof for the assertion.

Ground (a) - Lack of Valid Arbitration Agreement

77. Ground (a) of article 5(3) is a simplified version of article V(1)(a) of the New York Convention. First, as the Draft Convention no longer imposes requirements for the form of the arbitration agreement, there is no reference to a corresponding provision in the Convention (comp. article V(1)(a) of the New York Convention: “the agreement referred to in article II”). Second, all questions regarding the validity of the arbitration agreement are deemed to be covered by the expression “no valid arbitration agreement”. Third, the conflict rules are reduced to one simple rule: the law of the country where the award was made. That country is synonymous to the place of arbitration. See §§ 33-40 above; see also § 66 above.

78. The uniform and simple conflict rule applies also to questions regarding the capacity of the parties to conclude the arbitration agreement. It therefore is not necessary to include in ground (a) an express reference to the incapacity of a party

as it is made in Article V(1)(a) of the New York Convention (“under the law applicable, were under some incapacity”).

Ground (b) - Violation of Due Process

79. Ground (b) of article 5(3) is a modernized version of article V(1)(b) of the New York Convention. It embodies the fundamental due process rights as set forth in current arbitration legislation (e.g., UNCITRAL Model Law, article 18, the difference being that “full opportunity” is replaced by “reasonable opportunity” in the Draft Convention).

Ground (c) - Excess of Authority

80. Ground (c) of article 5(3) is a simplified version of article V(1)(c) of the New York Convention, whose language, moreover, is unclear [see § 1(c) above].

81. Ground (c) applies if the arbitral tribunal has granted more than the relief sought (extra petita). In that case, enforcement can still be granted for that part of the relief granted that is within the relief sought, provided that the two can be severed.

82. The matter of the relief granted outside the relief sought (extra petita) must be distinguished from the relief granted outside the scope of the arbitration agreement but within the relief sought. In such a case, ground (a) of article 5(3) (invalid arbitration agreement) applies, and not ground (c).

Grounds (d) and (e) - Irregular Composition of Arbitral

Tribunal or Arbitral Procedure

83. Grounds (d) and (e) of article 5(3) are similar to ground (d) of article V(1) of the New York Convention. For reasons of clarity, they are presented in separate grounds.

84. If and to the extent that there is an agreement of the parties on the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure, the arbitration law of the country where the award was made (i.e., the place of arbitration) does not come into play insofar as grounds (d) and (e) of article 5(3) of the Draft Convention are concerned. Under the present text of article V(1)(d) of the New York Convention, that rule has given rise to the question whether an agreement of the parties on those matters can also deviate from the mandatory rules of the arbitration law of the place of arbitration (e.g., an agreement on an even number of arbitrators in a country where an uneven number is mandatorily prescribed by the law). The text of article 5(3)(d)-(e) does not allow to refuse enforcement on the basis of such a contravention. In that case, an aggrieved party should seek the setting aside of the award in the country of origin and, if successful, seek the refusal of enforcement on ground (g), i.e., the award has been set aside in the country where it was made. The same solution is offered by the UNCITRAL Model Law [comp. article 34(2)(a)(iv) with article 36(1)(a)(iv)].

85. As mentioned before, the expression “the law of the country where the award was made” can refer to the country where enforcement of the award is sought (see § 18 above).

Ground (f) - Award Not Binding

86. Ground (f) of article 5(3) corresponds to article V(1)(e) of the New York Convention inasmuch as it concerns the expression “the award has not yet become binding on the parties”. The word “binding” had been inserted in the New York Convention in lieu of the word “final” as it appeared in the Geneva Convention of 1927 in order to denote that a leave for enforcement on the award granted by a court in the country of origin is no longer required for enforcement abroad (the system of the so-called “double exequatur”).

87. The word “binding” in the New York Convention, however, has given rise to differing interpretations. The Draft Convention retains the prevailing interpretation that the word “binding” means that an award is not binding if it is still open to appeal on the merits before an appeal arbitral tribunal or a court in the country of origin. Appeal arbitration is allowed in a number of countries and specifically agreed to, in particular, in commodity arbitration. An appeal on the merits before a court is rare nowadays. The possibility of a setting aside or annulment of an arbitral award in the country of origin is not equivalent to an appeal on the merits. Consequently, in most cases an arbitral award can be enforced under the Draft Convention as soon as it is rendered.

Ground (g) - Award Set Aside in Country of Origin

88. The action to set aside (annul, vacate) an arbitral award is contemplated by virtually all arbitration laws. The competence to consider and decide on the setting aside of an arbitral award belongs exclusively to the courts of the country where the award was made (the country of origin, which is equivalent to the place of arbitration). Setting aside is to be distinguished from enforcement which can be considered and decided by courts of any country insofar as it concerns the courts’ (territorial) jurisdiction.

89. Ground (g) adopts the solution offered by article IX(2) of the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961. Accordingly, the refusal of enforcement is limited to cases where the award has been set aside on grounds equivalent to grounds (a) to (e) of article 5(3) of the Draft Convention. Grounds (a) to (e) of article 5(3) correspond in turn to generally recognized grounds for setting aside an arbitral award resulting from international arbitration (see article 34(2)(a) of the UNCITRAL Model Law).

90. The term “equivalent” is chosen since the wording of the grounds for setting aside may differ under domestic law. The expression refers to grounds that may be semantically different but are comparable in content and scope.

91. The solution proposed in ground (g) of article 5(3) of the Draft Convention means, in particular, that a setting aside on (domestic) public policy or parochial grounds in the country of origin is not a ground for refusal of enforcement under the Draft Convention.

92. Ground (g) offers a solution between two extreme positions. On the one hand, article V(1)(e) of the New York Convention provides as a ground for refusal of enforcement an award that has been set aside on any ground in the country of origin.

On the other, according to French courts, the setting aside of the award in the country of origin is no ground for refusal of enforcement at all in France. The French courts take that position outside an application of the New York Convention.

93. Ground (g) concerns the situation that the award has been set aside in the country of origin. If an action for setting aside the award is pending in the country of origin, the provisions of article 6 apply.

94. Ground (g) does not include the expression “under the law of which” the award was made as it is the case for article V(1)(e) of the New York Convention. Having regard to the observations made in § 36 above, the reference to the country where the award was made suffices. In practice, parties almost never agree to the applicability of arbitration law other than the law of the place of arbitration.

Ground (h) - Violation of Public Policy

95. Ground (h) corresponds to article V(2) of the New York Convention. As it is the case for the referral to arbitration (see § 43 above), there are three differences. First, the ground is listed as a ground for refusal of enforcement that is to be asserted and proven by the party against whom enforcement of the award is sought (with the possibility of the court relying on it on its own motion pursuant to paragraph 4). Second, the matter of arbitrability forms part of public policy. Arbitrability, therefore, is not mentioned as a separate ground for refusal of enforcement, but is subsumed under the public policy ground. Third, the public policy is limited to the narrower category of international public policy as developed by courts in many countries in relation to public policy, including arbitrability, under the New York Convention.

Suspension of Award

96. The grounds for refusal of enforcement of an award under the Draft Convention do not include a suspension of the award in the country of origin. Article V(1)(e) of the New York Convention contains such a ground, which has caused uncertainty in practice. Courts interpret the ground to mean that it refers to a suspension of enforcement. The courts are divided whether it contemplates a suspension of enforcement specifically ordered by a court only or also a suspension by operation of law (which occurs in some countries when an application for setting aside is made). As matters regarding enforcement in the country of origin, including suspension of enforcement, are limited to that country, there is no need to address it in the Draft Convention.

Paragraph 4 - Application of Public Policy by Court on Its

Own Motion

97. Paragraph 4 is explained in § 45 above.

Paragraph 5 - Waiver of the Right to Invoke a Ground for***Refusal of Enforcement***

98. With respect to paragraph 5, the New York Convention does not contain an express provision on the waiver of a right to invoke a ground for refusal of enforcement. Some courts have interpreted the Convention as implying a discretionary power not to refuse enforcement if a party can be held to have waived the right to rely on a ground for refusal of enforcement, but this is not an established interpretation. The interpretation is mainly based on the permissive expression “enforcement may be refused” in the opening proviso in article V(1) of the New York Convention in its English text. The Draft Convention, however, employs the mandatory expression “enforcement shall be refused,” which would no longer permit the interpretation (see § 75 above).

99. For those reasons, the Draft Convention contains express provisions on the waiver of the right to invoke a ground for refusal of enforcement in paragraph 5 of article 5. The provisions are based on article 4 of the UNCITRAL Model Law.

100. The provisions of paragraph 5 apply in the enforcement proceedings under the Draft Convention irrespective of whether or not the arbitration law of the place of arbitration contains similar waiver provisions. In this manner, a better uniform treatment of the enforcement of awards can be achieved.

101. The waiver is limited to grounds (a) to (e) of article 5(3). Grounds (f) and (g) are not matters that can be the subject of a waiver since they occur subsequent to the arbitration (i.e., binding force of the award and setting aside of the award, respectively). Ground (h) is not a matter for a waiver in the arbitration either since it concerns international public policy of the country where the enforcement is sought.

ARTICLE 6 – ACTION FOR SETTING ASIDE PENDING IN COUNTRY OF ORIGIN

102. Article 6 is similar to article VI of the New York Convention.

Paragraph 1 - Adjournment

103. Paragraph 1 codifies the prevailing interpretation by the courts under the New York Convention that an enforcement court has the discretionary power to adjourn the decision on enforcement. In order to preserve a broad power of the enforcement courts in that respect, the Draft Convention does not codify the test regularly used by the enforcement courts when considering an application to adjourn, which is the likelihood of success of the setting aside action in the country of origin.

104. It is not deemed necessary to specify in the text of paragraph 1 that the expression “pending” refers not only to a pending setting aside action in first instance, but also to an appeal, including the period for lodging the appeal, unless a party has validly renounced the appeal.

Paragraph 2 - Security

105. Paragraph 2 expands the terminal proviso in Article VI of the New York Convention (“and may also, on the application of the party claiming enforcement, order the other party to give suitable security”).

106. If the decision on enforcement is adjourned, the enforcement court may, at the request of the party seeking enforcement, order the party against whom enforcement is sought to provide suitable security for the event that the application for setting aside is rejected in the country of origin.

107. On the other hand, if the decision on enforcement is not adjourned, the enforcement court may, at the request of the party against whom enforcement is sought, order the party seeking enforcement to provide suitable security for the event that, subsequent to enforcement, the award is set aside in the country of origin. The justification for the latter case is that the party against whom the award is enforced should be able to recover what it has paid to the other party in the enforcement action. However, courts will likely exercise more restraint in ordering security to be provided by a party seeking enforcement of an award since the Draft Convention’s goal is to facilitate enforcement.

108. The form of “suitable security” is also left to the discretion of the enforcement court. It is customary in many countries to order the relevant party to provide an appropriate bank guarantee or to pay the amount in question into an escrow account.

ARTICLE 7 – MORE-FAVOURABLE-RIGHT

109. Article 7 contains a more-favourable-right provision that is based on article VII(1) of the New York Convention. It forms part of the Draft Convention’s goal to facilitate enforcement in as large a number of cases as possible. The Draft Convention is conceived as imposing minimum requirements only and a Contracting State may be less demanding than the Convention by offering a more liberal legal regime.

110. The text of article VII(1) of the New York Convention applies to the enforcement of the arbitral award only and does not mention the arbitration agreement. UNCITRAL suggests in its “Recommendation regarding the interpretation” of 2006 that article VII(1) “should be applied to allow any interested party to avail itself of the rights it may have, under the law or treaties of the country where an arbitration agreement is sought to be relied upon, to seek recognition of the validity of such an arbitration agreement”. That interpretation is codified in Article 7 which expressly refers to both the arbitration agreement and the arbitral award.

111. Article VII(1) of the New York Convention is drafted in an indirect manner: the provisions of the New York Convention shall not “deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or treaties of the country where the award is relied upon”. Article 7 is clearer by referring to enforcement on a legal basis other than the Draft Convention in the country where the agreement or award is relied upon.

112. The “legal basis” mentioned in article 7 can be another treaty, domestic statute law or case law concerning the enforcement of arbitration agreements or arbitral awards in international arbitration. Such law and treaties may be applicable in particular to the referral of a dispute to international arbitration outside the court’s jurisdiction and the enforcement of arbitral awards rendered abroad in an international arbitration.

113. Article 7 implies a fork-in-the-road with respect to the legal basis on which enforcement is sought. If the party seeking enforcement has elected another legal basis for enforcement, that basis applies to the exclusion of the Convention. If the legal basis were a combination of the Draft Convention and another legal basis, a party seeking enforcement could select a combination that deprives the other party of its rights to defences under the Draft Convention. That would be inconsistent with the balanced scheme for the defences offered by the Draft Convention, and, hence, constitute a violation of due process.

114. Conversely, a party against whom enforcement is sought is not allowed to rely on another basis for its defences to enforcement, unless and until the party seeking enforcement has elected another legal basis. It would be incompatible with the Draft Convention if a party seeks enforcement on the basis of the Convention, but the other party is allowed to invoke in whole or in part defences originating from another legal basis.

115. In practice, however, it is expected that in almost all cases the party seeking enforcement will rely on the legal regime of the Draft Convention since it is rather favourable to enforcement.

116. Article VII(1) of the New York Convention also contains a so-called “compatibility provision,” i.e., the New York Convention does not affect the validity of other multilateral or bilateral treaties concerning enforcement. The compatibility provision is one of the provisions that is possibly to be inserted as part of the General Clauses since it is a typical treaty provision.

ARTICLE 8 – GENERAL CLAUSES

117. The General Clauses are to be considered and possibly included in the Draft Convention. They include amongst others:

- (a) Designation of Competent Enforcement Court
- (b) Interpretation
- (c) Relationship with the New York Convention
- (d) References to the New York Convention in other treaties
- (e) Compatibility with other treaties
- (f) [No] reservations
- (g) General reciprocity (see also § 21 above)

- (h) Applicability of the Draft Convention to territories and in federal states
- (i) Signature, ratification and accession, and deposit
- (j) Entry into force
- (k) Retroactive [in]applicability; transitional clauses
- (l) Denunciation
- (m) Notifications
- (n) Language of authentic texts.

NEW YORK CONVENTION 1958 AND HYPOTHETICAL DRAFT CONVENTION 2008

POF: ALBERT JAN VAN DEN BERG (*)

NEW YORK CONVENTION 1958	HYPOTHETICAL DRAFT CONVENTION 2008
<i>Article I</i>	<i>Article 1 – Field of Application</i>
<i>[No comparable provision]</i>	<p>1. This Convention applies to the enforcement of an arbitration agreement if:</p> <p>(a) the parties to the arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their place of business or residence in different States, or</p> <p>(b) (b) the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one State.</p>
<p>1. This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.</p>	<p>2. This Convention applies also to the enforcement of an arbitral award based on an arbitration agreement referred to in paragraph 1.</p>
<i>[Passim]</i>	<p>3. Where this Convention refers to the enforcement of an arbitral award, it comprises the recognition of an arbitral award.</p>

(*) Profesor en la Universidad Erasmus. Presidente del Netherlands Arbitration Institute (NAI), Rotterdam. Socio fundador de Hanotiau & Van den Berg, Brussels.

NEW YORK CONVENTION 1958	HYPOTHETICAL DRAFT CONVENTION 2008
<p>1. The term "arbitral awards" shall include not only awards made by arbitrators appointed for each case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted.</p>	<p><i>[Deleted]</i></p>
<p>2. When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration.</p>	<p><i>[See Article 8 - General Clauses below]</i></p>
<p>Article II</p>	<p>Article 2 – Enforcement of Arbitration Agreement</p>
<p>1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.</p>	<p><i>[Deleted in part; see paragraph 3(c)]</i></p>
<p>2. The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams</p>	<p><i>[Deleted]</i></p>
<p>3. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed</p>	<p>1. If a dispute is brought before a court of a Contracting State which the parties have agreed to submit to arbitration, the court shall, at the request of a party, refer the dispute to arbitration, subject to the conditions set forth in this article.</p>
<p><i>[See in part paragraph 3 above]</i></p>	<p>2. The court shall not refer the dispute to arbitration if the party against whom the arbitration agreement is invoked asserts and proves that:</p>

NEW YORK CONVENTION 1958	HYPOTHETICAL DRAFT CONVENTION 2008
<i>[No comparable provision]</i>	(a) the other party has requested the referral subsequent to the submission of its first statement on the substance of the dispute in the court proceedings; or
<i>[See paragraph 3]</i>	(b) there is prima facie no valid arbitration agreement under the law of the country where the award will be made; or
<i>[See paragraph 1 in fine]</i>	(c) arbitration of the dispute would violate international public policy as prevailing in the country where the agreement is invoked.
<i>[No comparable provision]</i>	3. The court may on its own motion refuse to refer the dispute to arbitration on ground (c) mentioned in paragraph 2.
Article III	Article 3 – Enforcement of Award – General
Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards	<p>1. An arbitral award shall be enforced exclusively on the basis of the conditions set forth in this Convention.</p> <p>2. The law of the country where enforcement is sought shall govern the procedure for enforcement of the award.</p> <p>3. There shall not be imposed onerous requirements on the procedure for enforcement nor substantial fees or charges.</p>
<i>[No comparable provision]</i>	4. Courts shall act expeditiously on a request for enforcement of an arbitral award.
Article IV	Article 4 – Request for Enforcement
<i>[No comparable provision]</i>	1. Fulfillment of the conditions set forth in this article entitles the party seeking enforcement to be granted enforcement of the arbitral award, unless the court finds that a ground for refusal is present under the conditions set forth in articles 5 and 6.

NEW YORK CONVENTION 1958	HYPOTHETICAL DRAFT CONVENTION 2008
<p>1. To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply:</p> <p>(a) The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof;</p>	<p>2. The party seeking enforcement shall supply to the court the original of the arbitral award.</p>
<p><i>[See paragraph 1(a)]</i></p>	<p>3. Instead of an original of the arbitral award, the party seeking enforcement may submit a copy certified as conforming to the original. The certification shall be in such form as directed by the court.</p>
<p>(a) The original agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof.</p>	<p><i>[Deleted]</i></p>
<p>2. If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent.</p>	<p>4. If the arbitral award is not in an official language of the court before which enforcement is sought, the party seeking enforcement shall, at the request of the other party or the court, submit a translation. The translation shall be in such form as directed by the court</p>
<p>Article V</p>	<p>Article 5 – Grounds for Refusal of Enforcement</p>
<p><i>[No comparable provision]</i></p>	<p>1. Enforcement of an arbitral award shall not be refused on any ground other than the grounds expressly set forth in this article.</p>
<p><i>[No comparable provision]</i></p>	<p>2. Enforcement shall be refused on the grounds set forth in this article in manifest cases only.</p>
<p>1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:</p>	<p>3. Enforcement of an arbitral award shall be refused if, at the request of the party against whom the award is invoked, that party asserts and proves that:</p>

NEW YORK CONVENTION 1958	HYPOTHETICAL DRAFT CONVENTION 2008
(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or	(c) there is no valid arbitration agreement under the law of the country where the award was made; or
(d) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or	(a) the party against whom the award is invoked was not treated with equality or was not given a reasonable opportunity of presenting its case; or
c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or	(c) the relief granted in the award is more than, or different from, the relief sought in the arbitration and such relief cannot be severed from the relief sought and granted; or
(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or	(d) the composition of the arbitral tribunal was not in accordance with the agreement of the parties, or in the absence of such an agreement, not in accordance with the law of the country where the award was made; or
<i>[See paragraph 1(d)]</i>	(e) the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or in the absence of such an agreement, not in accordance with the law of the country where the award was made; or
(e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made	(f) the award is subject to appeal on the merits before an arbitral appeal tribunal or a court in the country where the award was made; or

NEW YORK CONVENTION 1958	HYPOTHETICAL DRAFT CONVENTION 2008
<i>[See paragraph 1(e)]</i>	(g) the award has been set aside by the court in the country where the award was made on grounds equivalent to grounds (a) to (e) of this paragraph; or
2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:	<i>[See paragraph 4 below]</i>
(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or	<i>[Subsumed in ground (h) below]</i>
(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country	(h) enforcement of the award would violate international public policy as prevailing in the country where enforcement is sought.
	4. The court may on its own motion refuse enforcement of an arbitral award on ground (h) of paragraph 3.
<i>[No comparable provision]</i>	5. The party against whom the award is invoked cannot rely on grounds (a) to (e) of paragraph 3 if that party has not raised them in the arbitration without undue delay after the moment when the existence of the ground became known to that party.
Article VI	Article 6 – Action for Setting Aside Pending in Country of Origin
If an application for the setting aside or suspension of the award has been made to a competent authority referred to in article V (1) (e), the authority before which the award is sought to be relied upon may, if it considers it proper, adjourn the decision on the enforcement of the award and may also, on the application of the party claiming enforcement of the award, order the other party to give suitable security.	1. If the application for setting aside the award referred to in article 5(3)(g) is pending in the country where the award was made, the court before which the enforcement of the award is sought under this Convention has the discretion to adjourn the decision on the enforcement. 2. When deciding on the adjournment, the court may, at the request of a party, require suitable security from the party seeking enforcement or the party against whom the award is invoked.

NEW YORK CONVENTION 1958	HYPOTHETICAL DRAFT CONVENTION 2008
Article VII(1)	Article 7 – More-Favourable-Right
1. The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.	If an arbitration agreement or arbitral award can be enforced on a legal basis other than this Convention in the country where the agreement or award is invoked, a party seeking enforcement is allowed to rely on such basis.
Articles VII(2) - XVI	Article 8 - General Clauses
	The General Clauses to be considered and possibly included in the Draft Convention include amongst others:
<i>[No comparable provision]</i>	(a) Designation of Competent Enforcement Court
<i>[No comparable provision]</i>	(b) Interpretation
Article VII(2)	(c) Relationship with the New York Convention
<i>[No comparable provision]</i>	(d) References to the New York Convention in other treaties
Article VII(1)	(e) Compatibility with other treaties
Article I(3)	(f) [No] reservations .
Article XIV	(g) General reciprocity
Articles X - XI	(h) Applicability of the Draft Convention to territories and in federal states
Articles VIII - IX	(i) Signature, ratification and accession, and deposit
Article XII	(j) Entry into force
<i>[No comparable provision]</i>	(k) Retroactive [in]applicability; transitional clauses

NEW YORK CONVENTION 1958	HYPOTHETICAL DRAFT CONVENTION 2008
<i>Article XIII</i>	(l) Denunciation
<i>Article XV</i>	(m) Notifications
<i>Article XVI</i>	(n) Language of authentic texts.

IN MEMORIAM DEL PROFESOR THOMAS W. WAEDELDE (1949-2008)

Por: FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*)

Con estupor, la comunidad académica vinculada al arbitraje internacional se enteró de pronto que Thomas W. Waelde había fallecido imprevisiblemente, a causa de un irrelevante accidente ocurrido en su casa de descanso mientras se encontraba de vacaciones en el Sur de Francia.

Una persona de la vitalidad personal e intelectual de Thomas, con apenas 58 años de edad, parecía que era inmortal. Y; sin embargo, desapareció en el momento menos pensado, por la causa menos esperada y en el apogeo de su carrera profesional.

Nacido en Alemania, el Profesor Waelde había estudiado y obtenido el título de abogado en la Universidad de Frankfurt (Alemania). Luego obtuvo su título de Magister en la Universidad de Harvard (U.S.A.) y fue Doctor en Derecho por la Universidad de Frankfurt, habiendo recibido por su tesis el calificativo de *summa cum laude*. Más tarde, obtuvo en Inglaterra el derecho a ejercer como *Barrister*. Pero la parte más importante de su vida fue quizá como académico, en la Universidad de Dundee (Escocia), ocupando la Cátedra Jean Monnet de Derecho Internacional Económico, Recursos Naturales y Energía. No es necesario recordar que Jean Monnet fue denominado el “Padre de Europa” debido a su participación fundamental como Presidente de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero que dio origen a la Unión Europea.

Desde la lejana Escocia, Thomas asumió un papel líder en el campo del arbitraje internacional. Vinculado primero con el tema de los recursos naturales de energía (gas y petróleo), tema al cual se mantuvo fiel durante toda su vida, pronto su mente brillante y su capacidad de innovación lo llevó a ampliar su perspectiva a toda el área de arbitraje de inversión. Y su talento lo hizo asumir una posición promotora y conductora

(*) Profesor de pregrado y posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, de la Academia Peruana de la Lengua y de la Academia Nacional de Historia. Socio del Estudio Fernando de Trazegnies, Abogados, Lima, Perú.

de esta nueva área del Derecho Internacional. Convencido de que la inversión es uno de los ejes alrededor de los cuales gira el mundo actual, concibió la idea de mejorar las condiciones de vida en la época contemporánea a través de dar seguridad a las inversiones, instrumentos del cambio y del progreso. Esto lo llevó a adentrarse en el mundo de la economía, con la convicción de que el Derecho no es un conocimiento que pueda ser entendido ni aplicado a cabalidad en forma aislada, sino sumergido en sus múltiples relaciones con todas las demás áreas de la vida social. Y es así como fue el padre y el mentor del Derecho Internacional de la Inversión, con una gran influencia en los arbitrajes internacionales y, particularmente, en los casos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), donde actuó como árbitro pero también como experto legal y como consejero. Entre los casos en que participó como árbitro se encuentra el de *Thunderbird v. México*, en el que, con una claridad inigualable, planteó un voto singular extraordinariamente rico en ideas jurídicas y en sugerencias.

Pero quizá su actividad más importante fue como maestro, como orientador de lo que debían ser las relaciones internacionales. Su perspectiva profundamente académica lo llevó a crear una revista en la Web –*Transnational Dispute Management* o, simplíficadamente, *TDM*– en la que aparecen las últimas novedades en materia de arbitraje internacional y que es un referente obligado para todo aquel que tenga que ver con las controversias más allá de las fronteras.

Pero, además, Thomas era una de esas raras personas que es capaz de adoptar con toda propiedad tanto la perspectiva jurídica como la económica, lo que resulta fundamental en el arbitraje de inversión. No era propiamente un *law and economy man*, pero tenía una muy aguda percepción del Derecho vinculada a la Economía: para él, el Derecho y la Economía no podían ser disciplinas ajenas, sino que tenían que resolver sus problemas conjuntamente.

Más allá de todo ello, Thomas fue una persona excepcional, profundamente amigo de sus amigos y siempre dispuesto a enseñar lo mucho que conocía. Cuando por alguna razón no podía dar información sobre un tema, recurría a sus colegas quienes, como si fueran miembros de una cofradía universal de la amistad jurídica, contribuían a incrementar el patrimonio académico del maestro y a ayudar a la persona que había solicitado la ayuda intelectual.

Tuve primero el honor de participar con él en un arbitraje, en el que ambos fuimos expertos legales. Sin conocerme y de manera totalmente espontánea, me envió un mail elogiando generosamente mi Informe. Unos años después me fue grato conocerlo personalmente en Washington, cuando ambos concurríamos en calidad de expertos legales a una audiencia arbitral ante el CIADI. Almorzamos juntos en un simpático restaurante frente al canal de Cambridge y conversamos mucho. Thomas había leído que el Rey San Luis de Francia había ido a las Cruzadas con un belga llamado Gilles de Trazegnies, a quien incluso había nombrado Condestable de Francia en Cesarea y fue así el único Jefe de las Fuerzas Armadas de Francia en la historia

de ese país que haya sido extranjero. Su amena erudición me fascinó y su vitalidad me mostró una persona excepcional.

La muerte llega a veces de una forma absolutamente descontextualizada y desproporcionada. ¿Cómo aceptar que una persona de 58 años, como era Thomas, con tanto por escribir y por hacer, haya muerto cayendo de una escalera cuando intentaba cambiar un foco de luz en su casa de verano en el Sur de Francia? Parece una injusticia y una dilapidación de la naturaleza.

Pienso que la mejor manera de rendirle un homenaje más que merecido es presentarlo rodeado de sus amigos juristas. Por ello, me permito transcribir algunas de las expresiones de dolor y de amistad de las personas que lo conocieron y admiraron, las que copio a continuación:

ALGUNOS MENSAJES DE CONDOLENCIA EN OGEMID

Estoy realmente impactado por las noticias que he oído sobre la muerte de Thomas. Era una mente inquisitiva, un académico sobresaliente de un nivel sorprendente, un líder en su campo y un buen amigo.

Oscar M. Garibaldi. Covington & Burling. (Washington).

Hay pocas palabras –si hay alguna– que puedan describir eficientemente esta tragedia. Voy a recordar siempre la energía de Thomas, su inteligencia y sus percepciones y puntos de vista respecto de cada tema o aspecto. Y, sobre todo, me va a faltar su amistad y su enseñanza. Sé que hablo en nombre de muchas personas en el mundo cuyas vidas y carreras fueron ayudadas y construidas por Thomas.

Arif Hyder Ali. Crowell & Moring (Washington).

Yo quisiera agregar que Thomas fue realmente una persona de mente abierta, incluso para los académicos más jóvenes, y sus escritos y la atención que dio a los nuestros fueron realmente importante para nosotros: una invitación para continuar trabajando en nuestros campos. Estoy seguro de que estoy hablando en nombre de muchas personas en el mundo.

Sebastien Maciaux. Universidad de Borgoña (Francia).

Una chispa se ha apagado en nuestra comunidad y, aunque hay otras luces, va a ser difícil encontrar otra fuente luminosa que pueda igualarla en términos de generar el diálogo, las ideas y el intercambio. Una gran pérdida. Thomas fue un modelo para nosotros: amigable, siempre dispuesto a ayudar, productivo (en muchos aspectos), un gran académico y un gran abogado internacional. Nunca olvidaré nuestras discusiones sobre inversión internacional, un tema que él dominó como nadie.

Lucinda A- Low. Steptoe & Johnson (Washington).

Estoy profunda y tristemente afectado por la muerte del Prof. Thomas Waelde. Para muchos de nosotros y para mí particularmente, habiendo sido su primer

alumno PhD y habiendo supervisado mi trabajo y permanecido como un guía intelectual.

Abba Kolo.

Es una noticia muy triste. Perdemos hoy un profesor excepcionalmente enérgico y, sobre todo, una persona generosa que nunca dudó en ayudar a los jóvenes académicos. Trabajó con pasión; y creo que todos estos mensajes y palabras con motivo de su muerte, reflejan cuán querido era. Dios lo bendiga.

Chtioui Abdelwahed.

Fue un amigo y un mentor, para mí como para muchos otros. La pasión que mostraba en nuestro campo y su devoción por explorar sus desarrollos eran, para mí, tan legendarias como sus prolíficos escritos, y las instituciones a las que él había dado el impulso necesario para su creación y desarrollo. Es realmente decir muy poco afirmar que él será muy recordado y que su presencia nos hará muchísima falta.

T. J. Grierson-Weiler. Washington College of Law, American University.

Yo también lamento la pérdida de uno de los profesionales más originales y talentosos. Thomas siempre era capaz de dar una opinión; y frecuentemente nos daba una que estaba incrustada en el núcleo de una nueva perspectiva a ser explorada. Descanse en paz.

Richard E. (Rory) Walck. Global Financial Analytics.

El Profesor Thomas Waelde fue un hombre de gran generosidad, integridad, paciencia y sabiduría. Será recordado por su trabajo y su entrega tanto a la comunidad de desarrollo internacional como a la del derecho internacional. Estando fuera del medio universitario, los Estudios de abogados y los círculos académicos, estoy muy impresionado por la cantidad de personas, en todos los caminos de la vida de las organizaciones internacionales de desarrollo, que lo tenía a él como su mentor y que lo respetaban por su trabajo. Las comunidades de Derecho Internacional de la Energía y del desarrollo internacional, se empobrecerán con su partida. Extrañaremos, sin duda, sus opiniones y sus feedbacks en los muchos temas legales sobre los que tenemos que tratar en nuestro trabajo diario para lograr un mundo mejor, más pacífico y más justo. Descansa en paz.

Mohammed A. Bekhechi. ESSD and International Law Unit (Washington).

Él pensaba que lo que hacía era importante, y también muy divertido. Abrió sus puertas para todos, para compartir la exaltación y el goce. No dejará nunca de estar a nuestro lado; oiremos su voz; veremos esa expresión sencilla que tenía, diciéndonos que había estado a punto de pintar de nuevo nuestro mundo con un color más brillante, de revertir la perspectiva... y que ahora cuenta con nosotros para lograrlo, aun cuando no nos sentimos todavía suficientemente preparados.

J. Paulsson. Freshfields Bruckhaus Deringer (England).

*Es con estupefacción y pena que la comunidad de juristas y árbitros del Derecho Internacional de las Inversiones ha tomado conocimiento del deceso de Thomas Waelde como consecuencia de un accidente sufrido el 11 de octubre de 2008 en su casa de Lubéron. Tomas Waelde había nacido en Heidelberg y tuvo una formación universitaria excepcional en las universidades de Heidelberg, Berlin, Francfort (donde redactó su tesis), Lausanne y Harvard. Esto le permitió hablar fluidamente no sólo el alemán, sino también el francés, el inglés y el español, además de tener conocimientos del italiano, el ruso y el árabe. Esta formación cosmopolita, en el mejor sentido del término, le daba una apertura y una curiosidad de espíritu poco frecuente en un medio donde la práctica de un solo idioma limita muy a menudo los conocimientos y los puntos de vista. Comenzó su carrera en 1980, al servicio de las Naciones Unidas, en tanto que experto sobre cuestiones de inversión internacional en el campo energético y petrolero. Permaneció en ese puesto durante una década, en la cual asesoró un gran número de Estados en desarrollo, particularmente en la redacción de contratos. En 1991 comenzó una carrera de universitario vinculándose al Centro para el Derecho y la Política sobre la Energía, el Petróleo y la Minería en la Universidad de Dundee, para luego asumir la dirección de ese Centro. Convirtió lo que era un modesto instituto en el primer centro mundial, en talla y calidad, de formación y estudio en materia energética. Paralelamente a esta carrera universitaria en Gran Bretaña –pero también en numerosas universidades extranjeras (entre las cuales la Universidad–Assas lo invitó varias veces)– continuó con sus actividades de consejo, perito, mediador y árbitro. Asumió también la dirección de la principal revista en el campo energético, el *Journal of Energy & Natural Law Resources*, y creó una revista en la web, *TDM (Transnational Dispute Management)* que tuvo un éxito inmediato. En realidad, es el mundo del Internet que le dio una dimensión realmente “cosmopolita” a través de los foros de información y de discusión que había creado, *OGEMID* y *ENATRES*, y que, desde el anuncio de su muerte, han sido literalmente sumergidos por cientos de mensajes que toda las partes del mundo, que se han hecho eco de la pena sentida por todo lo que trabajaron con Thomas Waelde o que simplemente lo habían conocido y apreciado su personalidad excepcional. A su esposa y que sus hijos les presentamos nuestras sinceras condolencias.*

Charles Leben. Universidad Panthéon-Assas (París II, Francia).

Estimados colegas, a llegar a mi oficina en Sydney esta mañana quedé completamente chocado al encontrarme sumergido por un inmenso número de espontáneas manifestaciones electrónicas que denotan la pena por la pérdida de un hombre verdaderamente maravilloso que, a base de su solo esfuerzo, creo una red mundial única de colegas y amigos.

Comparto los sentimientos que cada uno de ustedes ha expresado de manera tan genuina y elocuente. Es remarcable cómo Thomas había tocado los corazones, mentes y almas de las personas que sabían de él pero quizá nunca lo habían conocido en persona.

¡Qué golpe tan terrible para su querida familia, con la cual él se sentía tan unido!

Como Anas Alhaji, yo también he llorado al recibir tan terribles noticias. Como Alan Berlin, conocí a Thomas desde la época en que estaba en las Naciones Unidas.

Quiero declarar de una manera muy categórica que le debo mucho a Thomas. Muchos de nosotros debemos pensar en la forma cómo podríamos pagarle a Thomas lo que hemos recibido de él en una forma que él hubiera ciertamente apreciado.

Un Festschrift pudiera ser lo apropiado, como lo ha sugerido Hans-Werner Wabnitz. Podría estar basado en todo lo que Thomas escribió durante su vida.

Robert Pritchard. Resources Law International (Australia).

Es muy difícil pensar que Thomas nos ha dejado. El era, por sobre todas las cosas, vital. Tenía más energía que cualquier otro ser humano que yo haya conocido. Cómo estoy segura de que esto es típico de muchas de nuestras memorias de Thomas, haberlo encontrado durante algunas horas como un “expert witness” en un arbitraje y luego haber recibido media docena de correos electrónicos enviados por él con más razonamientos e ideas que había pensado y me había escrito en su teléfono móvil mientras el taxi lo transportaba al aeropuerto.

¡Es tan difícil pensar que esa energía increíble se encuentre ahora quieta! O quizá, en vez de quieta, redistribuida por todo el universo.

Descansa en paz, Thomas. Tu familia y tus amigos permanecen fuertes gracias a esos hermosos recuerdos de ti.

Jennifer L. Price. King & Spalding LLP (Houston, Texas).

ÍNDICE GENERAL

<i>Contenido</i>	5
<i>Presentación</i>	
CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA (<i>Perú</i>)	13
<i>Prólogo</i>	
JAN PAULSSON (<i>Francia</i>)	19

ARGENTINA

LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

ROQUE J. CAIVANO

1. Introducción	25
2. Las facultades de los árbitros para “dictar” medidas cautelares	27
2.1. Los fundamentos históricos de las tesis negatorias y su refutación	27
2.2. El estado actual del tema	29
3. La ejecución de las medidas cautelares en algunas legislaciones nacionales	31
3.1. Holanda	32
3.2. Suiza	32
3.3. Reino Unido	33
3.4. Alemania	33
3.5. España	34
3.6. Ley Modelo de UNCITRAL	35

3.7. Austria	36
3.8. Nueva Zelanda	38
3.9. Perú	39
4. El quid de la cuestión: ¿se aplica la Convención de Nueva York a la ejecución de medidas cautelares?	40
4.1. La intrínseca ejecutabilidad de las medidas cautelares	40
4.2. La eficacia extraterritorial de las medidas cautelares	42
4.3. La ejecución de las medidas cautelares al amparo de la Convención de Nueva York	43
4.4. Las normas que “califican” una decisión arbitral	46
5. Algunas decisiones judiciales	48
5.1. “Resort Condominiums” (Australia)	48
5.2. “Publicis” (EE.UU.)	49
5.3. “Forever Living” (Argentina)	51
6. Algunas dificultades adicionales	52
6.1. Qué debe entenderse por “medida cautelar”	52
6.2. El problema de las medidas cautelares <i>ex parte</i>	54
7. Conclusiones	57

**EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.
COLISIÓN DE CONVENCIONES APLICABLES EN
EL CONO SUR Y LA CONVENCION DE NUEVA YORK**

OSVALDO J. MARZORATI

1. Requisitos del exequátur	64
2. La Convención de Nueva York	69
3. Convención de Nueva York y su interacción con la de Panamá, su colisión con el Protocolo de las Leñas de 1992, la de Montevideo de 1979 y los Acuerdos del Mercosur	74
a) Convención de Panamá de 1975, ratificada por la República Argentina en 1994 y depositada la ratificación en 1995, y Protocolo de Las Leñas	74
b) El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial del Mercosur y el Protocolo	78

BRASIL

O PAPEL DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE NA EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

ALESSANDRA DE AZEVEDO DOMINGUES

1.	Introdução	83
2.	Evolução da Arbitragem no Brasil	84
	2.1. Previsões Legislativas	85
	2.2. Tratados Internacionais	87
	2.3. A Lei de Arbitragem brasileira	88
3.	Arbitragem Internacional	90
	3.1. Debates sobre a necessidade de homologação de sentença arbitral estrangeira e os critérios para tal homologação	92
	3.2. Convenção de Nova Iorque	94
	3.3. Os contrapontos entre a Lei de Arbitragem brasileira e a Convenção de Nova Iorque	96

LA CONVENCION SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS: SU INTERPRETACION Y APLICACION EN EL BRASIL

ADRIANA NOEMI PUCCI

1.	Introducción	97
2.	La Convención de Nueva York de 1958 (CNY) y el Capítulo VI de la Ley 9.307/96 - Ley de Arbitraje (LA)	99
3.	La primacía de la Convención de Nueva York sobre la Ley de Arbitraje	112

CHILE

LA EVOLUCION DE LAS NORMAS DE EXEQUATUR DE LAUDOS EXTRANJEROS EN CHILE

GONZALO FERNÁNDEZ RUÍZ / DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES

1.	Introducción	117
----	--------------------	-----

2.	Evolución del régimen procesal chileno para ejecutar laudos extranjeros	118
3.	Pregunta pendiente	122
4.	Conclusión	123
5.	Apéndice: Descripción del procedimiento para la obtención de un exequátur en Chile	124

EL ARBITRAJE COMERCIAL EN CHILE Y LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1958

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

1.	La Ley de Arbitraje Comercial Internacional	125
2.	El arbitraje internacional y la promulgación de la Ley 19.971	126
3.	El laudo extranjero y el Derecho chileno	127
4.	La Ley de Arbitraje Comercial Internacional y el Convenio de Nueva York	128
5.	La acción de nulidad en la LACI	131
6.	Conclusiones	133

CHINA

NEW YORK CONVENTION ARTICLE II: THE ARBITRATION AGREEMENT AS APPLIED IN ASIA

SALLY A. HARPOLE

New York Convention Article II: The Arbitration Agreement as Applied in Asia	137
--	-----

COLOMBIA

EL EXEQUÁTUR EN COLOMBIA A LA LUZ DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK. ¿SON EJECUTABLES ÚNICAMENTE LOS LAUDOS ARBITRALES FINALES O DEFINITIVOS, O LO SON TAMBIÉN AQUELLOS PARCIALES O INTERLOCUTORIOS?

DANIEL POSSE VELÁSQUEZ

El exequátur en Colombia a la luz de la Convención de Nueva York. ¿Son ejecutables únicamente los laudos arbitrales finales o definitivos, o lo son también aquellos parciales o interlocutorios?	145
---	-----

ECUADOR

ARBITRABILIDAD, CONVENCION SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS Y LEGISLACIÓN ECUATORIANA

EDGAR NEIRA ORELLANA

1.	Introducción	151
2.	Aspectos liminares sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras	152
	2.1. Laudo extranjero	153
	2.2. Reconocimiento y ejecución	154
3.	La arbitrabilidad de las controversias	156
	3.1. La reserva de los litigios comerciales	157
	3.2. La arbitrabilidad. La doble perspectiva de la arbitrabilidad	159
	<i>a) Arbitrabilidad subjetiva</i>	159
	<i>b) Arbitrabilidad objetiva</i>	161
4.	Los momentos del juzgamiento de arbitrabilidad	165
	4.1. La arbitrabilidad y el convenio arbitral	165
	4.2. La arbitrabilidad y el laudo arbitral extranjero	166
5.	La arbitrabilidad de la controversia y el orden público	168
6.	Conclusiones	170

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

APLICACIÓN E INVALIDACIÓN DEL TÍTULO 28 DEL CÓDIGO DE ESTADOS UNIDOS, SECCIÓN 1782, PRESENTACIÓN DE PRUEBAS EN ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL; ¿PUEDEN LA CONVENCION DE NUEVA YORK Y LA DOCTRINA DE “MANIFIESTA INDIFERENCIA DE LA LEY” AYUDAR O PERJUDICAR?

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA

1.	Introducción	175
----	--------------------	-----

2.	La parte en desventaja: ¿hay algo que pueda hacerse?	178
2.1.	El primer método y redescubrimiento de los elementos básicos	178
2.2.	Las consecuencias de la denegación y la Convención de Nueva York	179
3.	Posibles consecuencias de la denegación y manifiesta indiferencia de la Ley	186
3.1.	El análisis de “Duferco”: Un intento por discernir los elementos salientes que definen una doctrina	189
4.	Orden fuera del caos: La necesidad de una norma uniforme de “manifiesta indiferencia de la Ley” más allá de la mera intuición	197
4.1.	Halligan v. Piper Jaffray	199
4.2.	New York Telephone Co. v. Communications Workers of America	203
4.3.	United States Steel and Carnegie Pension Plan v. John McSkimming	204
4.4.	Incluso otro paradigma: Patton v. Signature Ins. Agency	206
4.5.	Montes v. Shearson Lehman Bros. Inc.: Un paradigma literal	207
5.	Conclusión	212

**RECENT DEVELOPMENTS CONCERNING THE “WRITING”
REQUIREMENT IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION:
A PERSPECTIVE FROM THE UNITED STATES**

C. RYAN REETZ

1.	Formal requirements under the united nations texts	216
1.1.	The New York Convention	216
1.2.	The UNCITRAL Model Arbitration Law	216
1.3.	Concerns and developments	217
2.	Formal requirements in the United States	219
2.1.	The U.S. Statutory Framework	219
2.2.	Interpretation of the “written agreement” requirement under the New York Convention	220
2.3.	Favorable national and local law concerning the writing requirement	221
2.4.	The writing requirement and non-signatories	223
3.	Relevance of the source of applicable law	224
4.	Conclusion	226

**LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO
DE LOS ESTADOS UNIDOS**

JOHN H. ROONEY JR.

La aplicación de la Convención de Nueva York en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Unidos	227
--	-----

ESPAÑA

**EN EL 50 ANIVERSARIO DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1958.
¿REFORMA O SUPERACION?**

JOSÉ MARÍA ALCÁNTARA GONZÁLEZ

En el 50 aniversario de la Convención de Nueva York de 1958. ¿Reforma o superación?	243
--	-----

**EFICACIA IMPEDITIVA DE LA ACTUACION
DE LOS TRIBUNALES COMO CONSECUENCIA DE LA
CELEBRACION DE CONVENIO O CLÁUSULA ARBITRAL**

JUAN CARLOS CALVO CORBELLA

1. Introducción	249
2. Fundamento de la eficacia impeditiva de la actuación de los tribunales que es inherente a los convenios arbitrales	251
3. El efecto impeditivo de la actuación de los tribunales como consecuencia de la celebración de convenios arbitrales	254
4. Requisitos formales del efecto impeditivo: solicitud de las partes	256
5. Requisitos materiales para la efectividad del convenio arbitral en los procesos judiciales	258
6. Conclusión	262

**LA APLICACION DE LA LEY ESPAÑOLA A LOS ARBITRAJES
INTERNACIONALES SEGUIDOS EN ESPAÑA O EN UN PAÍS EXTRANJERO**

FAUSTINO CORDÓN MORENO

1. Introducción	265
-----------------------	-----

2.	La exclusión de la jurisdicción de los tribunales españoles	266
3.	La adopción de medidas cautelares en el arbitraje internacional	268
3.1.	Introducción	268
3.2.	Medidas cautelares adoptadas por los órganos judiciales españoles en un arbitraje internacional	269
3.3.	Medidas cautelares adoptadas por los árbitros en el arbitraje internacional ..	272
4.	Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros	275

**LOS CONVENIOS DE NUEVA YORK Y GINEBRA:
RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO
ANULADO EN LA SEDE**

BERNARDO M. CREMADES

1.	Introducción	281
2.	La aplicación de la norma más favorable	283
3.	Reconocimiento y ejecución del laudo anulado en la sede	285
4.	Conclusión	289

**LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958
POR PARTE DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES**

CARLOS ESPLUGUES MOTA

1.	Introducción	291
2.	Laudos susceptibles de reconocimiento en España: Laudos españoles v. Laudos extranjeros	294
3.	El modelo de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros previsto en la Ley de Arbitraje de 2003	297
3.1.	Solución recogida en la Ley	297
3.2.	El procedimiento previsto en la LEC para el reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros.	303
3.3.	La práctica del Convenio de Nueva York de 1958 en España	307
	A. <i>Introducción</i>	307
	B. <i>Análisis de la práctica española</i>	308

C. Causas alegables a instancia de parte	308
a) Causas relativas al convenio arbitral	308
b) Causas relativas al desarrollo del procedimiento arbitral.....	313
c) Causas referentes al laudo arbitral.	317
d) Otras causas no previstas en el Convenio de Nueva York de 1958..	319
D. Causas estimables de oficio por el operador jurídico	321
a) Inarbitrabilidad de la diferencia de acuerdo con la ley del país donde se solicita el reconocimiento.	321
b) Contrariedad con el orden público del país donde se solicite el reconocimiento y la ejecución	322
4. Valoración Final	333

**NUEVAS PERSPECTIVAS DEL CONVENIO DE NUEVA YORK
DE 1958 DESDE LA JUSTICIA ESPAÑOLA**

ANTONIO GARCÍA PAREDES

1. Preámbulo	335
1.1. Pensamiento contemporáneo	336
1.2. Realidad contemporánea	337
1.3. Derecho mundial contemporáneo	337
2. Perspectivas del CNY desde la justicia española	340
3. Perspectivas procesales. Nueva etapa	342

**PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA CONVENCION
DE NUEVA YORK. RESEÑA CON CONSIDERACION
DEL BORRADOR DE VAN DEN BERG**

CALVIN A. HAMILTON / LUIS CAPIEL

1. Introducción	346
2. Historia de la Convención	346
3. Funcionamiento de la Convención	348
3.1. Sentencias arbitrales extranjeras	349

3.2.	Reconocimiento y ejecución	350
3.3.	Denegación de reconocimiento y ejecución	350
3.4.	Primer motivo: Invalidez del acuerdo arbitral	351
3.5.	Segundo motivo: Procedimiento defectuoso	351
3.6.	Tercer motivo: Jurisdicción	352
3.7.	Cuarto motivo: Procedimiento no conforme a lo acordado	352
3.8.	Quinto motivo: Laudo no obligatorio, anulado o suspendido	353
3.9.	Arbitrabilidad y Orden Público	354
	a) <i>Arbitrabilidad</i>	354
	b) <i>Orden Público</i>	354
3.10.	Remisión a arbitraje	355
3.11.	Acuerdo por escrito	355
4.	Problemas en el funcionamiento de la Convención	356
5.	Vías de Solucionar los Problemas	357
5.1.	Reforma de la Convención	357
	5.1.1. <i>Propuesta de Van den Berg</i>	358
	5.1.2. <i>Oposición de Gaillard</i>	363
5.2.	Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sobre Arbitraje Comercial Internacional	366
	5.2.1. <i>Introducción</i>	366
	5.2.2. <i>Mecanismos por los cuales la Ley Modelo podría contribuir a solventar los problemas de la Convención</i>	366
	5.2.3. <i>Argumentos en contra</i>	367
5.3.	Recomendación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	369
6.	Conclusión	369

**LA PROPUESTA DEL REINO DE ESPAÑA SOBRE
EL EXEQUÁTUR DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS**

ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE

1.	Introducción	373
----	--------------------	-----

■ ÍNDICE GENERAL	887
2. El cambio: la eficacia universal del CNY para el Reino de España	375
3. Caracteres de la eficacia universal del CNY para el Reino de España. En especial su <i>vis</i> atractiva aplicativa sobre el régimen de los convenios bilaterales	376
4. La incorporación definitiva en el Derecho español del CNY: la tesis de “la adecuación más común” contenida en el CNY	379
5. Las cuestiones que afectan al exequátur de laudos arbitrales son de legalidad ordinaria y de función jurisdiccional estricta	382

**DEFINICIÓN DE LAUDO ARBITRAL. ÁMBITO DE APLICACIÓN.
TIPOS DE LAUDO. MEDIDAS CAUTELARES.
CARÁCTER DEL LAUDO**

JOSÉ LUIS MESEGUER VELASCO

1. Concepto de laudo extranjero	385
2. Medidas cautelares en el seno del procedimiento arbitral	388

**RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE LAUDOS
ARBITRALES DICTADOS CONTRA ESTADOS SOBERANOS Y
CESIÓN DE LOS MISMOS PARA SU RECONOCIMIENTO
Y EJECUCIÓN POR TERCEROS**

FÉLIX J. MONTERO MURIEL / CRISTINA CORTES

1. Introducción. Reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales	394
1.1. El Convenio de Nueva York, base del sistema español de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros	394
1.2. Procedimiento de reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros: el exequátur	395
1.3. Medidas cautelares en procedimientos de exequátur en España	397
a) <i>Solicitud de medidas cautelares, requisitos y clases de medidas</i>	397
b) <i>Medidas cautelares contra Estados en un procedimiento de exequátur</i>	398
2. Reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales dictados contra Estados soberanos	400
2.1. Normativa y jurisprudencia española	400
2.2. La ejecución de laudos arbitrales dictados contra Estados soberanos sobre bienes de entidades estatales: los bancos centrales	403

3.	La cesión de laudos arbitrales dictados contra Estados soberanos para su reconocimiento y ejecución en España por terceros	408
3.1.	La cesión de la posición contractual en el procedimiento civil	409
3.2.	La legislación sustantiva española sobre la cesión de créditos.	410
3.3.	La doctrina del “Champerty” y la cesión de laudos	410
4.	Comentarios finales	411

ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA “INARBITRABILIDAD DE LA DIFERENCIA” EN EL EXEQUÁTUR DE LAUDOS EXTRANJEROS

VICENTE L. MONTÉS

1.	Introducción	413
2.	Una primera lectura de los textos normativos	413
3.	Criterios para la determinación de las controversias o “diferencias” que no son susceptibles de solución por la vía del arbitraje	417
4.	La incidencia en este esquema de la regla del artículo 9.6 LA	419
5.	Algunas indicaciones sobre la jurisprudencia	421

LOS SEGUNDOS 50 AÑOS DEL CONVENIO DE NUEVA YORK: REFLEXIONES SOBRE LA FALTA DE INTERPRETACIÓN UNIFORME DE ALGUNOS DE SUS PRECEPTOS

RAMÓN MULLERAT O.B.E.

1.	Significado y contenido del Convenio de Nueva York	423
1.1.	Idea general	423
1.2.	Significado	424
1.3.	Resumen de su contenido	424
	<i>a) Los efectos principales del CNY</i>	424
	<i>b) Las normas principales del CNY</i>	425
	<i>c) Las principales aportaciones del CNY</i>	425
	<i>d) Otras aportaciones al Derecho</i>	426
	<i>e) Desafíos</i>	426
2.	Algunos cambios que requiere el CNY	427

2.1. Introducción	427
2.2. Necesidad de la armonización interpretativa de algunos de sus preceptos	427
a) <i>Un tribunal central para la ejecución de los laudos del CNY</i>	428
b) <i>La existencia de un acuerdo por escrito</i>	428
c) <i>El reconocimiento del convenio arbitral</i>	429
d) <i>El reconocimiento exclusivo de los laudos</i>	430
e) <i>El arbitraje y los terceros</i>	430
f) <i>El arbitraje y las medidas cautelares</i>	431
g) <i>La anulación del laudo en el país de origen</i>	431
h) <i>La sede del arbitraje</i>	432
i) <i>Causas de denegación</i>	433
j) <i>Otros conceptos que requieren interpretación uniforme</i>	433
3. Respetar, completar o reformar: <i>This is the question</i>	434
3.1. La reforma del texto	434
3.2. La aprobación de un anexo o de un convenio complementario	434
3.3. La promulgación de una Ley Modelo	435
3.4. La acción educativa de los jueces	435
3.5. La aprobación de un nuevo Convenio que sustituya al CNY	436
4. Conclusión	436

**LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE NUEVA YORK EN ESPAÑA.
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL SOBRE
EL EXEQUÁTUR DE LAUDOS EXTRANJEROS EN APLICACIÓN DEL
CONVENIO DE NUEVA YORK**

LUIS M. OLIVENCIA BRUGGER / ESTEFANÍA PORTILLO CABRERA

1. Introducción	439
2. El Convenio de Nueva York y la vigente ley de arbitraje española	441
3. Causas de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros: arbitrabilidad y orden público	443
3.1. La improcedencia del exequátur del laudo arbitral extranjero por ser contrario al orden público	444
a) <i>El orden público y la ausencia de partes en el arbitraje</i>	446
b) <i>El orden público y el idioma del procedimiento arbitral</i>	447

c) <i>El orden público y la ausencia de notificaciones a las partes</i>	449
d) <i>El orden público y falta de legitimación</i>	450
e) <i>El orden público y reconocimiento del derecho a designar árbitro</i>	450
f) <i>El orden público y el derecho fundamental a utilizar medios de prueba</i>	451
g) <i>El orden público y motivación del laudo arbitral extranjero</i>	451
h) <i>El orden público y litispendencia nacional e internacional</i>	452
3.2. La improcedencia del exequátur del laudo arbitral extranjero por haber resuelto el árbitro cuestiones que conforme a la ley española no son susceptibles de arbitraje	452

**SENTENCIAS Y ARBITRAJES NACIONALES, EXTRANJEROS
E INTERNACIONALES (CONVENCIÓN DE NUEVA YORK,
LEY MODELO DE CNUDMI / UNCITRAL Y DERECHO ESPAÑOL)**

MANUEL OLIVENCIA RUIZ

1. Introducción	455
2. La Convención de Nueva York	456
3. La Ley Modelo de la CNUDMI / UNCITRAL	457
4. La Ley de Arbitraje española	457

**LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE RECONOCIMIENTO
Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS: 1958-2008**

FERNANDO POMBO GARCÍA

1. Origen y situación de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, cuando se cumplen 50 años de su creación	459
2. Principales logros de la Convención de Nueva York en sus 50 años de vida	460
3. Perspectivas de futuro. ¿Qué se debe cambiar de la Convención de Nueva York?	463
4. Conclusiones	465

**LA ANULACIÓN DEL LAUDO: EL MARCO GENERAL,
EL PACTO DE EXCLUSIÓN Y EL ORDEN PÚBLICO**

JESÚS REMÓN

1. El marco general	467
---------------------------	-----

■ ÍNDICE GENERAL 891

2. El modelo español	471
3. La renuncia a la acción de anulación	474
4. Un apunte final sobre el Orden Público como motivo de anulación	479

**ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL
Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958**

MIGUEL VIRGÓS SORIANO

1. La infraestructura del arbitraje internacional	483
2. Un paso atrás	484
3. Una “cuestión famosa”	486
4. Mecanismos de <i>enforcement</i>	487
5. <i>Enforcement</i> jurídico y Convenio de Nueva York 1958	489
6. El Convenio de Nueva York de 1958 y las “instancias de control”	490
7. La “jurisdicción primaria”: la sede del arbitraje	490
8. Las “jurisdicciones secundarias”	495
8.1. El foro derogado	495
8.2. El foro de ejecución	499
9. Éxito y riesgos de petrificación	500
10. Epílogo	502

FRANCIA

**PROBLEMAS DEL CONTROL DE LOS LAUDOS BAJO EL
ORDEN PÚBLICO, EN PARTICULAR EN MATERIA
DE DERECHO DE LA COMPETENCIA**

ALEXIS MOURRE

1. Observaciones de carácter general	506
2. Análisis de la jurisprudencia	510
2.1. Derecho comparado	510
2.2. Un paradigma de los problemas planteados por el control de laudos bajo el derecho comunitario de la competencia: el caso Thalès y sus desarrollos	514

4. Un apunte final sobre

**ARE
Y LA C**

1. La infraestructura d
2. Un paso atrás
3. Una “cuestión famos
4. Mecanismos de <i>enfo</i>
5. <i>Enforcement</i> jurídic
6. El Convenio de Nue
7. La “jurisdicción prin
8. Las “jurisdicciones s
8.1. El foro deroga
8.2. El foro de ejec
9. Éxito y riesgos de pe
10. Epílogo

**PROBLEM
ORDE
D**

1. Observaciones de ca
2. Análisis de la jurispr
2.1. Derecho comp
2.2. Un paradigma de laudos bajo Thalès y sus d
2.3. Vías posibles e

2.3. Vías posibles en el futuro	524
---------------------------------------	-----

ARBITRABILITY, STILL THROUGH A GLASS DARKLY

JAN PAULSSON

1. The problem	525
2. Arbitrability as reflected in the New York Convention	527
2.1. The Perspective of an Enforcement Forum	527
2.2. But the premise is not necessarily correct	528
2.3. The Perspective of a Competing Judicial Forum	529
2.4. Summary	533
3. Conclusions and Proposals	535

ARBITRATION AGREEMENTS AND NON-SIGNATORIES

NOAH RUBINS

1. Overview: Privity, Predictability, And The New York Convention	539
2. The “in writing” requirement of the New York Convention and non-signatories ...	542
3. Overview of group of companies doctrine	545
3.1. The Group of Companies Approach: <i>An Arbitration Agreement is More Easily Extended than a Contract</i>	546
3.2. The Contractual Approach: <i>An Arbitration Clause Can Be Extended Like Any Other Contract</i>	548
3.3. The Formal Approach: <i>An Arbitration Clause is More Difficult to Extend than a Contract</i>	555
4. The choice of law problem	556
5. Conclusion: Implications for reform and the New York Convention	560
5.1. Is there a need to reform?	560
5.2. Harmonization of Rules on the Binding of Non-Signatories	562
a. <i>Reforming the New York Convention?</i>	562
b. <i>Reforming the UNCITRAL Model Law</i>	564
c. <i>Reforming Arbitration Clauses?</i>	565

ITALIA

**EL ORDEN PÚBLICO COMO OBSTÁCULO A LA EJECUCIÓN
DE LAUDOS EXTRANJEROS. EXPERIENCIA ITALIANA**

GIORGIO MEO

El orden público como obstáculo a la ejecución de laudos extranjeros. Experiencia italiana	569
---	-----

MÉXICO

**EL ARTÍCULO VII DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK
Y LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ANULADOS EN EL ESTADO
DEL LUGAR SEDE DEL ARBITRAJE**

JAMES A. GRAHAM / LEONEL PEREZNIETO CASTRO

1. Francia	586
2. Estados Unidos	587
3. Conclusiones	590
3.1. Las desventajas	590
3.2. Las ventajas	591

**NOTAS SOBRE LA COEXISTENCIA DE LAS
CONVENCIÓNES DE NUEVA YORK Y PANAMÁ
EN MATERIA DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

JULIÁN TREVIÑO MEIXUEIRO

1. Introducción	595
2. Antecedentes generales de la Convención Interamericana	596
3. La CIDIP I	597
4. Principales diferencias entre ambas convenciones	597
5. Posibles conflictos entre ambas convenciones	598

PANAMÁ

DE LA ACTUALIDAD Y APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 A LOS ARBITRAJES TRANSNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIONES INTERNACIONALES

MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ

1.	Motivos que justifican la denegación de una sentencia arbitral y su aplicación a la materia de inversiones internacionales	607
	1.1. La no validez de la Convención de arbitraje	607
	1.2. La contravención de una regla de procedimiento del arbitraje	611
	1.3. El exceso de poder	614
	1.4. La violación del Orden Público internacional	617
2.	Reconocimiento de las sentencias arbitrales durante o después de un recurso de anulación	621
3.	La inmunidad de ejecución de los Estados en materia de inversiones internacionales	633
4.	Conclusión	644

PARAGUAY

LA CONVENCIÓN MÁS TRASCENDENTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO

JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ

1.	Introducción	649
2.	La universalidad del Derecho privado en la historia	650
3.	Las consecuencias de la codificación del Derecho privado	654
4.	Nuevo escenario	654
5.	Incidencia del arbitraje en los desarrollos recientes	655
6.	Rol de la Convención de Nueva York y la vuelta al universalismo	659
7.	“Desnacionalización” o “deslocalización”	665
8.	Orden Público y arbitraje	668
9.	Orden Público en la ejecución de laudos	671

■ ÍNDICE GENERAL	895
10. La problemática de los “laudos flotantes”	673
11. Conclusión	679

**EL PROBLEMA DE LA DESLOCALIZACIÓN,
LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA NUEVA LEY
DE ARBITRAJE DEL PARAGUAY**

ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ

1. El arbitraje comercial internacional como Prometeo: “desencadenado”	682
2. La <i>lex loci arbitri</i> y la deslocalización arbitral	684
3. La Convención de Nueva York: entre el Artículo V(1)(e) y el Artículo VII	688
4. Desarrollo jurisprudencial y legislativo	690
5. Deslocalización: pro y contra	692
5.1. Argumentos a favor	693
5.2. Argumentos en contra	695
6. Un argumento de política jurídica: el Paraguay como centro internacional de arbitraje	697
7. Hacia una conclusión: evaluación de la nueva Ley de Arbitraje del Paraguay y la deslocalización	701

PERÚ

**EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS
EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA NOVÍSIMA
LEY PERUANA DE ARBITRAJE: ACIERTOS QUE FORTALECEN EL ARBITRAJE**

NATALE AMPRIMO PLÁ

El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en la Convención de Nueva York y la novísima Ley Peruana de Arbitraje: Aciertos que fortalecen el arbitraje	705
--	-----

**EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE
NUEVA YORK SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS**

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

1. Ámbito de aplicación del tratado	720
---	-----

2.	Reservas	730
2.1.	Reserva de reciprocidad	731
2.2.	Reserva comercial	733

PORTUGAL

APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN PORTUGAL. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA PORTUGUESA

MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO

1.	Marco previo	737
2.	Sobre la jurisprudencia portuguesa en el marco de la Convención de Nueva York	740
3.	Conclusión	745

A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA SOBRE O RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO ÂMBITO DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE DE 1958

MIGUEL ESPERANÇA PINA /
FREDERICO BETTENCOURT FERREIRA

1.	Introdução	747
2.	Âmbito de aplicação	748
3.	Tribunal competente para o reconhecimento	749
4.	Processo	750
5.	Controlo da decisão pelos tribunais portugueses	751
6.	Conclusões	754

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES

JOSÉ MIGUEL JÚDICE

1.	Del reconocimiento de las decisiones arbitrales	756
----	---	-----

■ ÍNDICE GENERAL	897
2. De las formalidades exigidas	757
3. De los medios de recurso	758
3.1. De la recurribilidad	758
3.2. De los medios de impugnación de las decisiones arbitrales	758
3.2.1. <i>La Acción de Anulación</i>	758
3.2.2. <i>Recurso de la decisión arbitral</i>	759
4. De la ejecución de decisiones arbitrales	760
5. De la recurribilidad de decisiones interlocutorias	761
6. Sistemas jurídicos comparados: Brasil, Angola, Mozambique y Macao	762
6.1. Del reconocimiento y ejecución de las decisiones arbitrales	762
6.2. De las formalidades exigidas	765
6.3. De los medios de recurso	765

A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE E O DIREITO INTERNO PORTUGUÊS

NUNO SALAZAR CASANOVA

1. Introdução	767
2. Capacidade das partes	768
3. Da força obrigatória da sentença	770
4. Da arbitrabilidade do litígio	771
5. Ordem Pública Internacional	772
6. Princípio da aplicação da norma mais favorável	773
6.1. Validade da convenção arbitral, da capacidade das partes e da competência do tribunal	774
6.2. Garantias de defesa no processo arbitral	775
6.3. Arbitrabilidade do litígio	775
7. Conclusão	776

VENEZUELA

ANOTACIONES HISTÓRICAS Y PROCEDIMENTALES DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN VENEZUELA

CARLOS LEPERVANCHE MICHELENA

1.	Evolución del sistema de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en Venezuela	782
2.	La Convención de Nueva York en el ámbito del Derecho venezolano	786
2.1.	Su historia legislativa	786
2.2.	Procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras	789

EL ORDEN PÚBLICO SUSTANTIVO, EL ORDEN PÚBLICO PROCESAL Y LA ARBITRABILIDAD COMO CAUSALES DE DENEGACIÓN DEL LAUDO: ESPECIAL REFERENCIA A VENEZUELA Y OTROS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

ANDRÉS A. MEZGRAVIS

1.	Introducción	797
2.	Situación actual del arbitraje internacional en Latinoamérica	799
3.	Arbitrabilidad y su distinción con el Orden Público	804
3.1.	Arbitrabilidad subjetiva	805
3.2.	Arbitrabilidad objetiva	807
4.	Orden Público y sus diferentes nociones	811
4.1.	Orden Público interno v. Orden Público internacional	812
4.2.	Orden Público internacional sustantivo	814
4.3.	Orden Público internacional procesal	815
5.	Avances legislativos y retrocesos jurisprudenciales	816
6.	El Orden Público una causal imprecisa e inconveniente en materia de eficacia de los laudos	818
7.	Conclusiones	822

ANEXOS

**CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS
(CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958)**

Texto de la Convención de Nueva York de 1958	827
Artículo I	827
Artículo II	827
Artículo III	828
Artículo IV	828
Artículo V	828
Artículo VI	829
Artículo VII	829
Artículo VIII	830
Artículo IX	830
Artículo X	830
Artículo XI	830
Artículo XII	831
Artículo XIII	831
Artículo XIV	832
Artículo XV	832
Artículo XVI	832
Situación actual de la Convención de Nueva York de 1958: Estados Partes	833

**PROYECTO DE REFORMA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK
DEL PROFESOR ALBERT JAN VAN DEN BERG**

Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards - Text	
ALBERT JAN VAN DEN BERG (<i>Bélgica</i>)	839
Article 1. Field of Application	839

Article 2. Enforcement of Arbitration Agreement	839
Article 3. Enforcement of Award – General	840
Article 4. Request for Enforcement	840
Article 5. Grounds for Refusal of Enforcement	840
Article 6. Action for Setting Aside Pending in Country of Origin	841
Article 7. More-Favourable-Right	842
Article 8 – General Clauses	842
Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards - Exploratory Note	
ALBERT JAN VAN DEN BERG (<i>Bélgica</i>)	843
General Considerations	843
Title	845
Article 1 – Field of Application	845
Article 2 – Enforcement of Arbitration Agreement	847
Article 3 – Enforcement of Award – General	851
Article 4 – Request for Enforcement	853
Article 5 – Grounds for Refusal of Enforcement	854
Article 6 – Action for Setting Aside Pending in Country of Origin	859
Article 7 – More-Favourable-Right	860
Article 8 – General Clauses	861
New York Convention 1958 and Hypothetical Draft Convention 2008	
ALBERT JAN VAN DEN BERG (<i>Bélgica</i>)	863

**IN MEMORIAM DEL PROFESOR THOMAS W. WAEDELDE
(1949 - 2008)**

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*Perú*)

In Memoriam del Profesor Thomas W. Waelde (1949 - 2008)	871
Índice General	877

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Magna Ediciones
en el mes de abril de 2009



CON EL APOYO DE:



CUATRE CASAS

ARNOLD & PORTER LLP



MIRANDA & AMADO
ABOGADOS



AMPRIMO ABOGADOS
S. CIVIL DE R. L.

