

## La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales

Dyalá Jiménez Figueres<sup>1</sup>

El problema que se pretende abordar gira alrededor del debate sobre la posibilidad de reconocer y ejecutar un laudo, de conformidad con la *Convención de las Naciones Unidas para el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras* de 1958 - o Convención de Nueva York -, aun cuando haya sido anulado en su país de origen<sup>2</sup>. En los años ochenta y noventa, los reconocidos especialistas europeos en arbitraje comercial internacional, Albert Jan Van den Berg y Jan Paulsson, nos deleitaron con una seria discusión sobre este asunto<sup>3</sup>.

El presente artículo analiza las posturas de los expertos, resumiendo el debate entre ellos y describiendo el espíritu de la Convención de Nueva York. Termina con un esbozo de algunas propuestas para interpretar dicha Convención de la manera más adecuada a nuestros tiempos, incluyendo la propuesta de la autora, en el sentido de elaborar una guía para la puesta en práctica del Artículo V(1)(e) de la convención.

### I. Resumen del debate<sup>4</sup>

La discusión se centra en la interpretación de la Convención de Nueva York en relación con los poderes que tiene un juez para reconocer y ejecutar un laudo cuando éste ha sido anulado en su país de origen. En pocas palabras, se puede decir que para Van den Berg el sentido de la Convención sobre este punto es el de dotar a los laudos de un “casarón” jurídico -- determinado por la sede del arbitraje -- para brindar seguridad jurídica. Así, una vez que un laudo ha sido anulado por el juez de la sede, éste deja de existir y no debería poder ser ejecutado en ninguna otra jurisdicción.

Para Paulsson, un laudo proferido en una sede pero con efectos en otra no debería ser cautivo de consideraciones locales si cumple con los estándares internacionales para su ejecución; si es anulado a pesar de cumplir con dichos estándares, debería poder ser ejecutado en cualquier otra jurisdicción. Esto es parte de la llamada “deslocalización” del laudo arbitral. Antes de profundizar en el debate y de analizar las disposiciones pertinentes de la Convención de Nueva York, se expondrá un caso bien conocido que ilustra el tema de manera diáfana.

En 1994, se profirió un laudo en favor de la empresa estadounidense Chromalloy Aeroservices Inc., en el caso entre esta empresa y la República Árabe de Egipto --en adelante, el caso *Chromalloy*--<sup>5</sup>. La empresa había sido contratada para darle servicios de mantenimiento y reparación a una flota de helicópteros de la Fuerza Aérea egipcia y demandó al Estado egipcio por terminación indebida del contrato. El tribunal arbitral, por mayoría, dio

---

<sup>1</sup> Directora para América Latina, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Las opiniones expresadas son de la autora y en nada representan ni comprometen a la institución. La autora agradece la colaboración de Jan Paulsson en la revisión del presente artículo.

<sup>2</sup> Artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York.

<sup>3</sup> El mismo tema ha sido debatido posteriormente por otros especialistas, como Philippe Fouchard, Eric Schwartz, William W. Park, Francis A. Mann y Julien Lew, Eric Loquin, entre otros.

<sup>4</sup> Ver también Francisco González de Cossío, “Ejecución en México de Laudos anulados en el Extranjero”, PAUTA, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, 2001.

<sup>5</sup> *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arabic Republic of Egypt*, 22 Yearbook Commercial Arbitration, Vol. 22 (1997), p. 691.

la razón a la empresa, condenando al Estado egipcio a pagar un monto de USD 16,2 millones, más intereses y costas.

Posteriormente, mientras que Chromalloy Aeroservices Inc. buscó el reconocimiento y la ejecución del laudo ante la Corte de Distrito de Washington, D.C., Egipto solicitó la nulidad del laudo ante la Corte de Apelaciones del Cairo, lugar de la sede del arbitraje. Por esa razón, el proceso en Estados Unidos se suspendió mientras el juez egipcio dictaba sentencia<sup>6</sup>. Asimismo, la empresa acreedora también buscó el reconocimiento y la ejecución del laudo ante los tribunales franceses.

Fue así como el 5 de diciembre de 1995, con sustento en la Ley de Arbitraje de Egipto de 1994, el juez anuló el laudo. Esta normativa es una adaptación de la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional* de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) –en adelante, *Ley Modelo de Arbitraje*–, pero contiene ciertas modificaciones, entre las cuales se cuentan dos causales adicionales para la nulidad de los laudos. Una de ellas es que en estos no se haya aplicado el derecho de fondo acordado por las partes<sup>7</sup>.

El juez egipcio consideró que esta disposición se violó en el caso *Chromalloy* porque los árbitros aplicaron el derecho civil egipcio en lugar del derecho administrativo. El juez egipcio fue bastante lejos para llegar a esa conclusión, primero al determinar que el contrato en cuestión era un contrato administrativo y después al obviar el hecho de que ninguna de las partes había alegado con base en el derecho administrativo y de que el resultado no habría sido necesariamente distinto si se aplicaba uno u otro.<sup>8</sup>

Por su ladoparte el Tribunal de Grande Instance de París ordenó la ejecución del laudo el 4 de mayo de 1995. Aun después de la nulidad declarada por la Corte de Cairo, la decisión del 4 de mayo de 1995 fue confirmada por la Corte de Apelaciones de París, el 14 de enero de 1997. Así mismo, la jueza estadounidense de la Corte de Distrito de Washington, D.C. también ordenó la ejecución del laudo, el 31 de julio de 1996.

El caso en Francia es muy claro, ya que la postura francesa es la de aplicar el derecho francés, siempre más favorable que la Convención, a la ejecución de laudos extranjeros. En efecto, los jueces franceses interpretan el artículo VII(1) de la Convención para apartarse del artículo V de la misma y denegar la ejecución de un laudo extranjero solamente en casos muy particulares, siguiendo las causales de su propia legislación<sup>9</sup>. Debido a que en Francia hubo anteriormente casos similares al caso *Chromalloy*<sup>10</sup>, las decisiones del *Tribunal de Grande*

---

<sup>6</sup> Según el Artículo VI de la Convención de Nueva York, un juez puede suspender la ejecución del laudo si está pendiente un recurso de nulidad en la sede.

<sup>7</sup> Artículo 53.1(d) de la Ley de Arbitraje de Egipto.

<sup>8</sup> Según uno de los peritos contratados por el propio estado egipcio para el caso. Ver G.H. Sampliner, “Enforcement of Foreign Arbitral Awards After their Annulment in their Country of Origin”, en *Mealey’s International Arbitration Report* (1996), 22-30.

<sup>9</sup> Existen cinco causales para admitir el recurso contra el reconocimiento de un laudo extranjero, estipuladas en el artículo 1502 del Nuevo Código de Procedimientos Civiles francés: la ausencia, invalidez o vencimiento de un acuerdo arbitral; la constitución impropia del tribunal arbitral; el incumplimiento por parte del árbitro de la misión que le ha sido encargada; la violación al principio del contradictorio; la violación del orden público internacional en caso de ejecución del laudo. Traducción libre de la autora.

<sup>10</sup> Por ejemplo, *Hilmarton Ltd. V. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)* del 23 de marzo de 1984, en el cual el juez francés ejecutó un laudo a pesar de haber sido anulado en Suiza. *Rev. arb.* 1994, p. 327. También, *Pabalk Ticaret Sirketi v. Norsolor S.A.* del 9 de octubre de 1984, en el cual la Cour de Cassation anuló una decisión de la Corte de Apelaciones de París de denegar el *exequatur* otorgado a un laudo parcialmente anulado

*Instance* y de la Corte de Apelaciones no fueron una sorpresa. Pero, ¿qué llevo a la jueza estadounidense a adoptar la misma postura que el juez francés?

Francamente, aquella no fue muy clara en el desarrollo de su decisión. Aparentemente, había cierta reticencia a usar el artículo V(1)(e)<sup>11</sup> para decir que la decisión del juez egipcio no estaba bien fundada. De hecho, durante el proceso, los abogados egipcios hicieron notar que cualquier decisión que cuestionara la buena fe del sistema judicial egipcio sería considerada como un acto hostil contra Egipto. Ante estas consideraciones no menores, la jueza decidió aplicar el Artículo VII(1)<sup>12</sup> para apartarse del Artículo V de la Convención, alegando que la *Ley Federal de Arbitraje* y la política favorable a la ejecución de laudos extranjeros de Estados Unidos pesaban más que la causal de nulidad del laudo en su sede.

De esta manera, la magistrada indicó que como en el laudo no existía ninguna de las causales que permitían su rechazo en Estados Unidos, de conformidad con la ley doméstica, su deber era el de ordenar su ejecución. La decisión fue una manera astuta de interpretar la Convención de Nueva York y de darle una salida justa al caso. Por otro lado, en ciertos pasajes de la decisión, dejó ver que el Artículo V efectivamente da un poder discrecional a los jueces de ejecución para ejecutar un laudo anulado en su sede<sup>13</sup>.

Para Van den Berg y los seguidores de su postura, la decisión estadounidense, aunque justa a primera vista, es errada. Tanto es así, dicen, que posteriormente dos casos en Estados Unidos revirtieron la decisión de *Chromalloy* y, según ellos, corrigieron el error<sup>14</sup>. Para Paulsson y los que sostienen que la Convención de Nueva York da un poder discrecional a los jueces de

---

por el juez austríaco. Rev. arb. 1985, p. 431. Por último, *Ministry of Public Works of Tunisia v. Société Bec Frères* del 24 de febrero de 1994, en el cual el laudo se ejecutó en Francia a pesar del fallo tunecino declarando la nulidad de la cláusula arbitral. Rev. arb. 1995, p. 275.

<sup>11</sup> El Artículo V(1)(e) establece: “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 aun 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.

<sup>12</sup> El Artículo VII(1) de la Convención de Nueva York dispone: “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.”

<sup>13</sup> *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arabic Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996), en Mealey’s International Arbitration Report, Vol. 11, No. 8, p. 63.

<sup>14</sup> *Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F. 3d 194 (2<sup>nd</sup>. Cir. 1999) y *Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecnica SpA*, 86 Cir. 3447 (CSH), S.D.N.Y., del 22 de octubre de 1999, ambas en Mealey’s International Arbitration Report, Vol. 14, No. 8. Estos casos muestran cierta inconsistencia por parte de los jueces estadounidenses en el uso de los precedentes (incluyendo el caso *Chromalloy*) y de la Convención de Nueva York, sobre todo si se toma en cuenta que las causales de nulidad de los laudos son distintas en los dos casos. En el primero, pareciera que la corte de la sede (Nigeria) revis  el laudo a manera de apelación, mientras que en el segundo, la corte de la sede (Italia) anuló el laudo por *ultra petita*. En este último, la corte se basó en el caso *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, WLL v Toys ‘R’ Us, Inc and TRU Ltd.* 126 F. 3d (2d Circuit 1997), entre otros. En ese caso, el juez dejó claro que para anular un laudo se debe aplicar el derecho de la sede, mientras que para ejecutarlo se debe aplicar la Convención de Nueva York. En ese caso se consideró que el laudo era no doméstico según el artículo I(1) de la Convención; por lo tanto, debido a que la sede del arbitraje era Estados Unidos, el juez us  la legislación de su país para decidir que no exist  causal para anular el laudo bajo las leyes estadounidenses. Para un comentario sobre el desarrollo jurisprudencial mencionado, ver Emmanuel Gaillard y Jenny Edelstein, “*Baker Marine and Spier Strike a Blow to the Enforceability in the United States of Awards Set Aside at the Seat*”, *International Arbitration Law Review* (2000) 37-43.

ejecución para no tomar en cuenta la decisión del juez de anulación cuando ésta se basa en estándares locales, ésta fue una solución correcta.

Son varios los temas que se interpretan para defender una y otra postura. Entre ellos, destacan los siguientes:

1. La propia Convención de Nueva York: el lenguaje de los Artículos V, VI y VII y la filosofía de la Convención

El lenguaje del artículo V se presta para interpretación. Para Paulsson, la frase “sólo se podrá” sirve para advertir que los jueces gozan de discreción, aunque limitada, para decidir si deniegan o no la ejecución del laudo extranjero. Es decir, el juez de ejecución *podrá* denegar la ejecución solamente si alguna de las causales que se enumeran se cumple. Sostiene que el lenguaje en las disposiciones de la Convención es uno cuando existe una obligación (Artículos II y III: “cada uno de los Estados Contratantes *reconocerá*”; Artículo IV: “la parte...*deberá* presentar”) y otro cuando otorga una facultad (Artículo VI: “la autoridad...*podrá*, si lo considera procedente...”)<sup>15</sup>.

Para Van den Berg, el artículo V no tendría sentido si fuese facultativo, en parte porque contiene disposiciones cuya violación iría en contra del espíritu del arbitraje internacional.

El Artículo VII de la Convención también juega un papel importante en la discusión. Aunque para Paulsson el permiso del artículo V es suficiente para que un juez descarte la nulidad de un laudo cuando dicha nulidad no se basa en los estándares internacionales, la existencia del artículo VII no hace más que fortalecer su posición. Es decir, la filosofía del instrumento, que es la de facilitar la ejecución de los laudos extranjeros, se ve uniformemente plasmada en varios artículos.

En efecto, el artículo VII no solo es una disposición del derecho más favorable, sino que explícitamente refleja que la Convención nace para reemplazar la Convención de Ginebra y adaptarla a las nuevas tendencias<sup>16</sup>. Entre los aspectos que se modificaron de esta última están a) que la carga de la prueba recaía sobre la parte que buscaba la ejecución del laudo<sup>17</sup>, b) que el laudo debía ser “final” (es decir, no estar sujeto a apelación en el país de origen)<sup>18</sup> y c) que un juez “debía” rechazar la ejecución de un laudo si éste había sido anulado en el país donde fue rendido<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Sobre este punto, opositores a la posición de Paulsson argumentan que la versión en francés, una de las cinco versiones oficiales de la Convención, no sigue la misma lógica. Para un estudio semántico, ver Paulsson “May or Must under the New York Convention: an Exercise in Syntax and Linguistics”, *Arbitration International*, Vol. 14, No. 2 (1998), 227-230.

<sup>16</sup> El Artículo VII (2) reza así: “*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.*” Para una interesante comparación entre la puesta en práctica de la Convención de Nueva York y la Convención de Ginebra en Pakistán, ver Shahid Irfan Jamil, “Memorandum on Implementing Legislation for the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention of 1958)”, en <http://www.jamilandjamil.com/publications>.

<sup>17</sup> Artículo 1 de la Convención de Ginebra.

<sup>18</sup> Artículo 1(d) de la Convención de Ginebra.

<sup>19</sup> Artículo 2(a) de la Convención de Ginebra.

Para Van den Berg, el Artículo VII es simplemente el reflejo del principio del trato más favorable, existente en muchos instrumentos internacionales. Además, la existencia de esta disposición, a su juicio, refleja la necesidad de interpretar estrictamente el Artículo V(v)(e), a riesgo de quitarle sentido a dicha disposición.

Por último, se puede alegar que el Artículo VI, al permitir al juez de ejecución seguir adelante con el proceso de reconocimiento y ejecución a pesar de un recurso de nulidad ante el juez de la sede, sigue el mismo espíritu “liberador” enunciado por Paulsson. Es decir, el juez de ejecución es tan libre en la decisión de fondo, que puede seguir adelante con su proceso aun habiendo un proceso de anulación en la sede. Esto permite atentar contra una posible táctica dilatoria de una parte deudora reticente.

## 2. La existencia del laudo

Otro tema que se ha abordado es el de la existencia del laudo. Para Van den Berg, no tiene sentido que un laudo pueda resucitar, como el Ave Fénix, después de que haya sido anulado por el juez de la sede. El laudo deja de existir *para todo el mundo*, en el momento en que así lo declara el juez de la sede, por lo que ya no hay posibilidad de aplicar ninguna norma para “salvarlo”. Dejar que un laudo nulo en una jurisdicción surta efectos en otra crea incertidumbre en el sistema.

Para Paulsson, esta postura es demasiado localista y, además, olvida que un acto inexistente en una jurisdicción puede tener efectos en otra, al igual que ciertos contratos privados.

## 3. La utilidad de la sede del arbitraje

Otra cuestión que suscita debate es el control que da la sede sobre el proceso arbitral; este tema se desarrollará con mayor detalle más adelante. Van den Berg sostiene que al escoger una sede de arbitraje, las partes están efectivamente sometiéndose al control de esa sede, con todo lo que ello implica. No es sensato esperar la intervención de los tribunales de la sede como apoyo al proceso y luego rechazar la intervención cuando las consecuencias del control del laudo son negativas. Ello equivale a rehuir la responsabilidad de haber escogido una sede. Si no, ¿para qué existe la sede? ¿Cuál sería la seguridad jurídica?

Según Paulsson, para el arbitraje comercial internacional no tiene sentido restringir un laudo a la sede incondicionalmente, sobre todo porque (i) muchas veces la sede es determinada por una institución y no por las partes, (ii) a menudo la sede es impuesta por la parte más fuerte en la negociación y (iii) no es raro que las partes no conozcan todos los efectos jurídicos de escoger una sede, determinada por cuestiones más bien de geografía o de neutralidad política. Si bien la sede del arbitraje sirve para ubicar el arbitraje en una determinada jurisdicción, no debería servir para que se le apliquen al laudo consideraciones de orden local, distintas o hasta contrarias al orden internacional, para anularlo.

¿Cuál postura debería de primar en la práctica? Antes de llegar a algunas conclusiones, pasaremos a estudiar el espíritu de la Convención.

## II. El espíritu de la Convención de Nueva York

Las consideraciones anteriores dejan mucho que pensar. Ante el estado actual de las cosas, es fácil pensar que la postura de Paulsson tiene mayor sentido jurídico y práctico para el arbitraje

internacional que la postura de Van den Berg. Sin embargo, admito que el seguir esa corriente lleva a preguntarse, ¿para qué, entonces, se incluyó el inciso (e) en el Artículo V(1) de la Convención? Además, ¿no deberían las partes asumir su responsabilidad cabalmente cuando escogen una determinada sede?

En efecto, la tesis de Paulsson le quita responsabilidad a las partes a la hora de elegir la sede del arbitraje. En el desarrollo del arbitraje internacional, lo deseable es que las partes (sus abogados) evolucionen a un estado de sofisticación tal que se hagan responsables por el contenido de las cláusulas arbitrales. Así como se desea que la designación de la institución sea lo más precisa posible en un arbitraje administrado, o el derecho de fondo o idioma aplicable sea claramente definido, ¿por qué no obligar a que se asuman todas las consecuencias al escoger una sede del arbitraje?

Para dilucidar esta cuestión, partamos del análisis del artículo V en su totalidad. Recordemos que el propósito de la Convención fue el de facilitar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales<sup>20</sup>. La intención era pasar de la situación en la cual la parte que buscaba la ejecución tenía que probar que el laudo era final en la sede del arbitraje y luego pedir el reconocimiento en la jurisdicción de la ejecución --doble exequátur-- a una en la cual la parte que pedía el rechazo de la ejecución es quien debe probar que existe una razón por la cual el laudo no se debía ejecutar.

Como se mencionó anteriormente, el paso fue enorme entre la situación con la Convención de Ginebra de 1927 y la Convención de Nueva York de 1958. Así, el artículo V de la Convención le indica al juez de la ejecución que, entre otras razones, sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo si se presenta cualesquiera de las causales que se señalan a continuación:

- a) La parte que se opone prueba que, según el derecho *de la sede*<sup>21</sup>, la cláusula arbitral no es válida o el laudo es nulo o ha sido suspendido; también si, a falta de acuerdo de partes, la constitución del tribunal o el procedimiento no fueron válidamente hechos según ese derecho; o
- b) La parte que se opone prueba que, según el derecho *aplicable a las partes*, éstas no tienen capacidad para entrar en un acuerdo de arbitraje; o
- c) El juez estima que, según el derecho *de ejecución* ("su" derecho), la disputa no es susceptible de ser sometida a arbitraje o hay una violación al orden público.

Las otras dos causales deben ser verificadas por el juez con base en hechos y no en derecho: violación al debido proceso y *ultra petita*.

La convención establece una serie de causales limitadas para denegar la ejecución de un laudo, pero no pretende establecer causales para la nulidad de un laudo, las cuales son de la potestad de la jurisdicción de la respectiva sede.<sup>22</sup> Está claro que la Convención limita la acción del juez de la ejecución al imponerle causales taxativas para que un laudo no

---

<sup>20</sup> Fue durante su discusión y negociación que luego se agregara el artículo II para fortalecer el reconocimiento de la jurisdicción arbitral, tal como lo propusiera el borrador presentado por Pieter Sanders.

<sup>21</sup> A falta de un derecho distinto escogido por las partes para la cláusula arbitral.

<sup>22</sup> Incluir causales para la nulidad habría sido un exceso. Ponencia presentada por Jan Paulsson en el "New York Convention Day". Ver "Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects", (United Nations, 1999), p. 24. Ver también William Laurence Craig, *Uses and Abuses of Appeal from Awards*, *Arbitration International*, Vol. 4, No. 3, p.189.

doméstico no sea ejecutado. La pregunta que surge es, ¿por qué se le quiso dar tanta importancia a la sede del arbitraje?

La convención fue elaborada sobre la base de dos borradores: un primer borrador presentado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el borrador que le siguió, elaborado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC, por sus siglas en inglés). El primero se refería al laudo “internacional”, es decir, un laudo liberado de toda jurisdicción; mientras que en el segundo se limitaba a denominarlo un laudo “extranjero”<sup>23</sup>. Al parecer, se adoptó finalmente el criterio territorial bajo la consideración de que un laudo no podía “flotar” en el mundo y debía tener cierta localización. Como luego lo describiera Pieter Sanders, el delegado por los Países Bajos ante las Naciones Unidas para la elaboración de la Convención, el laudo internacional es como un pequeño pájaro que aprende a volar pero de vez en cuando cae de vuelta en su nido.<sup>24</sup> Ese nido, para ciertos efectos en el arbitraje internacional, sería la sede del arbitraje.

Aun así, la convención logra dar algunos espacios a la “deslocalización” del arbitraje internacional. Por ejemplo, aunque la regla del ámbito de aplicación de la Convención sea territorial, también establece en su artículo I que se puede aplicar a laudos considerados no domésticos. En efecto, ello dio pie para que, el 17 de junio de 1983, una Corte Federal de Apelaciones de Estados Unidos aplicara la Convención a la ejecución de un laudo cuya sede había sido Nueva York.<sup>25</sup> En ese caso, la Corte consideró que como los intereses en cuestión eran extranjeros, el laudo podía considerarse no doméstico para los efectos de la Convención.

Otro paso en ese sentido fue el de dar una definición general de acuerdo arbitral en su artículo II, en principio deslocalizada del derecho de la sede. Este tema, sin embargo, merece mayor atención, ya que el asunto de la validez del acuerdo arbitral está mencionado en varias disposiciones de la Convención, las cuales sujetan su interpretación a derechos locales.<sup>26</sup>

Así, se avizora cómo el instrumento internacional busca un equilibrio entre la postura más liberal de deslocalizar el arbitraje y lograr regular laudos internacionales y la postura más conservadora de dotarle al arbitraje un “hogar”. En relación con el tema que nos ocupa, entonces, ¿cuál es la posición más sensata?; ¿cuánto debe controlar la sede en la ejecución del laudo?; ¿quisieron los redactores de la Convención que un laudo no se reconozca y ejecute porque el juez de la sede lo anuló por razones “exóticas”, puramente locales, o hasta erróneas? ¿Es justo pedirle a las partes que conozcan --y admitan-- cabalmente las condiciones de validez de los laudos en la sede que se escoge para su arbitraje?

Si se piensa que la interpretación de Van den Berg es demasiado restringida, ¿cuál es la solución? ¿Cómo respetar el texto de la Convención y a la vez liberar el laudo de consideraciones puramente domésticas? Además, incluso si se acepta la postura de Paulsson, ¿cómo lograr cierta seguridad jurídica y garantizar una uniformidad en su aplicación, tan importantes para el derecho comercial internacional?

---

<sup>23</sup> Ponencia presentada por Pieter Sanders en el “New York Convention Day”. Ver “Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects”, (United Nations, 1999), p 3. Van den Berg, pag. 8.

<sup>24</sup> Ponencia presentada por Pieter Sanders en el “New York Convention Day”. Ver “Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects”, (United Nations, 1999), p 4. También ver Philippe Fouchard, página 123.

<sup>25</sup> *Bergesen v. Joseph Muller Corp.* 710 F.2d (2<sup>nd</sup> Cir. 1983).

<sup>26</sup> El Artículo II(3) al derecho del foro y el Artículo V(1)(a) al derecho de la sede.

Existen varias respuestas a estas preguntas, algunas de las cuales se analizarán en el siguiente apartado.

### III. La solución más adecuada

Parece que existe consenso en que la postura de Paulsson podría ser más deseable para el derecho comercial internacional que la postura más restrictiva de Van den Berg. Pero aun los mismos especialistas han admitido que es importante que la situación se aclare para dotar de seguridad jurídica al sistema.

El estado actual de las cosas hace difícil pensar en una revisión total de la Convención, para ultimar éste y otros detalles que harían de ese instrumento uno todavía más moderno. En los muchos debates que afloran alrededor del tema de la Convención, si bien se abordan diversos aspectos que podrían ser tratados a la luz de nuestros tiempos, se concluye que la Convención es sumamente exitosa y que no valdría la pena reabrir una negociación internacional para modificarla. En efecto, la Convención ha sido ratificada por más de 130 países, ha sido aplicada en general en el sentido deseado y ha sido reconocida como uno de los instrumentos más exitosos<sup>27</sup> – si no el más importante – en el ámbito del comercio internacional.

Es así como, a continuación, se delinearán las propuestas menos ambiciosas que han surgido para abordar el tema de la ejecución de laudos a pesar de su nulidad en la sede del arbitraje.

#### 1. Definición jurisprudencial

Como se mencionó al principio de este escrito, Jan Paulsson sostiene que la convención ya permite a los jueces de la ejecución reconocer un laudo que ha sido anulado en la sede cuando éste cumple con los estándares internacionales. En otras palabras, cuando un laudo ha sido anulado por el juez de la sede con fundamento en alguna violación de orden puramente doméstico --por ejemplo, el laudo fue escrito en un idioma distinto al idioma oficial del país de la sede, violando una causal de nulidad del laudo según esa sede--, el funcionario de ejecución puede obviar ese fallo y darle ejecución al laudo si no se han violado los estándares internacionales. Según Paulsson, los estándares internacionales son los contenidos en el Artículo 36(1)(a) de la Ley Modelo CNUDMI, reproducidos de los primeros cuatro incisos del Artículo V(1) de la Convención de Nueva York<sup>28</sup>.

La solución es clara y existe; pero lo que se precisa es que los jueces interpreten uniformemente la Convención y que se cree un cuerpo jurisprudencial en ese sentido<sup>29</sup>. Paralelamente, existe la posibilidad de que los países empiecen a adoptar leyes más favorables

---

<sup>27</sup> Por ejemplo, ponencia presentada por Kofi Annan en el “New York Convention Day”. Ver “Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects”, (United Nations, 1999), p 1.

<sup>28</sup> Jan Paulsson, Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment”, ICC ICArb Bulletin, Vol. 9/No. 1, 1998, p. 29. Paulsson creó las siglas “LSA’s” (“local standards of annulment”) y “ISA’s” (“international standards of annulment”) para referirse a esos fenómenos.

<sup>29</sup> Algunos sugieren la elaboración de un protocolo a la Convención de Nueva York para delinear éste y otros temas. Si ello se hace, Paulsson sugiere que en él se deberían de plasmar claramente cuáles son los estándares internacionales para los efectos del Artículo V(1)(e) de la Convención. Sin embargo, la solución del protocolo tiene el problema de necesitar de una nueva negociación internacional y de eventualmente separar a la comunidad internacional en dos mundos: el de los países que ratificarían la Convención y el Protocolo y el de los que solamente han ratificado la Convención.



a la Convención e, interpretando el Artículo VII, lleguen hasta a prescindir de la Convención. Sobre este último punto, Van den Berg estaría de acuerdo<sup>30</sup>.

En efecto, el mencionado artículo permite que la parte que busque el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero se beneficie de la legislación más favorable del país en el cual está solicitando la medida. Así, en Francia y en Suiza, por ejemplo, la causal del Artículo V(2)(a) no está contenida dentro de las legislaciones respectivas<sup>31</sup>. Esta disposición es una manera sabia de asegurar la vigencia de la Convención en jurisdicciones que así la necesiten y a la vez prever su extinción donde haya disposiciones más favorables, en lo que al reconocimiento y la ejecución de laudos se refiere<sup>32</sup>.

A simple vista, esta propuesta es la más sensata, ya que propone una división clara entre lo que debe ser aceptado y aquello que debe rechazado por los jueces del foro, quienes en definitiva tienen la última palabra sobre el tema. El problema es que la tesis parece partir de la premisa de que todos los laudos con sede en una jurisdicción que vayan a ser ejecutados en otra son de carácter internacional. Como se verá más adelante, esto no es tan claro, particularmente teniendo en cuenta, por una parte, la definición de laudo extranjero que trae la convención y por la otra que son diversos factores, y no solamente el que haya más de una jurisdicción en juego, los que marcan la “internacionalidad” del arbitraje y del laudo producto de este. En otras palabras, si se concluye que la convención se aplica tanto a laudos extranjeros como a laudos internacionales, se debería hacer una distinción al momento de ejecutarlos de conformidad con el Artículo V de la Convención.

## 2. Una ley modelo para la aplicación de la Convención de Nueva York

Como se señaló con anterioridad, Van den Berg piensa que la interpretación de Paulsson del Artículo V(1)(e) va más lejos de lo que quería ir la Convención. Sin embargo, reconoce que la respuesta está en el Artículo VII, el cual invita a los Estados Parte a crear legislación más favorable que la propia Convención para la ejecución de laudos extranjeros. Esta oportunidad, dice, ha sido aprovechada por muy pocos países.

Van den Berg propondría entonces la elaboración de dos leyes modelo de la Convención para la ejecución de laudos según la Convención de Nueva York: una para el procedimiento de ejecución y otra para la puesta en práctica del artículo VII<sup>33</sup>. Así, se evitaría la elaboración de un tratado internacional nuevo, se dejaría intacto el instrumento y se trataría de un texto sugerido y no obligatorio para los Estados.

Sin embargo, esta propuesta es débil por cuanto no asegura la uniformidad, porque por su naturaleza una ley modelo puede ser modificada por los países que la adopten. De hecho, uno de los problemas que tenemos con la cuestión que nos ocupa es lo que ya ocurre con el artículo 34 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Otra debilidad es que dependería de los poderes legislativos de muchos países, lo cual tomaría mucho tiempo y esfuerzo.

---

<sup>30</sup> Ponencia presentada por Albert Jan Van den Berg en el “New York Convention Day”. Ver “Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects”, (United Nations, 1999), p 42.

<sup>31</sup> Se trata de la disposición mediante la cual un juez puede denegar la ejecución si la disputa en cuestión no puede ser sometida a arbitraje según esa legislación. Artículo 1502 del Nuevo CPC francés y artículo 190 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado.

<sup>32</sup> Las disposiciones relativas al acuerdo arbitral y la remisión a arbitraje se mantendrían en efecto.

<sup>33</sup> Ponencia presentada por Albert Jan Van den Berg en el “New York Convention Day”. Ver “Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects”, (United Nations, 1999), p 42.

### 3. Ignorar el Artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York

Durante el coloquio que organizó las Naciones Unidas para estudiar la Convención de Nueva York en su cuadragésimo aniversario --*The New York Convention Day*-- se abordó, entre otros, este tema. Durante el eventose hizo referencia a una de las soluciones insinuadas por algunos especialistas: la posibilidad de que el juez de ejecución simplemente ignore el artículo V(1)(e)<sup>34</sup>.

Esta salida resulta realmente tentadora, ya que elimina la posibilidad de frustrar la ejecución de un laudo mediante la suspensión o nulidad en la sede con base en causales localistas. Sin ese incentivo, el deudor solamente podrá ser exitoso si verdaderamente ha habido violaciones contundentes; es decir, se llega al mismo fin que pretendería Paulsson con su protocolo. Además de tentadora, la solución es la más simple. Sin embargo, hay que reconocer que esta posibilidad es bastante radical.

En todo caso, sea cual sea la postura teórica frente a esta propuesta, la debilidad de la solución radica en la dificultad de ponerla en práctica, ya que sería facultativo para el juez de la ejecución ignorar la mencionada disposición. Por lo tanto, esta solución tampoco ofrecería la uniformidad esperada.

### 4. Guía de la CNUDMI para la aplicación del Artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York

La propuesta que se presenta a continuación es similar a la de un protocolo o la de una ley modelo, en el sentido de proponer un instrumento anexo a la Convención: elaborar una guía para la aplicación de la disposición en cuestión. La guía serviría para reconocer cuándo se trata de un laudo extranjero y cuándo de uno internacional. En otras palabras, la guía le mostraría al juez de ejecución cuándo y cómo usar el poder discrecional del artículo V(1)(e), sobre la base de los intereses comerciales en juego y cómo ellos afectan las distintas jurisdicciones<sup>35</sup>.

Desde ahora es importante reconocerlas críticas que pueden surgir a esta propuesta, particularmente a la luz del texto mismo de la Convención. En su forma, adolece de los mismos defectos que las demás propuestas, en el sentido de no llegar a ser un instrumento obligatorio para los jueces, con lo cual la uniformidad no se garantiza. No obstante, al tratarse de una guía hay un matiz de utilidad y de “instrumentalidad”, y no de un convenio o documento impuesto a los jueces. Respecto del fondo, la mayor debilidad radica en la dificultad de simplificar el mensaje que se desea transmitir y la relativa incertidumbre que ello implicaría. Sin embargo, sostengo que la propuesta contendría la más fiel representación de la realidad del arbitraje comercial internacional y la más adecuada solución para una práctica deseable.

Sin embargo, se parte de la base de que no tiene sentido comercial que un laudo esté atado a un país cuando (a) la transacción involucre sujetos e intereses de varios países y/o (b) los

---

<sup>34</sup> Ponencia presentada por Albert Jan Van den Berg en el “New York Convention Day”. Ver “Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects”, (United Nations, 1999), p 25.

<sup>35</sup> Es importante hacer constar que el problema de fondo ha sido insinuado por William Laurence Craig. Ver William Laurence Craig, *Uses and Abuses of Appeal from Awards*, Arbitration International, Vol. 4, No. 3, pp. 174-227.

bienes del deudor se encuentren en varios países. En efecto, se puede dar el caso de que para el negocio en cuestión la jurisdicción del lugar de ejecución (u otra jurisdicción, por ejemplo, la de la nacionalidad de alguna de las partes) tenga mayor relevancia que la de la sede del arbitraje. La interpretación estricta de Van den Berg haría que en esos casos, a pesar de que la transacción afecte menos el ordenamiento jurídico de la sede que el del país de ejecución (u otro), la sede tenga mayor poder que el lugar de ejecución (u otro).

Otro punto de partida es mencionado por Paulsson: no es necesariamente cierto que las partes escojan siempre la sede del arbitraje a sabiendas de lo que significa. Negociantes sofisticados que sí saben lo que significa, y que cuentan con algún margen de negociación, van a elegir la mayoría de las veces una sede con leyes “amigables” al arbitraje internacional; entre otras cosas, con el menor grado posible de revisión del laudo.

Al momento de firmar el contrato, es difícil concebir que las partes quieran escoger una sede que permita revisiones de fondo al laudo, por ejemplo<sup>36</sup>. No es por nada que ciudades como Londres, París, Nueva York Zurich o Ginebra sea populares entre los comerciantes para el arbitraje internacional<sup>37</sup>. La renuncia a estos recursos es algo que se supone ser deseado en el arbitraje internacional, tal como lo reflejan los reglamentos de las mayores instituciones arbitrales<sup>38</sup>. Por lo tanto, la localización del laudo en la sede debe ser relativa a la localización de los intereses en cuestión.

En el fondo, lo que se busca es poner el control del laudo donde tiene sentido que esté. Cuando la sede se busca más como un apoyo al arbitraje que como un policía del arbitraje, en el sentido de garantizar que se respete lo indispensable en un proceso de resolución de controversias, el rol de policía debería de cumplirlo el juez de la ejecución.<sup>39</sup> En ese caso, estaríamos hablando probablemente de un laudo “internacional”.

Cuando la sede tiene una relación más relevante con el arbitraje, por ejemplo, porque la ejecución del contrato se lleva a cabo ahí, porque se eligió la sede por razones específicas de conveniencia de la *lex fori* o porque las partes o una de ellas es nacional de la sede, se puede interpretar que las partes desean un papel protagónico del juez de la sede y de su legislación.<sup>40</sup> Si hay elementos importantes que convergen en la jurisdicción de la sede, al interpretar el artículo V(1)(e) de la convención, el juez de ejecución podría entender que ese laudo “extranjero” no tiene elementos de internacionalidad que lo desaten de la sede y por lo tanto, si el laudo ha sido anulado por el juez de la sede por alguna causal de importancia local, podrá considerar denegar la ejecución del laudo<sup>41</sup>. Si por el contrario, no hay elementos que aten el

---

<sup>36</sup> Esta misma lógica es seguida por la CCI al determinar la sede del arbitraje. Se sopesan también cuestiones de neutralidad, de geografía y de logística.

<sup>37</sup> Ver, por ejemplo, William Laurence Craig, *Uses and Abuses of Appeal from Awards, Arbitration International*, Vol. 4, No. 3, p. 189.

<sup>38</sup> Artículo 28(6) del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI; Artículo 26(9) del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Londres.

<sup>39</sup> En arbitrajes institucionales, el papel de policía debería ser también cumplido, en cierta medida, por la institución.

<sup>40</sup> Ver, G.H. Sampliner, “Enforcement of Foreign Arbitral Awards After their Annulment in their Country of Origin”, en *Mealey’s International Arbitration Report* (1996), p. 162. Contra, ver Paulsson “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)”, *ICArb Bull.*, Vol. 9, No. 1 (1998), pp. 24 y 25.

<sup>41</sup> La misma lógica se puede usar para defender la discrecionalidad en la aplicación del artículo V(II) de la Convención. Cuando la jurisdicción de la ejecución es relevante solamente porque el deudor tiene una cuenta corriente en ese país, ¿debería pesar tanto que la disputa no sea susceptible de ser resuelta por arbitraje en esa jurisdicción, tal como lo establece el Artículo V(II)(a)?

laudo a la sede, podría el juez considerar que ese laudo extranjero es además internacional y por lo tanto la anulación por el juez de la sede no obliga al juez de ejecución<sup>42</sup>.

¿Cómo distinguir dónde se debe poner mayor énfasis en el control del laudo? ¿Qué es un laudo extranjero sin elementos suficientes de internacionalidad en la sede y qué es un laudo extranjero que es además internacional?; ¿se pueden distinguir en todos los casos? ¿Cuál sería la guía para el juez de ejecución? Esta última se podría delinear con base en la Tabla 1.

Tipo de laudo	Elementos	Efectos bajo la Convención de Nueva York
Laudo extranjero sin elementos de internacionalidad respecto de la sede	Es proferido en un país distinto a aquel en el cual se pide el reconocimiento y ejecución, y además coincide la sede del arbitraje con al menos dos de los siguientes elementos: la nacionalidad de al menos una de las partes, la ejecución del contrato o el derecho aplicable al fondo. Se presume que la escogencia de la sede fue hecha por razones específicas de conveniencia de la <i>lex fori</i> .	Si el laudo es anulado en la sede por causales propias de la sede aunque distintas a las enunciadas en los incisos a)-d) del Artículo V(1) de la CNY (o más favorables), el juez de ejecución debe negar la ejecución del laudo anulado.
Laudo extranjero con elementos de internacionalidad respecto de la sede	La sede del arbitraje no coincide con ninguno de los siguientes elementos o solamente coincide con uno de ellos: la nacionalidad de una de las partes, la ejecución del contrato o el derecho aplicable al fondo.	Si el laudo es anulado en la sede por causales propias de la sede aunque distintas a las enunciadas en los incisos a-d) del Artículo V(1) de la CNY (o más favorables), el juez de ejecución debe darle reconocimiento y ejecución a ese laudo.

Lo anterior serviría de base para una discusión más profunda sobre el tema. Sin embargo, lo importante es establecer que el propósito de la guía sería encontrar el balance entre la realidad comercial y la seguridad jurídica en el sistema de arbitraje comercial internacional.

#### IV. Conclusión

Se desea concluir con una verdad enunciada por el reconocido jurista indio, Fali S. Nariman, durante el mencionado *New York Arbitration Day*. Mientras existan los estados soberanos, el éxito del sistema del arbitraje comercial internacional radica en la actuación de los tribunales

<sup>42</sup> Debo anotar que aplicando de manera estricta la tesis de los partidarios de esta teoría, se llegaría a la conclusión de que el laudo verdaderamente internacional pretende, según sus partidarios, no estar sometido a anulación sino a reconocimiento y ejecución y por lo tanto, para este laudo no debería haber hipótesis de anulación.

locales. La “herencia genética” de estos tribunales no puede ser ignorada por los instrumentos internacionales y los creadores de la Convención de Nueva York así lo entendieron.

Por esto, sea cual sea la solución que se proponga para una interpretación uniforme del artículo V(1)(e) de la Convención, ella sólo será exitosa si es aceptada, aprendida y aplicada por los jueces locales como una actuación soberana. Por lo tanto, la solución más viable será aquella que reconozca que un juez va a tender a proteger el estado de su jurisdicción cuando lo ve amenazado, que es cuando verdaderamente hay intereses locales en juego. Esta es la razón que encontramos para que la convención le haya dado tanta importancia a la jurisdicción de la sede, aunque se ha visto que no siempre ésta es la jurisdicción más afectada en todos los casos arbitrales.