

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRAJEROS
ANULADOS

¿Existe la vida después de la muerte en el arbitraje internacional?

Maximiliano Londoño Arango

ESCUELA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ D.C.

Medellín

2010

Resumen

La obtención de un laudo arbitral que pueda ser reconocido y ejecutado a través de las fronteras internacionales constituye tal vez el principal objetivo del arbitraje internacional. El ejercicio exitoso de las acciones de anulación puede constituirse en un obstáculo para la parte que prevaleció en el arbitraje para obtener dicho objetivo. Sin embargo, en la actualidad, la anulación del laudo no siempre frustra los objetivos de la parte vencedora. Tanto bajo la Convención de Nueva York, como dentro de otros regímenes regionales o nacionales, es posible obtener, en algunos casos, el reconocimiento y ejecución del laudo anulado en otro país. Esta posición no se encuentra aún consolidada. Al lado de los países que aceptan el reconocimiento y ejecución de los laudos anulados en otro país, existen ordenamientos que han adoptado una aproximación casuística al problema y otros que otorgan primacía a la sentencia de anulación extranjera. Esta problemática da lugar a una serie de consideraciones estratégicas cuando se trata de afrontar la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo anulado.

INTRODUCCIÓN

La posibilidad de obtener un laudo que sea reconocido y pueda ser efectivamente ejecutado es tal vez el principal objetivo de la parte que prevaleció¹ en un proceso arbitral internacional. Este objetivo parece primar sobre el interés acerca de la eficacia y celeridad del proceso.² Sin embargo, en muchas ocasiones la obtención de un laudo favorable marca apenas la mitad del camino que debe recorrer la parte que prevaleció en el arbitraje para obtener una satisfacción efectiva de sus intereses. Dentro de los principales obstáculos que debe sortear con frecuencia la parte vencedora en el arbitraje se encuentran, de una parte, la inmunidad de ejecución de los Estados³ y, de la otra, el trámite del recurso de anulación ante los tribunales estatales. Este escrito analizará en el contexto internacional actual, en qué medida la anulación del laudo constituye un verdadero obstáculo para la satisfacción del interés de la parte vencedora en el arbitraje.

La etapa de anulación del laudo resulta crucial para el arbitraje. El trámite de la anulación constituye una garantía de protección de los derechos más fundamentales de las partes en un proceso de solución de controversias, que tiene efectos de carácter

¹ El problema del reconocimiento y ejecución de un laudo no incumbe exclusivamente al demandante. El demandado bien puede estar interesado en obtener el reconocimiento del laudo que desestimó las pretensiones de su adversario, para poder oponerse con éxito frente a una nueva reclamación derivada de los mismos hechos alegando la cosa juzgada.

² BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN y HUNTER anotan que, a diferencia del arbitraje nacional, el cual encuentra en los principios de celeridad y economía el principal atractivo frente a los procedimientos judiciales estatales, en materia de arbitraje internacional el objetivo supremo de quien reclama consiste en obtener un laudo que sea ejecutable por fuera de las fronteras nacionales. NIGEL BLACKABY, CONSTANTINE PARTASIDES, ALAN REDFERN y MARTIN HUNTER, REDFERN AND HUNTER ON INTERNATIONAL ARBITRATION, 436 (Kluwer Law International, 2009).

³ EMMANUEL GAILLARD y JOHN SAVAGE, explican que en la actualidad, la mayoría de los países reconocen que la inmunidad de ejecución de los Estados prohíbe ejecutar el laudo sobre aquellos bienes que se encuentran destinados a la realización de sus actividades soberanas. Por el contrario, los bienes estatales destinados a la realización de actividades comerciales no se encuentran protegidos por el principio de la inmunidad de ejecución. FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN ON INTERNATIONAL ARBITRATION, 392 (Kluwer International Law, 1999). Sobre este tema puede consultarse también a JULIAN D.M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS y STEFAN M. KRÖLL, COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, 749 y ss. (Kluwer Law International, 2003).

jurisdiccional. La posibilidad de recurrir a acciones de anulación para remediar las violaciones al debido proceso, a la igualdad de las partes y a las nociones más elementales de justicia, constituye un mecanismo que permite afianzar la legitimidad y la confianza en el arbitraje internacional.

No obstante, de otro lado, el trámite de acciones de anulación pone en contacto a las partes y al laudo con las cortes estatales, estadio del cual aquéllas quisieron voluntariamente sustraerse. Las partes acuden al arbitraje internacional, entre otras razones, para evitar los posibles prejuicios (conscientes o inconscientes) que pueden condicionar el juicio del juez estatal a favor del litigante local sobre la contraparte extranjera. Como es apenas obvio, este riesgo se torna aún más tangible cuando el arbitraje incluye una parte estatal o el laudo puede tener efectos económicos determinantes en el país del juez que deberá decidir el trámite de la anulación. Por otra parte, algunas leyes nacionales sobre arbitraje con frecuencia establecen como motivos de anulación supuestos que resultan incompatibles con los estándares internacionales modernos sobre la materia.⁴ Como si lo anterior fuera poco, una interpretación y aplicación inadecuada de las causales de anulación puede conducir a que el juez nacional resulte inmiscuyéndose en la labor arbitral o arrogándose las facultades de valorar las pruebas practicadas en el arbitraje y aplicar la ley.

En consecuencia, si los riesgos que representan la arbitrariedad y la desviación de los parámetros del debido proceso por parte de los árbitros justifican la existencia de acciones o recursos de anulación, la arbitrariedad y la posible tendencia nacionalista de los jueces estatales pueden tender un manto de duda acerca de la legitimidad de la orden

⁴ Los estándares internacionales modernos sobre los motivos de anulación y el método de interpretación de los mismos se encuentran plasmados en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la “Ley Modelo”). Como se verá más adelante, el artículo 34 de la Ley Modelo al establecer las causales de anulación sigue muy de cerca las causales que el artículo V de la Convención de Nueva York fijó como motivos para negar el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

de anulación.⁵ En el centro de esta tensión se encuentra el problema de la posibilidad o no de reconocer o ejecutar un laudo arbitral anulado en otro país.

Esta circunstancia evidencia los conflictos que pueden existir entre el laudo y la sentencia de anulación. ¿Debe reconocerse mayor legitimidad a la decisión de un órgano estatal? O, por el contrario, ¿resulta más legítima la decisión adoptada por un tribunal facultado expresamente por las partes y que no está vinculado a los Estados de éstas? ¿Debe concebirse el arbitraje internacional como un mecanismo ligado necesariamente al ordenamiento jurídico del Estado en el cual se produce el laudo, situación que implicaría reconocer una legitimidad superior a la orden del juez que está llamado a preservar la regularidad del proceso? O, por el contrario, ¿debe entenderse que el laudo no se encuentra anclado a ningún ordenamiento legal nacional y, por lo tanto, constituye una decisión jurisdiccional internacional cuya eficacia solo debe analizarse a la luz de los ordenamientos en los cuales se pretende obtener el reconocimiento y ejecución? La respuesta que se dé a estos interrogantes depende de la concepción ideológica que se adopte del arbitraje internacional.

Es importante mencionar que la discusión no es simplemente teórica. Como es apenas obvio, las consecuencias prácticas de adoptar una u otra postura resultan trascendentales en la práctica. La respuesta que se dé a estos interrogantes determinará si quien ha sido condenado en un laudo arbitral anulado, podrá de manera definitiva considerarse desligado de los efectos del mismo o, si por el contrario, el acreedor podrá acudir a un foro que le permita obtener la satisfacción efectiva de su crédito.

⁵ Jan Paulsson señala que el régimen establecido en el artículo V.1.e) de la Convención de Nueva York, el cual permite al juez negar el reconocimiento y ejecución del laudo anulado constituye “evidentemente un peligro para la armonización del régimen legal de las transacciones internacionales”. Este autor señala además “esto expone una debilidad potencial del sistema de la Convención al someter la fiabilidad de una sentencia a las peculiaridades locales del país en que se dicta, incluidas las excentricidades, los caprichos o hasta la xenofobia.” *Laudos Anulados en el Lugar del Arbitraje*, monografía incluida en la obra colectiva *La Ejecución de las Sentencias Arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York*, 25 (Naciones Unidas, 1999). http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-convention/Enforcing_Arbitration_Awards_S.pdf. Recuperado el 30 de mayo de 2010.

El procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo anulado por una autoridad judicial de un foro diferente al de la anulación, supone una interacción de procedimientos judiciales realizados en países distintos. De un lado, el procedimiento y la sentencia de anulación y, del otro, el procedimiento y la sentencia que decide sobre el reconocimiento y ejecución. Este análisis implica también una interacción entre dos pronunciamientos que tiene efectos jurisdiccionales: de una parte, el laudo arbitral que decidió el conflicto entre las partes y, de la otra, la sentencia dictada en el procedimiento de anulación del laudo por una corte extranjera. De allí la complejidad del asunto.

La anulación del laudo por un juez de un Estado parecería a primera vista constituir un obstáculo insalvable para quien pretendía obtener el reconocimiento y ejecución de la decisión arbitral. Siguiendo un razonamiento tradicional, una decisión anulada pierde sus efectos vinculantes entre las partes y debería ser desestimada sin mayores limitaciones.⁶ Las cortes de varios países, fundándose en el texto de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (la “Convención de Nueva York”), han establecido como principio que el laudo arbitral anulado por una corte extranjera no debe ser reconocido ni es ejecutable. Sin embargo, en la actualidad esta conclusión no es uniforme. Las cortes de distintos países también fundadas en el texto de la Convención de Nueva York, en regímenes locales más favorables al reconocimiento del laudo o en convenciones internacionales de carácter regional, han reconocido y declarado ejecutables laudos arbitrales extranjeros que fueron anulados por jueces de otros países. Esta diferencia de criterios, como es apenas obvio, da lugar al fenómeno del “*forum shopping*”⁷ en la etapa del reconocimiento y ejecución de laudos anulados.

⁶ Bajo la óptica tradicional, se explicó, por ejemplo, que “[s]i el laudo ha sido ‘anulado’ ... ya no existe un laudo arbitral y ejecutar un laudo arbitral inexistente sería un imposible o incluso atentaría contra el orden público del país de ejecución.” P. Sanders, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 6 Neth. I.L.R. 43,55 (1959).

⁷ Este fenómeno consiste en la elección del foro que resulte más conveniente para decidir el asunto propuesto por el demandante. Se utiliza el término en inglés debido a la amplia difusión que tiene en el derecho comparado y a su capacidad para ilustrar el fenómeno. Pueden existir múltiples factores de tipo

Para ilustrar este problema y sus implicaciones, basta con plantear un ejemplo. El demandante (C) ha obtenido un laudo arbitral favorable en el cual se condena al demandado (D), empresa de propiedad del Estado en el cual el arbitraje tuvo su sede, al pago de una cuantiosa indemnización monetaria. D presenta una acción de anulación en contra del laudo. Las cortes del Estado anulan el laudo con fundamento en una de las causales previstas para ello en la ley de arbitraje internacional del país sede del arbitraje. C insiste en obtener el pago de la indemnización ordenada por el tribunal arbitral y para ello inicia, con fundamento en la Convención de Nueva York, procedimientos simultáneamente en Francia, Estados Unidos y Alemania, países donde D cuenta con activos comerciales. D se opone a la ejecución argumentando que el laudo ha sido anulado por las cortes de su país. ¿Cuál será la respuesta que los jueces de los distintos foros de ejecución le darán a este problema? Como se verá a continuación, el resultado en cada uno de estos procedimientos será muy probablemente diferente. Incluso, en algunos países se han adoptado posturas vacilantes entre los dos extremos de la discusión.

La discusión acerca de la posibilidad de obtener reconocimiento y ejecución de laudos anulados tiene bastantes matices. De una parte, esta problemática no se encuentra limitada al ámbito de la Convención de Nueva York. La cuestión se presenta también bajo el marco de convenciones regionales, tratados bilaterales y leyes de

legal, económico, estratégico y sociológico para elegir un determinado foro o jurisdicción. Sin pretender agotar todos los posibles elementos que un litigante tiene en cuenta para elegir dentro de los distintos foros disponibles, pueden destacarse los siguientes factores: la eficiencia o ineficiencia (para quienes quieren demorar la resolución del asunto) de las cortes, las reglas probatorias aplicadas en el foro, los costos del proceso, las reglas del conflicto de leyes, la imparcialidad o parcialidad que pueden evidenciar las cortes, la disponibilidad de medidas cautelares expeditas, la existencia de antecedentes jurisprudenciales que favorecen la posición del demandante, la especialización de las cortes en la materia objeto del procedimiento estatal y, en el caso del arbitraje internacional, la existencia de una política pro arbitraje (cuando se trata de apoyo en materia probatoria, medidas cautelares o solicitudes de ejecución) u hostil al arbitraje (cuando se trata de acciones de anulación o de medidas cautelares encaminadas a torpedear el arbitraje).

arbitraje adoptadas por distintos países⁸, a la luz de las cuales, el problema puede tener una solución diferente a la adoptada por la Convención de Nueva York. En segundo lugar, si bien muchos estudios analizan este problema planteando la posibilidad de ejecución de laudos arbitrales anulados “*en la sede del arbitraje*”⁹, la realidad práctica demuestra que en muchas ocasiones el laudo arbitral resulta siendo anulado por los jueces de un país distinto al de la sede del arbitraje. Según se verá más adelante, este hecho tiene consecuencias trascendentales a la luz de la Convención de Nueva York. Por lo tanto, la problemática del reconocimiento y ejecución de laudos anulados no se limita al ámbito de la Convención de Nueva York, ni se encuentra circunscrita a la anulación por parte de los jueces del país en que el arbitraje tuvo su sede.

Este escrito se divide en cuatro partes. La primera parte analiza la problemática del reconocimiento y ejecución de laudos anulados en la Convención de Nueva York; la segunda parte, expone el desarrollo de la problema del reconocimiento y ejecución de laudos anulados en algunos países signatarios de la Convención de Nueva York; la tercera parte se ocupará de describir el estado de la cuestión a la luz de algunas convenciones regionales y de la Ley Modelo. La cuarta parte recoge las conclusiones.

⁸ Georgios C. Petrochilos, *Enforcing Awards Annulled in their State of Origin under the New York Convention*, 48 Int'l. & Comp. L.Q. 856 (1999).

⁹ Entre otros, puede citarse el artículo de Petrochilos relacionado en el pie de página anterior.

I. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS ANULADOS

BAJO LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

A. GENERALIDADES

La Convención de Nueva York constituye sin duda uno de los instrumentos estelares en materia de derecho internacional. El éxito y aceptación de este instrumento han permitido que el arbitraje se haya desarrollado con éxito y haya logrado altos niveles de aceptación por parte de la comunidad internacional como mecanismo de solución de controversias mercantiles de carácter internacional. En la actualidad, la Convención ha sido ratificada por 144 países¹⁰, de todos los sistemas jurídicos, económicos y sociales del mundo.¹¹

La Convención de Nueva York establece un marco normativo orientado a la protección de la fuerza obligatoria de los pactos y laudos arbitrales¹². La Convención evidencia una clara orientación a favor del reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros, el cual se desarrolla a través de principios tales como el de presunción de validez¹³ del pacto arbitral¹⁴ y del laudo¹⁵ y el principio de la favorabilidad, en virtud

¹⁰ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. Recuperado el 17 de mayo de 2010. Colombia hace parte de los países signatarios de la Convención.

¹¹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), 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>. Recuperado el 30 de mayo de 2001.

¹² Ver SANTIAGO TALERO RUEDA, ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, 409 (EDITORIAL TEMIS, 2008).

¹³ Fernando Mantilla-Serrano, *Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York*, 15 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15, 21 (2009).

¹⁴ Convención de Nueva York, artículo II.3.

del cual, las disposiciones de la Convención de Nueva no derogan los “acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución” de laudos extranjeros, ni privan a las partes de los derechos y prerrogativas que las leyes locales les confieran para obtener el reconocimiento y ejecución.^{16, 17} En otras palabras, la Convención de Nueva York no descarta la aplicación de regímenes especiales que resultan más favorables al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros.¹⁸ Bajo esta óptica, resulta procedente a continuación analizar las normas especiales de la Convención de Nueva York que tienen relevancia para determinar si resulta procedente reconocer y ejecutar un laudo arbitral extranjero que fue anulado en un país distinto al del foro de ejecución.

B. EL ARTÍCULO V.1.E) DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

El eje central de la discusión en torno a la posibilidad de reconocer y ejecutar un laudo extranjero anulado en otro país lo constituye el artículo V de la Convención de Nueva York, el cual establece:

“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

¹⁵ *Ibíd*em, artículos III y V.

¹⁶ *Ibíd*em artículo VII y comentarios de Fernando Mantilla-Serrano, *op. cit.*, 21.

¹⁷ Según lo ha destacado la CNUDMI, uno de los objetivos del artículo VII de la Convención “es permitir la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en la mayor medida posible, en particular reconociendo el derecho de cualquier parte interesada a acogerse a 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.” Ver *supra* nota 8.

¹⁸ La orientación pro reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero, se ha visto reforzada, entre otras, por la recomendación de la CNUDMI para que la interpretación de los artículo II.2) y VII.1) de la Convención se haga teniendo en cuenta que recientemente se han promulgado legislaciones más “favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma que rige los acuerdos de arbitraje, los procedimientos de arbitraje y la ejecución de las sentencias arbitrales”.

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 doctrina especializada y la jurisprudencia de distintos países del mundo se han ocupado de interpretar esta disposición, acudiendo para ello, entre otros métodos, al de la interpretación gramatical en las distintas versiones de Convención de Nueva York. Así, se ha considerado que la utilización del verbo “podrá”¹⁹ en la versión española, del verbo “may”²⁰ en la versión inglesa indican que la intención de los redactores de la Convención fue la de conferir a la corte que conoce de la petición de reconocimiento del laudo anulado un margen de discrecionalidad en la adopción de dicha decisión.

Sin embargo, la anterior no es una posición uniforme. Según lo explican LEW, MISTELIS Y KRÖLL, en algunos países “el ‘podrá’ del artículo V es interpretado como ‘deberá’ descartándose la discrecionalidad de las cortes si se presenta uno de los motivos para negar el reconocimiento.”²¹ Para el efecto, los autores citan la decisión de un tribunal alemán.

¹⁹ Fernando Mantilla-Serrano, sostiene que “el uso de la forma potestativa demuestra que ni siquiera en presencia de los casos previstos en el artículo V de la Convención está el juez obligado a rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo.”, *op. cit.*, 21.

²⁰ LEW, MISTELIS y KRÖLL luego de comentar la versión inglesa del artículo V de la Convención de Nueva York y de hacer énfasis en su lenguaje permisivo explican que “incluso si uno de los motivos enlistados que justificarían negar el reconocimiento aparece probado por la parte que se opone, la corte goza de una discrecionalidad residual para ejecutar el laudo.” *Op. cit.*, 706.

²¹ *Ibidem.*

Por tal motivo, acudir a la interpretación gramatical²² de la Convención en uno o varios de sus idiomas auténticos parece ser un recurso insuficiente para dar una solución definitiva al problema, máxime cuando la Convención de Nueva York ha sido adoptada en varios idiomas auténticos.²³ En consecuencia, si bien en algunos de sus idiomas originales la Convención de Nueva York utiliza la forma facultativa para determinar la lista de motivos que justifican la negación del reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, el recurso lingüístico no parecería ofrecer una respuesta categórica al problema, ni conducir a la conclusión según la cual, no debe negarse el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero anulado.²⁴

Algunos autores explican que la regla general a la luz de la Convención de Nueva York indica que si el *“laudo es declarado ineficaz o anulado por la corte relevante, éste usualmente será considerado como inválido y por consiguiente inejecutable, no solo por las cortes de la sede del arbitraje sino también por las cortes nacionales en otros lugares. Esto es así, porque tanto de acuerdo con la Convención de Nueva York como con la Ley Modelo, la corte relevante puede rehusarse a reconocer y ejecutar un laudo que ha sido anulado por una corte en la sede del arbitraje.”*²⁵ No obstante, es preciso aceptar que reconocidos autores, explicando la misma problemática, plantean que a la luz de la Convención de Nueva York la

²² No es entonces causal que existan estudios específicos sobre la construcción gramatical utilizada por la Convención. Cfr. Jan Paulsson, *May or Must Under the New York Convention: An Exercise on Syntax and Linguistics*, 14 Arb. Int'l, 227 (1998).

²³ No puede pasarse por alto que la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, la cual fue incorporada por Colombia mediante la ley 32 de 1985, establece principios que deben ser aplicados para la interpretación de los tratados. Dentro de estos principios se destaca el contenido en el numeral 4 del artículo 33 de la Convención de Viena de 1969, el cual dispone que si el tratado ha sido autenticado en dos o más idiomas y “la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.” Sobre la utilización de la Convención de Viena como guía para la interpretación de la Convención de Nueva York puede consultarse a SANTIAGO TALERO RUEDA, *op. cit.*, 155.

²⁴ Debe anotarse, sin embargo, que la posición mayoritaria de la doctrina se inclina por encontrar que el artículo V de la Convención de Nueva York concede discrecionalidad al juez para determinar si debe negarse el reconocimiento del laudo. Cfr. REDFERN & HUNTER, *op. cit.*, 638; LEW, MISTELIS y KRÖLL, *op. cit.*, 706; GAILLARD y SAVAGE, *op. cit.*, 982; Fernando Mantilla-Serrano, *op. cit.*, 36.

²⁵ REDFERN & HUNTER, *op. cit.*, 585.

anulación del laudo no debe constituir un obstáculo para el reconocimiento y ejecución de la decisión.²⁶

En suma, no obstante las distintas posiciones en torno al contenido del artículo V.1.e) de la Convención de Nueva York, parecería posible concluir que la interpretación literal de la norma en varios de los idiomas auténticos, no ofrece una respuesta categórica al problema que plantea el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado. Adicionalmente, algunas cortes que han aceptado que la Convención de Nueva York les confiere un margen de discrecionalidad para decidir si el laudo anulado en otro país debe ser reconocido y ejecutado, no parecen haber establecido criterios y reglas claras que determinen en qué casos están dispuestas a ejercer dicha discrecionalidad y, en consecuencia, proceder a reconocer el laudo anulado.²⁷

Por tal motivo, para admitir sin limitaciones la posibilidad de reconocer y ejecutar el laudo anulado, resulta necesario encontrar factores y elementos adicionales a la discrecionalidad que el artículo V parece conceder a la corte que conoce de la petición. A continuación se analizará cuáles son algunos de estos factores.

C. LA REGLA DE ATRIBUCIÓN DE JURISDICCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

El objeto de la Convención de Nueva York consistió en establecer las reglas comunes que permitieran el reconocimiento y ejecución de los pactos arbitrales y de los laudos arbitrales a través de las fronteras nacionales. No obstante lo anterior, algunas de las disposiciones de la Convención introdujeron reglas que exceden la cuestión del

²⁶ Cfr. Fernando Mantilla-Serrano, *op. cit.*, 36.

²⁷ Este es el caso de la jurisprudencia norteamericana que será analizado en la segunda parte de este escrito.

reconocimiento y ejecución de pactos arbitrales y de laudos extranjeros. Dentro de estas reglas, se destaca la determinación de la jurisdicción competente para la anulación de un laudo arbitral. En efecto, el artículo V.1.e) establece que el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera pueden ser negados cuando ésta haya sido anulada por “una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.” Esta disposición está señalando, en el contexto de los países signatarios de la Convención, cuáles son las cortes que tienen legitimidad para proceder a la anulación del laudo. La consecuencia lógica de esta norma impone concluir que, a la luz de la Convención, los jueces de los países distintos al de la sede del arbitraje o al del país cuya ley rigió el arbitraje carecen de jurisdicción proceder a la anulación del laudo.²⁸ De lo anterior se desprende que la Convención de Nueva York incorporó una norma de atribución jurisdiccional para la anulación. Esto implica, que la sentencia de anulación dictada por una corte de un país que no fue sede del arbitraje o cuya ley no rigió el proceso arbitral, carece de toda relevancia para efectos de negar el reconocimiento o ejecución del laudo extranjero.

Esta norma ha dado lugar a la utilización del término “jurisdicción primaria” para designar a las cortes facultadas para anular el laudo arbitral. Según se indicó anteriormente, la jurisdicción primaria corresponde a la corte de la sede del arbitraje y, eventualmente, a la corte del país conforme a cuya ley se tramitó el arbitraje²⁹, si éste fuese diferente al país de la sede.³⁰ Todas las demás cortes del mundo solo tendrán “jurisdicción secundaria”, la cual los faculta exclusivamente para determinar si el laudo

²⁸ LEW, MISTELIS y KRÖLL sostienen que el artículo V.1.e) de la Convención de Nueva York “puede ser interpretado de forma negativa como una limitante de las cortes en las cuales el laudo puede ser atacado o de una forma positiva como el establecimiento de la posibilidad de impugnar un laudo en otro lugar además de la sede del arbitraje.” *Op. cit.*, 667.

²⁹ Es preciso destacar que cuando el artículo V.1.e) de la Convención menciona la ley del país conforme a cuya ley se tramitó el arbitraje, hace referencia a la *lex arbitri* y no a la ley aplicable al mérito de la disputa. En consecuencia, el hecho de elegir como ley aplicable al contrato la ley de un país distinto al de la sede del arbitraje, no implica que los jueces del país cuya ley regula el mérito de la disputa estén facultados para anular un laudo dictado en el extranjero.

³⁰ Catherine A. Giambastiani, *Recent Development: Lex Loci Arbitri and Annulment of Foreign Arbitral Awards in U.S. Courts*, 20 Am. U. Int'l L. Rev. 1101 (2005).

debe ser reconocido o no.³¹ Bajo esta óptica, si la sentencia de anulación es dictada por una corte que carece de jurisdicción primaria, esta sentencia judicial no debe considerarse como un motivo para negar el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero. La falta de jurisdicción de la corte que anuló el laudo conduce a concluir que la sentencia de anulación carece de toda eficacia a la luz de la Convención de Nueva York y debe desestimarse como motivo para negar el reconocimiento y ejecución del laudo. En este supuesto, el juez no podrá legítimamente negarse a otorgar la petición de reconocimiento o ejecución del laudo.³²

Según se analizará en detalle más adelante, la Corte de Apelaciones para el Quinto Distrito de los Estados Unidos en *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*³³, decidió reconocer y ordenar la ejecución de un laudo anulado, fundándose para ello en la falta de jurisdicción de la corte de Indonesia que anuló el laudo, toda vez que el proceso arbitral se adelantó en Suiza y el arbitraje se regía por la ley suiza.

De lo anterior se concluye que a la luz de la Convención de Nueva York, en ningún evento, la anulación pronunciada por una corte que solo tiene jurisdicción secundaria puede constituir un motivo para negar el reconocimiento o ejecución del laudo extranjero. Lo anterior, incluso en los países que consideren que el artículo V.1.e) de la Convención contiene un mandato imperativo y no confiere margen de discrecionalidad al juez para acceder al reconocimiento de un laudo arbitral anulado, toda vez que, se reitera, la Convención supone que la anulación debe haber sido pronunciada por una corte que tiene jurisdicción para ello. En otras palabras, según lo

³¹ *Ibidem*.

³² GAILLARD y SAVAGE explican que Solo “las cortes de la sede del arbitraje o las del país cuya ley regula el arbitraje (en otras palabras, la ley elegida por las partes para regular el procedimiento arbitral) están facultadas para asumir jurisdicción para anular un laudo. [citación omitida] Según la Convención, las demás jurisdicciones están obligadas a abstenerse de reconocer los efectos de una decisión de anular un laudo adoptada en cualquier otra parte, y dicha decisión no tendrá efectos en la aplicación de la Convención”. *Op. cit.* 977.

³³ 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004).

dispuesto en la Convención de Nueva York, solo las anulaciones pronunciadas por una corte que goce de jurisdicción primaria tendrán efectos para enfrentar con éxito una petición de reconocimiento o ejecución del laudo.

D. LA EXISTENCIA DE UN RÉGIMEN MÁS FAVORABLE AL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

Según se mencionó anteriormente, el artículo VII de la Convención establece que dicho instrumento no excluye la aplicación de otras normas supra nacionales o nacionales que establezcan condiciones más favorables que la Convención para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. En efecto, se encuentran con frecuencia en el ámbito internacional convenciones regionales y leyes estatales sobre arbitraje internacional que establecen un régimen más permisivo y amigable para el reconocimiento del laudo arbitral extranjero. Según se precisará más adelante, dentro de estas normas más favorables al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros se incluyen el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 y el artículo 1502 del Código de Procedimiento Civil francés, el cual al establecer los motivos para negar el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, omitió incluir la existencia de una sentencia de anulación.

En consecuencia, en todos los casos en que una convención regional, un tratado bilateral o la ley local del foro de reconocimiento y ejecución dispongan que el laudo será reconocido no obstante su anulación por una corte extranjera, siguiendo el mandato del artículo VII de la Convención de Nueva York, deberá hacerse abstracción de lo dispuesto en el artículo V.1.e) de la Convención y procederse a reconocer plenos efectos al laudo.

La CNUDMI ha reconocido expresamente la existencia de tratados, leyes e interpretaciones jurisprudenciales que favorecen el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en la sede del arbitraje. Siguiendo el principio que se viene analizando, en la sesión del 7 de julio de 2006 la CNUDMI emitió una recomendación relativa a la interpretación de artículo VII.1. de la Convención de Nueva York, en la cual señaló:

*“Teniendo también en cuenta que se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma que rige los acuerdos de arbitraje, los procedimientos de arbitraje y **la ejecución de las sentencias arbitrales, que han dado origen a una jurisprudencia,***

(...)

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.”³⁴ (Negrilla intencional).

Esta recomendación evidencia que siempre que sea posible identificar una regla que permita reconocer y ejecutar el laudo extranjero así este haya sido anulado, esta regla debe primar sobre lo dispuesto en el artículo V.1.e).

El régimen más favorable al reconocimiento y ejecución será aquél que ignore el contenido y efectos de una sentencia de anulación extranjera. Este fenómeno no puede

³⁴ <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf>. Recuperado el 30 de mayo de 2001.

confundirse con la existencia de distintas causales de anulación en el país de la sede del arbitraje y en el foro donde se pretende ejecutar el laudo extranjero.

E. OTROS FACTORES

Además de los factores señalados anteriormente, el análisis de las decisiones que han admitido el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, parece indicar que los jueces son más propensos a admitir la posibilidad de reconocer el laudo, cuando la decisión de anulación resulta abiertamente arbitraria o se fundamenta en razones que resultan inaceptables en el foro de la ejecución. No obstante, no es común que este tipo de razonamientos aparezcan indicados explícitamente en la decisión mediante la cual se ordena el reconocimiento y ejecución del laudo anulado. Las razones que pueden inclinar en un caso determinado a un juez a ejercer la discrecionalidad para reconocer un laudo anulado pueden ser de la más diversa índole. A título de ejemplo, pueden señalarse los siguientes eventos: i) el hecho de haberse anulado el laudo por la corte del Estado que resultó condenado en el arbitraje; ii) la utilización de causales que implican una revisión del mérito del proceso; iii) el hecho de ser el litigante favorecido por el laudo anulado un nacional del país en el cual se solicita la ejecución; iv) la existencia de cuestionamientos acerca de la independencia de los jueces que pronunciaron la anulación, entre otras posibles cuestiones de carácter extrajurídico. Como se verá más adelante, algunas de las decisiones de la jurisprudencia norteamericana evidencian esta forma de razonar.

F. SÍNTESIS

A manera de síntesis, resulta útil destacar los siguientes aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos anulados bajo la Convención de Nueva York:

1) El lenguaje utilizado en la Convención de Nueva York no parece ofrecer una respuesta categórica al problema. Si bien en algunas de las versiones originales la Convención utiliza la forma potestativa, la interpretación del instrumento internacional no es uniforme en todos los países signatarios de este instrumento. Por tal motivo, la interpretación literal del convenio internacional en algunas de sus versiones originales no ofrece una respuesta definitiva.

2) La Convención de Nueva York estableció, por vía indirecta, una regla de atribución de competencia para la anulación de laudos arbitrales. Esta competencia se encuentra radicada en cabeza de las cortes de la sede del arbitraje y, eventualmente, en las cortes del país cuya ley arbitral fue seleccionada por las partes para regir el arbitraje, si éste fuese distinto de la sede (“jurisdicción primaria”). El juez de foro en que se pretende el reconocimiento y ejecución del laudo no debe considerar las sentencias de anulación que hayan sido pronunciadas por una corte que carecía de jurisdicción primaria para anular el laudo, toda vez que el literal e) del párrafo 1º del artículo V de la Convención de Nueva York sólo contempla la posibilidad de negar el reconocimiento y ejecución del laudo que haya sido anulado por una autoridad jurisdiccional facultada para ello.

3) Si existe un régimen más favorable al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, en el cual no se contemple como motivo para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo su anulación por un juez con jurisdicción primaria, debe conducir a la inaplicación del literal e) del párrafo 1º del artículo V de la Convención de Nueva York. Así lo ha reconocido la CNUDMI en una recomendación interpretativa.

Teniendo en cuenta las anotaciones anteriores, a continuación se analizará cuáles han sido las distintas soluciones que se han dado al problema que plantea el reconocimiento y ejecución de laudos anulados. Para el efecto, se tomarán algunos países que han adoptado posiciones emblemáticas al respecto.

II. EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ANULADOS EN ALGUNOS PAÍSES

SIGNATARIOS DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK

Como se planteó en la sección introductoria de este escrito, la respuesta al problema de la posibilidad de reconocer y ejecutar laudos extranjeros anulados en otro país plantea una división ideológica en torno al arbitraje internacional.

Algunos jueces y ordenamientos jurídicos estarán orientados a reconocer una mayor legitimidad a la sentencia de anulación pronunciada por un tribunal estatal que al laudo arbitral pronunciado por un tribunal arbitral integrado por particulares. Así mismo, no es extraño pensar que las expectativas de quienes fueron parte del arbitraje indican que el proceso arbitral o el laudo que evidenciaron errores que justifican la anulación, no tendrán efectos vinculantes entre las partes. De lo contrario, las partes habrían muy probablemente renunciado de forma expresa a la posibilidad de interponer este tipo de recursos o acciones.³⁵

Simultáneamente, también con fuertes razones, otros jueces u ordenamientos pueden privilegiar la decisión emitida por un tribunal constituido de conformidad con la voluntad de las partes, sobre la decisión de anulación dictada por una corte estatal que

³⁵ La existencia de una renuncia al ejercicio de acciones de anulación no implica necesariamente la eficacia de esta cláusula. Este tipo de cláusulas permitirían concluir que las partes esperaban que el reconocimiento y ejecución del laudo no se supeditaban a la validez del mismo. Es importante mencionar que la eficacia de este tipo de acuerdos se encuentra supeditada a la regulación adoptada por la *lex arbitri*. LEW, MISTELIS y KRÖLL, *op. cit.*, 682, explican que, en principio, el control judicial sobre el proceso arbitral no puede ser excluido, toda vez que dicha exclusión será muy seguramente considerada como una violación del orden público, salvo que la ley aplicable al arbitraje contemple la posibilidad de dicha exclusión. Dentro de los países que han establecido de forma expresa esta posibilidad se destacan los siguientes: Suiza (artículo 192 de la ley federal de Derecho Internacional Privado), Bélgica (artículo 1717-2 del Código Judicial) y Perú (numeral 8º del artículo 63 del Decreto Legislativo No. 1071 del 8 de junio de 2008). Se destaca que estos tres ordenamientos supeditan la renuncia al recurso de anulación a que ninguna de las partes del arbitraje sea un nacional, tenga su domicilio, residencia o lugar principal de negocios en su territorio. Sobre el régimen de renuncia al recurso de anulación en Suiza y Bélgica, puede consultarse a LEW, MISTELIS y KRÖLL, *op. cit.*, 682.

puede haber aplicado criterios inaceptables desde una óptica comercial internacional para la anulación del laudo o que puede haber puesto en evidencia prejuicios en contra de un litigante extranjero.

En el ámbito internacional, se encuentran varias posturas y soluciones al problema que plantea la ejecución de un laudo extranjero anulado. Aun los países más desarrollados, interpretando un único instrumento internacional, han adoptado posiciones distintas en torno a este problema. A continuación se analizará cuál ha sido la respuesta que se ha ofrecido a este problema en algunos países que han adoptado posiciones distintas. En su orden, se analizará la situación en Francia (A), Estados Unidos (B) y Alemania (C), toda vez que cada uno de estos países ha adoptado una solución particular al problema.³⁶

A. EL CASO FRANCÉS: EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ANULADOS

El caso francés³⁷ constituye la situación paradigmática del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados. Las cortes francesas tienen pacíficamente establecido en la actualidad que la anulación del laudo extranjero no constituye un motivo para negar su reconocimiento y ejecución en Francia. Los jueces franceses niegan todo efecto a la decisión de anulación pronunciada por una corte extranjera y se

³⁶ Existen otros países con casos y estudios reportados sobre la materia. Vale la pena mencionar algunos: 1. Holanada. Fernando Mantilla-Serrano hace referencia a la decisión del 28 de abril de 2009 mediante la cual la Corte de Apelaciones de Ámsterdam reconoció cuatro laudos arbitrales que habían sido anulados en por los tribunales competentes en Rusia. *Op. cit.* 35. 2. Austria. LEW, MISTELIS y KRÖLL, *op. cit.* 717, mencionan un caso proveniente de una corte superior austríaca en el cual se ejecutó un laudo anulado (*Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH (Austria) v DO Zdravilisce Radenska (Slovenia)*, XXIVa YBCA 919). 3. India: si bien la Convención de Nueva York permite la ejecución de laudos anulados, es improbable una corte hindú ejecute un laudo anulado en la sede del arbitraje, teniendo en cuenta la noción territorialista que la jurisprudencia de este país adopta del arbitraje. Cfr. P. Ramaswamy, *Enforcement of Annulled Awards: An Indian Perspective*, *Journal of International Arbitration* 19(5): 461–472, 2002.

³⁷ Fernando-Mantilla Serrano, *op. cit.*, 22-27, presenta una excelente síntesis del derecho francés sobre esta materia.

limitan a analizar si se ha tipificado alguna de las causales previstas para denegar el reconocimiento en las normas internas sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

En una etapa inicial, en el caso *Société Pabalk Ticaret v. Société Norsolor*³⁸, la Corte de Casación francesa, fundándose en el artículo VII de la Convención de Nueva York, decidió reconocer un laudo arbitral que había sido anulado en Austria. Para el efecto, la Corte consideró que en virtud del principio de favorabilidad, el juez no puede denegar el reconocimiento y ejecución del laudo cuando, realizando un análisis a la luz del derecho de la sede, el laudo pueda ser considerado válido.^{39, 40}

Adicionalmente, el artículo 1502 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés constituye sin duda una legislación que a la luz del artículo VII de la Convención de Nueva York debe ser considerada como más favorable al reconocimiento y ejecución de laudos anulados. Esta norma no incluyó dentro de los motivos previstos para la denegatoria del reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, la existencia de una sentencia de anulación dictada en otro país.⁴¹ Según lo explican LEW, MISTELIS y KRÖLL, “las cortes francesas tienen la obligación legal de ejecutar un laudo extranjero aun cuando éste haya sido anulado en su país de origen.”⁴²

Resulta importante destacar el asunto *Hilmarton v. OTV*⁴³, toda vez que esta decisión ejemplifica la posición francesa acerca del problema de la ejecución de laudos anulados y sus diferentes implicaciones.⁴⁴

³⁸ Sentencia de la Corte de Casación Civil francesa dictada el 9 de octubre de 1984.

³⁹ Cfr. Fernando Mantilla-Serrano, *op. cit.*, 22.

⁴⁰ Este análisis del artículo VII de la Convención de Nueva York resulta similar al realizado por el juez del distrito norteamericano en *Chromalloy*, al cual se hará referencia más adelante.

⁴¹ Fernando Mantilla-Serrano, *op. cit.*, 23.

⁴² *Op. cit.*, 717.

⁴³ Corte de Casación Civil, Primera Sala, sentencia del 23 de marzo de 1994, Rev. Arb. 1994.327. Cfr. anotaciones de Fernando Mantilla-Serrano, *op. cit.*, 25.

Hilmarton, una empresa inglesa de consultoría, se obligó a asesorar a OTV, una empresa francesa, para la obtención de un contrato estatal en Argelia. OTV resultó adjudicataria del contrato, pero solo pagó la mitad de los honorarios a Hilmarton. Hilmarton inició un proceso arbitral en Ginebra bajo las reglas de la CCI. El tribunal arbitral emitió un laudo negando las pretensiones de Hilmarton. Este laudo fue anulado, en primera instancia por una corte de apelaciones de Ginebra, decisión que fue apelada por OTV y resultó confirmada por el Tribunal Federal suizo. Mientras la apelación de OTV se encontraba en trámite en Suiza, esta empresa buscó el reconocimiento del laudo en Francia. El laudo fue reconocido por las cortes francesas. Sin embargo, en el entretanto, luego de haberse producido la anulación del primer laudo en Suiza, Hilmarton inició un nuevo procedimiento arbitral, el cual terminó con un laudo favorable a sus intereses. Hilmarton intentó ejecutar este segundo laudo en Francia. La petición fue negada por las cortes francesas, fundándose para ello en los efectos de cosa juzgada que fueron atribuidos el primer laudo anulado.

Esta decisión demuestra qué tan arraigado se encuentra el principio que ordena el reconocimiento y ejecución de laudos anulados en Francia. En consecuencia, las cortes francesas reconocerán y ejecutarán un laudo anulado en otro país y preferirán esta primera decisión arbitral sobre una decisión arbitral subsiguiente que no haya sido anulada.⁴⁵

⁴⁴ Sobre el desarrollo de la jurisprudencia francesa sobre la materia pueden consultarse también los siguientes casos: *Berardi v. Clair*, sentencia de junio 20 de 1981 de la Corte de Apelaciones de París, 1981 Rev. Arb. 424; *Societe Unichips Finanziaria v. Gesnoui*, Paris, 12 de febrero de 1993, 1993 Rev. Arb. 255; (1994) 19 Y.C.A. 658; *Polish Ocean Line v. Societe Jolasri*, Corte de Casación Civil, Primera Sala, 10 de marzo de 1993, 1993(2) Rev. Arb. 255, segunda decisión con comentario de D. Hascher, XIX Y.B. Com. Arb. 662, 663 (1994); *Société Putrabali Adyamulia v. SA Rena Holding et autre*, Corte de Casación Civil, Primera Sala, junio 29 de 2007, 2 decisiones, No 05–18.053 and No 06–13.293; *Direction Général de l'Aviation Civile de l'Émirat de Dubai, DAC v. Société International Bechtel Co.*, sentencia del 29 de septiembre de 2005 de la Corte de Apelaciones de París, Sección Primera Civil, con comentario de Fernando Mantilla-Serrano, *op. cit.* 25.

⁴⁵ William W. Park, *The International Currency of Arbitral Awards*, PLI Order No. 14457, 392 (2008).

En síntesis, la regla claramente establecida en Francia indica que la anulación del laudo no es motivo para negar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. La legislación francesa evidencia una política a favor del arbitraje internacional, en virtud de la cual, la decisión adoptada por un tribunal arbitral goza de primacía sobre una sentencia extranjera de anulación. Como lo evidencia el caso *Hilmarton*, la doctrina francesa no está exenta de dar lugar a situaciones contradictorias, cuando luego de haberse anulado un laudo que es reconocido en Francia, se adelanta un nuevo proceso arbitral que conduce a un resultado contrario. Es posible que este segundo laudo sea reconocido y ejecutado en otro país, situación que conduciría a que entre las mismas partes y por los mismos hechos, se hayan dictado y ejecutado simultáneamente dos decisiones arbitrales, que bien podrían neutralizarse desde el punto de vista económico.⁴⁶

B. EL CASO NORTEAMERICANO: DE CHROMALLOY A TERMORÍO

A diferencia de lo que ocurre con las cortes francesas, la jurisprudencia norteamericana ha sido “vacilante”⁴⁷ al momento de determinar si se debe denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral anulado. Las cortes norteamericanas han dicho que el artículo V.1.e) de la Convención de Nueva York les confiere un margen de discrecionalidad para determinar si el laudo arbitral anulado en otro país puede ser reconocido y ejecutado. Sin embargo, no existe uniformidad al momento de fijar los criterios bajo los cuales el juez debe ejercer su discrecionalidad. Luego de una postura inicial que apuntaba al ejercicio generoso de la discrecionalidad para reconocer y ejecutar laudos anulados, la jurisprudencia estadounidense evidenció una retirada hacia una posición más cauta.

⁴⁶ OTC obtuvo el reconocimiento de un laudo absolutorio en Francia. Sin embargo, si *Hilmarton* tuviera acceso a activos de OTC en otro país signatario de la Convención de Nueva York, podría eventualmente satisfacer sobre los mismos sus pretensiones económicas.

⁴⁷ Fernando Mantilla-Serrano, *op. cit.*, 28.

A continuación se planteará cuál ha sido la evolución de la jurisprudencia en los Estados Unidos. Teniendo en cuenta la falta de uniformidad que han evidenciado las cortes norteamericanas, se justifica un análisis individual de cada uno de los principales casos sobre la materia.

1. *In re Chromalloy Aeroservices*⁴⁸ fue el primer caso reportado en Estados Unidos sobre la problemática que plantea la posibilidad de reconocer un laudo anulado. El arbitraje surgió de un contrato de suministros militares entre Chromalloy y la Fuerza Aérea de la República, que fue terminado unilateralmente por esta última.⁴⁹ El pacto arbitral incluyó una cláusula, según la cual la decisión arbitral será “*final y vinculante y no podrá ser objeto de apelaciones u otros recursos.*”⁵⁰ El arbitraje, que tuvo sede en Egipto y se adelantó bajo las leyes egipcias, terminó con un laudo que condenó a la República de Egipto al pago de diecisiete millones de dólares más intereses. Chromalloy solicitó el reconocimiento y ejecución del laudo ante la Corte del Distrito de Columbia. Mientras este procedimiento se encontraba en trámite, el laudo fue anulado por una corte egipcia, la cual encontró que la decisión arbitral violaba las leyes de ese País. Con fundamento en esta decisión, la República de Egipto solicitó a la Corte del Distrito de Columbia que negara la petición de Chromalloy argumentando que debían reconocerse efectos de cosa juzgada a la sentencia de anulación.

La Corte del Distrito decidió reconocer y ordenar la ejecución del laudo. Para el efecto, la decisión se fundamentó en las siguientes razones: i) en primer término, la sentencia destacó que a la luz del artículo V.1.e) la corte goza de discreción al momento de determinar si debe negarse el reconocimiento a un laudo anulado⁵¹; ii) luego de citar el artículo VII de la Convención de Nueva York, el juez del distrito afirmó que bajo esta norma Chromalloy debería ostentar todas prerrogativas que le conferiría el Federal

⁴⁸ 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

⁴⁹ *Ibidem*, 908.

⁵⁰ *Ibidem*, 912.

⁵¹ *Ibidem*, 909.

Arbitration Act⁵² “en ausencia de la Convención”⁵³; iii) a renglón seguido, el juez del distrito procedió a analizar si el laudo sería anulable a la luz de los parámetros establecidos en la ley arbitral norteamericana. Así, la sentencia condujo su propio análisis sobre la validez del laudo, a la luz de las causales locales de anulación.⁵⁴ Este estudio llevó al juez a concluir que a la luz de las normas locales el laudo no sería anulable; iv) luego, la sentencia afirmó que la decisión de anulación egipcia evidenciaba una mirada de sospecha al arbitraje, la cual no era compartida por las cortes norteamericanas. Las anteriores consideraciones, llevaron a la Corte del Distrito a concluir que el laudo, a la luz de la ley norteamericana, era adecuado.⁵⁵ v) Finalmente, la sentencia destacó que, no obstante que el contrato se rigiera por la ley egipcia, el hecho de haber renunciado al ejercicio de recursos implicaba que la discusión terminaba con el laudo.

Resulta importante destacar los siguientes puntos en torno a *Chromalloy*. En primer lugar, los hechos del proceso eran bastante sugestivos para determinar los eventos en que una corte está dispuesta a ejercer la discrecionalidad que le confiere la Convención de Nueva York: un contratista norteamericano favorecido por un laudo en contra de una entidad estatal, resulta afectado por una decisión de una corte del mismo Estado, que decidió anular el laudo por supuestas violaciones de la ley aplicable al contrato. En segundo término, es preciso destacar que *Chromalloy* evidencia una interpretación equivocada del artículo VII de la Convención de Nueva York, cuando pretende aplicar al laudo extranjero las causales de anulación locales. El artículo VII de la Convención, permite inaplicar las normas de este instrumento cuando la ley local

⁵² 9 USC.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*, 910. La Corte del Distrito analizó, igualmente, si el laudo podría haber sido anulado a la luz de la teoría del desconocimiento manifiesto de la ley (“*manifest disregard of the law*”), doctrina fundamentada en un dicta de la Corte Suprema en *First Options of Chicago v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (US, 1995), que había sido adoptada por algunas Cortes Federales para permitir la anulación del laudo cuando este presentaba groseros y evidentes errores. Esta doctrina, por cierto, parece haber sido descartada por la propia Corte Suprema en *Hall Street Associates L.L.C. v. Mattel Inc.*, 552 U.S. 576 (US, 2007).

⁵⁵ 939 F. Supp. 907, 911 (D.D.C. 1996).

establezca un régimen más favorable para el reconocimiento y ejecución de los laudos, como sucede por ejemplo, en los países que no contemplan la anulación del laudo como motivo para negar su reconocimiento. Sin embargo, esta norma no permite concluir que el juez que conoce de una petición de reconocimiento y ejecución, esté facultado para proceder a enjuiciar el laudo a la luz de las causales locales de anulación. Este recurso interpretativo, podría conducir a echar por tierra la finalidad de la Convención de Nueva York, al establecer un nuevo control al laudo arbitral. Finalmente, vale la pena resaltar que *Chromalloy* dio especial relevancia a la cláusula de renuncia al ejercicio de apelaciones o recursos contra el laudo.

Como es apenas obvio, *Chromalloy* dejó claramente establecido que las cortes norteamericanas estaban dispuestas a ejercer la discrecionalidad conferida por el artículo V.1.e) de la Convención de Nueva York y a reconocer laudos anulados, como venían haciéndolo desde hace muchos años sus homólogos franceses. Esta decisión no estuvo exenta de críticas en el ámbito académico norteamericano.⁵⁶

2. Dos años más tarde, la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de Estados Unidos revisitó el problema en *Baker Marine (Nigeria) Ltd. v. Chevron (Nigeria) Ltd.*⁵⁷ Las cortes nigerianas anularon dos laudos arbitrales originados en las disputas contractuales entre Baker Marine, una empresa proveedora de servicios de barcas, de una parte, y, de la otra Chevron y Danos. El laudo arbitral en el proceso de Chevron fue anulado por la corte nigeriana por considerar que el tribunal arbitral había condenado impropiaamente a la indemnización de daños punitivos, había fallado sobre cuestiones no sometidas al arbitraje y había autorizado evidencia oral prohibida para probar los términos de un contrato escrito. El laudo arbitral en el proceso de Danos fue

⁵⁶ Ray Y. Chang, *The Enforceability of Annulled Foreign Arbitral Awards in the United States: A Critique to Chromalloy*, 17 B.U. Int'l L.J. 141. Puede consultarse también a Nicholas Pengley, *The Convention Strikes Back: Enforcement of International Commercial Arbitration Awards Annulled Elsewhere*, 8 VJ. 195, 200 (2004).

⁵⁷ 191 F.3d 194 (2nd Dist. 1999)

anulado por la corte nigeriana porque no se encontraba soportado por las pruebas.⁵⁸ La Corte del Distrito Norte de Nueva York negó la petición de reconocimiento y ejecución de los laudos elevada por Baker Marine al considerar que “sería inapropiado ejecutar un laudo bajo la Convención cuando dicho laudo ha sido anulado por las Cortes Nigerianas.”⁵⁹

Siguiendo el razonamiento de *Chromalloy*, Baker Marine apeló la decisión ante la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito, señalando que los laudos debían ser reconocidos a la luz del artículo VII de la Convención de Nueva York, toda vez que las causales de anulación utilizadas por la corte nigeriana no eran equivalentes a las de la legislación norteamericana. Luego de advertir que Baker Marine no había cuestionado la competencia de la corte nigeriana para anular los laudos, la Corte de Apelaciones rechazó el argumento del apelante señalando que la ley norteamericana no era aplicable a los arbitrajes en cuestión. La Corte implícitamente rechazó la argumentación de *Chromalloy* al advertir que la “*aplicación mecánica de la ley arbitral doméstica a los laudos extranjeros cobijados por la Convención atentaría seriamente contra la firmeza y produciría regularmente fallos contradictorios.*”⁶⁰ Luego de reconocer que el artículo V.1.e) le confiere discrecionalidad al juez para reconocer un laudo anulado, la Corte de Apelaciones afirmó lacónicamente que Baker Marine no había demostrado razones suficientes para dejar de reconocer las sentencias de anulación nigerianas.⁶¹ Finalmente, la Corte distinguió el asunto sometido a su decisión de *Chromalloy* al destacar, de una parte, que en este caso el demandante que solicitaba el reconocimiento no era un

⁵⁸ *Ibidem*, 196.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*, 197.

⁶¹ La Corte de Apelaciones razonó en función del reconocimiento de las sentencias de anulación nigerianas y no en función del reconocimiento de los laudos arbitrales, como lo impone la Convención de Nueva York. Este tipo de críticas han sido formulados por la doctrina a razonamientos similares de otras cortes. Cfr. Fernando Mantilla-Serrano, *op. cit.*, 33. Si bien el lenguaje utilizado por la Corte de Apelaciones resulta desafortunado, como lo ponen de presente estas críticas, vale la pena mencionar que pasaje puede interpretarse simplemente como la negativa a ejercer la discrecionalidad permitida por el artículo V.1.e) de la Convención de Nueva York.

norteamericano que hubiese formulado una petición de confirmación⁶² del laudo y, de la otra, que a diferencia del demandado en *Chromalloy*, los demandados en este caso no incumplieron una promesa de no interponer recursos contra el laudo. Por estas razones, la Corte confirmó la decisión de primera instancia. Este fallo ha sido observado como autoridad controlante por los jueces de rango inferior dentro del Segundo Distrito.⁶³

Es importante destacar que *Baker Marine*, rectificó algunas de las equivocaciones conceptuales evidenciadas por *Chromalloy* en la aplicación del artículo VII de la Convención, al precisar que dicha norma no autoriza al juez del reconocimiento a aplicar mecánicamente las causales de anulación locales al valorar si el laudo anulado debe ser reconocido. Se anota, además, que *Baker Marine* reafirmó el carácter discrecional del artículo V.1.e) de la Convención. Sin embargo, este caso no fijó los criterios que permitirían al juez ejercer dicha discreción.

3. El caso *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara* (Pertamina), el cual dio lugar a dos decisiones de la Corte de Apelaciones para el Quinto Distrito, marcó una nueva etapa en la aproximación norteamericana al problema del reconocimiento de los laudos anulados.

Karaha Bodas adelantó un proceso arbitral en contra de Pertamina, una compañía del sector energético de propiedad del gobierno de Indonesia y en contra PLN, otra empresa de propiedad del mismo Estado, con fundamento en unos contratos

⁶² La confirmación es un mecanismo particular del régimen arbitral norteamericano, que permite a las partes del arbitraje aplicar dentro de un término de tres años a una corte estatal para que esta confirme el laudo a través de una sentencia. La corte debe dictar la sentencia confirmando el laudo, a menos de que se demuestre alguna de las causas previstas en la Convención de Nueva York. Cfr. Sección 207 del Federal Arbitration Act.

⁶³ Puede consultarse la decisión de la Corte del Distrito Sur de Nueva York en *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.* 71 F.Supp.2d 279, 286 (S.D.N.Y.,1999). Este fallo siguió la línea trazada por *Baker Marine*. Se destaca, además, que el juez del distrito distinguió el caso sometido a su consideración de *Chromalloy* fundamentándose en la ausencia de una cláusula de renuncia al ejercicio de recursos.

para el desarrollo y explotación de una planta de generación energética y para la venta de energía, los cuales contenían pactos arbitrales idénticos. El proyecto fue suspendido por un decreto expedido por el gobierno de Indonesia, el cual debido a una crisis financiera del país alegó la existencia de una fuerza mayor. Karaha Bodas inició un proceso arbitral en contra de Pertamina y de PLN en Suiza, el cual concluyó con un laudo condenatorio por un valor superior a doscientos sesenta millones de dólares.⁶⁴ Karaha Bodas inició procedimientos para obtener la ejecución del laudo en Estados Unidos, Hong Kong⁶⁵ y Canadá. Mientras estos procedimientos se encontraban en trámite, Pertamina inició una acción de anulación en Suiza. Esta acción fue rechazada por cuestiones procedimentales, debido a la demora en el pago de la caución exigida por el tribunal suizo. De manera subsiguiente, Pertamina presentó un recurso de anulación ante las cortes de Indonesia.

La primera decisión de la Corte de Apelaciones del Quinto Distrito se presentó en el curso de una medida de protección formulada por Karaha Bodas, en la cual se pretendía obtener una orden judicial que impidiera a Pertamina continuar con los procedimientos en Indonesia.⁶⁶ La Corte de Apelaciones revocó la orden del juez del distrito y manifestó en *Karaha Bodas I*⁶⁷, de una parte, que en calidad de cortes encargadas del reconocimiento de laudos extranjeros, las cortes estadounidenses “*tienen discrecionalidad bajo la Convención para ejecutar un laudo a pesar de su anulación en otro país, y en el pasado han ejercido dicha discrecionalidad*”⁶⁸ y, de la otra, que la Convención de Nueva York parece admitir un cierto grado de *forum shopping*. En consecuencia, la Corte de Apelaciones consideró que el trámite de la anulación en Indonesia no afectaba el trámite de los procedimientos de ejecución en los Estados

⁶⁴ 355 F.3d 357, 360 (5th Cir. 2003).

⁶⁵ La corte de Hong Kong arribó a la misma conclusión que la Corte de Apelaciones del Quinto Distrito y accedió a la petición de ejecución del laudo formulada por Karaha Bodas. Cfr. Nicolas Pengley, *op. cit.*, 204.

⁶⁶ Karaha Bodas intentó obtener una “*anti suit injunction*”.

⁶⁷ 355 F.3d 357 (5th Cir. 2003)

⁶⁸ *Ibidem*, 369. La Corte de Apelaciones citó a *Chromalloy* como antecedente en el ejercicio de la discrecionalidad autorizada por la Convención de Nueva York.

Unidos y decidió que resultaba innecesario mantener la orden impuesta por el juez del distrito a Pertamina de no continuar con el trámite de la anulación en Indonesia.

Más adelante, una vez se produjo el fallo de anulación en Indonesia la Corte de Apelaciones volvió a conocer del proceso, cuando Pertamina apeló la orden del juez del distrito que había accedido a la ejecución del laudo. *Karaha Bodas II*⁶⁹ reafirmó la orden del juez de primera instancia, con fundamento en las siguientes razones: i) solo un juez de un país con “jurisdicción primaria” sobre un laudo puede producir una sentencia de anulación, aplicando para ello las normas locales. Las cortes de todos los países restantes, tienen solo “jurisdicción secundaria”, la cual se limita a decidir si procede o no el reconocimiento del laudo. ii) Teniendo en cuenta que el proceso arbitral tuvo sede en Suiza y que el trámite se regía por la ley suiza⁷⁰, las cortes de este país tenían jurisdicción exclusiva para los procesos de anulación. iii) Finalmente, la Corte de Apelaciones manifestó que si bien a la luz del artículo V.1.e) más de un país podría gozar de jurisdicción primaria para la anulación, la posición “predominante”⁷¹ indica que la Convención solo permite una jurisdicción primaria en un caso determinado. Bajo las anteriores premisas, *Karaha Bodas* estableció como regla que la anulación de un laudo por una corte que carece de jurisdicción primaria sobre el arbitraje no constituye una razón para negar el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado.

Resulta importante mencionar que *Karaha Bodas* no hizo mención a la existencia a la discrecionalidad conferida por el artículo V.1.e). Esta decisión

⁶⁹ 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004).

⁷⁰ Pertamina trató de argumentar que la corte de Indonesia tenía jurisdicción para conocer de la anulación toda vez que la ley de este país era la aplicable al arbitraje. La Corte de Apelaciones rechazó este razonamiento. Para el efecto, adelantó un análisis relacionado con la ley aplicable al arbitraje, que concluyó que en la Convención de Nueva York existía una fuerte presunción según la cual el arbitraje se rige por la ley de la sede; la decisión precisó además, que la renuncia a ciertas normas procesales indonesias no implicaba que el arbitraje se rigiera por la ley de este país; finalmente, se advirtió que las habían procedido bajo la asunción, según la cual, la ley Suiza regía el arbitraje.

⁷¹ 364 F.3d 274, 308 (5th Cir. 2004).

consideró, simple y llanamente, que el laudo anulado por una corte de jurisdicción para ello debe ser reconocido.

4. *TermoRio S.A. v. Electranta S.A.*⁷² constituye el último eslabón dentro de la evolución reciente de la jurisprudencia norteamericana. *TermoRio* (un caso originado en el mismo circuito pero decidido una corte de jerarquía superior), se encuentra en el otro lado del espectro de *Chromalloy*⁷³ en materia del ejercicio de la discrecionalidad para reconocer laudos anulados. *TermoRio* presentó una demanda persiguiendo la ejecución de un laudo arbitral dictado en Colombia y que había sido anulado por el Consejo de Estado.⁷⁴ La Corte de Apelaciones adhirió al razonamiento adoptado por el Segundo Circuito en *Baker Marine* y, evidenciando una visión tradicional y territorialista⁷⁵ del arbitraje internacional, afirmó que “*un laudo arbitral no existe para ser ejecutado en otro Estado Contratante si ha sido legalmente anulado por una autoridad competente del país en que fue dictado*”⁷⁶.

La Corte, a pesar de estar facultada para ello, se abstuvo de referirse a los fundamentos de la decisión de *Chromalloy* y simplemente prefirió distinguir los casos, advirtiendo que en *Chromalloy* se había violado una cláusula del pacto arbitral que prohibía el ejercicio de recursos en contra del laudo.⁷⁷ *TermoRio* sostuvo además que la Convención de Nueva York no implementó un sistema mediante el cual las cortes de la ejecución “rutinariamente cuestionen las decisiones de las cortes de un Estado primario,

⁷² 487 F.3d 928 (DC Cir. 2007).

⁷³ *Chromalloy* es una decisión de la Corte del Circuito de D.C. *TermoRio* es una decisión de la Corte de Apelaciones para el mismo circuito.

⁷⁴ Según lo relata Fernando Mantilla-Serrano, *op. cit.* 32, el Consejo de Estado anuló un laudo dictado bajo el reglamento de la CCI fundándose para ello en la nulidad absoluta del pacto arbitral, la cual no fue invocada por el recurrente, toda vez que la legislación colombiana vigente en ese momento no permitía el arbitraje institucional.

⁷⁵ Cfr. nota de pie de página Nro. 6.

⁷⁶ 487 F.3d 928, 936 (DC Cir. 2007).

⁷⁷ Como acertadamente lo menciona Fernando Mantilla-Serrano, *op. cit.* 34, la Corte de Apelaciones pasó por alto que el Reglamento de la CCI establece en el artículo 28 no solo el compromiso de cumplir el laudo sino una renuncia a los recursos en su contra.

cuando la corte del Estado”⁷⁸ gozaban de competencia para anular el laudo. La decisión adicionó, además, que la anulación del laudo puede fundarse en motivos de anulación diferentes a los establecidos en la legislación del foro de ejecución.

La Corte de Apelaciones confirió gran deferencia a la sentencia de anulación del Consejo de Estado colombiano y advirtió que, el análisis sobre la posibilidad de reconocer un laudo anulado, implicaba a su vez determinar si una decisión judicial de una corte extranjera debía ser ignorada. En otras palabras, *TermoRio* establece que el problema del reconocimiento de un laudo anulado, implica también la realización de un juicio acerca del reconocimiento de la sentencia judicial de anulación. Todo esto llevó a la Corte de Apelaciones a concluir que toda vez que el laudo había sido legítimamente anulado en la sede del arbitraje, se imponía negar la petición del demandante.

Como es apenas obvio, esta decisión desató las críticas de los analistas que abogan por la posición francesa. El razonamiento de *TermoRio*, resulta abiertamente incompatible con una visión deslocalizada del arbitraje internacional, en la cual, se desconoce todo efecto a una sentencia extranjera de anulación.⁷⁹ No obstante, es preciso reconocer que autores de tradición jurídica norteamericana, a pesar de cuestionar algunos de los razonamientos de las cortes locales que negaron el reconocimiento de los laudos anulados, consideran que el resultado de estas decisiones resultó acertado.⁸⁰

5. Síntesis. Como puede apreciarse, la jurisprudencia norteamericana ha oscilado entre el ejercicio amplio de la discrecionalidad para reconocer un laudo anulado y la gran deferencia frente a la sentencia de anulación dictada por una corte extranjera competente. A manera de ejercicio, resulta útil fijar las reglas que se

⁷⁸ 487 F.3d 928, 936 (DC Cir. 2007).

⁷⁹ Cfr. Fernando Mantilla-Serrano, *op. cit.*, 33. El autor cita además los cuestionamientos formulados a esta decisión por Jan Paulsson y Emmanuel Gaillard.

⁸⁰ William W. Park, *op. cit.*, 394.

desprenden de los fallos antes citados. En la actualidad, los siguientes principios controlan el problema que plantea una solicitud de reconocimiento de un laudo anulado en los Estados Unidos:

1) Un laudo anulado presumiblemente no será reconocido y ejecutado por una corte de los Estados Unidos⁸¹;

2) Si bien la regla establecida por *Chromalloy* no ha sido revocada, este fallo se encuentra actualmente confinado a unas circunstancias bastante precisas: cuando el laudo ha sido anulado por la Corte extranjera a pesar de la existencia de una cláusula contractual expresa en la cual las partes renunciaban a formular recursos o ataques en contra de laudo arbitral⁸²;

3) El principio de favorabilidad previsto en el artículo VII de la Convención de Nueva York no conduce a la aplicación, por parte de la corte que conoce de la solicitud de reconocimiento, de las normas locales sobre anulación sobre aquéllas previstas en la ley de la sede del arbitraje⁸³;

5) El laudo anulado será reconocido y ejecutado, cuando la sentencia de anulación haya sido dictada por una corte que carecía de competencia para ello, a la luz de lo dispuesto en el literal e) del párrafo 1 del artículo V de la Convención de Nueva York⁸⁴;

⁸¹ *Baker Marine, Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A. y TermoRio*. William Park expresó que *TermoRio* suena, al menos por ahora, como un “canto fúnebre” al reconocimiento de laudos anulados en Estados Unidos. *Ob. cit.*, 394.

⁸² *Baker Marine y TermoRio*.

⁸³ *Baker Marine y TermoRio*.

⁸⁴ *Karaha Bodas*.

6) La decisión del problema del reconocimiento de un laudo anulado, exige también un análisis del reconocimiento que debe otorgarse a la decisión extranjera⁸⁵ de anulación.^{86, 87} La sentencia de anulación será respetada por las cortes norteamericanas, a menos que ella contravenga las nociones elementales de decencia y justicia del foro de ejecución.⁸⁸

C. EL CASO ALEMÁN: UNA APROXIMACIÓN TRADICIONAL AL PROBLEMA

Como se desprende del panorama antes analizado, los jueces franceses no pueden negarse a reconocer y ejecutar el laudo extranjero solo por el hecho de haber sido anulado; las cortes norteamericanas, en algunos eventos, harán uso de la discrecionalidad que encuentran en el artículo V.1.e) de la Convención de Nueva York. Por su parte, la legislación alemana ha adoptado una posición opuesta a la francesa.

LEW, MITELIS y KRÖLL⁸⁹ explican que una decisión del 2 de noviembre de 2000 de una corte federal⁹⁰ alemana consideró que el artículo V no confiere discrecionalidad al juez para acceder al reconocimiento de un laudo cuando se presenta alguna de las causales establecidas en dicho artículo. En consecuencia, siguiendo esta interpretación,

⁸⁵ Esta posición contrasta con la doctrina francesa, la cual se concentra en el laudo arbitral y no en la decisión de anulación. Cfr. Erica Smith, *Vacated Arbitral Awards: Recognition and Enforcement Outside the Country of Origin*, 20 B.U. Int'l L. J. 355 (2002).

⁸⁶ *TermoRio*.

⁸⁷ Siguiendo esta orientación, William W. Park, afirma: "El desconocimiento de sentencias extranjeras de anulación debería justificarse en los mismos fundamentos del desconocimiento de sentencias arbitrales anuladas, es decir, cuando éstas hayan sido obtenidas por medios inapropiados o violen nociones básicas del orden público internacional. La aproximación más razonable consistiría en tratar a los laudos arbitrales y a las sentencias judiciales bajo el mismo estándar, rechazando la deferencia si cualquiera de ellos, el laudo o la sentencia, aparece procesalmente injusto o contrario a las nociones fundamentales de justicia." *Op. cit.* 395.

⁸⁸ Jonathan I. Blackman y Ellen London, *Respecting Awards Annulled at the Seat of Arbitration: The Road from Chromalloy to TermoRio*, 63-Oct. Disp. Resol. J. 70, 71 (2008).

⁸⁹ *Op. cit.* 706.

⁹⁰ *Ibidem*, nota de pié de página 97 al capítulo 26.

el juez alemán estará obligado a negar el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado.

Por otra parte, el párrafo tercero de la sección 1061 del código de procedimiento civil alemán⁹¹ establece:

*“(3) Si el laudo es anulado en el extranjero después de haber sido declarado ejecutable, podrá solicitarse la revocatoria de la orden de ejecución.”*⁹²

En consecuencia, el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo extranjero toma en consideración la validez o invalidez del laudo arbitral, según haya sido declarada por las cortes de la sede del arbitraje. La legislación alemana resulta tan respetuosa de la declaratoria de anulación extranjera, que optó por no atribuir efectos de cosa juzgada a la sentencia que ordena la ejecución de un laudo arbitral. A la inversa, si luego de haber sido negado el reconocimiento del laudo debido a su anulación, la sentencia de anulación es reversada, las cortes alemanas revisarán su decisión y estarán atentas a reconocer el laudo.⁹³

Siguiendo la norma antes mencionada, la jurisprudencia alemana confiere amplio respeto a las decisiones adoptadas por las cortes extranjeras en sede de anulación.⁹⁴

⁹¹ Zivilprozessordnung.

⁹² Traducción del autor.

⁹³ William W. Park, *op. cit.* 395.

⁹⁴ Erica Smith, *op. cit.* 358., analiza un caso que culminó con la decisión Tribunal Federal Alemán del 22 de febrero de 2001. En este asunto, las cortes alemanas fueron ajustando sus decisiones, mediante las cuales aceptaban o negaban el reconocimiento del laudo arbitral, en la medida en que los tribunales competentes para la anulación en Rusia declaraban que el laudo era válido o nulo.

La solución alemana del problema, igual que la francesa pero adoptando el extremo contrario, otorga certeza acerca de la forma en las cortes procederán al analizar una petición de reconocimiento de un laudo anulado. En un punto intermedio, se encuentra la posición norteamericana, la cual, según se ha visto está dispuesta decidir, de forma discrecional, que solo en algunos casos el reconocimiento y anulación de un laudo anulado se encuentra justificado.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN A LA LUZ DE ALGUNAS CONVENCIONES

REGIONALES Y DE LA LEY MODELO

Según se consignó en la primera parte de este escrito, el artículo VII de la Convención de Nueva York dispone que siempre que exista una norma más favorable aplicable al reconocimiento y ejecución de los laudos internacionales, habrá de preferirse esta disposición sobre las normas de la Convención. Anteriormente, se precisó que la francesa es una de aquéllas legislaciones nacionales que han establecido un régimen más favorable al arbitraje internacional. Atendiendo a su relevancia, a continuación se analizará cuál es el estado de la cuestión a la luz de la Convención Europea de 1961 (A), de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional – Convención de Panamá (B) y de la Ley Modelo CNUDMI (C).

A. LA CONVENCIÓN EUROPEA DE 1961

Este instrumento regional se refirió a algunos asuntos relacionados con el arbitraje internacional.⁹⁵ En particular, el artículo IX de este tratado estableció los siguientes principios:

1) La anulación del laudo en uno de los Estados contratantes será motivo para negar el reconocimiento y ejecución del laudo, si dicha anulación fue dictada por la corte del país en que el arbitraje tuvo su sede o del país conforme a cuya ley fue pronunciado el laudo arbitral, con fundamento en algunos de los motivos establecidos en la convención⁹⁶;

⁹⁵ GAILLARD y SAVAGE, *op. cit.*, 962.

⁹⁶ La Convención Europea señaló las siguientes causales de anulación: “a) las partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban, con sujeción a la ley a ellas aplicable, afectadas de una incapacidad de obrar, o dicho acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la ley a la cual

2) La Convención Europea fue explícita además al señalar que la disposición contenida en el artículo IX implicaba una restricción del artículo V párrafo 1.e) de la Convención de Nueva York a los casos de anulación establecidos en el instrumento regional.

En consecuencia, a la luz de la Convención Europea de 1961, solo la anulación del laudo pronunciada por una corte con jurisdicción primaria y con fundamento en las causales aceptables establecidas en este instrumento, constituye un motivo legítimo para abstenerse de reconocer y ejecutar el laudo.⁹⁷ En otras palabras, la anulación de un laudo por un motivo no reconocido en la Convención Europea no constituye una razón que justifique denegar el reconocimiento o ejecución del laudo en alguno de los países miembros de este tratado. Así, por ejemplo, la anulación del laudo fundamentada en la inarbitrabilidad del asunto a la luz de la ley de la sede o en la violación del orden público de dicho país no constituye razón suficiente para negar el reconocimiento y ejecución de la decisión arbitral.⁹⁸

lo sometieron las partes o, en caso de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo;

b) la parte que pide la anulación del laudo 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;

c) el laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria, o contiene decisiones sobre materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral o de la cláusula compromisoria, entendiéndose, empero, que si las resoluciones del laudo que versen sobre cuestiones sometidas al arbitraje, puedan ser separadas o disociadas de aquellas otras resoluciones concernientes a materias no sometidas al arbitraje, las primeras podrán no ser anuladas; o

d) la constitución o composición del tribunal de árbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo o compromiso entre las partes o, no habiendo existido tal acuerdo o compromiso, a lo establecido en el artículo IV del presente Convenio.”

⁹⁷ GAILLARD y SAVAGE, *op. cit.*, 998; LEW, MISTELIS y KRÖLL, *op. cit.*, 963.

⁹⁸ *Ibidem.*

En consecuencia, la Convención Europea de 1961 constituye uno de los regímenes más favorables al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros a los que hace referencia el artículo VII de la Convención de Nueva York.

B. LA CONVENCION DE PANAMA

La Convención de Panamá se limitó a reproducir en su quinto artículo, el artículo V de la Convención de Nueva York que establece las causales que permiten denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero. Específicamente, la Convención de Panamá reprodujo el contenido del artículo V.1.e) de la Convención de Nueva York. En consecuencia, la Convención de Panamá, al menos desde el punto de vista de las causales que permiten denegar el reconocimiento del laudo extranjero, no constituye un régimen más favorable al establecido en la Convención de Nueva York.

TermoRio se refirió explícitamente a este asunto. La Corte de Apelaciones consideró que era irrelevante determinar si el asunto sometido a su consideración se regía por la Convención de Nueva York o por la Convención de Panamá, toda vez que “*las normas relevantes de la Convención de Panamá y de la Convención de Nueva York son sustancialmente idénticas para los propósitos de este caso.*”⁹⁹

C. LA LEY MODELO

Al igual que la Convención de Panamá, tratándose de las causales que justifican la negativa al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros, la Ley Modelo no propone un sistema más favorable al reconocimiento y ejecución al establecido en la Convención de Nueva York. El literal v) del párrafo 1 del artículo 36 de la Ley Modelo establece, en los mismos términos del artículo V.1.e) de la Convención, que el juez podrá negar el reconocimiento del laudo cuando éste sea anulado “por un tribunal del

⁹⁹ 487 F.3d 928, 936 (DC Cir. 2007).

país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo”. En consecuencia, en los países que adopten sin modificaciones el artículo 36 de la Ley Modelo, no existirá—al menos desde el punto de vista de las causales para denegar el reconocimiento—un régimen más favorable al de la Convención.

Sin embargo, es preciso destacar que cuando el país de la sede del arbitraje ha adoptado la Ley Modelo, el conflicto potencial entre la decisión que deberá adoptar el juez que debe decidir una petición de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero y la decisión del juez que debe conocer de la petición de anulación se minimiza, al menos parcialmente. El artículo 34¹⁰⁰ de la Ley Modelo adopta como causales de anulación del laudo arbitral los mismos motivos que la Convención de Nueva York tiene establecidos como causales para negar el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.¹⁰¹ En consecuencia, existe un paralelismo entre los motivos para negar el reconocimiento y ejecución previstos en la Ley Modelo y los motivos para negar el reconocimiento del laudo anulado.

¹⁰⁰ *Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral*

1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 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 cuestiones 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 de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

¹⁰¹ REDFERN & HUNTER, *op. cit.*, 594.

Esta simetría permite que, al menos en el campo normativo, exista identidad entre los motivos de anulación del laudo arbitral y las causas para negar su reconocimiento fuera de la sede. En otras palabras, el juez de la anulación y el juez del reconocimiento estarán utilizando un sustrato común al analizar las correspondientes peticiones. Esta apreciación presenta, sin embargo, algunos matices¹⁰²:

1) No existe absoluta identidad entre causales de anulación previstas en la Ley Modelo y las causales para denegar el reconocimiento del laudo formuladas en la Convención de Nueva York no es absoluta.

Debe tenerse en cuenta que la Ley Modelo establece como motivos de anulación del laudo, de una parte, que a la luz del Estado sede del arbitraje, la controversia no sea susceptible de arbitraje y, de la otra, que el laudo resulte contrario al orden público de dicho Estado.¹⁰³ Por su parte, la Convención de Nueva York establece que el juicio para negar la ejecución de laudo por versar sobre asuntos no susceptibles de arbitraje o por resultar el laudo contrario al orden público, debe hacerse a la luz de la legislación del Estado que debe decidir sobre la solicitud de reconocimiento y ejecución. Lo anterior evidencia que, mientras la Ley Modelo supone que el análisis de estas dos causales en sede de anulación se hará bajo los principios del Estado sede del arbitraje, la Convención de Nueva York establece que este análisis en la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, debe hacerse bajo la óptica de la legislación del foro de ejecución. Teniendo en cuenta que los conceptos de arbitrabilidad y de orden público de la sede de la anulación y de la sede de la ejecución muy posiblemente diferirán, el paralelismo de las causales de anulación y de negativa del reconocimiento no es absoluto.

¹⁰² FOUCHARD y SAVAGE, *op. cit.* 982, hacen referencia a la problemática de interpretaciones divergentes aun al interior de la Convención de Nueva York. Ver también a REDFERN & HUNTER, *op. cit.*, 641.

¹⁰³ Artículo 34.2)b)i) y ii), respectivamente.

2) La interpretación de las mismas causales por parte de los jueces de distintos países puede diferir. En efecto, atendiendo a la diversidad de las culturas jurídicas, es probable que los jueces de dos países interpreten de forma bien diferente una misma causal de anulación. Por lo tanto, el hecho de contar con motivos coincidentes para dictar la anulación del laudo y para negar su reconocimiento y ejecución no garantiza uniformidad en las decisiones.

En consecuencia, la Ley Modelo, al igual que la Convención, establece que el reconocimiento y ejecución del laudo podrán ser negados cuando éste haya sido anulado por una corte con jurisdicción primaria. Simultáneamente, la Ley Modelo propone un sistema que permite, al menos parcialmente, disminuir los conflictos que pueden presentarse entre la decisión de anulación y la decisión de reconocimiento.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, vale la pena destacar los puntos esenciales de la problemática actual en torno a la posibilidad de reconocer y ejecutar laudos arbitrales anulados:

1) La respuesta a este interrogante, aun bajo la óptica de la Convención de Nueva York, no es uniforme. Existe una división ideológica acerca de la naturaleza territorial o deslocalizada del arbitraje internacional, que influye de manera determinante en la solución que se da a este problema.

2) El fenómeno del *forum shopping* es inherente a la etapa de ejecución del laudo internacional. El vencedor en el arbitraje internacional puede y en ocasiones debe elegir entre los diferentes países en los que el demandado tiene bienes para perseguir sobre éstos la efectividad del laudo. Tratándose de laudos anulados, la elección entre los distintos foros disponibles se torna más sensible. El acreedor del laudo no solo debe localizar uno o varios países en los que el demandado tenga bienes, sino además, elegir entre los distintos países a aquél o aquéllos en los cuales se resta relevancia a la sentencia de anulación.¹⁰⁴

Tratándose de la ejecución de laudos anulados, la búsqueda del foro apropiado no solo está orientada por el criterio de localización de los activos, sino que se encuentra influenciada por criterios legales relacionados con los efectos que se reconoce a la sentencia de anulación extranjera.

En el contexto internacional actual puede afirmarse sin dudas que la atención de cualquier acreedor de un laudo anulado se dirige a París. Con esta lógica, la planeación

¹⁰⁴ REDFERN & HUNTER, *op. cit.*, 629.

contractual de una operación internacional podría incluir la exigencia de garantías vinculadas a Francia. De esta forma, el acreedor del laudo anulado tendría un camino expedito para la satisfacción de sus intereses.

3) El reconocimiento de un laudo anulado puede resultar contrario a las expectativas de las partes del arbitraje.¹⁰⁵ Es posible afirmar que quienes celebran un pacto arbitral y no excluyen de manera expresa el derecho a ejercer los recursos, confían en que el juez de la sede del arbitraje remediará las eventuales desviaciones mayores en las que pueda incurrir un tribunal arbitral. Por lo tanto, el hecho de resultar obligado al cumplimiento de un laudo que resultó declarado inválido, en muchos casos, podrá implicar una gran sorpresa para la parte que logró obtener la anulación. Teniendo en cuenta el estado actual del desarrollo del arbitraje, los asesores legales deberán advertir a sus clientes sobre la posibilidad de obtener la ejecución de un laudo anulado, de forma tal que las expectativas acerca del proceso arbitral resulten ajustas a la realidad normativa internacional.

5) La renuncia al recurso o acciones de anulación, aun cuando no sea válida a la luz de la *lex arbitri*¹⁰⁶, puede tener efectos trascendentales en la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo anulado. Así lo demuestra la jurisprudencia norteamericana, según la cual, la regla de *Chromalloy* que propugna por la ejecución del laudo anulado, resulta aplicable a aquéllos casos en que las partes pactaron que no interpondrían recursos en contra del laudo. En consecuencia, una cláusula ineficaz a la luz de la ley que rige el arbitraje, puede abrir las puertas para la ejecución de un laudo anulado en los Estados Unidos.

6) El juez del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral siempre deberá verificar si la corte de la anulación gozaba de jurisdicción primaria para pronunciar la

¹⁰⁵ William W. Park, *op. cit.*, 395.

¹⁰⁶ Sobre la validez de la renuncia al recurso de anulación, ver pie de página 34.

anulación. La sentencia de anulación dictada por una corte sin jurisdicción primaria resulta completamente irrelevante para los efectos del artículo V de la Convención de Nueva York.

7) En la actualidad, resulta incierto cuál de las distintas posiciones en torno al problema del reconocimiento y ejecución de los laudos anulados terminará imponiéndose a nivel mundial. Parece improbable que se obtenga un consenso generalizado que permita reformar la Convención de Nueva York para implantar un régimen que se oriente de manera definitiva por alguna de las tres posturas teóricas posibles ejemplificadas en los casos francés, norteamericano y alemán. La CNUDMI evidenció una posición que favorece la aproximación francesa, al recomendar que la aplicación del artículo VII de la Convención considere la existencia de convenciones regionales, legislaciones y líneas jurisprudenciales que resultan más favorables al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros anulados.