

**RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS
ANULADOS: UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA**

Cesar Pereira

*Doctorado y Máster en Derecho del Estado (PUCSP)
Visiting Scholar de Columbia University,
University of Nottingham y Instituto Universitario Europeu
Abogado y socio de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*

Luísa Quintão

*Graduada en Derecho (PUCSP)
Abogada asociada de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*

Índice: 1. Introducción. 2. La cuestión del reconocimiento del laudo anulado: ¿qué derecho se debe aplicar y cómo decidir? 2.1. Legislación aplicable a la anulación de los laudos arbitrales internacionales: ¿quién tiene el poder de control de juridicidad? 2.1.1. El derecho del lugar de la sede. 2.1.2. El derecho del lugar de ejecución. 2.2. Encuadramiento normativo del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. 2.2.1. La interacción de la Convención de Nueva York con el derecho interno. 2.2.2. El principio de la máxima efectividad. 2.2.3. El arbitraje internacional como un ordenamiento jurídico autónomo: la deslocalización. 2.2.4. (In)ejecutabilidad del laudo arbitral anulado en el país de la sede del arbitraje bajo el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York. 2.2.5. Aplicación correcta de los convenios internacionales – ¿un análisis de la juridicidad de la anulación? 3. Conclusión.

1. Introducción

Una de las más claras ventajas del arbitraje internacional es la ejecutabilidad del laudo arbitral extranjero.¹ La seguridad jurídica en este sentido es debida a la larga adhesión de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“Convención de Nueva York”) firmada por 156 Estados.² La Convención de

¹ Mientras en la mayoría de los países de Latinoamérica se utiliza el término “laudo arbitral”, la Convención de Nueva York adopta el término “sentencia arbitral”, que también es el término utilizado en Brasil. En este artículo, se utilizará los dos términos, interpretándose los dos con el mismo significado.

² CNUDMI. Situación actual de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html >. Acceso en: 02.08.2016.

Nueva York obliga a los Estados firmantes a reconocer y ejecutar laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto o que no sean considerados como laudos nacionales donde se solicita su reconocimiento.³

El punto de partida que tiene la Convención de Nueva York es “la presunción de validez y eficacia tanto del acuerdo de sumisión de las controversias a arbitraje, como del laudo o resolución arbitral” y por tanto hay “un desplazamiento de la carga de la prueba hacia la parte frente a la que se quiere hacer valer la eficacia de la resolución arbitral”.⁴ No obstante, el artículo V de la Convención prevé casos en que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral extranjero.

Entre los fundamentos para la denegación del reconocimiento y de ejecución del laudo extranjero según la Convención de Nueva York está el que el laudo haya sido anulado “por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”.⁵ Sin embargo, hay casos en donde las jurisdicciones estatales reconocieron y ejecutaron laudos arbitrales extranjeros que habían sido anulados por la autoridad competente del artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York.⁶ Paralelamente, hay muchos otros casos en los que el dispositivo legal constituyó el fundamento central para la denegación de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

El primer punto que surge en este sentido es determinar qué aspectos jurídicos deben tener en cuenta las cortes del país donde se busca el reconocimiento de un laudo anulado. Hay múltiples soluciones aún bajo la Convención de Nueva York y distintos Estados tienen diferentes perspectivas

³ Convención de Nueva York, Artículo I: “La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”.

⁴ ESPAÑA, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Sección Primera, 20.07.2004 (*Antillas Cement Corporation v. Transficem*). *Yearbook Commercial Arbitration* (YCA) XXXI, 2006. p. 846-852.

⁵ Convención de Nueva York, Artículo V: “1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...] e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”.

⁶ Se puede interpretar esta situación como la posibilidad de validez relativa de un laudo arbitral. “(...) [V]alidez ‘controvertida’ or ‘relativa’, por ejemplo, el caso de laudos nulos en el país de origen pero válidos y con fuerza ejecutoria en el extranjero”. CNUDMI. Documentos de la Comisión. 18º período de sesiones, 3-21 de junio de 1985, Viena. AC/CN.9/264. Español. p. 72.

sobre la cuestión y por ello plantean diferentes posiciones en la toma de sus decisiones.

En este artículo se analiza la experiencia de algunos Estados latino-americanos en el tema del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros anulados en comparación con el estado de desarrollo de esta discusión en los Estados Unidos y Europa.

2. La cuestión del reconocimiento del laudo anulado: ¿qué derecho se debe aplicar y cómo decidir?

En primer lugar, conviene determinar tanto la ley aplicable a la anulación de un laudo arbitral proferido en un arbitraje internacional cuanto la que se aplica cuando una parte pide a las cortes de un Estado el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral de condena extranjera.

Antes de adentrarse en las especificidades de los dos casos, es importante recordar que, tanto para la anulación cuanto para la denegación del reconocimiento del laudo arbitral, dado el carácter definitivo del laudo, no puede haber una revisión del fondo del caso,⁷ así que, en general, “el único motivo para anular o rechazar la ejecución del laudo que tenga que ver con el mérito de la causa es la violación al orden público y que los árbitros hayan incurrido en el vicio de *ultra petita*”.⁸

2.1. Legislación aplicable a la anulación de los laudos arbitrales internacionales: ¿quién tiene el poder de control de juridicidad?

Como el objeto de este estudio está relacionado a la suerte del laudo anulado en el país de ejecución, primero habría que determinar qué derecho se aplica a dicha anulación – o sea, el derecho aplicable a la juridicidad del arbitraje en situaciones en que la sede y el lugar de la ejecución no coinciden en un mismo Estado.

Mientras la visión tradicional es que – bajo la Convención de Nueva York – el derecho de la sede es el adecuado para regir la anulación,⁹ otros cultivados afirman que “es forzoso constatar que el derecho del lugar de ejecución del laudo posee mayor vocación que el derecho del lugar de la sede del arbitraje para imponer sus concepciones de lo que considera susceptible de constituir un arbitraje digno de protección jurídica”.¹⁰

⁷ BERG, Albert Jan van den. *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Netherlands: Kluwer Law International. 1981. p. 265.

⁸ BROZOLO, Luca G. Radicati di. “Las normas imperativas y el arbitraje internacional” in GAILLARD, Emmanuel. ARROYO, Diego P. Fernández. *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2013. p. 189-224.

⁹ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd edn. vol. I. The Netherlands: Kluwer Law International, 2014. p. 207.

¹⁰ GAILLARD, Emmanuel. *Teoría Jurídica del arbitraje internacional*. Asunción: La Ley. 2010. p. 39.

De todos modos, será una ley interna que irá aplicarse a la anulación del laudo arbitral. Es importante recordar que – ya sea en el lugar de la sede o en el lugar de ejecución – la posibilidad de anulación del laudo arbitral por la jurisdicción ordinaria está condicionada a algunos motivos tasados por los que se puede impugnarlo.¹¹

Las leyes domésticas tienen disposiciones específicas acerca de los casos en los que será posible solicitar la anulación del laudo. Las causales de anulación más comúnmente adoptadas por los países son aquellas previstas en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (“CNUDMI”) sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Ley Modelo”).¹²

De acuerdo con la Ley Brasileña de Arbitraje, la sentencia arbitral es nula en los siguientes casos: si (i) fuera nulo el acuerdo arbitral; (ii) hubiera sido dictada por quien no podía ser árbitro; (iii) no contuviera los requisitos obligatorios de la sentencia arbitral;¹³ (iii) fuera emitida fuera de los límites del acuerdo de arbitraje; (iv) fuera comprobado que la misma fue emitida con prevaricato, concusión o corrupción; (v) fuera emitida fuera del plazo;¹⁴ o (vi)

¹¹ FORTÚN, A. ÁLVAREZ-GARCILLÁN, G. “La impugnación de los laudos arbitrales” in *Economist & Jurist*. v. 21. n. 171. 2013. p. 12-20.

¹² Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Artículo 34(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”.

¹³ BRASIL. Ley 9.307/96 (Ley de Arbitraje). Artículo 26: “Son requisitos obligatorios de la sentencia arbitral: I - el relatorio, conteniendo los nombres de las partes y un resumen del litigio; II - los fundamentos de la decisión, donde serán analizadas las cuestiones de hecho y de derecho, mencionándose expresamente si la decisión es basada en equidad; III - la resolución adoptada, en donde los árbitros resolverán el asunto materia de litigio y establecerán, en la medida que sea aplicable, un plazo para el cumplimiento de la decisión; IV - fecha y lugar del dictado de la misma”.

¹⁴ BRASIL. Ley 9.307/96 (Ley de Arbitraje). Artículo 11: “El acuerdo arbitral podrá contener: (...) III - plazo para la sentencia arbitral”. Artículo 12: “El acuerdo arbitral se

fueran violados los principios de contradicción, igualdad de las partes e imparcialidad y libre convicción del árbitro.¹⁵

Hay otros países de América Latina cuyas leyes tienen disposiciones un poco diferentes sobre la posibilidad de anulación. Por ejemplo, en Argentina, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación determina que podrá interponerse recurso de nulidad contra el laudo arbitral cuando esté fundado en “falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos”.¹⁶

En el Perú, las causales de anulación de los laudos son las del párrafo 1º del artículo 63 del Decreto Legislativo que regla el arbitraje:¹⁷ (i) la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral; (ii) situaciones que causan perjuicio al derecho de defensa, como la falta de notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales; (iii) la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al convenio de las partes; (iv) cuando se ha laudado sin las mayorías requeridas; (v) resolución sobre materias no susceptibles de arbitraje (tratándose de un arbitraje nacional); (vi) laudo contrario al orden público internacional (tratándose de arbitraje internacional); y (vii) decisión fuera del plazo. Estas causales de anulación son claramente resultado de una incorporación de aquellas de la Ley Modelo.¹⁸

extinguirá: (...) III - habiendo vencido el plazo al que se refiere el artículo 11, inciso III, desde que la parte interesada haya notificado al árbitro, o al presidente del tribunal arbitral, concediéndole un plazo de diez días para el dictado de la sentencia arbitral”.

¹⁵ BRASIL. Ley 9.307/96 (Ley de Arbitraje). Artículo 32.

¹⁶ ARGENTINA. Ley 17.454 (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Artículo 760: “Si los recursos hubieren sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna. La renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuere divisible. Este recurso se resolverá sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente”.

¹⁷ PERÚ. DL 1071 (Ley de Arbitraje). Artículo 63, párrafo 1, incisos a-g.

¹⁸ CNUDMI. Ley Modelo. Artículo 34(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

El Decreto Legislativo 1.071, de 2008, derogó la Ley n. 2.6572,¹⁹ que “sólo contemplaba el supuesto de nulidad del convenio arbitral, por lo que la nueva Ley de Arbitraje abre la puerta a la posibilidad de anular el laudo cuando el convenio arbitral también sea inexistente, anulable, ineficaz o inválido”.²⁰ En el Perú, el convenio arbitral es nulo cuando incurre en alguno de los supuestos del artículo 219 del Código Civil peruano, que regla las nulidades del acto jurídico.²¹

Asimismo, el recurso de anulación en el Perú también está sujeto a las disposiciones de los párrafos 2º a 8º de dicho artículo. Es importante recordar que el párrafo 8º permite que las partes renuncien al recurso de anulación cuando ninguna de ellas sea de nacionalidad peruana o esté domiciliada o residida en Perú o tenga su lugar de actividades principales en territorio peruano.²²

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.”

¹⁹ Antigua Ley General de Arbitraje del Perú, de 20.12.1996.

²⁰ FREYRE, Mario Castillo. MINAYA, Rita Sabroso. ZAPATA, Laura Castro. CATALÁN, Jhoel Chipana. “Las causales de anulación del laudo arbitral en la Ley de Arbitraje del Perú” in LUMEN, *Revista de La Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*. 2014. p. 9-20.

²¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Anulación de un laudo arbitral por la causal de nulidad del convenio arbitral” in *Revista Iberoamericana de Arbitraje e Medicación*. Disponible en: <<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/anullaudo.html>>. Acceso en: 13.09.2016.

²² PERÚ. DL 1071. Artículo 63: “(...) 2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas. 3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación. 4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo. 5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral. 6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la

Por otra parte, la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile²³ dispone sobre las causales que permiten recurrirse contra un laudo arbitral mediante una petición de nulidad en su artículo 34, numeral 2, *a* – causales que la parte que interpone la petición tiene que probar – y *b* – causales que el tribunal de la respectiva Corte de Apelaciones puede comprobar.

De manera general, se puede requerir la anulación del laudo arbitral en Chile: (i) cuando una de las partes del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad o si dicho acuerdo no es válido; (ii) cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no ha podido hacer valer sus derechos; (iii) si el laudo es *extra petita*;²⁴ o (iv) cuando la composición del tribunal o el procedimiento no se han ajustado al acuerdo entre las partes. Por otro lado, también podría haber anulación del laudo si el tribunal de la Corte comprobara, sin que haya petición de cualquier de las partes, que (v) el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje; o que (vi) el laudo sea contrario al orden público de Chile.

Además, en Chile, las peticiones de nulidad son colocadas en tabla de inmediato y gozan de preferencia para su vista y fallo.²⁵ Asimismo, el tribunal de la Corte de Apelaciones puede suspender las actuaciones de nulidad para dar al tribunal arbitral “la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad”.²⁶ Esto también es reflejo de la adopción de las disposiciones de la Ley Modelo.

En Colombia, según las disposiciones de su Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional,²⁷ las causales en que la autoridad judicial podrá

Corte Superior que conoce del recurso de anulación. 7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos. 8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.”

²³ CHILE. Ley 19.971 (Ley de Arbitraje Comercial Internacional).

²⁴ CHILE, Ley 19.971 (Ley de Arbitraje Comercial Internacional). Artículo 34, numeral 2, iii: “(...)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.”

²⁵ CHILE, Ley 19.971 (Ley de Arbitraje Comercial Internacional). Artículo 34, numeral 5.

²⁶ CHILE, Ley 19.971 (Ley de Arbitraje Comercial Internacional). Artículo 34, numeral 4.

²⁷ Ley 1563/12.

anular el laudo arbitral – a solicitud de parte o de oficio – también fueron inspiradas por la Ley Modelo.²⁸

El Código de Comercio mexicano después de su segunda reforma en materia de arbitraje incorporó la Ley Modelo en forma íntegra, con algunos ajustes necesarios a la realidad mexicana.²⁹ O sea, las causales de anulación en México son igualmente similares a las de Colombia y Chile.

El control de la juridicidad de la sentencia arbitral podrá ser efectuado, naturalmente, al menos por dos jurisdicciones – la del Estado de la sede del arbitraje (*primary jurisdiction* o jurisdicción primaria) y la del Estado donde se pretenda ejecutar la sentencia (*secondary jurisdiction* o jurisdicción secundaria).³⁰ En su análisis sobre el tema, Adriana Braghetta utiliza los términos “control primario” y “control secundario” (en portugués, *controle primário e controle secundário*)³¹ para explicar este mecanismo.

²⁸ Ley 1563/12 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional) Artículo 108. Causales da anulación: “La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio: 1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe: a) Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley colombiana; o b) Que no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; o c) Que el laudo versa sobre 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 d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley. 2. De oficio, cuando: a) Según la ley colombiana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o, b) El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia.

²⁹ MAGDANELO, Fernanda Garza. “El Arbitraje en México” in ITAM, Centro de Derecho Comercial, *Working Papers*. n. 6. jun/2009. p. 5. SIQUEIROS, José Luis. “La ley mexicana en materia de arbitraje comercial” in PAUTA, *Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*. n. 28, 1999, p. 28.

³⁰ ANGEL, Diana Correa. “El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral” in *Revista e-Mercatoria*. vol. 7. n. 2. 2008. Disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen7/pdf02/reconocimiento.pdf>>. Acceso en: 11.09.2016.

³¹ BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 220.

Así, es claro que las leyes – juntamente con las prácticas y costumbres – del lugar del arbitraje y del lugar de la sede – pueden ser distintas en aspectos importantes para la determinación de la jurisdicción del laudo arbitral. Por tanto, es importante que sea analizado el mérito del derecho de los dos lugares para que se pueda determinar cuál sería el más adecuado.

2.1.1. *El derecho del lugar de la sede*

Una sentencia arbitral puede ser anulada en el país en que ha sido dictada.³² Como visto en el ítem anterior, la jurisdicción del lugar de la sede tiene el control primario sobre la jurisdicción del laudo y sus leyes domésticas disponen sobre las causales propias en que se puede pedir la anulación del laudo en aquel país.

En la doctrina, existe la interpretación que garantizar la plena validez de la decisión de anulación en el lugar de la sede y abandonar el control secundario sería el ideal, una vez que el lugar de la sede – del punto de vista de algunos facultativos – es más adecuado al control y así se respetaría la voluntad de las partes, que libremente eligieron la sede.³³

Hay teóricos que defienden que no existe sistema de control de jurisdicción del laudo más eficaz que el control primario en el lugar de la sede. Para esos cultivados, este sistema de control en el lugar de la sede, aunque imperfecto, debe ser respetado, excepto en tres casos: (i) cuando se está en el ámbito del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, (ii) cuando las condiciones de reconocimiento sean más benéficas que las de la Convención de Nueva York – situaciones que veremos adelante – o (iii) cuando la decisión de anulación sea contra el orden público del país receptor.³⁴

2.1.2. *El derecho del lugar de ejecución*

Cabe aclarar que parte de los estudiosos del arbitraje – principalmente aquellos adeptos de la teoría de la “deslocalización”, que veremos el ítem 2.2.3 adelante – entiende que el derecho del lugar de ejecución es lo que se debe aplicar para determinarse la jurisdicción del laudo arbitral. En ese sentido, indica el teórico Emmanuel Gaillard:³⁵

“Entre el Estado que recibe un arbitraje en sus hoteles o sus centros de convenciones y el Estado que permite el embargo

³² HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue, and Class Actions*. International Arbitration Law Library series. The Hague: Kluwer Law International. 2005. p. 227.

³³ POUDRET, Jean-François. “Quelle solution pour em finir avec l’affaire Hilmarton? Réponse à Philippe Fouchard” in *Revue de L’Arbitrage*. n. 1. 1998. p. 7-24.

³⁴ BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 361.

³⁵ GAILLARD, Emmanuel. *Teoría Jurídica del arbitraje internacional*. Asunción: La Ley. 2010. p. 39.

y remate de activos situados en su territorio, está claro que éste último posee mayor vocación para determinar lo que constituye, para él, un laudo arbitral digno de protección y, respectivamente, un convenio arbitral válido y un proceso arbitral regular.”

Esa idea es contraria a aquella presentada en el ítem anterior, que indica que el derecho del lugar de la sede es el más adecuado por haber sido elegido por las partes. Por otro lado, la aplicación del derecho del lugar de ejecución al razonamiento de la jurisdicción del laudo parece prudente, dado que es en el Estado de ejecución que el laudo surtirá sus efectos.

Sin embargo, en los EE.UU., se considera expresamente que el poder judicial no tiene autoridad para anular un laudo foráneo, excepto si las partes acordaran sujetar el arbitraje al FAA u otra ley estadual, de acuerdo con el *Restatement (Third) of the U.S. Law of International Commercial Arbitration*.³⁶ No obstante, como explica George Bermann,³⁷ uno de los aspectos más polémicos de un *Restatement* es la extensión de la influencia que deben tener los *Restaters* respecto a un objetivo general de armonización de la ley de los EE.UU. con la ley de otros países – aunque el título del *Restatement* contenga el término “*international*”, su propósito es exponer el derecho de los EE.UU. en el tema, que no es necesariamente compatible con el derecho arbitral internacional de otros países.

2.2. *Encuadramiento normativo del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros*

De manera general, la Convención de Nueva York regla el reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras en los 156 países firmantes. Sin embargo, la Convención tiene configuración bastante peculiar.

La Convención de Nueva York no se destina a sustituir o alterar el régimen de la legislación interna o de otro acuerdo internacional firmado por los países de Latinoamérica, sino que su objetivo es el de interactuar con éstos. Así, la cronología y la especialidad son menos relevantes como criterios para la definición del régimen aplicable en cada caso.

³⁶ ALI, The American Law Institute. *Restatement of the Law Third – The U.S. Law of International Commercial Arbitration*. Council Draft n. 3 (December 23, 2011), approved at the 2013 Annual Meeting. §4-2. No Authority to Vacate Foreign Awards: “A court may not vacate a foreign award, unless the parties expressly agreed that the arbitration proceeding was to be governed by federal arbitration law or state arbitration law.”

³⁷ BERMANN, George A. “The Restatement of the U.S. Law of International Commercial Arbitration: An Interim Report” in *Revista Brasileira de Arbitragem*. vol. 10. n. 38. CBar & IOB. 2013. p. 145-147.

2.2.1. *La interacción de la Convención de Nueva York con el derecho interno*

El reglamento interno de los países de Latinoamérica respecto al reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras es mayoritariamente establecido por sus leyes domésticas de arbitraje. Asimismo, además de la Convención de Nueva York, algunos tratados internacionales que también reglan el asunto fueron firmados en el ámbito de Latinoamérica, tales como³⁸ (i) la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Convención de Panamá”),³⁹ (ii) el Protocolo de Las Leñas,⁴⁰ (iii) la Convención de Montevideo⁴¹ (el primero tratado internacional que trató del arbitraje en los tiempos modernos),⁴² (iv) el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur⁴³ y (v) el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre Los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile (“Acuerdo de Buenos Aires”).⁴⁴

Justamente, la relación de la Convención de Nueva York con el derecho interno – en la forma de acuerdos internacionales o legislación doméstica – no es de exclusión – por especialidad o cronología – sino de convivencia y validez concurrente.⁴⁵

Existen dos criterios para determinar las normas aplicables a cada caso: el principio de la máxima efectividad y la prohibición del *cherry-picking* (la

³⁸ Teniendo en cuenta el amplio número de acuerdos regionales – bilaterales y multilaterales – en el ámbito de Latinoamérica, con efectos regionales, se esclarece que la lista es ejemplificativa – no exhaustiva.

³⁹ Firmada en la Ciudad de Panamá el día 30.01.1975.

⁴⁰ Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de en el ámbito del Mercosur, aprobado por decisión del Consejo del Mercado Común (CMC) del Mercosur el día 27.06.1992, en el Valle de Las Leñas.

⁴¹ Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, firmada en Montevideo el día 08.05.1979.

⁴² BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan. HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2009. p. 70.

⁴³ Aprobado por decisión del Consejo del Mercado Común (CMC) del Mercosur el día 23.07.1998, en Buenos Aires.

⁴⁴ Aprobado por decisión del Consejo del Mercado Común (CMC) del Mercosur el día 05.07.2002, en Buenos Aires.

⁴⁵ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. “A interação entre a Convenção de Nova Iorque (CNY) e o direito interno brasileiro: roteiro para a compreensão do tema no âmbito da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras” in *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba. n. 69. nov/2012. Disponible en <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acceso en 11.09.2016.

elección de los aspectos más favorables de cada régimen). O sea, se exige que la determinación del derecho aplicable a cada caso sea guiada por la mayor efectividad posible – lo que es derivado del principio del derecho (de quien pide el reconocimiento) más favorable.

Se deben aplicar las normas que tienen mayor grado de favorecimiento al reconocimiento del laudo arbitral foráneo.⁴⁶ O sea, las reglas que establecen exigencias menos amplias – al interesado en el reconocimiento – para el reconocimiento de la validez del laudo de condena extranjera o para el procedimiento de homologación.

2.2.2. *El principio de la máxima efectividad*

Si – además de la Convención de Nueva York – más tratados también pueden ser aplicados, “las cortes deben aplicar el tratado bajo el cual el laudo sea ejecutable”.⁴⁷ Esto se encuentra reflejado en el artículo VII(1) de la Convención de la Convención de Nueva York:

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

Un ejemplo de adopción del régimen interno más favorable es resultado de la comparación entre el artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York y del artículo 38, V, de la Ley Brasileña de Arbitraje. Se percibe que los requisitos de la Convención son más amplios y se aplican al procedimiento arbitral y no solamente la a institución del arbitraje:

Convención de Nueva York:

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

⁴⁶ TAQUELA, Maria Blanca Noodt. “El Principio de la Aplicación de las Normas Más Favorables a la Cooperación Judicial Internacional” in XI *Anuário de Direito Internacional*. CEDIN, 2016. Disponible en: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/El-Principio-de-la-Aplicaci%C3%B3n-de-las-Normas-M%C3%A1s-Favorables-a-la-Cooperaci%C3%B3n-Judicial-Internacional.pdf>>. Acceso en: 11.09.2016.

⁴⁷ International Council for Commercial Arbitration. *Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958: un manual para jueces*. ICCA, 2013. p. 15.

Ley Brasileña de Arbitraje:

“V - la institución del arbitraje no está de acuerdo con el compromiso arbitral o cláusula arbitral”

Un posible ejemplo de utilización indebida de *cherry-picking* es la combinación del procedimiento simplificado del artículo 19 del Acuerdo de Buenos Aires (idéntico al del Protocolo de Las Leñas)⁴⁸ y de las condiciones de homologación previstas en los artículos V(1) y V(2) de la Convención de Nueva York ignorándose las condiciones del artículo 20 del Acuerdo.⁴⁹

Esto es importante por cuanto en el sistema del Acuerdo de Buenos Aires se exige la ejecutabilidad de la sentencia arbitral en su país de origen, sin que haya mención a la aplicación de un derecho interno eventualmente más favorable. Esto eliminaría cualquier posibilidad de reconocimiento de una sentencia extranjera que no sea ejecutable en la sede del arbitraje (por ejemplo, una sentencia allí anulada) si la sentencia estuviera sujeta al reglamento del Acuerdo de Buenos Aires.

La jurisprudencia internacional nos es todavía uniforme respecto a la prohibición del *cherry-picking*. Hay decisiones que permiten su utilización y otras que rigurosamente aplican la veda. O sea, en la jurisprudencia internacional hay ejemplos de homologación concedida basada en la

⁴⁸ Acuerdo de Buenos Aires, 2002, Artículo 19: “El reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales solicitado por las autoridades jurisdiccionales podrá tramitarse por vía de exhortos y transmitirse por intermedio de la Autoridad Central o por conducto diplomático o consular, conforme al derecho interno.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, la parte interesada podrá tramitar directamente el reconocimiento o ejecución de la sentencia. En tal caso, la sentencia deberá estar debidamente legalizada de acuerdo con la legislación del Estado en que se pretenda su eficacia, salvo que entre el Estado de origen del fallo y el Estado donde es invocado, se hubiere suprimido el requisito de la legalización o sustituido por otra formalidad.”

⁴⁹ Acuerdo de Buenos Aires, 2002, Artículo 20: Las sentencias y los laudos arbitrales a que se refiere el artículo precedente, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las siguientes condiciones: a) que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden; b) que éstos y los documentos anexos que fueren necesarios, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución; c) que éstos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional; d) que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa; e) que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoria en el Estado en el que fue dictada; f) que no contraríen manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento y/o la ejecución. Los requisitos de los literales a), c), d), e) y f) deben surgir del testimonio de la sentencia o del laudo arbitral.

combinación de requisitos de más de un conjunto normativo. Sin embargo dicha posición es criticada:

“[T]he ‘more favourable law’ clause may not be interpreted as a provision for ‘cherry-picking’ a single more favourable rule on a particular issue of the enforcement procedure, but rather promotes a comprehensive application of a more favourable set of provisions on the entire proceeding.”⁵⁰

Como principio general, se debe respetar la opción de quien pide el reconocimiento de la sentencia o laudo arbitral extranjero por el derecho que esto consideraría más favorable. No debe el juicio aplicar otro régimen *ex officio (sua sponte)*. Nada impide que la homologación de la sentencia o laudo sea denegada bajo un régimen y después sea en el futuro concedida bajo otro régimen más favorable al reconocimiento de la sentencia o laudo.

El principio de la máxima efectividad – por cuanto derivado del *most-favorable-right provision* o *most-favorable-law clause* – puede generar inseguridad jurídica a las partes porque se retira la previsibilidad sobre el tratamiento de las sentencias foráneas en un determinado Estado. Esto debido al hecho que un laudo que no podría ser reconocido bajo los requisitos de la Convención de Nueva York puede ser homologado bajo la legislación doméstica u otros acuerdos internacionales igualmente aplicables.

En Brasil, el único fallo que ha resuelto esta cuestión no enfrentó la discusión sobre el reconocimiento de laudos arbitrales anulados bajo la *more-favourable-law clause*, pero el sistema normativo nacional no parece dar amparo al reconocimiento bajo este argumento. En una decisión de diciembre de 2015, el Superior Tribunal de Justicia (“STJ”) denegó el reconocimiento de un laudo anulado en Argentina.⁵¹ La peculiaridad del caso es la aplicación concurrente del Protocolo de Las Leñas, de la Convención de Panamá y de la Convención de Nueva York. El STJ fundamentó su decisión en todos los tres tratados y concluyó que había que denegarse reconocimiento a un laudo previamente anulado en Argentina.⁵² El texto del fallo parece indicar que la

⁵⁰ ALFONS, Claudia. *Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards: an analysis of the legal framework and its interpretation in case law and literature*. Frankfurt: Peter Lang. 2010. p. 51.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC 5.782-AR. 02.12.2015. (*EDF Internacional S.A. vs. Endessa Latinoamérica S.A.*).

⁵² “(...) 3. A legislação aplicável à matéria — Convenção de Nova York, Artigo V(1)(e) do Decreto n. 4.311/2002; Convenção do Panamá, Artigo 5(1)(e) do Decreto n. 1.902/1996; Lei de Arbitragem Brasileira, Artigo 38, inciso VI, da Lei n. 9.307/1996; e Protocolo de Las Leñas, Artigo 20(e) do Decreto n. 2.067/1996, todos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro — não deixa dúvidas quanto à imprescindibilidade da sentença estrangeira, arbitral ou não, ter transitado em julgado para ser homologada nesta Corte Superior, comungando a doutrina pátria do mesmo entendimento. (...) 5. O procedimento homologatório não acrescenta eficácia à sentença estrangeira, mas somente libera a eficácia nela contida, internalizando seus

corte comprendió que la causal de denegación basada en la previa anulación del laudo es obligatoria, no facultativa. Sin embargo, el STJ no discutió el tema sólo bajo el derecho nacional de Brasil, sino también según las exigencias más estrictas del Protocolo de Las Leñas. Por tanto, no hay jurisprudencia sobre el punto exacto si la ley interna sería o no más favorable al reconocimiento de laudos anulados que la Convención de Nueva York. Tampoco hay precedente sobre la visión del poder judicial de Brasil sobre las demás premisas discutidas internacionalmente en el tema. Como ya se mencionó, la ley interna de Brasil tiene la previa anulación como causal de denegación de reconocimiento. Por ello, no parece que la *more-favourable-law clause* pueda llevar al reconocimiento en Brasil de laudos anulados en el extranjero. Este reconocimiento deberá basarse en otras posibles premisas no examinadas expresamente en el fallo del STJ.

Por otro lado, un ejemplo de jurisdicción que aplica ampliamente el derecho más favorable (*most-favorable-right provision*) es Francia respecto al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros anulados en la sede del arbitraje.⁵³

En Francia, el principal argumento es que el Código Procesal Civil francés no prohíbe el reconocimiento de sentencias arbitrales anuladas. Se aplica el derecho local porque es más favorable al reconocimiento – o sea, el argumento está basado en la máxima efectividad. La jurisdicción francesa reconoce la “deslocalización” de la sentencia arbitral internacional, reduciéndose la importancia de la sede del arbitraje.⁵⁴

efeitos em nosso País, não servindo, pois, a homologação de sentença para retirar vícios ou dar interpretação diversa à decisão de Estado estrangeiro. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. 6. Na hipótese sob exame, sendo nulo na Argentina o presente laudo arbitral — por causa de decisão judicial prolatada naquele País, com trânsito em julgado devidamente comprovado nos autos —, nula é a sentença arbitral no Brasil que, por isso, não pode ser homologada. 7. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira indeferido.”

⁵³ FRANCIA, Cour de Cassation. Primera Camara de Derecho Civil, 23.03.1994 (*Hilmarton Ltd. vs. Omnium de traitement et de valorisation – OTV*). *Yearbook Commercial Arbitration* (YCA) XX, 1995. p. 663-665. Para un análisis amplio de diversos casos y de la doctrina francesa sobre el asunto, véase: BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 125-214.

⁵⁴ FRANCIA, Cour de Cassation. Primera Camara de Derecho Civil, 29.06.2007 (*PT Putrabali Adyamulia vs. Rena Holding et al.*). *Yearbook Commercial Arbitration* (YCA) XXXII, 2007. p. 299-302. Para un análisis sobre el tema, véase: MORENO, Guillermo Palao. “El lugar de arbitraje y la ‘deslocalización’ del arbitraje comercial internacional” in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, n. 130. ene-abr/2011. p. 171-205.

2.2.3. *El arbitraje internacional como un ordenamiento jurídico autónomo: la deslocalización*

Cuando se analiza la naturaleza del arbitraje internacional tres conclusiones son posibles – o tres representaciones del arbitraje internacional:⁵⁵ (i) el arbitraje puede ser un componente de un ordenamiento legal específico – el del lugar del arbitraje (concepción monolocalizadora); (ii) el arbitraje es “multi-localizado”, porque cada Estado tiene libertad para determinar las consecuencias de una sentencia arbitral en su territorio (concepción multilocalizadora o westfaliana); o (iii) el arbitraje es un ordenamiento jurídico autónomo, porque tiene sus propias fuentes y es destinado a su propia comunidad (concepción del ordenamiento jurídico arbitral).⁵⁶

La práctica del arbitraje internacional y los sistemas legales domésticos de los Estados indican que el arbitraje internacional constituye un ordenamiento jurídico transnacional autónomo cuyos principales sujetos son aquellos de la comunidad internacional de negocios. La conclusión de estos hechos es que el arbitraje es el “*ordre juridique propre aux transactions internationales*”.⁵⁷

El concepto de ordenamiento jurídico autónomo resulta en normas sustantivas y procesales propias de dicho ordenamiento.⁵⁸ Esta conclusión naturalmente permite el reconocimiento de laudos extranjeros anulados cuyas decisiones de anulación fueran basadas en una de las dos primeras representaciones del arbitraje internacional.

2.2.4. *(In)ejecutabilidad del laudo arbitral anulado en el país de la sede del arbitraje bajo el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York*

En otros sistemas nacionales, la discusión respecto al reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras anuladas tiene otros presupuestos. Normalmente, el punto de partida es el régimen del artículo V(1)(e) de la

⁵⁵ GAILLARD, Emmanuel. “Las representaciones del arbitraje internacional” in GAILLARD, Emmanuel. ARROYO, Diego P. Fernández. *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2013. p. 11-32.

⁵⁶ Además de las tres representaciones presentadas por Emmanuel Gaillard, adepto de la concepción del ordenamiento jurídico arbitral, Jan Paulsson indica y adopta una cuarta teoría – o representación – del arbitraje internacional: “The fourth is that arbitration may be effective under arrangements that do not depend on national law or judges at all” in PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford University Press. 2013. p. 30.

⁵⁷ GAILLARD, Emmanuel. “L’ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité” in *McGill Law Journal*. n. 55. 2010. p. 891-907.

⁵⁸ DRAETTA, Ugo. “The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulation and Bureaucratization” in *ASA Bulletin*. vol. 33. Issue 2. Kluwer Law International, 2015. pp. 327-342.

Convención de Nueva York, cuyo texto transmite una idea de opcionalidad en la denegación del reconocimiento:

“Sólo se **podrá** denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución (...) [q]ue 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”

El texto de la Convención en inglés – una de las lenguas oficiales – utiliza la palabra *may*, que suena como una posibilidad de la jurisdicción del Estado donde se pide la ejecución – como una opción de denegar. Sin embargo, el texto en francés – el otro idioma oficial de la Convención – es imperativo y parece determinar que no haya el reconocimiento de la sentencia suspendida o anulada en el país sede.

Mientras algunos cultivados afirman lo contrario,⁵⁹ otros indican que debe haber una interpretación común de todas las versiones y que esta lleva a la conclusión que el Estado donde se pide la ejecución del laudo anulado en la sede del arbitraje tiene la obligación de denegarla.⁶⁰

Esta conclusión es debida al contexto en que fue debatida la Convención de Nueva York:

“The Word ‘may stems from the original Dutch Proposal. At the 1958 New York Conference, ‘may’ was not discussed at all. It certainly would have provoked an interesting debate if one of the delegates had observed that ‘may’ grants discretionary power to the enforcement judge. In my understanding ‘may’ points to the requirement that the party against whom enforcement is sought must first have proven that one of the following grounds exists, but, once one or more of these grounds are proven, refusal of enforcement will follow. I am therefore not surprised that the equally valid French version of the NYC states: will be refused. (...) In conclusion, enforcement of an annulled award cannot be based upon the use of ‘may’ in the heading of Article V. The

⁵⁹ PAULSSON, Jan. “May or Must Under the New York Convention: an exercise in Syntax and Linguistics” in *Arbitration International*. vol. 14. n. 2. 1998. p. 227-230. LASTENOUSE, Pierre. “Why Setting Aside an Arbitral Award is Not Enough to Remove it from the International Scene” in *Journal of International Arbitration*. vol. 16. n. 2. 1999. p. 28-30. PETROCHILLOS, Georgios. “Enforcing Awards Annulled in their State of Origin under the New York Convention. *The International and Comparative Law Quarterly*. vol. 48. n. 4. 1999. p. 858-859.

⁶⁰ BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 183

*NYC does not open door for refusal of enforcement where one of the grounds of article V(1) has been proven. (...)*⁶¹

Por su parte, el *Restatement (Third)* en los EE.UU., aunque también utilice el término “*may*”, indica expresamente un supuesto en que las cortes americanas también pueden (“*may*”) confirmar, reconocer o ejecutar un laudo anulado por una autoridad competente: “*if the judgment setting it aside is not entitled to recognition under the principles governing the recognition of judgments in the court where such relief is sought, or in other extraordinary circumstances*”.⁶²

Por otra parte, también existe el argumento de discreción de la jurisdicción donde se pide el reconocimiento del laudo:

*“The decision may either be predicated on the view that Art. V(1) of the Convention is discretionary or, pursuant to Art. VII be based on a more favourable law.”*⁶³

Eso fue discutido incluso en el caso *Pemex (“COMMISA” vs. “PEP”)*,⁶⁴ en el cual las cortes americanas confirmaran un laudo arbitral que había sido anulado en México – lugar de la sede del arbitraje. En este caso, se trató de la discreción derivada del “*may*” en el Artículo 5(e) de la Convención del Panamá, que tiene la misma redacción del artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York.

El laudo arbitral objeto del caso fue dictado en favor de la demandante, la empresa mexicana COMMISA, que en seguida – en enero de 2010 – obtuvo una decisión de la *United States District Court of the Southern District of New York* confirmando el laudo. PEP se opuso a la decisión de la *District Court* y apeló ante la corte del *Second Circuit Court of Appeals*, así como formuló la petición de nulidad a las cortes mexicanas. Éstas anularon el laudo arbitral en agosto de 2011 y entonces, el *Second Circuit Court of Appeals* – a solicitud de PEP – reenvió el caso a la *District Court* para que “analizara en una primera instancia acaso la ejecución del laudo debía ser rechazada por cuanto ‘había

⁶¹ SANDERS, Pieter. *Quo Vadis Arbitration? Sixty years of Arbitration Practice*. The Hague: Kluwer Law International. 1999. p. 77-78.

⁶² ALI, The American Law Institute. *Restatement of the Law Third – The U.S. Law of International Commercial Arbitration*. Council Draft n. 3 (December 23, 2011), approved at the 2013 Annual Meeting.

⁶³ PAULSSON, Jan. “Enforcing Arbitral Awards notwithstanding a Local Standard Annulment” in *ICC Bulletin*. vol. 9. n. 1. 1998. p. 14-31.

⁶⁴ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Court of Appeals for the Second Circuit. 02.08.2016 (*Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. vs. Pemex-Exploración Y Producción*) Docket No. 13-4022.

sido dejada sin efecto o suspendida por una autoridad competente del país en el cual o bajo la ley del cual se había otorgado el laudo”.⁶⁵

A su vez, el juez de la *District Court*, dada la aplicación de la Convención de Panamá, cuestionó:

*“Thus, under Article 5 of the Panama Convention, I may set aside the Award if PEP can show a competent authority in Mexico annulled the award. Clearly, the Eleventh Collegiate Court is a ‘competent authority.’ The question I have to decide is the meaning of ‘may set aside.’ In other words, what is my discretion acting as a U.S. District Judge to confirm an award that a foreign country.”*⁶⁶

Más adelante en su decisión, el juez mencionó que cuando hay anulación de un laudo arbitral, las cortes del país donde se pide en reconocimiento tienen que enfrentar un dilema: reconocer el laudo arbitral o deferir la anulación decretada por las cortes de otro país. Citando el caso *TermoRio*,⁶⁷ el juez de la *District Court* indicó que hay discreción para reconocer los laudos anulados cuando la anulación viola nociones básicas de justicia.⁶⁸ Con ese fundamento agregado al hecho de que las cortes mexicanas hubieran fundamentado la anulación en una ley que aplicó retroactivamente sobre una cuestión de arbitrabilidad, la *District Court* rechazó deferir la anulación decretada en México en agosto de 2013.

Naturalmente, COMMISA apeló la decisión que rechazó la anulación ante el *Second Circuit Court of Appeals*. Esta corte, a su vez, decidió que no hubo abuso de discreción o exceso de autoridad por parte de la *District Court* y por ello, afirmó la decisión de la última.⁶⁹

Conviene recordar los conceptos de jurisdicción primaria y secundaria presentados en el ítem 2.1 anterior. Los dos locales mencionados en el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York – el país en que, o conforme a cuya

⁶⁵ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Mandate of the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit p. 2, (*Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. vs. Pemex-Exploración y Producción*) U.S.C.A, 08.03.2012. Case No. 10-4656-cv.

⁶⁶ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. District Court of the Southern District of New York. 27.08.2013. (*Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. vs. Pemex-Exploración Y Producción*)

⁶⁷ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. D.C. Circuit. 25.05.2007. (*TermoRio S.A. E.S.P. vs. Electranta S.P.*) 487 F.3d 928, 939.

⁶⁸ “If the judgement ‘is repugnant’ to fundamental notions of what is decent and just in the United States’ or, stated another way, if the judgment ‘violated any basic notions of justice in which we subscribe,’ then it need not be followed”, citando *TermoRio*.

⁶⁹ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Court of Appeals for the Second Circuit. 02.08.2016 (*Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. vs. Pemex-Exploración Y Producción*) Docket No. 13-4022.

ley, ha sido dictada esa sentencia – tienen jurisdicción primaria. Esto significa que tienen la prerrogativa de anular la sentencia con los efectos de la causal de denegación de reconocimiento (causal obligatoria o facultativa, conforme la posición adoptada por el país donde se busca el reconocimiento). Los demás Estados tienen jurisdicción secundaria – pueden denegar el reconocimiento, pero esto no es un impeditivo a que la sentencia sea homologada en otro Estado, justo porque su jurisdicción no alcanza la desconstrucción de la sentencia misma.

Para evitarse el régimen del artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, podría invocarse algún derecho interno más favorable al reconocimiento en el lugar de la ejecución si el lugar fuera distinto del lugar de la sede del arbitraje. Sin embargo, tal situación raramente ocurre en la práctica.⁷⁰

2.2.5. *Aplicación correcta de los convenios internacionales – ¿un análisis de la juridicidad de la anulación?*

Dos casos que simbolizan la discusión sobre el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros anulados son el de *Yukos*⁷¹ y el de *Maximov*,⁷² los dos de Holanda pero respecto a laudos arbitrales rusos.

El entonces llamado caso *Yukos* – específicamente la decisión de 28.04.2009 de la Corte de Apelación de Ámsterdam, que permitió el reconocimiento de un laudo arbitral relativo a diversos préstamos para la adquisición de acciones – fue analizado por Albert Jan van den Berg en un estudio específico.⁷³ El teórico afirma que la decisión no empleó la legislación aplicable – fundamentalmente, la Convención de Nueva York – de manera adecuada.

En su decisión, la Corte de Apelación de Ámsterdam tuvo como premisa el hecho de que el poder judicial ruso hubiera anulado los laudos arbitrales de

⁷⁰ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. “A interação entre a Convenção de Nova Iorque (CNY) e o direito interno brasileiro: roteiro para a compreensão do tema no âmbito da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras” in *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba. n. 69. nov/2012. Disponible en <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acceso en 11.09.2016.

⁷¹ Han sido dictadas otras decisiones involucrando *Yukos*. La decisión analizada por Albert Jan van den Berg y discutida en este estudio es: HOLANDA. Gerechshof Amesterdam. 28.04.2009. (*Yukos Capital SARL vs. OAO Rosneft*) *Yeakbook Commercial Arbitration* (YCA) XXXIV, 2009. p. 703-714, no el ampliamente discutido caso *Yukos* de 2015.

⁷² HOLANDA. Gerechshof Amesterdam. 18.09.2012. (*Nikolai Viktorovich Maximov vs. OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat*) *Yeakbook Commercial Arbitration* (YCA) XXXVIII, 2013. p. 427-430.

⁷³ BERG, Albert Jan van den. “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia” in *Journal of International Arbitration*. vol. 27. n. 2. Kluwer Law International. 2010. p. 179-198.

manera tendenciosa. El criterio de la decisión fue un análisis de la propia sentencia de anulación, examinando si esta decisión estaría sujeta a la homologación en el poder judicial holandés.⁷⁴ Después de rechazar la posibilidad – en teoría – de reconocimiento de la decisión de anulación en Holanda, la Corte de Apelación concluyó que había una discapacidad de la decisión del poder judicial ruso para anular los laudos arbitrales. Por consecuencia, se decidió que de anulación violaba el orden público holandés y que los laudos arbitrales deberían ser reconocidos en Holanda.

En sus comentarios, van den Berg critica tanto la premisa adoptada por el poder judicial holandés (indica que no había prueba de la alegada actuación tendenciosa del poder judicial ruso – solamente noticias de prensa que la Corte de Ámsterdam tomó como verdaderas y definitivas) como cuanto al método y la conclusión de la decisión. El cultivado afirma que la corte tendría puesto la Convención de Nueva York al revés cuando adoptó el criterio de examinar la posibilidad de reconocimiento de la sentencia anulatoria para concluir sobre la homologación – o no – del laudo arbitral.

El caso *Maximov* es otro ejemplo y tuvo su primera decisión el 17.11.2011, en la cual la Corte Distrital de Ámsterdam, aunque aceptando el fundamento de que el orden público holandés puede ser invocado para que se rechace la anulación y, por consiguiente, se reconozca el laudo anulado,⁷⁵

⁷⁴ “Whatever room the Convention otherwise leaves for granting leave for recognition of an arbitral award that has been annulled by a competent authority in the country where it was rendered, a Dutch court is not compelled to deny leave for recognition of an annulled arbitral award if the foreign decision annulling the arbitral award cannot be recognized in the Netherlands. This applies in particular if the manner in which that decision came to exist does not comply with the principles of due process and for that reason recognition of that decision is at odds with Dutch public policy. If the decisions of the Russian civil court annulling the arbitral awards cannot be recognized in the Netherlands, then when deciding on the request for a leave to enforce the arbitral awards no account is to be taken of the decisions annulling those arbitral awards.”

⁷⁵ “[T]he parties thereby also (voluntarily) subjected themselves to the ordinary Russian courts in respect of the possible annulment of the arbitral award, and that the ordinary Russian courts are the ‘competent authority’. This is not disputed by the parties. Seen in this light, the dispute falls in principle entirely within the Russian legal context.... In principle’, however, the court is of the opinion that the fact that the arbitral award was annulled in the country of origin should not lead to a rejection of the application for leave for enforcement under all circumstances. (...) [A]lso under the system of the Convention the exequatur court can ultimately determine for itself on the basis of its own national public policy – although with the utmost caution – whether the ruling by which the arbitral award was annulled can be given effect. There is room elsewhere in the Convention for the exequatur court in the country where the enforcement is sought to carry out a review on the basis of its own national public policy (see for example Art. V(2)(b) Convention).” HOLANDA. District Court of Amsterdam. 17.11.2011. (*Nikolai Viktorovich Maximov v. OJSC Novolopetsky Metallurgickesky Kombinat*) Yearbook Commercial Arbitration (YCA) XXXVII, 2012. p. 274-276.

concluyó que la anulación en Rusia no violaba el orden público. El demandante apelo la decisión y, el 18.09.2012, la Corte de Apelación de Ámsterdam determinó que hubiera un análisis por un experto para que fuera posible examinarse la adecuación de la anulación del laudo arbitral por el poder judicial ruso, basada en la convicción del poder judicial holandés que la anulación podría haber derivado del interés del Estado ruso en beneficiar al demandado – una compañía integrante de la Administración Pública en Rusia.

Van den Berg analiza algunas posibles maneras de aplicarse la Convención de Nueva York para que sea posibilitado – en determinados casos – el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros anulados.

Una de las maneras tiene la premisa de que el texto de la Convención ofrece discreción al juicio de reconocimiento para que esto decida si reconoce o no el laudo arbitral cuando ocurra alguna de las causales de no-reconocimiento previstas en los artículos V(1) y V(2) de la Convención de Nueva York – el dilema, como indicado por el juez de la *District Court of the Southern District of New York* en el caso *Pemex*.⁷⁶ Por esto, surge la necesidad de controlarse dicha discreción.

Albert Jan van den Berg cita a artículo de Jan Paulsson⁷⁷ y su propia respuesta a dicho artículo.⁷⁸ Paulsson divide las anulaciones en “anulaciones por criterios internacionales” y “anulaciones por criterios locales”. Los criterios internacionales corresponderían sustancialmente a los criterios (a) a (d) del artículo V(1) de la Convención de Nueva York y otros dispositivos similares. Bajo la perspectiva de Van den Berg, la propuesta de Paulsson corresponde solamente al derecho aplicable en el ámbito de Europa, donde se aplica el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional,⁷⁹ cuyo artículo IX(2) prevé:

“En las relaciones entre aquellos Estados contratantes que sean al mismo tiempo Partes en el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, el párrafo 1º del presente artículo viene a restringir la aplicación del artículo V, párrafo 1º e) del Convenio de Nueva York únicamente a los casos de anulación expuestos en dicho párrafo 1º.”

Dichos casos son muy similares a los de la Convención de Nueva York. Sin embargo, el Convenio solo es aplicable en el ámbito europeo, y no –

⁷⁶ Ítem 2.2.4 anterior.

⁷⁷ PAULSSON, Jan. “Enforcing Arbitral Awards notwithstanding a Local Standard Annulment” in *ICC Bulletin*. vol. 9 n. 1. 1998. p. 14-31.

⁷⁸ BERG, Albert Jan van den. “Enforcement of Annulled Awards?” in *ICC Bulletin*. vol. 9. n. 2. 1998. p. 15-21.

⁷⁹ Firmado en Ginebra el día 21.04.1961.

naturalmente – en el ámbito de Latinoamérica. Por tanto, van den Berg llega a la siguiente conclusión:

“Thus, the current state of affairs, in my opinion, is that the enforcement of an arbitral award that has been set aside in the country of origin is possible only if a treaty offers a legal basis for it. This is provided by Article IX(2) of the 1961 European Convention for clearly defined grounds. Without such a solution provided in a treaty, it is, in my view, legally not possible, on the basis of the New York Convention, to recognize and enforce an award abroad that has been set aside in the country of origin.”⁸⁰

A su vez, Marike Paulsson indica que el reconocimiento y la ejecución de un laudo anulado por una corte no constituyen una violación a la Convención de Nueva York – que representa un compromiso mínimo de reconocer y ejecutar laudos extranjeros,⁸¹ no un compromiso de anularlos. Él adopta la teoría de que la Convención instituye un sistema de pesos y contra pesos y defiende que la opinión de la jurisdicción de ejecución sobre el mérito de la decisión – dictada por un tribunal arbitral competente, debidamente constituido, que dio a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos – no afecta la obligación de dar cumplimiento al laudo arbitral extranjero bajo la Convención.⁸²

La necesidad de control de la discreción indicada por van den Berg fue presentada por el propio Secretario General de la CNUDMI durante los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York en nota con “observaciones al proyecto de convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras” que refleje el mecanismo de pesos y contrapesos indicado por Marike Paulsson:

⁸⁰ BERG, Albert Jan van den. “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia” in *Journal of International Arbitration*. vol. 27. n. 2. Kluwer Law International. 2010. p. 179-198.

⁸¹ PAULSSON, Marike R.P. *The 1958 New York Convention in Action*. Kluwer Law International. 2016. p. 157.

⁸² “Article V(1) must be invoked by a party resisting enforcement. Article V(1)’s rationale is broadly the protection of the defendant’s right to due process. Article V(2) protects Contracting States’ notions of sovereignty by enabling courts on their own motion (and therefore even in default cases) to deny enforcement if public policy would otherwise be violated. Article V thus contributes to the effectiveness of international arbitration by enhancing trust in the system on the part of arbitrating parties as well as Contracting States. Article V may not be used as a de facto appeal mechanism; the enforcement court’s opinion of the merits of a decision rendered by a properly constituted tribunal which has given the parties a proper hearing does not affect the duty under the Convention to compel compliance with the award.”

“**[P]or una parte**, los tribunales deben conservar la libertad de denegar la ejecución de una sentencia arbitral extranjera si así es necesario para proteger los derechos fundamentales de la parte para quien la sentencia haya sido adversa o si la sentencia habría de imponer obligaciones claramente incompatibles con el orden público del país de ejecución. **En cambio**, si las autoridades a quienes incumba la ejecución procedieran en cada caso a una revisión completa de tales sentencias y, en especial, si esa revisión se refiriese también al fondo de las sentencias, el propósito de la Convención quedaría desvirtuado: en muchos casos no cabría esperar que las autoridades a quienes incumbiera la ejecución realizaran una revisión judicial completa de la sentencia dentro del plazo razonable necesario para que la Convención constituyese un recurso práctico en la vida comercial internacional. Además, en los casos en que los procedimientos arbitrales implicaren varias jurisdicciones o cuando las controversias sometidas a arbitraje tuvieran efectos jurídicos en varios países sería imposible evitar incompatibilidades entre los diferentes fallos basados en distintos sistemas jurídicos nacionales. Debe definirse con precisión la extensión de las facultades judiciales con respecto al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales con objeto de evitar la posibilidad de que la parte para quien la sentencia haya sido adversa pueda invocar sin la debida justificación varias posibles razones para formular objeciones con el fin de frustrar la ejecución de sentencias dictadas contra ella.”⁸³

Al parecer, el sistema de la Convención de Nueva York es interpretado de maneras distintas y la ocurrencia de la causal de anulación del artículo V(1)(e) puede afectar o no la ejecutabilidad del laudo arbitral extranjero, dependiendo del contexto y quien lo interpreta.

3. Conclusión

Las leyes internas de arbitraje – algunas incorporando la Ley Modelo, otras no – determinan las causales de anulación de un laudo arbitral en los varios países. Si la autoridad competente de un país, indicada en el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, anula el laudo arbitral en su origen, las consecuencias de la anulación hacia fuera del país de origen están condicionadas a la concepción que adopta la jurisdicción del lugar donde se buscará el posible reconocimiento y ejecución del laudo anulado.

⁸³ CNUMDI. Travaux préparatoires de la Convención de Nueva York. Documento. Observaciones al proyecto de convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Nota del Secretario General el 25 de marzo de 1958. Documento E/CONF.26/2. Español. p. 5.

Puede que sea denegado el reconocimiento del laudo si el poder judicial del lugar de ejecución interpretar los causales de denegación de reconocimiento como obligatorios bajo la Convención de Nueva York u otra norma con la cual interactúa la Convención. Puede que la interpretación sobre las causales sea completamente contraria o que se aplique la *most-favorable-law clause* a favor del reconocimiento. Puede aún que otras razones derivadas de la interpretación del mecanismo pro-reconocimiento de la Convención de Nueva York lleven a que sea reconocido el laudo aunque anulado en su país de origen.

Dada la inexistencia de una jurisprudencia desarrollada sobre el reconocimiento de laudos extranjeros anulados en los países latinoamericanos, ésta sigue indefinida en el ámbito de Latinoamérica.

Sin embargo, cabe recordar que en el ámbito de Latinoamérica el reconocimiento y la ejecución de los laudos anulados están sujetos no sólo a las premisas internacionales derivadas principalmente de la experiencia de los países europeos y de los EE.UU. sobre el tema, pero también a las peculiaridades de los tratados subregionales, como el Protocolo de Las Leñas en el ámbito del Mercosur.

Informação bibliográfica do texto:

PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luisa. Reconocimiento de Laudos Arbitrales Extranjeros Anulados: uma perspectiva latinoamericana. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 115, setembro de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].