

[Ver Voces](#) :

Título: **Arbitraje internacional**. Criterios opuestos reflejados en dos sentencias relevantes



Autor: **Rivera**, Julio César

Publicado en: LA LEY 17/03/2008, 7

Fallo comentado: Corte de Distrito de Columbia, Estados Unidos (CortedeDistritodeColumbiaEstadosUnidos) Corte de Distrito de Columbia, Estados Unidos ~ 2007-05-25 ~ Termorío c. Electrificadora del Atlántico
Corte de Casación de Francia, 1a Civil (CorteCasacionFrancia)(1aCivil) Corte Casación, 1aCivil, Francia ~2007-06-29 ~ Societé PT Putrabali Adyamulia c. Societé Rena Holding et Societé Mnogutia Est Epices

SUMARIO: I. Las sentencias comentadas. - II. El arbitraje internacional. Su caracterización como arbitraje "deslocalizado". - III. Antecedentes sobre la ejecución de laudos anulados. - IV. La jurisprudencia de tribunales federales de los Estados Unidos. - V. Nuestro juicio.

I. Las sentencias comentadas

En esta nota hemos de comentar dos sentencias:

- la dictada por la Corte de Casación francesa, el 29 de junio de 2007, en la causa "Société PT Putrabali Adyamulia c. société Rena Holding et Société Mnogutia Est Epices" (en adelante "Putrabali") [\(1\)](#);

- y la que emana de la U.S. Court of Appeal, District of Columbia, del 25 de mayo de 2007, pronunciada en los autos "Termorío c. Electrificadora del Atlántico" [\(2\)](#) (en adelante "Termorío").

Ambas sentencias tratan en definitiva de la misma cuestión: la posible ejecución bajo las reglas de la Convención de Nueva York de un laudo anulado por las autoridades del país de la sede.

Lo importante no es sólo que ambas sentencias llegaran a conclusiones distintas, sino que reflejan concepciones totalmente diferentes acerca del **arbitraje internacional** y su vínculo con la legislación del país sede del **arbitraje**.

Por ello, antes de empezar el comentario de las sentencias, es preciso ubicar el tema con algunas breves consideraciones sobre la posible "deslocalización" o "desnacionalización" del **arbitraje internacional**.

II. El **arbitraje internacional**. Su caracterización como **arbitraje "deslocalizado"**

II.1. *Nociones básicas*

Los proyectos y trabajos previos que dieron lugar a la sanción de la Convención de Nueva York mostraron de manera clara dos concepciones acerca del **arbitraje internacional**.

Así, la Cámara de Comercio **Internacional**, presentó al secretario general de la ONU, en el año 1953, un proyecto de convención sobre ejecución de sentencias arbitrales **internacionales**. El propiciaba el reconocimiento de un **arbitraje** totalmente deslocalizado, fundado exclusivamente en la autonomía de la voluntad, del cual resultaba un laudo o sentencia **internacional**.

Este proyecto fue puesto a examen de un grupo de expertos, y eso dio lugar a otro proyecto preparado en el seno de la ONU que no aludía a sentencias arbitrales **internacionales**, sino a sentencias arbitrales extranjeras, pero que recogía muchas de las propuestas de la Cámara. Tal fue el criterio que predominó y así, la Conferencia de Plenipotenciarios que deliberó entre el 20 de mayo y el 16 de junio de 1958, aprobó la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

La diferencia entre las dos concepciones es crucial.

Para la concepción más usual, el **arbitraje**, aun **internacional**, se liga a determinado orden jurídico estatal, al menos como principio, todo procedimiento arbitral está ligado a una ley nacional que por regla general es la del Estado en cuyo ámbito espacial se ha localizado el **arbitraje**, lo que comúnmente conocemos como la ley de la sede. Enseña Bruno Oppetit que el **arbitraje** no se encuentra en una zona de no derecho, sino que se encuentra sujeto a reglas de organización y de funcionamiento; además, las jurisdicciones arbitrales resuelven las controversias no mediante una gestión intuitiva, mística o subjetiva, sino basadas en normas de referencia. Claro es que estas reglas conforman un conjunto normativo complejo por la diversidad de orígenes y naturaleza, así como por la dificultad de establecer entre ellas una jerarquía y una articulación (3).

Este conjunto normativo es lo que se denomina *lex arbitri* o ley del **arbitraje**, y está formado tanto por las reglas establecidas en los códigos procesales o leyes especiales sobre **arbitraje** como por las que emanan de leyes de fondo (4) y de las convenciones y tratados **internacionales** incorporados al derecho del país que —por su vinculación con el **arbitraje** concreto— determina la *lex arbitri*. Esa *lex arbitri* es, al menos en principio, la ley del país sede del **arbitraje**.

Sea por efecto de la Convención de Nueva York que ha tenido una influencia decisiva en el desarrollo del **arbitraje** comercial **internacional**, sea también por las objeciones doctrinarias, lo cierto es que la deslocalización jurídica del **arbitraje internacional** no parece responder a la realidad ni ha ganado adeptos numerosos, salvo en Francia como veremos más adelante.

Sin perjuicio de ello, una cierta deslocalización del **arbitraje internacional** parece reconocerse y con ello produce algunos efectos.

Por un lado, algunas legislaciones estatales admiten la renuncia a todos los recursos —incluso el de nulidad— siempre y cuando el laudo no afecte intereses ubicados en el país sede (ley holandesa, ley peruana). Y algunos autores han señalado que otro efecto de la deslocalización del laudo pronunciado en un **arbitraje internacional** se advierte en la admisión de la ejecución de un laudo a pesar de su anulación dictada en el país sede (5): sobre esta materia versan las sentencias que hemos de comentar en esta nota.

Y la doctrina francesa insiste en que el futuro del **arbitraje internacional** es su deslocalización (6).

11.2. La ejecución del laudo anulado: su relación con la desnacionalización o deslocalización del **arbitraje internacional**

Una cuestión que se ha planteado numerosas veces es que una de las partes de un **arbitraje** pretenda ejecutar un laudo en un país distinto al de la sede, pese a que las autoridades competentes de ese país sede hayan anulado el laudo.

Sobre el punto cabe comenzar señalando que la Convención de Nueva York prevé "5.- 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.*"

Es decir que aquél contra quien se pretende ejecutar la sentencia arbitral está legitimado para interponer como defensa que el laudo ha sido anulado por la autoridad del país en que ha sido dictado el laudo (7), y el tribunal judicial del país requerido podrá en tal caso denegar la ejecución (8).

Los primeros comentaristas de la convención parecieron inclinarse por la idea de que ella no autoriza la ejecución o reconocimiento de la sentencia arbitral anulada, lo cual, según algunos autores, tiene como fundamento que la sentencia anulada no tiene ya existencia jurídica (9). En definitiva se argumentaba que la Convención reposa sobre la idea del efecto **internacional** de la sentencia estatal que anula el laudo (arg. art. V.1.e) de la Convención).

Pero como señala Jean-Pierre Ancel en su informe a la Corte de Casación en *Putrabali*, que más adelante comentaremos detenidamente, el sistema de la Convención fue rápidamente puesto en tela de juicio; en primer lugar por la Convención europea de 1961, que no incluye la anulación por el juez estatal como causa para el rechazo de la ejecución; y fundamentalmente por la jurisprudencia, pues los tribunales judiciales de distintos países han optado por criterios más favorables al reconocimiento de los laudos extranjeros.

Y uno de los argumentos fundamentales, desarrollado nada menos que por la Corte de Casación, es que el laudo dictado en un **arbitraje internacional** es un laudo deslocalizado, que no está integrado al ordenamiento jurídico del país en el que fue dictado.

Este es el punto de contacto entre la cuestión concreta de la ejecución del laudo anulado y la caracterización del **arbitraje internacional** como deslocalizado o desnacionalizado. Las distintas ideas en circulación acerca de la mayor, menor o inexistente relación entre el laudo dictado en un **arbitraje internacional** con el derecho del país sede son las que dan pie a soluciones totalmente opuestas en materia de ejecución del laudo anulado por las autoridades de ese país sede.

III. Antecedentes sobre la ejecución de laudos anulados

III.1. Jurisprudencia francesa

Si bien estos antecedentes son ya bastante conocidos [\(10\)](#), volvemos sobre ellos para dar cierta coherencia y completividad a esta exposición.

Los tribunales franceses se pronunciaron rápidamente en el sentido de que un laudo suspendido en el país sede del **arbitraje** podía ser reconocido y ejecutado en Francia por ser la ley local más favorable que la Convención de Nueva York, al no contemplar esta defensa como una causal de no ejecución del laudo en Francia; ello fue en los casos "Norsolor" [\(11\)](#) y "Polish Ocean Line" [\(12\)](#).

Pero la más relevante sentencia fue, por cierto tiempo, la de la Corte de Casación en el caso "Hilmarton" [\(13\)](#). No viene al caso ahora relatar todas las circunstancias de la *litis* arbitral; lo que es relevante es que el **arbitraje** se desarrolló en Suiza. El laudo había declarado la nulidad de un contrato por violación de la ley de Argelia y la justicia estatal suiza a su vez había anulado el laudo. Ahora bien, la parte beneficiada con la nulidad del contrato intentó hacer reconocer la sentencia arbitral en Francia, a lo cual se opuso la contraparte sosteniendo que tal laudo había sido anulado por los tribunales estatales del lugar de la sede. Esta defensa fue rechazada en todas las instancias judiciales francesas, incluyendo la Corte de Casación, la que sostuvo que, conforme al art. VII.1 de la convención la parte que pretendía el reconocimiento del laudo podía fundarse en la ley francesa — que no contempla esta defensa [\(14\)](#)— y, además, que el laudo proferido en Suiza es un laudo **internacional** que no está integrado en el sistema legal de dicho Estado, por lo que mantiene su existencia aunque sea anulado, y su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público **internacional** [\(15\)](#).

Tanto la Corte de Apelaciones de París como la Corte de Casación ratificaron la línea de Hilmarton, en tanto decidieron que por razón de lo previsto en el art. VII de la convención, el pretensor de la ejecución podía ampararse en la ley francesa en tanto ésta es más favorable al no prever la nulidad de la sentencia arbitral como causal de no reconocimiento o ejecución [\(16\)](#).

El segundo es el caso "Chromalloy Aeroservices"; esta compañía seguía un **arbitraje** ICC contra el Estado egipcio, con sede del tribunal en Egipto, bajo la ley egipcia de acuerdo con lo establecido en el contrato que daba lugar a la disputa. El laudo condenó a la parte demandada a pagar una indemnización a Chromalloy, pero un tribunal judicial de El Cairo anuló la decisión con el argumento de que el Tribunal Arbitral había omitido aplicar la ley convenida por las partes [\(17\)](#). La compañía Chromalloy promovió la ejecución de la sentencia arbitral ante los tribunales franceses y de los Estados Unidos de América, concretamente ante la Corte Federal de Distrito en Washington DC.

En su pronunciamiento en el caso *Chromalloy* [\(18\)](#) la Corte de París ratificó la línea sentada por la Corte de Casación en *Hilmarton*.

III.2. La sentencia *Putrabali*

La Casación avanzó todavía más con el pronunciamiento dictado en la causa *Putrabali*.

III.2.1. Los hechos

Putrabali pretendía ser acreedora de Rena Holding, a la que había vendido un cargamento de pimienta blanca, el cual no llegó a destino por causa de un naufragio. Por ello promovió un **arbitraje** con sede en Londres; el laudo —dictado el 10 de abril de 2001— rechazó la demanda. La High Court anuló el laudo parcialmente juzgando que la falta de pago del precio constituía una violación del contrato y reenvió a un nuevo **arbitraje**; el segundo laudo, dictado el 21 de agosto de 2003, condenó a Rena a pagar una suma de dinero.

Pero he aquí que el 30 de septiembre de 2003 Rena obtuvo el exequátur del laudo de abril de 2001. Putrabali apeló la decisión que concedió este exequátur; la apelación fue rechazada por sentencia de la Cour d'Appel de Paris del 31 de marzo de 2005.

Putrabali también requirió y obtuvo —por sentencia del 10 de febrero de 2004— el exequátur del laudo de 2003. Esta sentencia fue apelada por Rena; y la Cour d'Appel de Paris, por decisión del 17 de noviembre de 2005, revocó la sentencia del 10 de febrero de 2004 que había concedido el exequátur por ser inconciliable con la sentencia del 31 de marzo de 2005 que había confirmado el exequátur del primer laudo.

Putrabali recurrió ambas decisiones de la Cour d'Appel.

De modo que la Corte de Casación entendía:

(i) en el recurso contra la sentencia del 31 de marzo de 2005 que había confirmado el exequátur del laudo del 10 de abril de 2001 que había rechazado la demanda de Putrabali contra Rena;

(ii) en el recurso contra la sentencia del 17 de noviembre de 2005 que había rechazado el exequátur del laudo del 21 de agosto de 2003 que acogía la demanda contra Rena.

III.2.2 La decisión de la Corte de Casación

La 1ª Sala Civil de la Corte de Casación dictó sentencia el 29 de junio de 2007, rechazando ambos recursos de Putrabali.

De modo que vino a quedar confirmado el otorgamiento del exequátur al laudo del 10 de abril de 2001 y rechazado el exequatur al laudo del 21 de agosto de 2003.

III.2.3 Los argumentos de la Corte de Casación

Si la Corte de Casación venía diciendo que el laudo dictado en un **arbitraje internacional** no está *integrado* en el ordenamiento del país sede, en *Putrabali* va mucho más lejos.

El informe de Jean-Pierre Ancel es altamente ilustrativo acerca de la visión francesa del **arbitraje internacional**.

Al fijar los términos del debate jurídico, Ancel comienza estableciendo que en materia de **arbitraje internacional** el recurso normal contra la sentencia es el de nulidad, interpuesto ante el juez en cuyo país el laudo ha sido dictado. Esta regla, dice el informante, actualmente vigente en los países del common law y del derecho civil, aparece también consagrada en la ley modelo UNCITRAL (art. 34) y significa que, en principio, ese recurso no tiende a la revisión del fondo de la decisión arbitral, sino solamente a controlar la regularidad **internacional** de la sentencia con relación a reglas fundamentales: regularidad de la designación de los

árbitros, conformidad con el orden público **internacional** del fondo y del procedimiento.

Y sigue diciendo el Presidente que cuando el laudo es anulado, la cuestión que aparece es cuál es el alcance de esa anulación; él es preciso en el orden interno, el laudo no existe más. Pero ¿cuál es ese alcance en el derecho **internacional**: acaso la anulación de la sentencia tiene automáticamente un efecto **internacional**?

Entrando al meollo de la cuestión, Ancel sigue diciendo que conviene en principio precisar porqué tal cuestión se plantea. Puede admitirse, en efecto, que la decisión de la anulación debe imponerse internacionalmente, y reconoce que esta opinión es sostenida por alguna doctrina. Para agregar en seguida que en realidad, la cuestión hace a la concepción que se hace de la naturaleza y del status jurídico de la sentencia **internacional**. Y sobre el punto expone: "*En la concepción de la jurisprudencia francesa, la sentencia **internacional** no se integra al orden jurídico de su país de origen, precisamente porque ella es "**internacional**". Ella no es entonces el producto de un orden jurídico, ella no tiene "nacionalidad": ella emana en efecto, de una jurisdicción autónoma, desvinculada del contexto jurídico local, al cual ella no está ligada más que por las disposiciones imperativas sobre el **arbitraje** que son poco numerosas (especialmente para la organización del recurso contra la sentencia). Es la afirmación de la autonomía del **arbitraje internacional**: el **arbitraje**, modo normal y habitual de arreglo de los litigios relativos a las relaciones económicas **internacionales**, constituye al árbitro en verdadera jurisdicción **internacional** de este tipo de litigios".*

Luego el informe repasa la jurisprudencia holandesa, belga, austríaca y francesa sobre la materia, que ha admitido la ejecución de laudos anulados en su país de origen, sosteniendo enfáticamente que al hacer esto los jueces aplican estrictamente la Convención de Nueva York, en particular el art. VII.1 conforme al cual *Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertadas por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.*

Sigue Ancel respondiendo a las críticas a la concepción francesa y machaca en que el reconocimiento de la sentencia anulada en el extranjero no hace sino consagrar la naturaleza del árbitro **internacional**, verdadera jurisdicción **internacional** para este tipo de litigios, que no puede conocer otro juez; este árbitro pronuncia una decisión que no se vincula a ningún orden jurídico nacional (el árbitro **internacional** no tiene foro), que entonces no tiene nacionalidad, y que entonces es susceptible de ser reconocida y ejecutada en todo el mundo.

Argumenta también que el sistema propiciado responde a una coherencia **internacional**: si el juez del país requerido puede rechazar la ejecución de un laudo declarado válido por una sentencia extranjera, puede admitir la ejecución de un laudo anulado, pues no hay ninguna razón jurídica para dar un alcance **internacional** más amplio a la sentencia extranjera que anula el laudo que a aquella que lo invalida.

Y terminando la respuesta a las críticas dirigidas por cierta doctrina a la concepción francesa, el informante dice que ella no significa que todo laudo anulado en el extranjero será ejecutado en Francia, pues para ser ejecutada y reconocida en Francia la sentencia arbitral debe reunir condiciones mínimas de regularidad, un standard de la sentencia **internacional** aceptable en todos lados. Y agrega que no es la sentencia Hilmarton la que causa el desorden, sino que ello se causa por la disparidad de criterios acerca de la regularidad de las sentencias; cuando el motivo de la anulación es de orden "local", muy ligada a las concepciones jurídicas nacionales, ese motivo no se impone internacionalmente. Tal lo que sucedía en Egipto en que una sentencia arbitral podía ser anulada por no mencionarse el domicilio de los árbitros, o mismo en Suiza en que el laudo fue anulado por razones que hacían al fondo de la decisión, como acaece en este caso Putrabali.

Siguiendo el informe del Presidente Ancel, la Corte establece que "*la sentencia **internacional** no está ligada a ningún orden jurídico estatal, es una decisión de justicia **internacional** cuya regularidad es examinada en el país donde se pide su reconocimiento y ejecución...*".

Afirma que corresponde ejecutar el laudo anulado por una corte estatal sobre la base del art. VII.1 de la Convención de Nueva York, conforme al cual esa Convención no priva a las partes del derecho que podrían tener

de prevalerse de una sentencia arbitral en la medida y manera admitidas por la legislación o los tratados del país en que la sentencia sea invocada; ello así pues el derecho francés no prevé la anulación del laudo por un tribunal estatal de la sede como causa de rechazo de la ejecución.

Y deduce que no corresponde dar el exequátur a la sentencia judicial inglesa invalidatoria del laudo, por ser incompatible con la sentencia francesa que había habilitado la ejecución del laudo.

III.3. Algunas conclusiones sobre Putrabali

La sentencia Putrabali ratifica la línea de Hilmarton, Chromalloy y otras, pero va mucho más allá en la definición del status del **arbitraje internacional**, definiendo de manera clara y concreta la posición francesa sobre el mismo.

Así, la Corte venía diciendo que el laudo dictado en un **arbitraje internacional** no está *integrado* en el ordenamiento *del país sede*. Pero en *Putrabali* establece que:

- la sentencia **internacional** no está ligada a ningún orden jurídico estatal;
- la fuente de su juridicidad es el derecho **internacional**: el laudo es una decisión de justicia **internacional**; a imagen y semejanza de las sentencias dictadas por aquellas sentencias dictadas por las jurisdicciones **internacionales** permanentes (19);
- que no tiene nacionalidad
- cuya regularidad es examinada en el país donde se pide su reconocimiento y ejecución..." (20);
- el árbitro **internacional** no tiene foro (21);
- el árbitro **internacional**, deslocalizado, es el juez natural de la sociedad de comerciantes **internacionales** ;
- de la autonomía de la convención de **arbitraje** se salta a la autonomía del laudo que no debería ser afectada por las vicisitudes que ella podría conocer en el Estado en que él ha sido dictado (22);
- de donde, la decisión que sobre la validez o invalidez del laudo haya adoptado el juez local en base al derecho del país sede, no obliga a los jueces de otros países en lo cuales ese laudo pretenda ser reconocido y ejecutado.

Más adelante compararemos estas conclusiones que expresan la concepción francesa con los criterios que emanan de la jurisprudencia estadounidense.

IV. La jurisprudencia de tribunales federales de los Estados Unidos

IV.1. El primer paso: la sentencia "Chromalloy"

La jurisprudencia americana pareció que inicialmente habría de inclinarse en el mismo sentido que los tribunales franceses, pues en el caso "Chromalloy", el tribunal federal americano concedió la ejecución (23); para ello sostuvo que la Convención dice, en el inc. 1 del art. V, que "se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución" (24), expresión que autoriza pero no impone al juez el rechazar la ejecución en caso de que se pruebe alguna de las circunstancias que enumera ese inciso. Además, el tribunal federal argumentó —como lo haría años después Jean Pierre Ancel en su informe en la causa *Putrabali*— que el art. VII.1 de la convención consagra el principio de conservación del laudo en cuanto dispone: "Las disposiciones de la presente convención no 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", por lo que debía concederse la ejecución, habida cuenta de que la anulación de un laudo no está

prevista como causal de denegación del reconocimiento y ejecución de éste en la *Federal Arbitration Act*.

Además, el tribunal federal americano argumentó que, conforme a la cláusula arbitral, el procedimiento terminaba con el laudo, siendo clara la intención de las partes de que ninguna decisión de los árbitros sea apelable ante ninguna corte; y que formando parte del orden público de los Estados Unidos la ejecución judicial de cláusulas arbitrales válidas, no hacerlo por existir una sentencia judicial de anulación de las cortes egipcias, violaría el referido orden público.

Con lo cual el tribunal federal estadounidense acuñó la idea de que la obligatoriedad del laudo es una idea que debe analizarse a la luz de la convención de **arbitraje** independientemente de lo que digan la ley o los tribunales de la sede.

IV.2. La primera atenuación: el caso "Baker Marine"

La doctrina de *Chromalloy* no se ha mantenido incólume, como lo reflejó inicialmente la sentencia dictada en la causa "Baker Marine"; y luego en la sentencia de un tribunal inferior en el caso "Termorío" (25), que fuera a su vez confirmada por la Corte de apelaciones en la decisión que da lugar a este comentario.

Vayamos por partes y empecemos por el precedente "Baker Marine".

Esta era una compañía americana que había obtenido un laudo en Nigeria por el cual se le reconoció el derecho a una indemnización de daños por el incumplimiento de un contrato. Una corte estatal nigeriana anuló el laudo pese a lo cual Baker Marine intentó su ejecución en Estados Unidos.

La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito rechazó la pretensión de Baker Marine en decisión del 12 de Agosto de 1999. El tribunal federal rechazó el argumento de la parte actora de que la Corte estatal de Nigeria había anulado el laudo por causales no previstas en la ley doméstica americana y porque Baker Marine no había allegado prueba de que la sentencia estatal nigeriana fuere fraudulenta.

Como veremos más adelante, los argumentos de Baker Marine tendrán notoria influencia en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones en la causa "Termorío", el 25 de mayo de 2007.

IV.3. Un cambio importante: la primera sentencia en "Termorío"

El Consejo de Estado colombiano anuló el laudo dictado en el **arbitraje** que había enfrentado a Termorío con una empresa estatal Electranta, del cual resultaba la obligación de esta última de pagar sesenta millones de dólares.

Es conveniente tener en cuenta que la causa de la anulación de Termorío por parte del Consejo de Estado fue que el **arbitraje** se había desarrollado conforme al Reglamento de la CCI, siendo que —según la interpretación del Consejo de Estado— la legislación vigente en Colombia a la fecha del acuerdo arbitral no autorizaba a pactar un procedimiento de **arbitraje** distinto al previsto en la ley colombiana. La decisión del Consejo de Estado ha sido severamente criticada por la doctrina **internacional** y en especial por los autores colombianos.

Termorío cedió sus derechos a una compañía incorporada en Oregon y ambas en conjunto promovieron la ejecución del laudo ante la Corte de Columbia que era la misma que había habilitado la ejecución del laudo "Chromalloy".

La Corte de Distrito rechazó la pretensión de ejecutar el laudo (26), recurriendo a un alambicado razonamiento para demostrar que su pronunciamiento no era necesariamente contradictorio con el dictado en "Chromalloy" (27).

Señaladas las diferencias, la Corte de Distrito manifiesta de manera categórica que el hecho de que un corte extranjera haya anulado un laudo no siempre determina si la corte de los Estados Unidos de América tiene

jurisdicción sobre el laudo y añade que "...establecer una regla según la cual una corte de Estados Unidos debe rechazar el caso porque una corte extranjera anuló el laudo violaría la disposición de la Convención de Nueva York (...) Si la decisión de una corte extranjera automáticamente privara de jurisdicción para considerar el caso a la corte de Estados Unidos, las sentencias extranjeras obtenidas de manera fraudulenta, por ejemplo, no tendrían control alguno en las cortes de Estados Unidos" (28).

Comentando esta decisión de la Corte de Circuito, el jurista colombiano Eduardo Zuleta todavía decía que se podían extraer tres puntos que permitían pensar que el camino para el reconocimiento de laudos anulados seguía abierto y que la decisión Termorío no es la muerte de Chromalloy:

- la Corte de Circuito mantuvo la interpretación de que el art. V.1.e), Convención de Nueva York, es potestativo y, en consecuencia, el juez no está en la obligación de negar el reconocimiento de un laudo por el solo hecho de haber sido anulado por una corte extranjera. Si la decisión de anulación viola el orden público de los Estados Unidos —de acuerdo con los parámetros fijados en la decisión que se comenta—, el juez de reconocimiento puede otorgar el reconocimiento al laudo anulado (29);

- la decisión sugiere que otro podría haber sido el resultado si las partes hubieran pactado una cláusula en la que hubieran acordado que el laudo era obligatorio, final y no sujeto a algún tipo de recurso. En tal caso, la interposición del recurso de anulación podría considerarse por el juez de los Estados Unidos como violatoria de su orden público;

- y, por último, bajo el raciocinio de la Corte de Circuito, el hecho de que se presente el laudo para reconocimiento antes de que se solicite su anulación puede ser un factor determinante para que el juez de reconocimiento considere, sumados los demás factores, la posibilidad de reconocer un laudo anulado.

De modo que Zuleta concluye, y cabe coincidir con él, que la sola negativa de la Corte de Circuito a ejecutar el laudo de Termorío —cuyos hechos y circunstancias originarias eran diferentes— no podía interpretarse como el fin de la posibilidad de reconocer un laudo anulado ante un tribunal de los Estados Unidos.

IV.4. El fin de "Chromalloy": la segunda sentencia Termorío

El 25 de mayo de 2007 se dictó el pronunciamiento de la *Court of Appeals* del Distrito de Columbia (30) que confirma la decisión de la Corte de Circuito, estableciendo parámetros bastante más rigurosos.

En efecto, la Corte de Apelaciones ha dicho que:

- la revisión de un laudo arbitral se rige por el derecho interno del país de la sede, mientras que el reconocimiento o ejecución de un laudo se rige exclusivamente por la Convención de Nueva York;

- de allí que la anulación de un laudo arbitral por una autoridad competente del país en el que fue dictado no puede ser revisada por un tribunal americano, en razón de que las causas de la anulación no sean conocidas por el derecho interno de los Estados Unidos; ello es así pues las partes se han sujetado al derecho de aquel país que ha sido sede del **arbitraje**;

- por el contrario, en el régimen de la convención, el tribunal estatal del país sede es libre para anular el laudo de acuerdo a su propia ley, lo cual significa necesariamente que puede anular el laudo sobre bases distintas a las de ley o principios de orden público de un segundo Estado;

- el laudo no existe (*does not exist*) en otro Estado si ha sido anulado por una autoridad competente del Estado en el que el **arbitraje** ha tenido su sede;

- en el régimen de la Convención, el tribunal del Estado donde se persigue la ejecución no actúa como una instancia de revisión de la decisión anulatoria rendida por el tribunal estatal del país sede;

- los argumentos de orden público deben ser manejados cuidadosamente; por empezar, la Convención alude al orden público en otro dispositivo distinto al V.1.e); en este precepto no hace referencia alguna a él;
- el tribunal requerido para el reconocimiento o ejecución del laudo no tiene una ilimitada discreción para imponer sus propias concepciones de orden público y con ello rever la decisión del Estado sede que anuló el laudo de acuerdo a su propia ley;
- por lo que, cuando una corte estatal competente ha anulado el laudo, los tribunales de los Estados Unidos no pueden volver atrás esa decisión si están ausentes circunstancias extraordinarias;
- de acuerdo a criterios establecidos, una sentencia es inejecutable por ser violatoria del orden público en la medida en que sea repugnante a nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado en el cual se pretende la ejecución;
- ese *standard* es alto e infrecuentemente alcanzado;
- en una formulación clásica, la sentencia a la cual se niega reconocimiento debe tender claramente a desconocer el interés público, la confianza pública en la administración de justicia, o la seguridad para los derechos individuales de la libertad personal o la propiedad privada;
- no habiéndose rendido evidencia de que el procedimiento haya sido sospechoso, los tribunales americanos están obligados a respetar el pronunciamiento del tribunal del país sede.

Por lo tanto, concluye el tribunal de apelaciones, es exacto lo establecido por la Corte de Distrito en el sentido de que éste es un asunto colombiano, que concierne a una disputa que comprende a partes colombianas respecto de un contrato para ejecutar servicios en Colombia, que llevó a un **arbitraje** colombiano y a un litigio en Colombia; a lo que la Corte de Apelaciones agrega que ambas partes han reconocido estar obligadas por la ley colombiana. Y, por ende, concluye: "*El Consejo de Estado de Colombia, la más alta corte administrativa de Colombia, es el expositor final del derecho colombiano, y nosotros no estamos en posición de calificar a esa decisión como equivocada*".

Alguien podría preguntarse entonces, qué pasó con el precedente "Chromalloy".

La Corte de Apelaciones señala que "Termorío" ha argumentado sobre la base de este precedente, pero apunta que, en aquel caso, la Corte entendió que había violación del orden público de los Estados Unidos a favor del **arbitraje**, en tanto se había desconocido un expreso acuerdo contractual en el sentido de que no habría ninguna apelación contra el laudo arbitral. Como una previsión de esta laya no estaba presente en el caso "Termorío", la Corte de Apelaciones dijo no ser necesario decidir si la doctrina de "Chromalloy" es correcta o no.

IV.4.1. Crítica francesa a la decisión en Termorío

La sentencia de la Corte de Apelaciones ha sido severamente criticada en Francia por Paulsson (31). Según este autor, de reconocido prestigio, la Corte ha pasado por alto que la anulación dispuesta en Colombia claramente afecta los objetivos del legislador americano, pues en definitiva aquella anulación se ha fundado en que en Colombia no podía llevarse a cabo un **arbitraje** bajo las reglas de la más importante entidad **internacional** administradora de **arbitrajes**.

Pero además se puntualizan serios errores en la interpretación de la Convención de Nueva York. En particular Paulsson predica que la Corte de Apelaciones ha incurrido en una desintepretación notable del régimen **internacional** al afirmar en la sentencia que por no establecerse en la Convención ninguna previsión sobre las causales de anulación de la sentencia arbitral, ello ha quedado librado al legislador local. Este criterio que emana de la sentencia Termorío, afirma Paulsson, no tiene ninguna relación con los objetivos de la Convención, que en manera alguna quiere ser un instrumento universal sobre la anulación de laudos; de allí que el silencio de la Convención en manera alguna admite que "todas las anulaciones son buenas".

V. Nuestro juicio

Como alguno de los comentaristas ha señalado, estas sentencias muestran el divorcio entre las concepciones francesa y estadounidense sobre el **arbitraje internacional**.

Es entonces del caso preguntarse: ¿alguna de las dos partes de este divorcio tiene toda la razón?, o ¿alguna de las dos partes está totalmente equivocada?

Quizás, como en los divorcios de la vida real, las dos partes pueden tener algo de la verdad y algo de la responsabilidad.

V.1. "Putrabali"

La sentencia de la Casación en "Putrabali" quizás no merezca objeciones en cuanto dispone conceder el exequátur al primer laudo desconociendo su anulación por el tribunal judicial inglés. Y ello por tres razones fundamentales:

- la Convención de Nueva York no establece la anulación del laudo por el tribunal judicial del país en que el laudo fue dictado como un obstáculo definitivo a la ejecución; se ha dicho ya que la Convención autoriza al juez del país requerido a rechazar la ejecución pero no la impone;
- la Convención de Nueva York sienta el principio de la ley más favorable; con lo cual los tribunales franceses pueden invocar que en la ley francesa la anulación del laudo no es una causal de rechazo de ejecución;
- y, lo que a mi juicio es lo más relevante, la decisión judicial inglesa anulatoria se fundó en un error de derecho del tribunal arbitral, con lo cual entró al fondo y con ello excedió los límites que internacionalmente son reconocidos al recurso de nulidad.

Pero al mismo tiempo, el Presidente informante no pudo evitar la tentación, como muchos otros jueces a lo largo y ancho del mundo, de hacer doctrina y entonces la sentencia Putrabali incurre en audacias difícilmente compartibles, al apuntar a un **arbitraje internacional** completamente deslocalizado, que da lugar a un laudo fundado exclusivamente en el derecho **internacional**, sin nacionalidad, dictado por un árbitro único juez posible de conflictos comerciales **internacionales**, y que por lo tanto está sujeto a la revisión de los jueces del país requerido para su ejecución sin que este juez esté atado por lo resuelto por el juez del lugar donde ha sido dictado cuya jurisdicción es excitada por el recurso de nulidad.

Estas afirmaciones parecen un discurso teórico o si se quiere una suerte de proposición de lege ferenda, pero a las cuales difícilmente se les encontrará fundamento en derecho positivo.

En efecto; ¿en qué texto positivo se sostiene a idea de que el laudo está fundado exclusivamente en el derecho **internacional**, absolutamente independiente de los órdenes jurídicos estatales, que atribuye al árbitro la condición de único juez de conflictos comerciales **internacionales**? Imposible saberlo: el informe Ancel y la sentencia no lo dicen. Más bien parecería que es una suerte de derecho **internacional** creado por la comunidad de comerciantes que como puede darse una lex mercatoria, puede atribuirse también la creación de una jurisdicción exclusiva; conclusión que al menos hasta ahora parece exagerada.

Pero más aún: si se atiende a la Convención de Nueva York, deberíamos llegar a la conclusión de que los laudos tienen nacionalidad, o por lo menos, pueden ser calificados de extranjeros (o no nacionales) lo que habilita su ejecución bajo las reglas de la Convención.

De la misma Convención surge que el laudo puede ser anulado o suspendido por la autoridad competente del país en que ha sido dictado o bajo cuya ley se siguió el procedimiento; criterio que se confirma en la Ley Modelo Uncitral a la que incluso se refiere el informe Ancel.

Y en manera alguna surge de la Convención que el laudo que se ejecuta bajo sus reglas esté absolutamente independizado de todo ordenamiento estatal. Por el contrario, la Convención, en reiteradas oportunidades, se refiere al ordenamiento estatal aplicable sea al acuerdo arbitral (art. V.1.a), sea a la constitución del tribunal arbitral (art. V.1.d) y más aún a la misma sentencia arbitral al disponer en el art. V.1.e) que la ejecución podrá ser rechazada si ... la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente *del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.*

De donde a nuestro juicio, la idea de un **arbitraje** desnacionalizado totalmente, que no tiene integración con ningún ordenamiento estatal, carece de fundamento en el derecho **internacional** que hoy rige el **arbitraje** y cuyo vértice es la Convención de Nueva York.

V.2. "Termorío"

Para analizar "Termorío" tenemos que comenzar diciendo que aunque sus fundamentos —o quizás algunos de ellos— sean aparentemente correctos a la luz de los razonamientos que hemos hecho al estudiar Putrabali en el apartado precedente, lo cierto es que la solución final es muy discutible.

O sea, haber rechazado la ejecución del laudo Termorío no es una buena decisión. La razón es muy simple: la causal invocada por el Consejo de Estado colombiano para anular el laudo no es de recibo en el orden **internacional**. Se trata de una causal local, exclusivamente enraizada en la legislación nacional, sin reconocimiento **internacional**, y esta circunstancia es la que justifica que la Convención de Nueva York le dé al juez del país requerido la atribución de no mandar a ejecutar el laudo pero no le imponga hacerlo. Cuando la Convención de Nueva York dice que la ejecución del laudo puede ser negada por estar anulado por un tribunal judicial del país en que fue dictado, autoriza al tribunal judicial del país requerido a analizar la causa por la cual tal nulidad fue dispuesta.

Esta tesis ha sido sostenida por Paulsson quien en un trabajo anterior a estas sentencias, sostiene que la anulación de los laudos por los tribunales del país sede no debería ser un motivo para que los jueces del país requerido denieguen el reconocimiento o la ejecución, a no ser que los fundamentos de tal anulación sean internacionalmente reconocidos; o, invirtiendo la proposición, una anulación del laudo por un tribunal judicial del país de la sede no debería impedir el reconocimiento o ejecución si tal anulación se causara en un criterio puramente local que constituya una regla atípica (por ejemplo, que el laudo no haya sido firmado por los tres árbitros) o internacionalmente inadmisibles (como que los tres árbitros deberían ser de sexo masculino) (32).

Utilizando este criterio, parece claro que la anulación de Termorío por el Consejo de Estado colombiano lo ha sido por una causa atípica internacionalmente, pues como se señaló reiteradamente, la invalidación fue dispuesta por entender el Consejo de Estado que en Colombia, en esa época, no podía llevarse a cabo un **arbitraje** bajo las reglas de la CCI. Esta idea ha sido resumida por Jean Pierre Ancel en su informe en el caso Putrabali diciendo: "*Cuando el motivo de la anulación es de orden "local", muy ligado a las concepciones jurídicas nacionales, este motivo no se impone internacionalmente*" (33).

En definitiva, la solución concreta dada al caso Termorío resulta insatisfactoria, pues ha venido a convalidar una anulación causada en motivos internacionalmente inaceptables.

En cuanto a "Putrabali" muestra una solución razonable del caso, pero su caracterización del **arbitraje internacional** difícilmente encuentre recepción en otros países. Es que, aun cuando el futuro del **arbitraje** es su cada vez más evidente internacionalización, autonomización y deslocalización (34), para que ello se concrete será necesario adoptar los instrumentos **internacionales** que así lo consagren.

(1) Publicada en Revue de l'Arbitrage 2007-507, nota de Emmanuel Gaillard; por excepción, la publicación incluye el informe del Presidente Jean- Pierre Ancel, el que constituye una verdadera pieza de doctrina sobre la materia. Comentada por SERAGLINI, Christophe, en "Chronique Droit du l'Arbitrage", JCP G 2007-I-216.

(2) Publicada en francés en Revue de l'Arbitrage 2007-553, con nota de Jean Paulsson; la versión original en inglés puede consultarse en www.rivera.com.ar

(3) OPPETIT, Bruno, "Teoría del **arbitraje**", trad. de Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinosa y José Joaquín Caicedo Demolin, PUF-Legis, Colombia, 2006, ps. 185 y ss.

(4) Por ejemplo: el Código Civil de Québec regula el contrato de **arbitraje**; el Código Civil argentino prevé las cuestiones que no pueden ser materia de transacción y a él remiten las leyes procesales para determinar cuáles disputas no pueden ser sometidas a **arbitraje**.

- (5) Aunque esta idea ha sido replicada argumentando que esta supuesta deslocalización "consiste, en definitiva, en una multilocalización, es decir, en la sujeción del laudo a la ley de cada país en el cual es invocado", OPPETIT, Bruno, "Teoría del **arbitraje**", cit., ps. 191/192 y su cita de Mayer en nota 5.
- (6) MOURRE, Alexis, "Perspectivas del derecho de **arbitraje** en América Latina", Revista Athina, Lima, n° 3, año 2, 2007, pág. 193.
- (7) La Convención añade "o conforme a cuya ley" ha sido dictado el laudo; ello es coherente con la aplicabilidad de la Convención "...a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución" (art. 1.1, in fine) lo que se refiere al caso en que el acuerdo arbitral prevea que el **arbitraje** se rija por una ley distinta a la de la sede. De modo que un **arbitraje** llevado a cabo en Holanda bajo la ley alemana, daría lugar a un laudo no nacional en Holanda, y por ende ejecutable bajo las reglas de la Convención.
- (8) En el texto en inglés la convención dice: "Recognition and enforcement of the award may be refused". Algunos autores han destacado que en cambio la versión francesa dice: "La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées (...) que si...", de donde considera implícito que "en ces cas elles seront refusées". Esta idea ha sido rechazada por PAULSSON, Jan, "L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL)", Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, vol. 9-1, ps. 14 y ss., quien ha expuesto que las versiones española, china y rusa se ajustan a la inglesa, por lo que no sería admisible una "excepción francesa".
- (9) SCHWARTZ, Eric A., citado por PAULSSON, ob. cit.
- (10) Los hemos expuesto en RIVERA, Julio César, "**Arbitraje** Comercial. **Internacional** y Doméstico", Lexis Nexis, Bs.As., 2007, cap. XIII, n° 12B, f. (iii).
- (11) Cour de Cassation, "Pabalk Ticasret Sirketi v. Norsolor SA", 9/10/1984, Revue de l'Arbitrage 1985-431, con nota de Berthold Goldman.
- (12) Comentados por ZULETA JARAMILLO, Eduardo, "El reconocimiento y ejecución **internacionales** de laudos anulados"; en "De acuerdo", Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, nro. 7, 2002; ver también Cour d'Appel Paris, 24/2/1994, "Ministère de Travaux Publics de la Tunisie/Société Bec Frères", Revue de l'Arbitrage 1995-275, con nota de Y. Gaudemet, caso en el cual se acordó reconocimiento a la sentencia arbitral pese a la anulación por juez de Túnez de la cláusula arbitral.
- (13) Cour de Cassation, 23/3/1994, "Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)", Revue de l'Arbitrage 1994-327, con nota de Charles Jarrosson.
- (14) Además, la corte estatal suiza había anulado el laudo por arbitrario, y ello no está contemplado como causal de nulidad del laudo en el derecho francés.
- (15) ZULETA JARAMILLO, Eduardo, "El reconocimiento...", cit.
- (16) Cour d'Appel Paris, 14/1/1997, Revue de l'Arbitrage 1997-395, con nota de Philippe Fouchard; Cour de Cassation, 17/10/2000, "Issakha N'Doye v. ASECNA", citado por ZULETA JARAMILLO, Eduardo, El reconocimiento..., cit.
- (17) En concreto, las partes habían convenido que la disputa se resolvería por aplicación de la ley egipcia; el Tribunal Arbitral decidió —por mayoría— que el contrato que vinculaba a las partes había sido resuelto por culpa de la parte egipcia, aplicando el Código Civil; el tribunal judicial de El Cairo dijo que el contrato era administrativo y que, por lo tanto, debió dilucidarse la causa no por aplicación del Código Civil, sino de acuerdo con el derecho administrativo egipcio. Al no haberlo hecho así, el Tribunal Arbitral había omitido aplicar la ley convenida por las partes, lo que es una causal de anulación según el art. 53.1.d), ley egipcia de **arbitraje**.
- (18) Cour d'Appel Paris, 14.1.97, Chromalloy, Revue de l'Arbitrage 1997-395, nota de Philippe Fouchard.
- (19) GAILLARD, Emmanuel, "La jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d'arbitrage international", Revue de l'Arbitrage 2007-697, en particular n° 2 en pág. 700.
- (20) Con lo cual, dice Seraglino, se opera una suerte de "relocalización" del laudo, en este caso, en el Estado en el cual se pide el reconocimiento y ejecución.
- (21) GAILLARD, nota citada.
- (22) SERAGLINI, ob. cit.
- (23) United States District Court, District of Columbia, Chromalloy, 31/7/1996.
- (24) Ya hemos recordado que en el texto en inglés la convención dice: "Recognition and enforcement of the award may be refused".
- (25) ZULETA JARAMILLO, Eduardo, "El reconocimiento **internacional** de laudos anulados", JA 1/8/2007.
- (26) United States District Court, District of Columbia, "Termorio SA ESP, et al.", "Plaintiffs v. Electricadora del Atlántico SA ESP, et al.", Defendants, No. Civ.A. 03-2587 (PLF), 17/3/2006, F.Supp.2d, 2006 WL 695832 (DDC); publicada en francés en Revue de l'Arbitrage 2006-786, nota de Jan Paulsson.
- (27) Conf. Gaillard, su nota a Putrabali, lug. cit. Esas diferencias son: en primer lugar, no hay una parte de los Estados Unidos de América involucrada en este caso, como la había en Chromalloy; en segundo lugar, no hay jurisdicción bajo la excepción de actividad comercial del Foreign Sovereign Immunities Act en este caso, como lo hubo en Chromalloy; en tercer lugar, en el caso "Chromalloy" fue fundamental para la decisión el pacto arbitral de conformidad con el cual la decisión sería final y obligatoria y no sujeta a apelación, pacto que no existía en esos términos en el caso "Termorio", donde simplemente se decía que el laudo sería obligatorio, pero no decía que era final ni había renuncia a la apelación; y finalmente, en el caso "Chromalloy" los reclamantes solicitaron el reconocimiento del laudo antes de que Egipto presentara la solicitud de anulación y hay, al decir de la Corte, una clara política de favorecimiento a quien demanda primero en el tiempo.
- (28) La traducción de la sentencia al castellano es de ZULETA JARAMILLO, Eduardo, "El reconocimiento...", cit. en nota 46.
- (29) En el caso, la Corte de Columbia dijo que para que una decisión judicial extranjera fuera contraria al orden público de los Estados Unidos, tenía que ser repugnante frente a nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado en que se solicita el reconocimiento, situación que no se daba en el caso de la sentencia del Consejo de Estado Colombiano.
- (30) Ver los datos de publicación en nota 2.
- (31) V. la nota de Jan Paulsson en Revue de l'Arbitrage 2007-559.
- (32) PAULSSON, Jan, "L'exécution...", cit., p. 14.
- (33) Ancel, informe citado, Revue de l'Arbitrage 2007-508, en particular en página 511; allí mismo el informe de Ancel sigue señalando con relación al affaire Chromalloy que en esa época el derecho de Egipto autorizaba la nulidad del laudo por no mencionarse la dirección de los árbitros; que en el caso Hilmarton la sentencia suiza había sido anulada por motivos relatados al fondo, motivos que luego desaparecieron de la ley suiza; y en el caso "Putrabali" —que es aquél que se juzgaba en ese momento— la anulación por la High Court se fundaba en que los árbitros habían aplicado mal el derecho inglés.
- (34) MOURRE, ob. cit.; en el mismo sentido FERNANDEZ ROZAS, Juan Carlos, "El **arbitraje internacional** y sus dualidades", Anuario Argentino de Derecho **Internacional**, Córdoba (Argentina), XV-2006, págs. 1 y sigs.