

# Nuevas tendencias en el reconocimiento y la ejecución de laudos anulados en la sede del arbitraje



**FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú,  
Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale,  
Decano de la Facultad de Derecho y Profesor de Arbitraje Comercial y Arbitraje de las Inversiones de la Universidad del Pacífico.

Miembro del Board of Reporters del Institute of Transnational Arbitration (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), de la Association for International Arbitration (AIA), de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje y del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional (CARAT). Miembro de la lista de árbitros del Energy Arbitrators' list.

**JOSE LUIS REPETTO DEVILLE**

Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

## SUMARIO:

- I. Breve panorama de la convención de Nueva York: objetivos, desarrollos.
- II. Marco normativo aplicable a los laudos anulados en la sede.
- III. Los principales enfoques adoptados por distintas jurisdicciones para enfrentar este tema.
  1. La solución francesa.
    - 1.1. Norsolor.
    - 1.2. Hilmarion.
    - 1.3. Putrabali.
  2. La solución de los países parte de la convención europea.
  3. La solución estadounidense.
    - 3.1. Chromalloy.
    - 3.2. Baker marine.
    - 3.3. Termorio.
    - 3.4. Pemex.
    - 3.5. Thai lao.
  4. La solución holandesa.
    - 4.1. Yukos.
- IV. ¿Hacia dónde entendemos que debería moverse la jurisprudencia en el futuro?
  1. Reconocer laudos anulados sin darle importancia a la decisión de anulación, bajo el razonamiento de que los laudos serían "deslocalizados".
  2. Reconocer laudos anulados siempre que la decisión de anulación sea una "International Standard Anullment".
  3. Reconocer laudos anulados siempre que la decisión de anulación atente contra el orden público internacional del lugar donde se pretende el reconocimiento.
- V. Conclusiones.



Dos recientes pronunciamientos judiciales de las cortes norteamericanas<sup>1</sup> han vuelto a poner en debate una de las más interesantes discusiones del arbitraje comercial internacional: ¿Se puede reconocer y ejecutar<sup>2</sup> un laudo que previamente ha sido anulado en la sede del arbitraje?

El Perú es parte de la Convención de Nueva York y nuestra regulación en materia de reconocimiento y ejecución de laudos se ajusta a lo dispuesto en este Tratado y a las previsiones de la Ley Modelo de UNCITRAL. Tarde o temprano, las cortes peruanas van a tener que enfrentarse a una situación como la que es materia de este comentario, razón más que suficiente para explorar en este artículo si es que se puede reconocer un laudo anulado en la sede del arbitraje. Nuestra posición es que de acuerdo a la regulación arbitral vigente en el Perú y en países que han adoptado regulaciones similares a la Ley Modelo de UNCITRAL, salvo en ciertos específicos supuestos que serán desarrollados en este artículo, no procede el reconocimiento

de un laudo anulado en la sede.

El presente artículo se divide de la siguiente manera: En la sección I, analizaremos brevemente la Convención de Nueva York, en especial los principales desarrollos que contiene. En la sección II, describiremos el marco normativo aplicable a los laudos anulados en la sede. En la sección III, identificaremos los principales enfoques adoptados por distintas jurisdicciones alrededor del mundo para enfrentar este tema. En la sección IV, plantearemos hacia dónde entendemos que debería moverse la jurisprudencia en el futuro. En la sección V, brindaremos las conclusiones correspondientes.

## I. BREVE PANORAMA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK: OBJETIVOS, DESARROLLOS

No nos equivocamos al afirmar que la Convención de Nueva York de 1958 es uno de los pilares del arbitraje comercial internacional<sup>3</sup>. Hoy en

1. Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. PEMEX – Exploración y Producción, United States District Court, Southern District of New York, Caso N° 10 Civ. 206 (AKH), 27 de agosto de 2013 y Thai-Lao Lignite Co., Ltd. & Hongsa Lignite Co., Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic, United States District Court, Southern District of New York, N° 10-CV-5256 (KMW) 6 de febrero de 2014.

2. Sobre las diferencias entre reconocimiento y ejecución, ver: LEW, Julian D. M. y MISTELIS, Loukas A. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, pp. 691-692:

*"In most cases the enforcement of awards assumes their recognition and the two terms appear as if they were intertwined. This is partly so because the New York Convention and other relevant provisions refer to "recognition and enforcement". Generally, when an award is enforced it is also recognised. There may, however, be instances where an award is recognised but not enforced. As a consequence a distinction may be made between recognition and enforcement.*

*Recognition is the national court proceedings which amount to a judicial decision, often called an exequatur. In many cases these proceedings are not full-fledged, but summary proceedings confirming the award. The exequatur acknowledges the existence of the arbitration and recognises the decision of the tribunal. Recognition has been described as a defensive process which acts as a shield.*

*Recognition may be useful when the unsuccessful party initiates court proceedings for any or all of the issues dealt with in the arbitration award. Recognition of the award will prevent court proceedings from being held in respect of decided matters. Recognition may be useful for tax or financial reasons; a party may wish to have the award recognised so that there is evidence of a debt or receivables.*

*Enforcement is normally a judicial process which either follows or is simultaneous to recognition and gives effect to the mandate of the award. Enforcement may function as a sword in that the successful party requests the assistance of the court to enforce the award by exercising its power and applying legal sanctions should the other party fail or refuse to comply voluntarily. The type of sanctions available will vary from country to country and may include seizure of the award debtor's property, freezing of bank accounts or even custodial sentences in extreme cases."*

3. En efecto, Van den Berg sostiene que la Convención de Nueva York es: "the cornerstone of current international commercial arbitration". VAN DEN BERG, A. *The New York Arbitration Convention of 1958*. 1981. LORD MUSTILL, Michael. "Arbitration: History and Background". En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 6, N° 2. 1989, pp. 43-

dia, no se puede hablar de arbitraje sin nombrar a este Tratado. La Convención de Nueva York sentó las bases de las reformas de las leyes arbitrales e impulsó la emisión de la Ley Modelo de UNCITRAL<sup>4</sup>. Es el instrumento por excelencia a nivel del arbitraje internacional y sirvió de base para posteriores tratados continentales sobre la materia. En efecto, en Europa con la Convención Europea de 1961 y en América, con la Convención de Panamá de 1975.

La Convención de Nueva York se aprueba en un momento en el que era necesario incrementar el comercio internacional<sup>5</sup>, justo luego de culminada la Segunda Guerra Mundial cuando se da un

crecimiento importante del tráfico internacional de bienes y servicios<sup>6</sup>. La globalización y el flujo de inversiones entre países comienzan a ser una constante, los contratos internacionales se multiplican y, obviamente, las controversias siguen la misma suerte y requieren de reglas previsibles y, en lo posible, uniformes.

La Convención de Nueva York consolida un marco internacional idóneo para la práctica del arbitraje que resulta eficaz y práctico para las necesidades de los diversos actores que se desenvuelven en este contexto de expansión del comercio internacional<sup>7</sup>. Como bien señalan Born y Gaillard, esto se logró al facilitar la eje-

49: "This Convention has been the most successful international instrument in the field of arbitration, and perhaps could lay claim to be the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law"; SCHWEBEL, Stephen M. "A Celebration of the United Nations New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards". En: *Arbitration International*, Vol. 12, N° 1. Kluwer Law International, 1996, pp. 88-89: "A sixth generality is that the New York Convention works. For the most part it works well. Foreign arbitral awards are regularly recognized and enforced the "world over. Awards are paid, if necessary with the assistance of local courts"; y, BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Segunda Edición. Kluwer Law International, 2014, p. 99: "Generally referred to as the "New York Convention," the treaty is by far the most significant contemporary legislative instrument relating to international commercial arbitration. It provides what amounts to a universal constitutional charter for the international arbitral process, whose sweeping terms have enabled both national courts and arbitral tribunals to develop durable, effective means for enforcing international arbitration agreements and arbitral awards. The Convention also provided the basis for most contemporary national legislation governing the international arbitral process, and in particular the UNCITRAL Model Law, which has implemented and elaborated upon the Convention's basic principles and legal framework".

4. Pieter Sanders comenta que: "First of all I would like to draw attention to the harmonizing effect the New York Convention has had on national arbitration legislation. This development was not foreseen in 1958. It is thanks to the UNCITRAL Model Law of 1985 which virtually repeats the grounds for refusal of enforcement of the New York Convention in its model for national arbitration legislation. This was done not only for the grounds for the refusal of enforcement of an award but virtually the same grounds apply as grounds for the setting aside of an award. The Model Law has by now been adopted by some 28 States of which 10 also did so for domestic arbitration. Therefore, the impact of the New York Convention on the Model Law has been considerable". SANDERS, Pieter. "The History of the New York Convention". En: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, Vol. 9. Paris: Kluwer Law International, 1998, p. 13.
5. BORN, Gary. Op. Cit., p.100: "The Convention was adopted -like many national arbitration statutes- specifically to address the needs of the international business community and international trade and commerce".
6. SAVAGE, John y GAILLARD, Emmanuel. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 122: "Following World War II and the subsequent growth of international trade, the weaknesses of the 1927 Geneva Convention, which neither the United States nor the Soviet Union had ratified, became very apparent. It needed to be revised if arbitration was to become an efficient means of resolving international disputes".
7. Emmanuel Gaillard y Fernández Arroyo sostienen que: "En las últimas décadas, el arbitraje se ha convertido en el mecanismo de solución de controversias ordinario para una enorme cantidad de relaciones jurídicas yendo desde las más simples transacciones comerciales a las más complicadas relaciones entre inversores y Estado". GAILLARD, Emmanuel y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. "Cuestiones claves del arbitraje internacional: Introducción". En: GAILLARD, Emmanuel y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Ed.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2013, p. 1.

cución de acuerdos arbitrales internacionales<sup>8</sup> y laudos arbitrales internacionales<sup>9</sup>.

Los principales desarrollos de esta Convención son notorios. Mencionaremos brevemente los más significativos que interesan a este trabajo: (i) la abolición del doble exequátur; (ii) la inversión de la carga de la prueba acerca de la validez del laudo; (iii) la armonización de las causales para denegar el reconocimiento del laudo; (iv) el principio de máxima eficacia; y (v) el establecimiento de disposiciones en pro del reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros.

En primer lugar, la Convención de Nueva York abolió el doble exequátur<sup>10</sup>. En efecto, hasta antes de 1958 la regla era el doble exequátur<sup>11</sup>. En efecto, bajo el anterior Tratado, la Convención de Ginebra de 1927, para que el laudo pudiera ser reconocido requería que previamente fuera ejecutado por las cortes del foro del arbitraje.

Una vez que ello sucediera recién se podía intentar el reconocimiento en un Estado extranjero. La Convención de Nueva York eliminó la necesidad de ejecutar el laudo en el foro del arbitraje<sup>12</sup>.

En segundo lugar, la Convención de Nueva York invirtió la carga de la prueba acerca de la validez del laudo<sup>13</sup>. Hasta antes de 1958, la parte que solicitaba el reconocimiento del laudo debía probar que era válido<sup>14</sup>. Conforme a la Convención de Nueva York, el laudo se reputa válido y es la parte que se opone al reconocimiento quien tiene la carga de probar que el laudo se encuentra incurso en alguna de las causales para denegar el reconocimiento.

En tercer lugar, la Convención de Nueva York armonizó las causales para denegar el reconocimiento de laudos extranjeros. Hasta 1958 cada país era libre de establecer las causales para denegar el reconocimiento de un laudo extranjero.

8. BORN, Gary. *Op. Cit.*, p. 230: "one of the basic purposes of the New York Convention, as ultimately drafted, was to facilitate the enforcement of international arbitration agreements".
9. GAILLARD, Emmanuel. "El arbitraje internacional como un sistema transnacional de justicia". En *Forseti* N° 1. Lima, 2014, p.16.
10. SANDERS, Pieter. *Op. Cit.*, pp. 11-14.
11. Al respecto, Pieter Sanders redactor de la Convención de Nueva York, hace saber que: "The main elements of the 'Dutch proposal' were, first of all, the elimination of the double exequatur, one in the country where the award was made and another one in the country of the enforcement of the award. Under the Geneva Convention we always requested both. It is logical to require an exequatur only in the country where enforcement of the award is sought and not in the country where the award is made but no enforcement is sought. I remember that the disappearance of the double exequatur was so warmly welcomed during the Conference that the suggestion was made to create a new cocktail: the 'double exequatur'. *Ibid.*, p. 12.
12. Claro está que de acuerdo al propio texto de la Convención de Nueva York (artículo VI), se puede solicitar a la Corte donde se pretende reconocer el laudo, que se diferiera el pronunciamiento hasta que termine el proceso de anulación en la sede del arbitraje: "Artículo VI, Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías".
13. Nuevamente Pieter Sanders comenta que: "Another element of the proposal was to restrict the grounds for refusal of recognition and enforcement as much as possible and to switch the burden of proof of the existence of one or more of these grounds to the party against whom the enforcement was sought. This again stands to reason because the grounds for refusal deal with exceptional cases. Logically, these grounds should be invoked by the party who opposes the exequatur. All of this is reflected in Art. V, the heart of the Convention". SANDERS, Pieter. *Op. Cit.*, pp. 12-13.
14. SAVAGE, John y GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 124: "As regards the conditions for recognition and enforcement of awards, the New York Convention makes significant progress in two areas as compared to the 1927 Geneva Convention. First, the burden of proof is reversed: once the award and arbitration agreement have been submitted by the party applying for recognition and enforcement of the award (Art. IV), the party opposing enforcement must prove why the award should not be enforced against it (Art. V)".

Así, no es difícil imaginar que los Estados menos integrados al comercio internacional autorizaban a sus Cortes a revisar el mérito de lo decidido por los árbitros<sup>15</sup> o aplicaban estándares locales. Frente a ello la Convención de Nueva York establece siete causales para denegar el reconocimiento, cinco que deben ser alegadas y probadas por la parte que apela a estas<sup>16</sup> y dos que pueden ser apreciadas de oficio por el Poder Judicial<sup>17</sup>.

En cuarto lugar, es indiscutido que la Convención de Nueva York permite a los Estados

establecer legislación o acordar tratados que contengan reglas más favorables para el reconocimiento y la ejecución de laudos<sup>18</sup>. A esto se le conoce como el principio de máxima eficacia y es otro de los pilares de la Convención de Nueva York<sup>19</sup>. Según Fouchard, Gaillard y Goldman, el principio de máxima eficacia, innova en solucionar dos tipos de problemas:

- a. Primero, soluciona los conflictos entre tratados. De acuerdo a la Convención de Nueva York, no prevalece el tratado más

15. Sobre este punto, ver: BORN, Gary. *Op. Cit.*, p. 707: "It is an almost sacrosanct principle of international arbitration that courts will not review the substance of arbitrators' decisions contained in foreign or nondomestic arbitral awards in recognition proceedings. Virtually every authority acknowledges this rule and virtually nobody suggests that this principle should be abandoned. When national courts do review the merits of awards they labor to categorize their action as an application of public policy, excess of authority, or some other Article V exception, rather than purporting to justify a review of the merits".

16. Las causales que deben ser alegadas se encuentran listadas en el artículo V.1 de la 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

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

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

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia".

17. Las causales que pueden ser apreciadas de oficio por los tribunales de justicia se encuentran contenidas en el artículo V.2 de la Convención de Nueva York: "2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país".

18. BORN, Gary. *Op. Cit.*, p. 233: "Article VII makes it clear that nothing in the Convention limits a party's rights to enforce an arbitration agreement under national laws, where these are more favorable than the terms of the Convention itself".

19. *Ibid.*, p. 233: "This 'savings provision' is of fundamental importance to the purpose and structure of the Convention, confirming its objective of facilitating, not restricting, the recognition and enforcement of international arbitration agreements".

específico o el más reciente, sino que prima el tratado más favorable al reconocimiento y la ejecución del laudo<sup>20</sup>.

- b. Segundo, elimina los problemas entre las normas internas y las normas internacionales. Se aplican las disposiciones más favorables, sin importar si la norma más favorable se encuentra en la legislación interna o en el Tratado<sup>21</sup>.

En quinto lugar, la Convención de Nueva York es claramente una norma que busca promover el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros. Esto es reconocido en la doctrina<sup>22</sup> e, incluso, en la jurisprudencia<sup>23</sup>.

## II. MARCO NORMATIVO APLICABLE A LOS LAUDOS ANULADOS EN LA SEDE

En materia de reconocimiento de laudos anulados en la sede del arbitraje, la Convención de Nueva York<sup>24</sup> establece lo siguiente:

### "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:

(...)

- e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente

20. SAVAGE, John y GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 133: "First, it resolves conflicts between international conventions: the convention which prevails is neither the most recent, nor the most specific, but instead that which is most favorable to enforcement of the award. This ties in with the idea of the "maximum effectiveness" of each treaty".

21. *Ibid.*, p. 134: "The second type of conflict avoided through the application of the "more-favourable-right provision" is that between the rules of the New York Convention and those of the law of the contracting state in which the award is to be enforced. The traditional solution to such a conflict, whereby international treaties prevail over national laws, is thus rejected. The contracting states clearly intended that the Convention provide only the minimum level of protection for the beneficiary of the award".

22. BORN, Gary. *Op. Cit.*, p. 414: "Given these various aspects of the New York Convention, a wide range of authorities have concluded that the Convention establishes an avowedly "pro-enforcement" approach towards the recognition of foreign awards".

23. Respecto a los pronunciamientos judiciales Gary Born presenta numerosa evidencia: "This pro-enforcement orientation has been recognized in judicial decisions in common law jurisdictions, including the United States, England, Canada, Ireland, Singapore, Hong Kong, India and Australia. In the words of one English decision, there is "a pre-disposition to favour enforcement of New York Convention Awards... even when a ground for refusing enforcement is established, the court retains a discretion to enforce the award". Or, as U.S. decisions have concluded: "The Convention and its implementing legislation have a pro-enforcement bias, a policy long-recognized by the Supreme Court" and "courts have developed a "general pro-enforcement bias" "which applies "with special force in the field of international commerce".

Civil law jurisdictions have similarly recognized the Convention's "pro-enforcement" objectives. That is true of courts in Germany, France, Switzerland, Italy, the Netherlands and elsewhere. A Luxembourg decision is representative, holding that "the principle of favor arbitrarium which permeates the Convention led its drafters to promote enforcement as much as possible". Similarly, a decision of the Jerusalem District Court concluded that the recognition and enforcement of foreign awards is "international public policy". *Commentary on the Convention is to the same effect*". *Ibid.*, pp. 414-415.

24. Del mismo modo, la Convención de Panamá de 1975 establece que:

### "Artículo 5

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

(...)

- e. Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia".

*del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”.*

En un sentido similar, la Ley Modelo de UNCITRAL dispone lo siguiente:

*“Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución*

*1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:*

*(...)*

*v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o”*

Del mismo modo, la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), establece que:

*“Artículo 75.- Causales de denegación*

*(...)*

*2. Sólo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba:*

*(...)*

*e. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado ese laudo”.*

A partir de una lectura literal de las disposiciones citadas, no cabría reconocer un laudo que haya sido anulado por la autoridad judicial competente del país sede de ese arbitraje.

Esto significa que si el laudo fue “anulado” en un Estado que no fue el de la sede del arbitraje, ese laudo se podrá reconocer. En efecto, existen por lo menos dos casos reportados (Castillo Bozo<sup>25</sup> y Karaha Bodas<sup>26</sup>) en los que el Poder Judicial de un Estado distinto al de la sede del arbitraje “anuló” el laudo y, sin embargo, esta decisión no se consideró vinculante.

Por otro lado, parecería nuevamente a partir de una interpretación literal de estas normas, que existe una facultad discrecional para aplicar o no las causales de denegación del reconocimiento de un laudo (incluida la causal de laudo anulado en la sede). La razón de esto es que mientras el texto en francés del Tratado de Nueva York denota obligatoriedad (*“n’oseront... que si”*), los textos en inglés (*“may”*) y en español (*“podrá”*) evidenciarían discreción.

Sobre este particular, Van den Berg, quizás el más estudioso de la Convención de Nueva York, señala que *“the reliance on the verb ‘may’ is a view expounded by some scholars. But, to my knowledge, there is not a single court that has used a discretionary power under Article V(1) of the Convention, granting enforcement of an award set aside in the country of origin”*<sup>27</sup>.

Como bien ilustra Van den Berg, no existe una sola Corte que haya aplicado la supuesta facultad discrecional que otorgaría el artículo V de

25. Juan José Castillo Bozo, v. Leopoldo Castillo Bozo and Gabriel Castillo Bozo, Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito del Sur de Florida, 23 de mayo de 2013 (1:12-cv-24174-KMW). En este caso, la sede del arbitraje era Miami. El laudo fue “anulado” en Caracas. Sin embargo, la Corte norteamericana no consideró válida la anulación de las cortes venezolanas y siguió adelante con la ejecución del laudo.

26. Karaha Bodas Co., LLC Plaintiff v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, Corte de Apelación del Quinto Circuito, Estados Unidos de América, 23 de marzo de 2004 (364F.3d 274). En este caso, la sede del arbitraje fue Suiza. El laudo, sin embargo, fue “anulado” por las cortes de Indonesia. El laudo fue reconocido en Texas, porque las cortes de Indonesia no podían anular válidamente un laudo emitido en Suiza.

27. VAN DEN BERG, Albert Jan, “Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?” En: ICSID Review, 2014, p. 16.

la Convención de Nueva York. Más bien, todas las decisiones reportadas que han reconocido laudos anulados en la sede del arbitraje han llevado la discusión no a la existencia de una supuesta facultad discrecional, sino a la aplicación del principio de máxima eficacia (aplicación de leyes arbitrales más favorables al arbitraje), a la aplicación de estándares locales no aceptados en la comunidad internacional o a la violación del orden público internacional por parte de las Cortes de la sede del arbitraje.

En otras palabras, que las Cortes al momento de resolver no utilicen la supuesta facultad discrecional, revela que no es un argumento convincente para ellas.

### III. LOS PRINCIPALES ENFOQUES ADOPTADOS POR DISTINTAS JURISDICCIONES PARA ENFRENTAR ESTE TEMA

#### 1. La solución francesa.

Francia es la pionera en reconocer laudos anulados en la sede del arbitraje. Y lo hace en base a dos razones: Primero, porque su legislación arbitral no contiene una norma que prohíba el reconocimiento de laudos anulados en la sede. Segundo, porque de acuerdo al derecho francés, el arbitraje internacionales un sistema transnacional de justicia que no se encuentra vinculado a ningún Estado. Analizaremos seguidamente estos argumentos.

En primer lugar, de acuerdo al derecho francés, no es causal para denegar el reconocimiento que el laudo haya sido anulado en la

sede del arbitraje. En efecto, los artículos 1520 y 1525 del Código Procesal Civil francés disponen lo siguiente<sup>28</sup>:

#### \*Art. 1525

*La resolución que decida una demanda de reconocimiento o de exequátur de un laudo dictado en el extranjero es susceptible de apelación.*

*La apelación habrá de interponerse dentro del plazo de un mes a contar desde la notificación de la decisión.*

*Las partes podrán, no obstante, acordar otro medio de notificación cuando la apelación se formule contra el laudo al que se haya conferido el exequátur.*

*La Corte de Apelación no podrá denegar el reconocimiento o el exequátur de un laudo salvo en los casos previstos en el art. 1520\*.*

#### \*Art. 1520

*El recurso de anulación solo prosperará si:*

- 1° *El Tribunal arbitral se declaró competente o incompetente de forma errónea; o*
- 2° *El Tribunal arbitral fue constituido de manera irregular; o*
- 3° *El Tribunal arbitral ha resuelto sin limitarse a la misión que le fue confiada; o*
- 4° *No se ha respetado el principio de contradicción; o*
- 5° *El reconocimiento o ejecución del laudo es contrario al orden público internacional\*.*

Como se aprecia, de acuerdo al derecho francés es posible reconocer un laudo que ha sido anulado en la sede. Ello por cuanto el derecho

28. Decreto N° 2011-48 del 13 de enero de 2011, relativo a la Reforma del Arbitraje. A esta misma solución se llegaba bajo la anterior normativa Decreto N° 81-500 del 12 de mayo de 1981: "1502: Sólo podrá recurrirse en apelación la resolución que otorgue el reconocimiento o la ejecución en los supuestos siguientes:

1. *Si el árbitro se ha pronunciado sin que existiera convenio arbitral o sobre la base de un convenio nulo o caducado;*
2. *Si el Tribunal Arbitral se ha constituido de forma irregular o si el árbitro único ha sido designado también de forma irregular;*
3. *Si el árbitro se ha pronunciado sin atenderse a la misión que le hubiere sido encomendada;*
4. *Si el reconocimiento o la ejecución resultan contrarios al orden público internacional\*.*

francés es más favorable para el reconocimiento y la ejecución de laudos que la Convención de Nueva York. Esto ha sido refrendado por las cortes francesas en diversas oportunidades. A continuación describiremos brevemente los casos más emblemáticos: Norsolor, Hilmarton y Putrabali.

### 1.1. Norsolor<sup>29</sup>.

El caso Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirkati c. Société Norsolor fue decidido por la Corte de Casación francesa en 1984. Este caso trata de un laudo dictado en Austria que fue anulado por la Corte de Apelaciones de Viena, porque los árbitros debían resolver en derecho y lo hicieron aplicando la *lex mercatoria*. En una primera instancia, la Corte de Apelaciones de París decidió no reconocer y ejecutar el laudo, bajo la causal V.1.e. de la Convención de Nueva York.

Sin embargo, la Corte de Casación de Francia decidió reconocer el laudo que había sido anulado en Viena, en aplicación del artículo VII de la Convención de Nueva York, que permite aplicar su derecho nacional por ser más favorable al reconocimiento de laudos extranjeros:

*"Whereas, according to Art. VII of the New York Convention, the Convention does not deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon; as a result, the judge cannot refuse enforcement when his own national legal system permits it, and, by virtue of Art. 12 of the New Code of Civil Procedure, he should, even ex officio, research the matter if such is the case".*

### 1.2. Hilmarton<sup>30</sup>.

Este caso se originó por una controversia derivada de un contrato de consultoría para el

gobierno de Argelia suscrito en 1980, en el que una de las partes reclamaba el pago de unos honorarios. Dicho contrato contenía un convenio arbitral CCI, cuya sede era Ginebra, Suiza. Una vez que se emitió el laudo, éste fue anulado en Suiza. Sin embargo, una de las partes (OTV) intentó el reconocimiento y la ejecución del laudo en Francia. La Corte de Casación Francesa siguiendo el razonamiento del caso Norsolor expresó lo siguiente:

*"[4] Further, the lower decision correctly held that, applying Art. VII of the [1958 New York Convention], OTV could rely upon the French law on international arbitration concerning the recognition and enforcement of international arbitration awards rendered abroad, and especially upon Art. 1502 NCCP, which does not list the ground provided for in Art. V of the 1958 Convention among the grounds for refusal of recognition and enforcement".*

Pero la Corte dio un paso más allá, al afirmar que el laudo internacional dictado en Suiza no está integrado al sistema legal de ese país, y que incluso puede subsistir indiferentemente si ha sido anulado. De hecho, la propia sentencia señaló lo siguiente:

*"[5] Lastly, the award rendered in Switzerland is an international award which is not integrated in the legal system of that State, so that it remains in existence even if set aside and its recognition in France is not contrary to international public policy".*

Como vemos, a partir de esta decisión, en Francia se empezó a reconocer la teoría de los laudos deslocalizados, anacionales o transnacionales, no anclados a la sede del arbitraje. Esta postura lograría su reconocimiento final a través del siguiente pronunciamiento que comentaremos.

29. Pabalk Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A., Cour de Cassation First Civil Chamber, 9 de octubre de 1984.

30. Hilmarton Ltd. v. Omnium de traitement et de valorisation - OTV, Cour de Cassation, 23 de marzo de 1994.

31. PT Putrabali Adyamulia v. Renua Holdings y otros, Cour de Cassation, First Civil Chamber, 29 de junio de 2007.

### 1.3. Putrabali<sup>32</sup>.

Este es el caso más emblemático de reconocimiento de laudos anulados en la sede por parte de las cortes francesas y que ha abierto la discusión acerca de la teoría del arbitraje como un sistema transnacional de justicia<sup>33</sup>.

Este caso se originó en un contrato de compraventa internacional de mercaderías, en virtud del cual la sociedad indonesia Putrabali Adyamulia (Putrabali) vendió un cargamento de pimienta blanca a Est Epices, (luego, Rena Holding). El Contrato contenía un convenio arbitral que permitía apelar ante una segunda instancia arbitral, conforme al Reglamento de la International General Produce Association (IGPA). Resulta que la carga se perdió en un naufragio y Rena Holding se negó a pagar el precio. Putrabali inició un arbitraje en Londres. El 10 de abril de 2001, el tribunal arbitral emitió laudo en segunda instancia que encontró no responsable a Rena Holding por su incumplimiento del pago. Putrabali interpuso un recurso de anulación ante la Corte de Apelaciones de Londres, quien anuló el laudo al considerar que Rena Holding sí había incumplido el Contrato. El 21 de agosto de 2003, un nuevo tribunal arbitral emitió un segundo laudo que sustituyó al laudo de 2001, el cual resultó para Putrabali, obligando a Rena Holding a pagar el precio establecido en el Contrato.

Rena Holding solicitó el reconocimiento y ejecución del laudo de 2001 en Francia. El Presidente del Tribunal de París de Primera Instancia concedió la ejecución del laudo. El 31 de marzo de

2005, la Corte de Apelaciones de París denegó la apelación de Putrabali y ejecutó el laudo.

La Corte de Casación de Francia<sup>34</sup> confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones de París. Esto porque: (i) el laudo internacional no se encuentra anclado a ningún sistema legal nacional y es una decisión de justicia internacional, y (ii) el principio de máxima eficacia que permite aplicar el derecho francés por ser más favorable para la ejecución de laudos, sobre todo aquellos anulados en la sede del arbitraje. En las propias palabras de la Corte:

*"[2] An international arbitral award, which is not anchored in any national legal order, is a decision of international justice whose validity must be ascertained with regard to the rules applicable in the country where its recognition and enforcement are sought.*

*[3] Under Art. VII of the [1958 New York Convention], Rena Holding was allowed to seek enforcement in France of the award rendered in London on 10 April 2001 in accordance with the arbitration agreement and the IGPA rules and could invoke the French rules on international arbitration, which do not provide that the annulment of an award in the country of origin is a ground for refusing recognition and enforcement of an award rendered in a foreign country".*

Estos dos párrafos son los que recogen la postura francesa sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos anulados en la sede del arbitraje. Frente a lo cual corresponde preguntarse: ¿Esta solución es compatible con lo que dispone la

32. Sobre esta interesante discusión, no dejar de consultar: REISMAN, W. Michael y RICHARDSON, Brian. "The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration". En: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.), *Arbitration: The Next Fifty Years*, ICCA Congress Series. Vol. 16. Kluwer Law International, 2012, pp. 17–65; GAILLARD, Emmanuel. "The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice". En: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.), *Arbitration: The Next Fifty Years*, ICCA Congress Series. Vol. 16. Kluwer Law International, 2012, pp. 66–73; y, RADICATI DI BROZZO, Luca G. "The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's Architecture of International Commercial Arbitration". En: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.), *Arbitration: The Next Fifty Years*, ICCA Congress Series. Vol. 16. Kluwer Law International, 2012, pp. 74–102.

33. PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding y otros, Cour de Cassation, First Civil Chamber, 29 de junio de 2007.

Convención de Nueva York y, además, con las legislaciones que siguen la Ley Modelo de UNCITRAL, como es el peruano? Creemos que no. Veamos por qué:

En primer lugar, la concepción transnacionalista del arbitraje contraviene la concepción territorialista que se sustentan tanto la Convención de Nueva York como la Ley Modelo de UNCITRAL, quienes le otorgan relevancia a la sede del arbitraje.

Autores como Emmanuel Gaillard sostienen que la concepción transnacional o autónoma del arbitraje basa su fundamento en "la actividad normativa colectiva de los Estados. Esta representación también corresponde a la fuerte percepción de los árbitros de que ellos no administran justicia de parte de ningún Estado en particular, sino que ellos juegan un rol judicial para el beneficio de la comunidad internacional"<sup>34</sup>. Sin embargo, lo cierto es que solo países como Francia reconocen esta concepción. La comunidad internacional no ha seguido esta aproximación.

En efecto, la Convención de Nueva York no establece nada sobre laudos anacionales o transnacionales. Los laudos se entienden dictados en algún territorio. Los laudos no se entienden como completamente desligados de un ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo I de la referida Convención establece lo siguiente:

#### \*Artículo I

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

2. La expresión "sentencia arbitral" no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.

Lo mismo puede decirse de la Ley Modelo de UNCITRAL y de los Estados que, como el Perú, la han adoptado.

#### 2. La solución de los países parte de la Convención Europea.

Los países parte de la Convención Europea de 1961<sup>35</sup> también han reconocido laudos anulados en la sede del arbitraje. De acuerdo al artículo IX de la Convención Europea<sup>36</sup>, cuando el laudo es anulado en la sede del arbitraje se deberá

34. GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, pp. 9-18.

35. Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ginebra, 21 de abril de 1961.

36. \*Artículo IX

##### *Declaración como nula de la sentencia arbitral*

1. La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado contratante, sólo en el caso de que tal anulación se hubiere llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cuya ley fue pronunciado el fallo arbitral y ello por una de las siguientes razones:

a) Las partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban, con sujeción a la ley a ellas aplicable, afectadas de una incapacidad de obrar, o dicho acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes o, en caso de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo; o

b) La parte que pide la anulación del laudo no había sido informada debidamente sobre el nombramiento del árbitro o sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, o le había sido imposible, por cualquier otra causa, hacer valer sus alegaciones o recursos; o

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria; o contiene decisiones sobre materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral

denegar su reconocimiento siempre que el laudo haya sido anulado por las mismas causales listadas en los numerales v.1.a, v.1.b, v.1.c. y v.1.d de la Convención de Nueva York. De esta manera, la Convención Europea de 1961, permite reconocer laudos que hayan sido anulados por causales exóticas o localistas.

Al menos se reporta un caso sobre este tema: *Kajo c. Radenska*<sup>37</sup>. La controversia se originó a raíz de un Contrato entre *Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH* (*Kajo*) y *DO Zdravilisce Radenska* (*Radenska*), en virtud del cual *Kajo* le otorgó a *Radenska* la exclusividad para producir y distribuir una bebida baja en calorías en Yugoslavia. El Contrato contenía una cláusula arbitral cuya sede era Yugoslavia. Resulta que se originó una controversia, y *Kajo* inició un arbitraje ante la *Foreign Trade Arbitration Court* de la Yugoslav Chamber of Commerce en Belgrado.

El tribunal arbitral emitió un laudo en el que ordenó pagar a *Radenska* una determinada suma de dinero, aplicando la ley de Yugoslavia al fondo de la controversia. *Radenska* inició un proceso para anular el laudo ante la Corte de Apelaciones de Maribor. El 3 de julio de 1992, la Corte Suprema de Eslovenia anuló el laudo al considerar que violaba su orden público, porque el contrato creaba, sino un monopolio, al menos una posición de dominio para *Kajo*. Mientras tanto *Kajo* intentó ejecutar el laudo en Austria.

La Corte Suprema de Austria en sentencia del 20 de octubre de 1993, decidió reconocer el laudo porque, a pesar que había sido anulado en un país que no era el sucesor de Yugoslavia, la anulación del laudo en Eslovenia por haber violado su orden público, no constituye una causal para denegar el reconocimiento del laudo bajo la Convención de Europea<sup>38</sup>.

de la cláusula compromisoria, entendiéndose, empero, que si las resoluciones del laudo que versen sobre cuestiones sometidas al arbitraje, puedan ser separadas o disociadas de aquellas otras resoluciones concernientes a materias no sometidas al arbitraje, las primeras podrán no ser anuladas; o

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

2. 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 1. e) del Convenio de Nueva York únicamente en los casos de anulación expuestos en dicho párrafo 1º.

37. *Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH v. DO Zdravilisce Radenska*, Oberster Gerichtshof, Corte Suprema de Austria, 20 de octubre de 1993.

38. *Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH v. DO Zdravilisce Radenska*, Oberster Gerichtshof, Corte Suprema de Austria, 20 de octubre de 1993: "[8]However, it is unnecessary to decide on this point as a plain reading of Art. IX shows that the setting aside of an arbitral award for violation of the public policy of the Contracting State where it was rendered does not appear among the grounds exhaustively listed in Art. IX(1) of the European Convention as justifying a refusal of recognition or enforcement of an arbitral award. In particular, contrary to the opinion of the Court of Appeal, [public policy] does not underlie letter (c) of Art. IX(1), which provides that enforcement or recognition shall be refused if the award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to page "922"arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration. Violation of public policy has nothing to do with the arbitration agreement or arbitration clause. While these latter are the conditions for the admissibility of the arbitration proceedings, a violation of public policy concerns the contents of the arbitral award.

[9] Furthermore, Klein (*Zeitschrift für Zivilprozess* (1963) p. 351 et seq.), taking into account the origin of the European Convention, persuasively demonstrated that a violation of public policy in the country of origin is not one of the grounds to be considered (in this sense also Schlosser, *Stein/Jonas, ZPO*, Sect. 1044, no. 134). He rightly noticed that this explains the insertion of the second paragraph of Art. IX of the European Convention, which provides that this limitation binds also the States which are parties to both the European Convention and the (New York Convention). For this reason, it is irrelevant that the New York Convention applies to Austria as well as to Slovenia due to Slovenia's continuation statement..., and that in this Convention the grounds for refusal of

### 3. La solución estadounidense.

Las Cortes norteamericanas, como veremos seguidamente, no han tenido una postura uniforme, aunque desde ya debemos de destacar una reciente jurisprudencia que, estamos seguros, dará mucho de qué hablar.

A continuación, describiremos brevemente los casos más emblemáticos de la jurisprudencia estadounidense: Chromalloy, Baker Marine, Termorio, Pemex y Thai Lao.

#### 3.1. Chromalloy<sup>39</sup>.

Chromalloy y Aeroservices, una empresa estadounidense y la República Árabe de Egipto, celebraron un contrato en virtud del cual la primera se obligó a proveer partes, mantenimiento y reparación de helicópteros. Este Contrato contenía un convenio arbitral cuya sede era El Cairo. Además, se pactó la aplicación del derecho egipcio.

Resulta que Egipto resolvió el Contrato y Chromalloy decidió iniciar el arbitraje. El tribunal arbitral ordenó a Egipto pagar más de 17 millones de dólares. Recurrido en anulación, el Poder Judicial Egipcio anuló el laudo, porque los árbitros no aplicaron el derecho sustantivo egipcio aplicable.

Sin embargo, una Corte norteamericana aceptó reconocer y ejecutar el laudo anulado en Egipto, aplicando para el efecto el artículo VII de la Convención de Nueva York. En base al principio de máxima eficacia, la Corte entendió que si bien el

gobierno de Egipto alegó que de conformidad con el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York y al artículo correspondiente de la ley norteamericana que incorporó dicho tratado, el laudo anulado en Egipto no debía ser reconocido y ejecutado, en base al artículo VII de la Convención de Nueva York podían aplicarse las disposiciones locales sobre la materia (Capítulo 1 de la Ley Federal de Arbitraje) y, por lo tanto, cabía reconocer y ejecutar el laudo.

#### 3.2. Baker Marine<sup>40</sup>.

En 1992 en Nigeria, Baker Marine, Danos y Chevron celebraron un contrato en virtud del cual las dos primeras se obligaron a proveer servicios a Chevron. Este contrato contenía un convenio arbitral con sede en Nigeria. Además, se acordó que el Contrato se interpretaba de acuerdo a las leyes de Nigeria.

Resulta que Baker Marine imputó a Chevron y a Danos incumplimientos contractuales, iniciándose un arbitraje en Laos, emitiéndose dos laudos, el primero ordenando a Danos a pagar 2.23 millones de dólares por daños y el segundo ordenando a Chevron a pagar 750 mil dólares.

Danos y Chevron trataron de anular los laudos. La Corte de Nigeria los anuló. En el caso de Chevron la Corte concluyó que los árbitros habían otorgado daños punitivos yendo más allá de lo pedido, habían admitido incorrectamente evidencia, realizado un laudo inconsistente, entre otros. La Corte encontró que el laudo de Danos tenía defectos de motivación.

*recognition or enforcement of arbitral awards are broader than in the European Convention. According to Art. IX(2) of the European Convention, the effect of paragraph 1 of Art. IX is to limit the application of Art. V(1)(e) of the New York Convention, which provides that the setting aside of the arbitral award is a ground for refusal without limitation, to the cases of setting aside set out in Art. IX(1) of the European Convention. The violation of public policy in the country of origin is not one of these grounds.*

*[10] Hence, according to Art. IX of the European Convention, the setting aside of the arbitral award ... is not a ground for refusal of enforcement. In the light of the above, it would be irrelevant if [the setting aside would be a ground for refusal] under the Enforcement Treaty; Radenska's arguments on this point do not need to be examined\*.*

39. Chromalloy Aeroservices, a Division of Chromalloy Gas Turbine Corporation v. Arab Republic of Egypt, Corte de Distrito, Distrito de Columbia, 31 de julio de 1996 (939 F. Supp. 907).

40. Baker Marine (NIG.) LTD. v. Chevron (NIG.) LTD. and Chevron Corp., Inc. v. Danos and Curole Marine Contractors, Inc., Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 12 de agosto de 1999 (191 F.3d 194).

Aun así, Baker Marine intentó el reconocimiento de los laudos en Nueva York (primera instancia), lo que fue denegado porque: *"no sería propio ejecutar un laudo bajo la Convención que ha sido anulado por las cortes nigerianas"*.

Por su parte, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó la denegación del reconocimiento de los laudos. Para la Corte, las partes acordaron someterse a las leyes de Nigeria y no a las leyes de los Estados Unidos. Asimismo, precisó que Baker Marine no probó que las Cortes nigerianas hubieran actuado de manera contraria a su ley y tampoco se habían evidenciado razones extraordinarias para rechazar la anulación practicada por los jueces nigerianos.

### 3.3. Termorio<sup>41</sup>.

Termorio celebró un contrato de suministro de energía con Electranta (una empresa estatal colombiana). Según el Contrato, Termorio era la encargada de suministrar energía a Electranta. El Contrato contenía una cláusula arbitral que remitía a las partes a un arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional, con sede en Barranquilla, Colombia. Iniciado el arbitraje, el tribunal arbitral en el laudo ordenó el pago de 60 millones de dólares a favor de Termorio. Electranta interpuso un recurso extraordinario ante el Consejo de Estado (máxima Corte administrativa de Colombia) quien anuló el laudo porque el arbitraje debía regirse bajo la ley Colombiana y de acuerdo a esta ley, no estaba permitido que el procedimiento arbitral de una empresa del Estado se rija por las reglas de arbitraje de la CCI.

Aun así, Termorio solicitó el reconocimiento del laudo ante las Cortes norteamericanas. La Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia denegó el reconocimiento. Según la Corte, las partes libremente sometieron sus controversias a ar-

bitraje bajo la aplicación de la ley de Colombia. La autoridad competente de dicho país anuló el laudo por ser contrario a la ley colombiana. La Corte estableció que no existe prueba que indique que el proceso judicial estuvo contaminado o que el juicio del Consejo de Estado no fue auténtico.

Asimismo, la Corte de Apelaciones indicó que al aplicar el artículo v.1.e. de la Convención de Nueva York, se debía tener muy en cuenta que la Convención permite que la jurisdicción primaria (de la sede del arbitraje) tenga diferentes razones para anular laudos. Por tanto, para reconocer un laudo anulado tendría uno que estar frente a una violación del orden público que repugne las nociones más básicas de lo que es decente y justo en el lugar donde se pide el reconocimiento. La Corte culminó señalando que este estándar es alto e infrecuente y que se aplica en casos límites. En ese sentido, la Corte concluye que Termorio no ha probado que la decisión del Consejo de Estado viole las nociones más básicas de justicia.

### 3.4. Pemex<sup>42</sup>.

En octubre de 1997, COMMISA, una empresa constructora y PEMEX, una empresa estatal mexicana, celebraron un contrato para construir e instalar dos plataformas de gas natural en la bahía de Campeche en el Golfo de México. Posteriormente en mayo de 2003, las partes celebraron otro contrato. Ambos contratos contenían un convenio arbitral que remitía sus futuras desavenencias a un arbitraje administrado de conformidad con las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en México D.F. En ambos contratos existía una cláusula que autorizaba a PEMEX a rescindir administrativamente los mismos, si COMMISA incumplía ciertas estipulaciones contractuales. Por su parte, los convenios arbitrales eran váli-

41. Termorio S.A. E.S.P. and Lease Co. Group, LLC v. Electranta S.P., et al., Corte de Apelación de Estados Unidos, Distrito de Columbia, 25 de mayo de 2007 (487 F.3d 928, 376 U.S. App. D.C. 242).

42. Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. PEMEX – Exploración y Producción, United States District Court, Southern District of New York, Case No. 10 Civ. 206 (AKH), 27 de agosto de 2013.

dos de acuerdo al estatuto de PEMEX y de acuerdo a la Ley Orgánica de esta empresa estatal.

Resulta que en marzo de 2004, las partes se imputaron recíprocamente incumplimientos contractuales. PEMEX decidió rescindir administrativamente el Contrato. Ante ello, COMMISA inició un arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional. De inmediato PEMEX objetó el arbitraje bajo el argumento que la rescisión administrativa no podía ser arbitrada por ser un acto de autoridad. El tribunal arbitral emitió un laudo de jurisdicción declarándose competente.

Súbitamente se modificaron las leyes en México. En diciembre de 2007, y mientras estaba vigente el arbitraje, se emitieron dos leyes. La primera, que establecía que los contratos públicos debían ser litigados ante una sala especial administrativa y que las desavenencias producto de las rescisiones administrativas debían litigarse ante dicha Corte en un plazo máximo de 45 días después de la rescisión. La segunda, establecía que la rescisión administrativa no era susceptible de ser arbitrada. Sin embargo, la referida norma no establecía si era aplicable a rescisiones administrativas efectuadas antes de su emisión.

El tribunal arbitral de la CCI emitió un laudo que ordenó a PEMEX pagar a COMMISA más de tres millones de dólares como indemnización. PEMEX, por su parte, solicitó la anulación del laudo ante las Cortes mexicanas. Las Cortes mexicanas denegaron el recurso de anulación y confirmaron el laudo.

No contento, PEMEX interpuso un recurso de amparo. La Corte de primera instancia denegó el amparo y confirmó el laudo. PEMEX apeló. La Corte de apelaciones ordenó a la corte de primera instancia que anule el laudo, porque el convenio arbitral era inválido. Esta Corte entendió que de acuerdo a las nuevas leyes emitidas mucho después de haberse pactado el arbitraje y de haberse iniciado el mismo, no era posible

arbitrar las controversias relacionadas a rescisiones administrativas. Mientras que ello ocurrió, los 45 días que tenía COMMISA para cuestionar la rescisión administrativa en sede judicial ya habían expirado, por lo que no tuvo ante quien sustentar su caso.

COMMISA solicitó el reconocimiento del laudo anulado en los Estados Unidos. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito decidió reconocer el laudo y no otorgarle deferencia a la decisión del Poder Judicial mexicano, señalando que esta violaba las nociones más básicas de justicia en Estados Unidos. La Corte de Apelaciones entendió que la decisión del Poder Judicial mexicano era repugnante, toda vez que cuando se anuló el laudo se aplicó una ley que no existía al momento que las partes contrataron (aplicación retroactiva) y que se dejó a COMMISA sin posibilidad efectiva de litigar sus controversias.

### 3.5. *Thai Lao*<sup>43</sup>.

En este reciente caso, Thai Lao y Hongsa, sociedades tailandesas, suscribieron con el Gobierno de Laos un Contrato de Desarrollo de un Proyecto. Este contrato contenía un convenio arbitral con sede en Malasia.

Resulta que el gobierno de Laos resolvió el Contrato. Ante ello, Thai Lao y Hongsa iniciaron un arbitraje. El tribunal arbitral resolvió que el gobierno de Laos había resuelto sin justa causa el contrato y concedió a los demandantes más de 52 millones de dólares por concepto de daños.

El Poder Judicial de Malasia (la sede del arbitraje) anuló el laudo sobre la base que las controversias no se encontraban dentro del alcance del convenio arbitral. Aun así, Thai Lao y Hongsa intentaron reconocer el laudo ante las cortes estadounidenses.

La Corte del Distrito del Sur de Nueva York denegó el reconocimiento del laudo. La Corte, luego

43. *Thai-Lao Lignite Co., Ltd. & Hongsa Lignite Co., Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic*, United States District Court, Southern District of New York, No. 10-CV-5256 (KMW), 6 de febrero de 2014.

de repasar los precedentes de los casos anteriormente citados, estableció que se puede reconocer un laudo cuando en la sentencia de anulación se evidencien circunstancias excepcionales o que violen las más básicas nociones de justicia. Cuando ello ocurra, la corte no puede darle deferencia a las decisiones del Poder Judicial extranjero. La Corte concluyó que las demandantes no habían acreditado que los alegados errores de las cortes de Malasia habían llegado al nivel de violar las más básicas nociones de moralidad y justicia, así como tampoco se acreditó la existencia de circunstancias excepcionales<sup>44</sup>.

¿Esta aproximación de las Cortes norteamericanas es compatible con lo dispuesto por la Convención de Nueva York y con los regímenes que siguen la Ley Modelo de UNCITRAL, entre ellas la peruana? Creemos que los razonamientos seguidos en los casos Baker Marine, Termorio, Pemex y Thai Lao son una buena aproximación sobre la materia. En primer lugar, debemos apreciar las condiciones sobre las cuales una parte elige arbitrar en un determinado país. Las partes deben ser conscientes que cuando eligen la sede del arbitraje, eligen el Poder Judicial que va a conocer la decisión de anulación (si es que existiese), así como las causales bajo las cuales se puede anular un laudo arbitral en dicho Estado.

Las partes asumen –y de hecho, deben de asumir– el riesgo de las razones por las cuales se podrá anular su laudo en la sede acordada. En tal sentido, sería inconsecuente e incluso contrario a sus propios actos, que una parte cuando se le

anula un laudo por una causal establecida en la ley de arbitraje de la sede pactada, luego pretenda el reconocimiento del laudo alegando que esa causal resulta ser exótica o localista, cuando ella misma sabía que se podía anular el laudo por dicho motivo. Pactar la sede del arbitraje es algo sumamente sencillo en el contexto de la contratación comercial internacional y el mejor remedio contra malas anulaciones es, sin duda, elegir una buena sede del arbitraje. Esta lección es la que nos deja el caso Termorio.

Ahora bien ¿qué hacer cuando a pesar que se escoge una determinada ley de arbitraje el laudo se anula por una razón desproporcionada? Creemos que lo decidido en los casos Pemex y Thai Lao son aleccionadores: si la decisión del Poder Judicial no respetó las más básicas nociones del debido proceso, no si se aplicaron normas vigentes al momento que las partes contrataron o si la decisión fue adoptada en base a corrupción, entre otros; es decir, se violó el orden público, la decisión de las Cortes de la sede del arbitraje no tiene por qué ser respetada.

#### 4. La solución holandesa.

##### 4.1. Yukos<sup>45</sup>.

El caso Yukos es sin duda alguna uno de los más relevantes en materia de ejecución de laudos anulados. Entre agosto y julio de 2004, Yukos Capital S.A.R.L. (Yukos Capital) y OJSC Yuganskneftegaz (Yuganskneftegaz) celebraron cuatro contratos de préstamo, en virtud de los cuales

44. La Corte dijo: "The use of the permissive "may" in Article (V)(1)(e) of the New York Convention gives this Court discretion to enforce a foreign arbitral award where the award has been nullified by a court in the state with primary jurisdiction over the award. That discretion, however, is narrowly confined. Its scope is stated explicitly in Termorio. That discretion may be exercised only when the foreign judgment setting aside the award is "repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the State where enforcement is sought", or violates "basic notions of justice." This "standard is high and infrequently met" and should be found "[o]nly in clear-cut cases".

*Petitioners fail to demonstrate that the circumstances of this case meet the "extraordinary circumstances" envisioned by Termorio and found to exist by Judge Hellerstein in PEMEX. As described below, the alleged errors Petitioners point out in the proceedings before the Malaysian courts and in the judgments of those courts do not rise to the level of violating basic notions of justice such that the Court here should ignore comity considerations and disregard the Malaysian judgments."*

45. Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg) v. OAO Rosneft (Russian Federation), Corte de Apelaciones de Ámsterdam, 28 de abril de 2009.

Yukos Capital cedió ciertas sumas de dinero a Yuganskneftegaz. Ambas empresas formaban parte del Grupo Yukos. Los contratos de préstamo contenían un convenio arbitral para arbitrar sus controversias ante la Corte Internacional de Arbitraje Comercial (ICAC) de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa.

Resulta que el 19 de diciembre de 2004, todas las acciones ordinarias (el 76.79% del capital social) de Yuganskneftegaz fueron vendidas en 7 mil millones de dólares a Baikal Finance Group (Baikal) en una subasta forzada por el Estado Ruso, debido a unas supuestas deudas tributarias del Grupo Yukos. El 23 de diciembre de 2004, Rosneft, una empresa pública del Estado Ruso, adquirió las acciones de Yuganskneftegaz de propiedad de Baikal.

El 27 de diciembre de 2005, Yukos Capital inició cuatro arbitrajes contra Yuganskneftegaz ante la ICAC en Moscú. El 19 de setiembre de 2006, los árbitros de la ICAC emitieron cuatro laudos ordenando a Yuganskneftegaz pagar más de 13 millones de rublos a Yukos Capital. El 1 de octubre de 2006, Yuganskneftegaz se fusionó con Rosneft y dejó de existir.

Rosneft solicitó la anulación de los laudos en Rusia. El Poder Judicial de Rusia anuló los laudos arbitrales. Aun así, Yukos Capital solicitó la ejecución de los laudos arbitrales en Holanda. La Corte de Primera Instancia denegó el reconocimiento sobre la base que los laudos habían sido anulados en Rusia. Yukos Capital apeló.

La Corte de Apelaciones de Ámsterdam cambió la decisión y concedió el reconocimiento. La Corte consideró que bajo la Convención de Nueva York, los jueces que conocen los pedidos de reconocimiento no están obligados a reconocer una decisión que anula un laudo, sin antes examinar si esa decisión se condice con los principios del derecho internacional para ser reconocida en el foro de ejecución<sup>46</sup>. Y esos principios son que una sentencia debe basarse en el debido proceso y ser emitida por juzgadores imparciales e independientes.

La Corte de Apelaciones de Ámsterdam concluyó que la decisión del Poder Judicial Ruso violaba los más básicos principios de derecho internacional, porque dicha sentencia había sido adoptada por un Poder Judicial dependiente y parcial a la empresa estatal rusa, Rosneft. En una

46. La Corte indicó lo siguiente: "[4] In answering that question this court starts from the premise that the 1958 New York Convention concerns the recognition and enforcement of arbitral decisions, but does not provide for the international recognition of civil court decisions annulling or setting aside arbitral decisions. [Quotation of Art.V(1)(e) Convention omitted.] (Art. V(1)(e)) does assume that, in the case at hand, the Russian civil court is the competent authority with respect to a request for annulling or setting aside the arbitral awards. However, neither this provision, nor the further provisions of the 1958 New York Convention or any other convention compel the Dutch enforcement court to recognize such decision of the Russian civil court directly. The question whether the decision of the Russian civil court annulling the arbitral awards can be recognized in the Netherlands must be answered pursuant to the rules of general private international law.

[5] This means that, whatever room the 1958 New York 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.

[6] This court shall therefore first examine under general law [commune recht] whether the decisions of the Russian civil court annulling the arbitral awards of 19 September 2006 can be recognized in the Netherlands, starting from the consideration that a foreign decision, regardless of its nature and scope, is recognized if a number of minimum requirements are complied with, one of them being the foreign decision came into existence [in proceedings complying with] due process. There is no due process when it must be deemed that the foreign decision was rendered by a judicial authority that was not impartial and independent".

motivada decisión, la Corte de Apelaciones de Ámsterdam presentó evidencia (decisiones del Consejo Europeo, artículos de parlamentarios europeos, recortes periodísticos, investigaciones de Transparencia Internacional)<sup>47</sup> que demostraban de manera irrefutable que: (i) el Poder Judicial Ruso obedecía las órdenes del

gobierno Ruso, (ii) que esa Corte carecía de imparcialidad e independencia, y (iii) que el Poder Judicial Ruso era un instrumento del Estado Ruso. Asimismo, la Corte de Apelaciones de Ámsterdam consideró, basándose en numerosa prueba documental así como en decisiones de distintos poderes judiciales (como el inglés,

47. "[7] Yukos Capital has argued that the Russian judiciary is partial and dependent and, in particular in decisions on politically sensitive and strategic issues, lets itself be led by the interests of the Russian State and is instructed by the Russian executive. More specifically, Yukos Capital takes the position that the annulment of the arbitral awards is part of the actions of the Russian State since the summer of 2003, aimed at (a) dismantling the Yukos Group, (b) obtaining control over the assets of the Yukos Group and (c) eliminating its political opponents. In Yukos Capital's opinion, the Russian judiciary is an instrument used by the Russian State to pursue these goals.

[8] Among Yukos Capital's [submissions] in support of the above-mentioned statements the following comes to the fore. The Russian journalist Anna Politkovskaya, who was murdered on 7 October 2006, writes in respect of the situation of the Russian judiciary in her 2004 book *Putin's Russia*:

*The fact of the matter is that our courts were never as independent as you might have thought from our Constitution. At the present time, however, the judicial system is cheerfully mutating into a condition of total subservience to the executive. It is reaching unprecedented levels of "supine pazvonochnost". This word is used in Russia to refer to the phenomenon of a judge delivering a verdict in accordance with what has been dictated to him in the course of a phone call (zvonok) by representatives of the executive branch of the government. Pazvonochnost is an everyday phenomenon in Russia.*

[9] Mrs. Leutheusser-Schnarrenberg, member of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and former Minister of Justice of the Federal Republic of Germany, writes, inter alia, the following in her report of 29 November 2004 on the circumstances surrounding the arrest and prosecution of the executives of the Yukos Oil Company:

*In view of the numerous procedural shortcomings and other factors pertaining to the political and economic background detailed in the report, the draft resolution concludes that the circumstances of the arrest and prosecution of leading Yukos executives suggest that the interest of the State's action in these cases goes beyond the mere pursuit of criminal justice, to include such elements as to weaken an outspoken political opponent, to intimidate other wealthy individuals and to regain control of strategic economic assets. (...) In my interviews with retired Constitutional Court Vice-President Morshchakova, I learnt that recent legislative reforms have done nothing to improve the independence of the courts, or have even gone in the opposite direction. (...) The distribution of cases among judges is left entirely to the discretion of the court president. This state of affairs – to make sure sensitive cases come before "responsible" judges – was confirmed by several official interlocutors.*

[10] After the publication on 24 January 2005 of an addendum to the above-mentioned report of 29 November 2004, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe adopted a resolution on 25 January 2005 stating inter alia: 6. The Assembly stresses the importance of the independence of the judiciary, and of the independent status of judges in particular, and regrets that legislative reforms introduced in the Russian Federation in December 2001 and March 2002 have not protected judges better from undue influence from the executive and have made them more vulnerable. Recent studies and highly publicized cases have shown that the courts are still highly susceptible to undue influence.

13. The circumstances of the sale by auction of Yuganskneftegaz to "Baikal Finance Group" and the swift takeover of the latter by state-owned Rosneft raises additional issues related to the protection of property (ECHR, Additional Protocol, Article 1). This concerns both the circumstances of the auction itself, resulting in a price far below market-value, and the way Yukos was forced to sell off its principal asset, by way of trumped-up tax reassessments leading to a total tax-burden far exceeding that of Yukos's competitors, and for 2002 even exceeding Yukos' total revenue for that year.

[11] In the Corruption Perception Index 2006 drawn up by Transparency International, an international non-governmental organization that aims to increase government accountability and limit international and national corruption, Russia holds the 126th place on the list of less corrupt countries. In the Index 2007 Russia ranks 143rd. The Global Corruption Report 2007 of Transparency International states inter alia: Prior to the perestroika process, the judiciary was largely perceived as: "Nothing more than a machine to process and express in Legal form decisions

lituano y suizo), que existía una persecución política por parte del gobierno ruso contra el Grupo Yukos y sus accionistas<sup>48</sup>.

En ese sentido, la Corte de Apelaciones de Ámsterdam, concluyó lo siguiente:

*"Based on the above, this court concludes that it is to such extent likely that the Russian civil court decisions annulling the arbitral awards are the outcome of a judicial process that must be deemed partial and dependent, that those decisions cannot be recognized in the Netherlands. This implies that the annulment of the arbitral awards by the Russian court*

*must be ignored when deciding on Yukos Capital's request for enforcement of those awards".*

¿Esta aproximación es compatible con lo dispuesto por la Convención de Nueva York y con los regímenes que siguen la Ley Modelo de UNCITRAL, entre ellas la peruana? Creemos que sí. Como hemos apreciado, en este caso la Corte de Apelaciones de Ámsterdam reconoció el laudo que había sido anulado en la sede del arbitraje, porque la decisión de anulación había sido adoptada por un órgano claramente parcializado y dependiente hacia la parte que logró la anulación y que tenía una predisposición o cuasi

*which had been taken within the [Communist] Party". The independence of the judiciary was one aspect of the changes called for by Mikhail Gorbachev in his groundbreaking speech to the 27th Party Congress in 1986. The reality – a supine, underpaid judiciary, ill-equipped to withstand corruptive practices and the influence of economic or political interests – has proven slow to change, despite a series of reforms by Boris Yeltsin and his successor, President Vladimir Putin.*

*[12] The April 2008 report of the EU-Russia Centre, an international non-governmental organization, contains an article by Rupert D'Cruz, secretary of the British-Russian Law Association, by the title of The Rule of Law and Independence of the Judiciary in Russia, which states:*

*There can be little doubt that in cases where major economic or political interests are at stake the courts of all levels tend to be politically subservient. If anything this trend has grown in recent years. The most pronounced and extreme example is the internationally renowned cases involving Yukos and Khodorkovsky where "total State influence" over the judicial process is widely perceived to have occurred.*

*[13] In its report published in 2007, Freedom House, an American non-governmental organization purporting to investigate and promote democracy, political liberties and human rights, states over Russia: Russia scores very poorly on ratings of judicial independence. The state uses the courts to protect its strategic interests and political goals.(...) While processes for resolving commercial disputes have become more reliable, the state still intervenes where it has a strategic interest.*

*[14] Numerous articles have been published in the (international) press, in which attention is paid to the lack of independence of the Russian judiciary".*

48. *"[15] Courts in several European countries have held that it is likely that the criminal prosecution of officials of Yukos Oil Company in Russia is politically motivated:*

*(a) By a decision of 18 March 2005, an English judge at The Bow Street Magistrates Court refused the extradition to Russia of two officials of Yukos Oil Company, reasoning, inter alia, that it must be assumed that the prosecution of those officials is politically motivated and that they would not be given a fair trial in Russia.*

*(b) On comparable grounds the highest administrative court in Lithuania held by a decision of 16 October 2006 that another Yukos official had rightly been awarded refugee status.*

*(c) By a decision of 13 August 2007, the highest Swiss court denied the Russian Federation's request for legal assistance in respect of the prosecution of Mr. Khodorkovsky (the former chairman of the board of directors of Yukos Oil Company), on the ground that there are sufficient reasons to suspect that that criminal prosecution is orchestrated by the Russian executive.*

*(d) By a decision of 19 December 2007, an English judge in the City of Westminster Magistrates' Court denied a request for extradition of the Russian Federation, reasoning:*

*I conclude that this request is linked to the events surrounding the notorious cases involving NK Yukos and Mikhail Khodorkovsky.*

ensañamiento contra la parte vencedora en el laudo. Creemos que, como bien entendió esta Corte, el Poder Judicial no puede ser cómplice de otro que anula un laudo en una sentencia que ha violado las condiciones más básicas para efectivamente darle el reconocimiento de tal.

#### IV. ¿HACIA DÓNDE ENTENDEMOS QUE DEBERÍA MOVERSE LA JURISPRUDENCIA EN EL FUTURO?

A partir de lo presentado en este artículo, entendemos que conforme a una correcta lectura de la Convención de Nueva York, así como de la legislación de aquéllos Estados que siguen a la Ley Modelo de UNCITRAL y ante la ausencia de un tratado más favorable que no contenga una causal como la contenida en el artículo V.1.e de la Convención de Nueva York, en principio no es

posible reconocer un laudo que ha sido anulado en la sede del arbitraje.

Peter Sanders señala claramente que durante la redacción de la Convención de Nueva York, siempre quedó claro para todas las delegaciones participantes, que un laudo anulado en el lugar del arbitraje tenía efectos *erga omnes*. Es más, agrega que: "(...) the Courts [of the enforcing countries] will...refuse the enforcement as there does no longer exist an arbitral award and enforcing a non-existing arbitral award would be an impossibility or even go against the public policy of the country of enforcement"<sup>49</sup>.

Van den Berg ratifica esta apreciación: "The problem, however, is that, after annulment, an arbitral award no longer exists under the applicable arbitration law (which is mostly the arbitration law of the

(...)

*There is, in my mind, a strong suspicion that the prosecution is being brought for political and economic reasons. For those reasons I find the defendant would be prejudiced at any trial in the [Russian Federation]. Given the high profile of this case, and on the basis of the defense evidence, I am not confident that a fair trial will be possible. The uncontested expert evidence suggests the judiciary in a case such as this will be pressured to support the prosecution.*

(...)

[16] In a 3 July 2008 decision of the High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court in a case on the question whether a dispute between the parties Cherny and Deripaska can be brought before the English courts despite being substantially intertwined with the Russian legal system, it was said in response to the testimony of two expert witnesses on the impartiality of the Russian judiciary that it appears to be common ground between the experts that in certain cases, the arbitrazh courts cannot necessarily be expected to perform their task fairly and impartially. Professor Stephan [note of the Amsterdam court of appeal: the party expert who reported more positively on the independence and impartiality of the arbitrazh courts than did the party expert of the other party, Professor Bowring] characterizes that as only applicable in a case whose outcome will affect the direct and material strategic interest of the Russian state.

*In the same decision part of the report of Professor Stephan is presented as follows:*

*Professor Stephan does not dispute that in the Yukos case serious irregularities occurred. The principal criticism concerns the criminal proceedings brought in the courts of general jurisdiction against the leading figures. But the arbitrazh courts also failed to exercise a sufficient stringent review of the tax assessments. There are also grounds for concern as to whether the arbitrazh court overseeing the Yukos bankruptcy was sufficiently proactive in limiting the discretion of the receiver. But the Yukos case, in which the principal target, Mr. Khodorkovsky, was a prominent oligarch, involved the renationalization of critical energy resources carried out by administrative agencies acting on behalf of the Russian State, that renationalization being a central policy of the Putin administration.*

[17] By a decision of 31 October 2007, the Amsterdam court of first instance held the following in respect of a Russian decision of 1 August 2006 which declared insolvency proceedings comparable to bankruptcy applicable to Yukos Oil Company:

*The above leads to the conclusion that the Russian bankruptcy order appointing Rebgun receiver in the Yukos Oil bankruptcy came into existence in a manner that is not in accordance with the Dutch principles of procedural due process and thus at odds with Dutch public policy. For that reason, the bankruptcy order cannot be recognized and Rebgun cannot exercise in the Netherlands the receiver's powers that ensue there from under Russian law".*

49. SANDERS, Pieter. "New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards". Citado

place of arbitration). How can a court before which such an "award" is presented declare it enforceable? *Ex nihilo nihil fit*. This legal impossibility appears to exist in any case under the New York Convention, since it explicitly refers in Article V(1)(e) to the applicable arbitration law.<sup>50</sup> Many courts have confirmed this interpretation of the New York Convention<sup>51</sup>.

El mismo Van den Berg agrega que:

*"The disregard of annulment of the award (...) involves basic legal concepts. When an award has been annulled in the country of origin, it has become non-existent in that country. The fact that the award has been annulled implies that the award was legally rooted in the arbitration law of the country of origin. How then is it possible that courts in another country can consider the same award as still valid? Perhaps some theories of legal philosophy may provide an answer to this question, but for a legal practitioner this phenomenon is inexplicable. It seems that only an international treaty can give a special legal status to an award notwithstanding its annulment in the country of origin."*<sup>52</sup>

Incluso Reisman, un acertado comentarista, indica que:

*"Once a venue (or a governing law) is selected, the Convention assigns to these jurisdictions a primacy with regard to the validity of the ultimate award. If an award is rendered, let us say, in Switzerland and is nullified under Swiss law, it is not supposed to be enforced in any other jurisdiction. Otherwise, there would be no difference between primary and secondary fora; and, instead of finality, there*

*would be an incentive to flout it. However, if the award is rendered in Switzerland but enforcement is refused in France, where the award debtor has property, the French judgment should have no effect outside of France, even if it explicitly bases itself on a ground of nullity which would have nullified the award everywhere had it been rendered in a primary jurisdiction. The award creditor may still seek enforcement in any other jurisdiction which is party to the Convention. The critical difference between primary and secondary fora, then, is the radius of effects of their respective decisions. As opposed to the nullification of the hypothetical award in Switzerland, which should have universal effect, a putative nullification in France should have no effect beyond France."*<sup>53</sup>

Sin embargo debemos ser conscientes de los serios problemas que puede ocasionar para la comunidad internacional que siempre la decisión de anulación tenga efectos *erga omnes*.

En efecto, por ejemplo: ¿Se debe denegar el reconocimiento de un laudo que fue anulado por un Poder Judicial corrupto?

La Convención de Nueva York ante todo tiene como finalidad incentivar el comercio internacional y hacer predecible la ejecución de laudos dictados en un Estado distinto del que se pretende el reconocimiento. ¿Decisiones arbitrarias, corruptas, inmotivadas que anulan laudos deben merecer el reconocimiento de la comunidad internacional o deben ser reprochadas?

A pesar que los redactores de la Convención de Nueva York contemplaron que la decisión

por SAMPLINER, Gary H., "Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards - Chromalloy Revisited". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, N° 3, Kluwer Law International, 1997, pp. 141-166.

50. VAN DEN BERG, Albert Jan. *Op. Cit.*, p. 17.

51. VAN DEN BERG, Albert Jan, "Annulment of Awards in International Arbitration". Citado por SAMPLINER, Gary H., "Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards - Chromalloy Revisited". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, N° 3, Kluwer Law International, 1997, pp. 141-166.

52. REISMAN, W. Michael y RICHARDSON, Brian. *Op. Cit.*, p. 26.

de anulación tiene efectos *erga omnes*, no podemos perder de vista que la Convención de Nueva York ante todo debe solucionar problemas. Y en este caso existe un serio problema por solucionar.

Las propuestas de solución a la fecha son las siguientes: (i) reconocer laudos anulados sin darle importancia a la decisión de anulación, toda vez que los laudos internacionales serían "deslocalizados"; (ii) reconocer laudos anulados siempre que la decisión de anulación sea una "International Standard Anulment" y, (iii) reconocer laudos anulados siempre que la decisión de anulación atente contra el orden público del lugar donde el laudo se pretende reconocer.

**1. Reconocer laudos anulados sin darle importancia a la decisión de anulación, bajo el razonamiento de que los laudos serían "deslocalizados".**

Como señala Pinsolle, el principal proponente de este argumento es Emmanuel Gaillard<sup>53</sup>. Las decisiones de las Cortes francesas en los casos Hilmarton y Putrabali reconocen que el arbitraje es un orden jurídico autónomo, en el cual el laudo no se encuentra vinculado o relacionado a un ordenamiento jurídico en particular. Como bien señala Pinsolle:

*"By confirming that an international arbitral award is not anchored in any national legal*

*order, the French Cour de cassation confirmed the long-standing position of the French courts and that of the majority of the French doctrine, according to which an arbitral award is not grounded in any particular legal order. It thus endorsed the delocalised view of arbitration".*<sup>54</sup>

El propio Emmanuel Gaillard afirma que:

*"Esta representación también corresponde a la fuerte percepción de los árbitros de que ellos no administran justicia de parte de ningún Estado en particular, sino que ellos juegan un rol judicial para el beneficio de la comunidad internacional. (...) la representación transnacional considera que el arbitraje internacional está anclado en la colectividad de sistemas legales. Como tal, esta visión de colectivismo judicial acoge, mas no rechaza, las leyes derivadas de sistemas legales nacionales".*<sup>55</sup>

Según Pinsolle, las creaciones francesas como el principio de separabilidad, el *competence-competence*, la aplicación de las reglas de derecho al fondo de la controversia, entre otras, fueron revolucionarias en su época, como así también lo es la teoría acerca de la deslocalización de los laudos, la cual terminará por imponerse en las principales plazas del mundo<sup>56</sup>.

Sin embargo, nosotros encontramos serios problemas, ya que no se condice con la noción

53. PINSOLLE, Philippe. "The Status of Vacated Awards in France: the Cour de Cassation Decision in Putrabali". En: *Arbitration International*. Vol. 24, N° 2. Kluwer Law International, 2008, p. 282. "The notion of an arbitral legal order was first crystallised, and justified on a theoretical basis, by Prof. Emmanuel Gaillard in his seminal paper given at the end of the Sixth Brazilian Congress on Arbitration in November 2006.(13) Since then, Prof. Gaillard has developed his analysis in his lectures at the Hague Academy of International Law on the philosophical aspects of arbitration.(14) It is far beyond the scope of this article to summarise the theoretical justifications for the existence of an arbitral legal order distinct from national legal orders, and the practical consequences flowing from the existence of an autonomous arbitral legal order. Readers should consult directly the works of Prof. Gaillard on this issue.

All that can be said in this article is that by its decision of 29 June 2007, the French Cour de cassation has endorsed the existence of an autonomous arbitral legal order".

54. Loc. Cit.

55. GAILLARD, Emmanuel. Op. Cit., p. 13.

56. PINSOLLE, Philippe. Op. Cit., pp. 283-284: "Similarly, and perhaps more directly analogous to the present situation, it took quite some time for the international arbitration community to admit the idea that arbitrators could apply rules of law other than the law of a given legal system, in order to deal with the merits of the dispute,

territorialista de la Convención de Nueva York y de los Estados seguidores de la Ley Modelo de UNCITRAL.

## 2. Reconocer laudos anulados siempre que la decisión de anulación sea una "International Standard Annulment".

Jan Paulsson señala que:

*"the problem of enforcing annulled awards might be resolved by exercising judicial discretion to disregard what I called an LSA ('local standard annulment'), i.e., an annulment based on the perceived violation of a local peculiarity. The foreign annulment should preclude enforcement only if it was based on an internationally recognized defect, i.e., if it was an ISA ('international standard annulment')".<sup>57</sup>*

Según la propuesta del autor, si la decisión de anulación es realizada bajo un estándar local, el laudo debe ser reconocido en otro Estado. Por

el contrario, si la decisión de anulación es hecha en base a un estándar internacional, el laudo no debe ser reconocido en otro Estado. Son estándares locales de anulación, por ejemplo, todas aquellas anulaciones de laudos que se realicen en base a causales distintas a las listadas en el artículo V.1. literales a), b), c) y d) de la Convención de Nueva York.

Nosotros entendemos que el principal problema con esta propuesta es que desconoce la autonomía de la voluntad de las partes al pactar una determinada sede del arbitraje. Como mencionamos anteriormente, las partes al pactar la sede del arbitraje son plenamente conscientes que la anulación del laudo se va a tramitar en el Poder Judicial de esa sede y saben de antemano las causales bajo las cuales el laudo se puede anular.

Así pues, y aun cuando las causales de anulación previstas por la legislación del foro fueran exóticas o salidas de una novela de García Márquez, las partes libremente las consintieron al momento de pactar la sede del arbitraje. Por ello, no solo

*and that they were not bound by the conflict of laws rules of the seat of the arbitration. The famous paper 'Lex Facit Arbitrum' by F.A. Mann, published in 1967, submitted in essence that only a national legal system could provide the basis upon which the arbitrators were to adjudicate a given dispute, and that the legal system in question had to be selected by applying the conflict of laws rules of the seat of the arbitration. The underlying philosophy was that arbitration had to be amenable to supervision by judges of the seat of the arbitration. Along the same lines, many criticisms followed regarding the existence of a lex mercatoria, and the question whether either lex mercatoria or, for example, principles common to French and English law could constitute genuine rules of law.*

*Today, however, it is widely accepted that arbitrators have no forum, and that they are entitled to apply not only the law they deem appropriate, without referring to any rules of conflict of laws, but also more generally rules of law, which includes lex mercatoria, the principles common to two given legal systems (as was the case in the Channel Tunnel arbitration) or general principles of law (as was the case in the Andersen arbitration). This ability is now endorsed by the rules of many arbitral institutions, some of which modified their rules in order to allow it. It is also endorsed by the majority of arbitral doctrine and by various international conventions. Admittedly, the UNCITRAL Rules need to be revised in this respect, but the current proposals for revision precisely suggest that the reference in article 33(1) to the applicable 'law' should be modified to refer to the applicable 'rules of law' that arbitrators may apply.*

*Again, French law was the pioneer on this issue by codifying, in 1981, that arbitrators are entitled to apply 'rules of law', as distinct from the law of a given legal system, in order to resolve disputes, and that they can select the relevant law or rules of law directly, without having recourse to conflict of laws rules. This too was revolutionary at the time, and yet it is now internationally accepted.*

*Without necessarily predicting the same success to the concept of an arbitral legal order, one must admit that the consequences of the existence of this concept are potentially far-reaching".*

57. PAULSSON, Jan. "Towards Minimum Standards of Enforcement: Feasibility of a Model Law". En: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, Vol. 9. Paris: Kluwer Law International, 1998, p. 576.

es inconsecuente sino contrario a sus propios actos, que una parte pretenda desconocer esto al momento del reconocimiento del laudo.

Por otro lado, esta postura atenta contra la armonización de las leyes arbitrales y en el interés de que se modifiquen leyes arbitrales arcaicas. En efecto, si uno va a poder elegir libremente una sede para su arbitraje sin importarle qué tanto interferirá el Poder Judicial local en el arbitraje o qué tan "localistas" (o exóticas en palabras de Paulsson) son las causales de anulación de los laudos porque, al final de cuentas, una potencial anulación no afectará el reconocimiento del laudo anulado; entonces, ¿qué incentivos se generan para que los Estados que desean ser sedes de arbitrajes internacionales moderen el trabajo de sus tribunales de justicia y ajusten sus leyes de arbitraje a los estándares internacionales?<sup>58</sup>

### 3. Reconocer laudos anulados siempre que la decisión de anulación atente contra el orden público internacional del lugar donde se pretende el reconocimiento.

Esta solución se ha ido delineando en la jurisprudencia estadounidense e incluso ha sido refrendada en Holanda. La posición es muy sencilla: Se reconocerán laudos anulados en la sede, solo cuando la decisión de anulación sea contraria al orden público internacional del lugar donde se pretende el reconocimiento. El estándar probatorio es sumamente alto y los jueces del reconocimiento deben ser sumamente rigurosos en analizar las pruebas.

Creemos que esta posición es la más acertada de todas las que hemos revisado. El análisis se centra en si la decisión de anulación en la sede del arbitraje viola el orden público internacional del lugar del reconocimiento. Es una evaluación de la decisión del Poder Judicial extranjero, frente a faltas graves al debido proceso, corrupción, entre otras razones que violan el orden público internacional del lugar del reconocimiento.

Esto guarda estrecha relación con lo que regula la Convención de Nueva York a efectos de denegar el reconocimiento de laudos. En efecto, si por un lado dispone que no se van a reconocer laudos en los que los árbitros no dieron a las partes debida oportunidad para ser escuchadas o cuando el tribunal arbitral no fue independiente o imparcial, entonces, por otro lado, debe permitirse el reconocimiento de laudos que fueron anulados por un Poder Judicial que cometió los mismos vicios. La coherencia debe ser una ruta de doble vía. No puede ser una calle en un solo sentido.

Además, entendemos que el orden público internacional de un Estado es un requisito que debe ser contemplado incluso en el momento del reconocimiento de laudos, ya que el proceso de reconocimiento no puede ser cómplice de decisiones de anulación contrarias a las nociones básicas de justicia y moralidad de ese Estado.

Por ello, el razonamiento de las cortes judiciales en los casos Pemex, Thai Lao y Yukos nos parece el adecuado.

En el caso Pemex existían suficientes evidencias que permitían arribar a la conclusión que la decisión de anulación del Poder Judicial mexicano fue arbitrario y manifiestamente injusto, porque al aplicarse una norma no vigente al momento que las partes contrataron se convirtió una controversia plenamente arbitrable en una no arbitrable y porque se dejó al demandante sin la posibilidad de cuestionar la rescisión del contrato ante otro fuero jurisdiccional.

En el caso Thai Lao, la Corte que conoció el reconocimiento acertadamente entendió que no existían indicios suficientes que permitieran entender que la anulación del laudo realizada por el Poder Judicial de Malasia fuera contraria al orden público internacional de los Estados Unidos de América.

Por último, en el caso Yukos la Corte de Apelaciones de Holanda concluyó que la decisión de

58. BULLARD, Alfredo y REPETTO, José Luis. "Charles Darwin y el Arbitraje" En: Forseti N° 1. Lima: 2014, p. 116.

anulación del Poder Judicial ruso fue contraria a su orden público, toda vez que existía abundante evidencia que permitía concluir que la corte que anuló el laudo estaba parcializada y era dependiente a una de las partes y, además, tenía una severa animadversión a la parte vencedora del laudo.

## V. CONCLUSIONES

Actualmente los Estados que han hecho suya la Ley Modelo de UNCITRAL o son parte de la Convención de Nueva York y, al mismo tiempo, no son parte de la Convención Europea de 1961, enfrentan serios problemas para reconocer laudos que han sido previamente anulados en la sede del arbitraje. Sin embargo, a partir de jurisprudencia reciente, creemos que resulta válido sostener que se puede reconocer un laudo que ha sido anulado en la sede del arbitraje, cuando la decisión de anulación es contraria al orden público internacional del lugar donde se pretende el reconocimiento.

Esto no solo evitará que los Estados se vean forzados a aceptar anulaciones de laudos claramente violatorias del orden público internacional, sino que, además, la postura que defendemos se alinea perfectamente con la jurisprudencia que se está promoviendo en el ámbito de la protección de las inversiones.

En efecto, la actuación de un Poder Judicial contraria a los estándares internacionales respecto a la plena validez y eficacia de un arbitraje o de un laudo, puede implicar que el Estado incumpla sus obligaciones internacionales asumidas en virtud de un Tratado Bilateral de Protección de Inversiones. Reciente jurisprudencia de los tribunales arbitrales de inversiones en los casos *Saipem v. Bangladesh*<sup>59</sup>, *ATA v. Jordania*<sup>60</sup> y *Frontier Petroleum v. República Checa*<sup>61</sup> así lo han confirmado.

Hasta hace poco, una parte podía afirmar que anulado un laudo se había ganado la guerra. Hoy en día, sin embargo, puede que solo haya ganado una batalla.

59. *SAIPEM S. p. A v. The People's Republic of Bangladesh* (ICSID Case No.ARB/05/7), Laudo del 30 de junio de 2009. En el año 2009, un tribunal arbitral consideró que la interferencia en un arbitraje contraria a los estándares internacionales y la posterior declaración de inexistencia de un laudo realizada por una corte de Bangladesh, constituía una expropiación de la inversión de un inversionista extranjero.

60. *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No.ARB/08/2), Laudo del 18 de mayo de 2010. En el año 2010, un tribunal arbitral del CIADI consideró que las acciones adoptadas por el Poder Judicial de Jordania que culminaron en la anulación de un laudo y la subsiguiente extinción de un convenio arbitral eran contrarias a estándares internacionales y constituían una violación del estándar del trato justo y equitativo.

61. *Frontier Petroleum Services Ltd v. Czech Republic*, Laudo Final del 12 de noviembre de 2010. Un tribunal arbitral de inversiones consideró que un laudo constituía una inversión para propósitos jurisdiccionales, pero rechazó los méritos de la disputa porque el demandante (*Frontier Petroleum*) no logró probar que la decisión del Poder Judicial de la República Checa de denegar el reconocimiento de un laudo extranjero fuera arbitraria, discriminatoria o de mala fe, requisitos para que se llegue a considerar una violación del estándar de denegación de justicia.