

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958¹

MIGUEL VIRGÓS
Abogado*

1 · LA INFRAESTRUCTURA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Es difícil encontrar un convenio internacional en el área comercial que haya suscitado más adhesiones que la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York en 1958 («Convenio de Nueva York de 1958»). En el momento de escribir estas líneas, 137 Estados lo habían ratificado. Muchos de ellos aplican el Convenio de Nueva York de 1958 *erga omnes*, es decir, con alcance universal frente al resto del mundo, sin limitar su operación a arbitrajes vinculados a otros Estados parte de ese Convenio. Esta aplicación *erga omnes* o universal tiene un efecto multiplicador evidente: para dichos Estados el Convenio de Nueva York de 1958 se convierte en la norma general de su sistema. Este es el caso, por ejemplo de España, que ratificó el Convenio sin limitar su aplicación a otros Estados parte².

El amplio número de Estados que lo han ratificado indica no sólo el éxito del Convenio en cuanto al objetivo inmediato que pretendía, facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos, sino que sus soluciones representan un mínimo común denominador a escala mundial. Desde este punto de vista, el Convenio de Nueva York de 1958 establece la «infraestructura» legal del arbitraje comercial internacional y proporciona las claves para la efectiva «circulación internacional» de los laudos («sentencias arbitrales» en la terminología del Convenio).

2 · UN PASO ATRÁS

Una lectura aislada del Convenio de Nueva York de 1958 ofrece una imagen incompleta del terreno donde se desenvuelve el arbitraje internacional. Para comprender el papel de este Convenio es preciso dar un paso atrás y recordar que el Derecho no es el único sistema de regulación de la conducta humana.

La conducta humana se regula en realidad por cuatro códigos o sistemas diferentes: (i) el *mercado*, que regula por precios; (ii) las *normas sociales*, que indican las conductas apropiadas o inapropiadas dentro de un círculo de actividad o grupo humano; (iii) la *arquitectura* del mundo real, que facilita o dificulta los comportamientos posibles en cada entorno: Luis Napoleón III alargó las calles de París para diluir la eficacia de las protestas populares; en Alemania Gobierno y Tribunal constitucional están en ciuda-

* Catedrático de Derecho internacional privado UAM y «Of Counsel» de Uría Menéndez.

¹ Este artículo está dirigido al Homenaje a don Rodrigo Uría. Su texto nace de una conferencia pronunciada este mismo año en Argentina, y cuya presentación es accesible en www.seminarioarbitraje.com.ar/docs/1%20Virgos.PPT.

² Conforme al art. 1.3, todo Estado puede, a base de reciprocidad, declarar que aplicará el Convenio al reconocimiento y eje-

cución de laudos dictados en el territorio de otro Estado contratante.

des distintas, Berlín y Karlsruhe, y ello minimiza influencias recíprocas; y (iv) el *Derecho*³.

La regulación de la conducta humana es el resultado de la interacción de estos cuatro códigos o sistemas. Pero eso no quiere decir que su papel sea igual en todos los ámbitos de la actividad humana. La mejor manera de representarlos es como globos que se pueden hinchar, cuando el papel de ese sistema es más importante, o desinflar, cuando ese concreto código tiene un papel menor en la regulación de las conductas. Por eso cuando un legislador se propone intervenir en un área determinada, la primera decisión que debe meditar es si esa intervención debe ser *directa* (el Derecho directamente regula la concreta actividad) o *indirecta*, actuando sobre los demás códigos: sobre el mercado, imponiendo una tasa de modo que los precios suben y el consumo de ese producto o servicio disminuye; sobre las reglas sociales, subvencionando campañas de publicidad o educación que modifiquen la valoración social de la conducta a erradicar o promover; sobre la arquitectura, imponiendo el usos badenes que limitan la velocidad de tránsito de los vehículos.

Un ejemplo fácil lo proporciona la hipótesis de un legislador que se plantea proteger los derechos de autor, que confieren a su titular un monopolio sobre la obra publicada, y, al mismo tiempo, reconocer el derecho a la «copia privada», que permite a quien haya adquirido un ejemplar hacer reproducciones para su uso personal. El problema de las copias se ha acentuado porque la tecnología ha abaratado enormemente el proceso de reproducción y la digitalización, a su vez, permite que la calidad de la copia sea semejante a la del original copiado, de tal manera que el mercado (ilegal) de las copias compite directamente con el mercado (legal) de los originales y no sólo en sus márgenes, como ocurriría si la calidad de la copia fuese muy inferior al original.

Para limitar las conductas de infracción del derecho de autor, pueden utilizarse los cuatro sistemas de regulación. *Primero* a través de las normas sociales: generando una visión social negativa («estigmatizando») a los que copian obras ajenas (más allá de la copia privada) mediante campañas de publicidad que convierten en socialmente indeseable esta práctica; en las campañas llevadas a cabo en España son equiparados a los «ladrones». *Segundo*, a través del

Derecho: estableciendo sanciones a quienes infrinjan ese derecho; por ejemplo mediante multas o penas severas (puesto que la probabilidad de detección es baja, la sanción debe ser alta para poder tener efecto disuasorio). *Tercero*, a través del mercado: estableciendo un sobreprecio a cada soporte virgen (e.g. casete o CD) que se pone en el mercado, sobreprecio que va destinado a «compensar» a los autores por las potenciales infracciones. Esto se ha hecho en España, al imponer sobre ciertos soportes un canon que es destinado al pago, canalizado a través de las sociedades o asociaciones correspondientes, a los autores. *Cuarto*, modificando la arquitectura del mundo real, en este caso, mediante la tecnología: por ejemplo, introduciendo un microprocesador en cada aparato grabador que controle las copias que se hacen, de modo que a partir del número de copias que se considera admisible para uso privado, degrade automáticamente las copias sucesivas y lo mismo haga cuando se pretende hacer una copia de una copia anterior. De este modo se limita sustancialmente el mercado de copias o lo intercambios entre usuarios (a pocos les interesa una copia que se ve o se oye mal).

En un mundo dividido en Estados con Derechos distintos y con autoridades con poderes limitados territorialmente, la implementación de una sanción jurídica es más difícil que en el entorno de un solo Estado. En el caso de las copias, esta dificultad del Derecho se torna mayor, porque Internet crea un espacio propio, el «ciberespacio», que se despliega y es accesible desde todas partes. Internet modifica la arquitectura del mundo y altera la correlación de fuerzas: disminuye el poder de los Derechos nacionales, basados en el paradigma territorial, para combatir la copia ilegal. Por esta razón, para lograr una disminución efectiva de las conductas de infracción se requerirá operar necesariamente con los otros tres sistemas de regulación⁴.

Para cada ámbito de la actividad humana la importancia relativa de cada sistema de regulación puede ser distinta; para cada ámbito, el «cóctel» adecuado de esos cuatro «códigos» es diferente. Así, por ejemplo, para limitar la conducta individual de fumar, el mercado (aumentando el precio de los cigarrillos), las sanciones sociales («fumar perjudica a quien está a tu lado») y la arquitectura del mundo real (modificando el contenido de nicotina) son más efectivos que las sanciones jurídicas (nadie hasta el momento ha pedido la cárcel o la multa a quienes fumen privadamente).

³ L.Lessig explica muy bien estos códigos y sus combinaciones en *Code and other Laws of Cyberspace*, New York 1999, págs. 85 y ss.

⁴ Vid. estos y otros ejemplos en Lessig, *opus cit.* págs. 44 y ss.

3 · UNA «CUESTIÓN FAMOSA»

Una cuestión que se plantea en todas las introducciones al arbitraje comercial internacional es la relación del arbitraje internacional con los ordenamientos jurídicos nacionales⁵. Un arbitraje se dice internacional porque trasciende de la esfera de un único Estado y presenta vínculos o conexiones con otros Estados⁶. Esas conexiones o vínculos pueden utilizarse para medir el grado de proximidad del arbitraje a cada uno de esos Estados, con vistas a atribuir su regulación al Estado que presente la conexión que consideremos más significativa; pero esas mismas conexiones pueden también utilizarse en sentido contrario, como expresión del alejamiento del arbitraje del ámbito exclusivo de cada uno de esos Estados y, por lo tanto, como fundamento para no atribuir a ninguno de ellos su regulación. Dicho con otras palabras, las conexiones pueden utilizarse para «ligar» el arbitraje con un Estado determinado (y hablaremos entonces de arbitraje «localizado») o para «emancipar» el arbitraje de esos mismos Estados (y hablaremos de arbitraje «deslocalizado» o transnacional). La primera perspectiva nos da una visión «telescópica» de la realidad; la segunda amplía el espacio jurídico hasta la escala planetaria y «hace flotar» al arbitraje por encima de los ordenamientos nacionales.

Las dos visiones tienen sólo una parte de verdad. Por un lado, los Estados regulan y afectan relaciones que trascienden su esfera territorial, pero como cada uno pretende mantener un monopolio de «ley y orden» sobre su propia esfera, admiten bien la «lógica del reparto»: las relaciones se localizan en un Estado según en modelo savigniano de normas de conflicto y a ese Estado se le atribuye la regulación de la cuestión a pesar de sus conexiones con otros ámbitos. Por esta razón, la mayor parte de los instrumentos internacionales acordados con la participación de los Estados (tratados, leyes modelo) se

inspiran de un modo u otro en una lógica de atribución y reparto. Ni el CNY 1958 ni la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional son una excepción a esta regla.

Por otro lado, desde un punto de vista fenomenológico (tal y como las cosas se aparecen a un observador neutral), las transacciones internacionales no «pertenecen» a un Estado determinado, sino que se más bien se desenvuelven en la intersección de múltiples redes de órdenes jurídicos, nacionales e internacionales, públicos y privados, en lo que ha sido bautizado con fortuna como la «*interlegalidad*»⁷. En este contexto ningún ordenamiento estatal puede asegurarse un monopolio de ley y orden sobre tales transacciones y, por lo tanto éstas se desenvuelven en un espacio jurídico estructuralmente distinto al de las transacciones domésticas.

4 · MECANISMOS DE «ENFORCEMENT»

El sencillo esquema de los cuatro códigos o sistemas de regulación de la conducta humana que expusimos antes sirve para entender mejor los diferentes mecanismos de «*enforcement*» que pueden utilizarse para gobernar conductas. Estos diferentes mecanismos sirven también para explicar por qué el arbitraje surgió y se desarrolló como un sistema efectivo de solución de controversias pese a la incertidumbre jurídica característica del medio (la *interlegalidad*); o si se prefiere, al margen de los ordenamientos nacionales.

Para ello distinguiremos tres tipos de sanciones: *relacionales*, *reputacionales* y *jurídicas*. La clave está en que si las sanciones sociales y de mercado son eficaces, no es necesario acudir al Derecho como mecanismo de *enforcement*.

Incluir una relación en una estructura relacional de larga duración incentiva los comportamientos cooperativos y el cumplimiento de reglas de conducta, pues el beneficio de incumplir una vez debe confrontarse con el beneficio de repetidas transacciones. Si la inclusión en esa estructura se hace depender por los propios interesados del respeto de las decisiones que un tribunal arbitral nacido de ese entorno adopte, estas decisiones serán cumplidas voluntariamente, pues la «sanción» de expulsión o no continuación de esa relación comporta la pérdida

⁵ La literatura es enorme. Entre los artículos recientes, J.D.M. Lew: «Achieving the Dream: Autonomous Arbitration», en *Arbitration International*, 2006, págs. 179 y ss.

⁶ Conforme a la Ley de Arbitraje («LA») española, el arbitraje es internacional cuando (art. 3): a) en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes; b) el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; c) la relación jurídica de la que dimana la controversia «*afecte a intereses del comercio internacional*».

⁷ B. de Sousa Santos: *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, 1995, pág. 473.

da de ese beneficio y por lo tanto representa una sanción muy efectiva.

Los mercados funcionan sobre la base de las informaciones de que disponen sus participantes. Las sanciones reputacionales operan mediante la difusión de información negativa en el mercado: el incumplimiento es hecho público en los círculos del mercado en que el incumplidor opera, de modo que no vuelve a encontrar con quien contratar (o debe hacerlo con un descuento significativo). No es difícil encontrar ejemplos en las asociaciones de comerciantes. Así, por ejemplo, en el marco de *The Grain and Feed Trade Association* (GAFTA), si uno de los asociados se niega a cumplir un laudo pronunciado por un tribunal arbitral según las reglas de la asociación, el consejo de la asociación puede hacer circular una nota informando a los demás miembros de la negativa de esta parte a cumplir voluntariamente con dicho laudo⁸.

La efectividad de estas sanciones no depende de las fronteras jurídicas o del apoyo de los jueces, sino de los propios participantes en el mercado. En un marco donde la legalidad aplicable es incierta y donde los aparatos judiciales ven sus poderes limitados por los territorios nacionales, los instrumentos informales de gobierno de las conductas son especialmente importantes: no hay un guardián del comercio internacional⁹. Por eso también la auto-regulación y la ordenación privada se observan en todas las áreas del comercio internacional¹⁰.

Si nos fijamos en el comercio internacional, éste ha estado tradicionalmente dominado por lo que se ha dado en llamar la «*F-connection*»: *family* (círculos de personas ligadas por vínculos estrechos, sean religiosos o étnicos), *friends* (asociacio-

nes de comerciantes, círculos de importadores y exportadores) y *firms*. Los dos primeros factores expresan la tendencia a situar las transacciones internacionales en marcos relacionales de larga duración o que aumentan las probabilidades de «volverse a ver» (i.e. de volver a contratar). Un ejemplo de lo segundo lo encontramos en las casi desaparecidas empresas de importación y exportación. Durante mucho tiempo, parte de las transacciones internacionales eran cosa de importadores y exportadores que operaban como intermediarios entre la oferta y la demanda nacionales. Al reducirse el número de jugadores, las posibilidades de volverse a ver y de formar mercados reputacionales eran mayores y los contratos en círculos de importadores y exportadores se cumplían aunque el marco legal externo fuera incierto. Las sanciones no jurídicas (e.g. no volver a contratar por mala reputación) cumplen efectivamente su función al margen del Derecho¹¹. Por esta misma razón, en tanto el mercado y las reglas sociales sean capaces de gobernar las conductas y sancionar los incumplimientos, los arbitrajes se podrán desarrollar sin referencia a un Derecho nacional determinado¹².

La paradoja es que la globalización, que se desencadena por la combinación de una reducción de las barreras jurídico-públicas al comercio y a los servicios (reducción de aranceles, eliminación de prohibiciones, etc.) y la mejora de los medios de comunicación y transporte, aumenta las necesidades de un *enforcement* jurídico. En efecto, la globalización incrementa el número de jugadores («*faceless buyers confronted with faceless sellers*») y reduce la eficacia de mecanismos de *enforcement* sociales (la expulsión del marco relacional o la pérdida de reputación y pérdida de mercado). Contar con un tribunal estatal investido de la autoridad necesaria para hacer ejecutar coactivamente el laudo se vuelve más necesario.

⁸ GAFTA Arbitration Rules, Section 22.1: «*In the event of any party to an arbitration or an appeal held under these Rules neglecting or refusing to carry out or abide by a final award of the tribunal or board of appeal made under these Rules, the Council of GAFTA may post on the GAFTA Notice Board, Web-site, and/or circulate amongst Members in any way thought fit notification to that effect. The parties to any such arbitration or appeal shall be deemed to have consented to the Council taking such action as aforesaid.*».

⁹ En lo que sigue, Schmidtchen: «Territorialität des Rechts, Internationales Privatrecht und die privatautonome Regelung internationaler Sachverhalten», *Rabelsz*, 1995, págs. 56 y ss, en particular 93 y ss.

¹⁰ Aunque no es este el lugar para desarrollar esta materia, una cita obligada es el trabajo de Berger: *The creeping codification of the Lex Mercatoria*, Deventer 1999, pp.

¹¹ Cuando ni las sanciones sociales ni las jurídicas operan correctamente se hace necesario sustituir el mercado por la jerarquía. Esta función la desarrollan las empresas multinacionales (la tercera F, *firms*, en nuestro esquema): no se compra la materia prima sino al productor de la materia prima y se le integra en nuestra organización empresarial bajo una dirección unificada. De este modo se aseguran los suministros al margen de los mecanismos de mercado.

¹² Un ejemplo interesante del uso de los mecanismos reputacionales y del arbitraje es la industria del diamante, que estudia L. Bernstein en: «Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry», en *Journal of Legal Studies*, 1992, págs. 115 y ss.

5 · «ENFORCEMENT» JURÍDICO Y CONVENIO DE NUEVA YORK 1958

Las sanciones jurídicas se traducen en mandatos de cumplimiento (e.g. el pago de una indemnización) que, a diferencia de las anteriores, se imponen al incumplidor coactivamente mediante el recurso a una instancia externa: la autoridad soberana del Estado.

La pieza principal del *enforcement* jurídico a escala mundial es el Convenio de Nueva York de 1958 («CNY 1958»). El amplio número de Estados que han incorporado este Convenio significa que un laudo arbitral que satisfaga sus condiciones logra una especie de «pasaporte» mundial: el laudo pronunciado en un Estado contratante es un título potencialmente ejecutable en los 137 Estados del mundo que aplican el Convenio. En contraste con esta situación, una resolución judicial no tiene esa misma ventaja. Ningún convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones ha alcanzado, ni de lejos, un número semejante de ratificaciones.

Lo que importa tener presente es que el CNY 1958 cumple para el arbitraje internacional un papel que va más allá del reconocimiento y ejecución de los laudos. Por una parte el Convenio regula también los acuerdos de sumisión a arbitraje y sus efectos sobre la competencia de los tribunales para decidir sobre el fondo del asunto (excluyéndola). Por otra parte realiza un verdadero «reparto de papeles» entre los distintos ordenamientos en presencia. En este sentido proporciona al arbitraje comercial internacional su infraestructura básica.

El CNY 1958 regula el arbitraje internacional como un arbitraje localizado, con un origen determinado, ligado y no emancipado de las leyes nacionales. Esto se ha criticado e incluso puesto en duda por una parte de la doctrina, pero produce mayor claridad partir de una clave segura y fácilmente identificable, la sede del arbitraje como veremos, que la incertidumbre de no saber *ex ante* cuál de entre los varios ordenamientos nacionales con capacidad teórica para interferir sobre el arbitraje finalmente lo hará.

Hay que señalar que las dos perspectivas (arbitraje localizado, arbitraje deslocalizado) estuvieron presentes en la propia génesis del Convenio de Nueva York de 1958. Este convenio nace a partir de la propuesta formulada por la CCI de reemplazar el Convenio de Ginebra de 1927 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras por un nuevo texto. La propuesta original de la CCI

intentaba introducir la idea de un «laudo internacional» y, como tal, «completamente independiente de los Derechos nacionales» cuyo reconocimiento en los Estados parte se encargaría de asegurar el nuevo convenio. El Convenio de Nueva York de 1958 no adoptó la idea de un laudo «sin origen» en ningún ordenamiento nacional pero ejecutable en los Estados parte, sino la de un laudo «extranjero» y como tal integrado en un ordenamiento nacional: el del país «*en que o conforme a cuya ley*» el laudo arbitral ha sido dictado [Art. V.1 (e) CNY 1958].

A pesar de esta decisión inicial, el Convenio de Nueva York de 1958 ha servido de base a la internacionalización del arbitraje. Al adoptar el Convenio los Estados parte acuerdan respetar y hacer cumplir los acuerdos por escrito de someter las disputas a arbitraje y ejecutar los laudos que se dicten, bajo un modelo de control judicial limitado a las causas o motivos expresamente admitidos por el Convenio.

6 · EL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958 Y LAS «INSTANCIAS DE CONTROL»

Puesto que el modelo normativo del que parte el CNY 1958 es un modelo de arbitraje localizado, es preciso explicar cómo opera esta localización.

El Convenio de NY sigue un esquema implícito de reparto de papeles que opera sobre la distinción «jurisdicción primaria» y «jurisdicción secundaria»¹³. Jurisdicción primaria es aquella jurisdicción nacional a la que se reconoce competencia para controlar de forma directa el arbitraje y su resultado, el laudo o sentencia arbitral.

Jurisdicciones secundarias son todas las demás en las que el convenio arbitral (foro derogado) o el laudo (foro de ejecución) se quiera hacerse valer. El CNY 1958 obliga a estas jurisdicciones (i.e. el Estado cuyos tribunales serían competentes de no ser por la sumisión a arbitraje y el Estado o Estados donde el laudo debe ser ejecutado) a reconocer el acuerdo arbitral y el laudo dictado como resultado de ese acuerdo.

El CNY 1958 reconoce a la jurisdicción primaria y a la jurisdicción secundaria radios de acción muy distintos: universal a la primera y territorial a la segunda. Solo una jurisdicción primaria puede anular un

¹³ En lo que sigue, W.M. Reisman: *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration*, 1992, págs.107 y ss.

laudo. El CNY 1958 limita el control que las jurisdicciones secundarias pueden desplegar sobre el arbitraje internacional y este efecto es muy importante.

7 · LA «JURISDICCIÓN PRIMARIA»

7.1 · La sede del arbitraje

El CNY 1958 otorga al país de la sede del arbitraje el rol de jurisdicción primaria. Este rol implica dos cosas: el arbitraje se rige en principio por esta ley y corresponde a los tribunales de ese país el control general del procedimiento arbitral y del laudo.

Aunque el CNY 1958 habla del país «*en que o conforme a cuya ley*» el laudo haya sido dictado, en la práctica ambas proposiciones llevan al mismo resultado pues la mayor parte de las leyes nacionales de arbitraje basan su aplicación en el hecho de que la sede del arbitraje se localice en ese país. Este es sin duda el caso de la Ley de Arbitraje española (Art. 1: «*Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español*»).

El Art. V.1(e) CNY 1958 es la extensión natural del artículo I(1) conforme al cual un laudo es extranjero cuando ha sido dictado en el territorio de un Estado contratante distinto de aquél en el que se pide la ejecución o, aún cuando el laudo se haya pronunciado en el Estado de ejecución, éste no lo considere un laudo doméstico¹⁴. Esta segunda posibilidad estaba pensada para aquellos sistemas que en la época contemplaban la posibilidad de que un arbitraje regido por sus leyes de arbitraje se llevara a cabo en el territorio de otro Estado. Naturalmente, esta posibilidad genera conflictos de competencia cuando el país sede del arbitraje considera que el arbitraje en su territorio se rige por su propia ley. El CNY 1958 no resuelve ese potencial conflicto, pues plantea las cosas sólo desde el punto de vista del país donde se solicita la ejecución del laudo. Esto implica que debe reconocer la competencia de ambos Estados para anular el laudo. Por fortuna esta situación es muy rara en la práctica, pues, progresivamente, la mayor parte de los Estados adoptan el modelo territorial, conforme al cual sus leyes de arbitraje se aplican a los arbitrajes cuya sede se localice en su territorio. La sede se convierte así en la clave.

Este debate se replanteó durante la elaboración de la Ley modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional¹⁵. La cuestión a determinar era si la aplicación de la Ley Modelo debería depender del lugar del arbitraje (criterio territorial) o de la voluntad de las partes (criterio de autonomía). Por encima de elaboraciones teóricas, la opción de hacer depender la aplicación de la sede del arbitraje, además de estar en correspondencia con la práctica, da una orientación más fácil y segura¹⁶.

De este modo, la sede del arbitraje es el vínculo que sirve para determinar el «sistema de referencia» que proporciona el marco jurídico del arbitraje («*quien elige sede elige ley arbitral*») y las autoridades judiciales con capacidad de intervención sobre el arbitraje, sea en su faceta positiva (asistir a los árbitros como jueces de apoyo) como negativa (anulación de laudos).

A este modelo se le ha criticado la nacionalización que produce del arbitraje internacional, en la medida en que fuerza su localización. Sin embargo esta solución proporciona seguridad jurídica: las partes saben desde el comienzo a qué atenerse tanto en términos de tribunales como de marco jurídico de referencia del arbitraje. En este sentido parece preferible estar a una ley predeterminada que a un número indeterminado de leyes potencialmente aplicables. Además, en la medida en que las partes pueden fijar la sede arbitral, esas partes pueden elegir el modelo de arbitraje que quieren. Al fijar la sede en un sede liberal aumentan su grado de autonomía (más adelante volveremos sobre ello); al fijar la sede en un país con un sistema intervencionista o sin jurisprudencia uniforme, asumen los riesgos de esa intervención.

Como acabamos de señalar, corresponde a las partes el determinar la sede del arbitraje y lo normal es que las leyes nacionales (nada regula el CNY 1958 sobre esta cuestión) no limiten, en el campo comercial, su libertad de elección. En principio, nada

¹⁵ Holtzmann-Neuhaus: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, The Hague 1989, págs. 35 y ss

¹⁶ Por el contrario la opción de la autonomía genera inmediatamente problema de ajuste para determinar qué tribunales pueden controlar el arbitraje. Así, el tribunal de la sede debería declinar su competencia en favor de los tribunales de la ley elegida por las partes (de otro modo se generan conflictos positivos) pero asumir esa competencia si esos otros tribunales rechazan asumir el control dada la falta conexiones (de otro modo se generan conflictos negativos), G.Petrochilos: *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford, 2004, págs. 74-75.

¹⁴ Hass: *Weigand, Practitioner's Handbook on international Arbitration*, Munchen 2002, pág. 516.

impide que la sede sea libremente elegida por las partes, sin necesidad de que presente una conexión previa con el arbitraje o sus partes¹⁷. Así ocurre en el sistema español, conforme al artículo 26 LA, las partes pueden determinar libremente tal sede.

La sede es el lugar *en o desde donde* se conduce el arbitraje por acuerdo de las partes. En este sentido, la sede del arbitraje es algo distinto del lugar donde se lleven a cabo las actuaciones arbitrales, aunque lo normal es que estas se lleven a cabo en el país de la sede. La distinción entre «sede del arbitraje» y «lugar de las actuaciones arbitrales» se recoge en el artículo 26 de la Ley de Arbitraje española, cuyos dos apartados se refieren a cada uno de estos conceptos (aunque la ley hable de «lugar del arbitraje» en vez de «sede del arbitraje»). Esta distinción tiene una función exclusivamente facilitadora. Así, mientras que la sede o centro del arbitraje puede estar en un país (e.g. se trata de un arbitraje administrado por una institución de dicho país), las audiencias o deliberaciones pueden desarrollarse en otros lugares por motivos de cercanías a las pruebas o a los testigos o, más simplemente, por razones de logística¹⁸.

El laudo debe considerarse dictado en lugar de la sede del arbitraje, con independencia del lugar donde haya sido efectivamente aprobado o firmado (muchas veces los árbitros ni siquiera se reúnen sino que circulan el laudo que se va firmando por cada uno de ellos en su país). La determinación de la sede es una prerrogativa de las partes que determina la jurisdicción primaria para controlar el arbitraje y no debe hacerse variar por un hecho externo

y no controlable por ellas: que los árbitros hayan deliberado y/o firmado el laudo no justifica que se modifiquen *ex post* las reglas del juego acordado. A esta solución se llega en todo caso de la mano del Derecho español (artículo 37.5 LA)¹⁹.

El papel central de la sede se refleja en el *alcance universal* de su jurisdicción sobre el laudo. Conforme al CNY 1958 un laudo vinculante pronunciado en un Estado contratante debe ser reconocido y ejecutado en los demás Estados contratantes, salvo que ese laudo haya sido anulado o sus efectos suspendidos en el Estado de origen. Esto significa, positivamente, que el laudo validamente emitido valdrá en los demás Estados contratantes y, negativamente, que si es anulado o suspendido, no lo hará.

Este papel se refleja también en las leyes de arbitraje de los Estados parte. Este papel central favorece la creación de sedes naturales o especializadas, que aportan una regulación atractiva a los operadores del tráfico comercial. Una oferta atractiva se compone de tres piezas: neutralidad, autonomía, e intervención judicial limitada.

La *neutralidad* significa que el foro no impone su idiosincrasia a las partes en temas cuyo contenido depende del Derecho nacional, tales como la arbitrabilidad o el orden público. El ejemplo español es revelador de cómo un sistema elude aplicar su propia noción de arbitrabilidad en el campo internacional para favorecer su papel como sede. Así, el legislador español ha optado por una regla alternativa que favorece la elección de España como sede del arbitraje, pues asegura que no impondrá su propia noción de arbitrabilidad cuando, por ejemplo, la materia sea arbitrable conforme al Derecho que rija el fondo²⁰. En el plano del orden público, una sede neutral se cuida de dejar al margen sus propias nociones de orden público doméstico en favor de una noción de orden público internacional, que tenga en cuenta la diversidad socio-jurídica del

¹⁷ En leyes sobre contratos de concesión o servicios públicos no es inusual encontrar restricciones. Así, por ejemplo, la ley federal brasileña de 21 de noviembre de 2005, permite mecanismos privados de solución, pero siempre que el arbitraje se desarrolle en Brasil (y en lengua portuguesa).

¹⁸ Si todas las actuaciones se desarrollan fuera del lugar designado como sede y no existe ningún otro contacto entre la sede y el arbitraje, ni siquiera para la institución habitual, se suscita inmediatamente un problema: que esa sede meramente nominal no sea reconocida como sede real del arbitraje. Así, por ejemplo, la corte de Apelación de Svea (Suecia) rechazó la acción de anulación del laudo resultante del arbitraje entre una empresa francesa y dos empresas de EEUU en relación con un sistema de telecomunicaciones a ser instalado en Benim (case T-1038-05). El Arbitraje era un arbitraje CCI y las partes fijaron como sede Estocolmo. El árbitro único inglés organizó las audiencias en Francia y el resto del trabajo lo realizó en Inglaterra. La única conexión con Suecia era la elección formal de sede. El tribunal rechazó la demanda de anulación por falta de contactos del arbitraje con Suecia. En sentido análogo, desde la perspectiva de la LA española, Gómez Jene: «Art. 26», en D. Arias (coordinador), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cidur Menor, 2005, pág. 264.

¹⁹ «Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 [por libre acuerdo de las partes]. El laudo se considerará dictado en ese lugar».

²⁰ Art.9.6 LA: «Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español». Sobre su interpretación, véase M.Virgós: «El convenio arbitral en el arbitraje internacional», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2006, núm. 14, págs. 13 y ss, en particular págs. 26-28.

mundo y los estándares generalmente aceptados por la comunidad internacional.

La *autonomía* implica que los legisladores redactan sus leyes de arbitraje con una arquitectura esencialmente dispositiva, tanto en lo que se refiere al procedimiento como a la ley aplicable al fondo del asunto. De nuevo la Ley española de Arbitraje nos ofrece ejemplos de ambas cosas. En el *procedimiento arbitral*, porque la Ley únicamente exige que se asegure a las partes igualdad de trato y oportunidad suficiente de hacer valer sus derechos (artículo 24.1). Por lo demás, «*las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones*» (artículo 25); esto incluye toda la sustanciación del procedimiento, incluida la admisibilidad y valoración de las pruebas. Las partes pueden acordar ese procedimiento de un modo directo o indirectamente mediante la sumisión a las reglas de arbitraje de la institución arbitral, nacional o internacional, de su elección. En cuanto a la *ley aplicable al fondo*, porque la Ley de Arbitraje (artículo 34.2) no impone la aplicación de un Derecho estatal determinado, sino la aplicación de cualesquiera normas jurídicas, libremente elegidas por las partes. Estas normas pueden ser de origen estatal (una ley nacional) o privado (los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales o reglas generalmente admitidas como *lex mercatoria* en el sector comercial considerado).

La combinación del CNY 1958, que asegura el recurso al arbitraje y la ejecución del laudo excluyendo una revisión sobre el fondo del asunto, con las leyes de estos países produce un efecto multiplicador de la autonomía privada. Esta autonomía es necesaria pues proporciona certeza jurídica en el mundo impreciso de la interlegalidad en que se desenvuelven las transacciones internacionales. Además ofrece un beneficio evolutivo adicional: la oportunidad de crear nuevos principios y ajustar los procedimientos de solución de controversias entre partes de países con culturas jurídicas distintas, cuyas visiones del rol del Derecho y de los contratos en la estructura de las relaciones comerciales es muy diferente²¹.

²¹ Así, McConnaughay: «The scope of autonomy in international contracts and its relationship to economic regulation and development», University of Illinois Law and Economics Working Papers Series. Working Papers No 00-10 en SSRN Electronic Paper Collection, pág. 15 y ss. Aunque el trabajo estudia la extensión al Derecho público del arbitraje, el autor nos recuerda que

En cuanto a la *intervención judicial limitada*, el objetivo es dar certeza a las partes sobre la posible interferencia judicial, de modo que no se produzcan intervenciones inesperadas. Las funciones de apoyo y control del arbitraje quedan de este modo predefinidas. Este principio está recogido expresamente en la Ley de Arbitraje española: «*En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga*» (artículo 7).

Importa señalar que, al margen de supuestos especiales amparados en el Derecho Internacional público o en tratados internacionales, los sistemas nacionales admiten, en diverso grado, un control judicial de los laudos pronunciados en arbitrajes sujetos a su jurisdicción. A grandes trazos nos encontramos con tres modelos de supervisión judicial: (i) un modelo de *escrutinio amplio*, porque admite recursos sobre el fondo ante los tribunales de justicia; este es el modelo argentino, para los arbitrajes domésticos, portugueses, donde cabe la apelación judicial a menos que las partes lo excluyan. Este modelo termina devolviendo el poder de decisión de los árbitros a los tribunales ordinarios, devaluando cualquier ventaja comparativa del arbitraje. (ii) Un modelo de *escrutinio limitado*, que solo admite una acción o recurso de anulación por motivos tasados, pero no una revisión general sobre el fondo; este es el sistema de la Ley de Arbitraje española y de la Ley modelo UNCITRAL²². Los motivos de anulación allí recogidos son muy semejantes a los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero. (iii) Un modelo de *no-control*, que elimina toda posibilidad de discutir la validez del laudo ante las autoridades nacionales. El arbitraje se convierte en un juego de una sola jugada, el laudo o sentencia arbitral; no hay

en algunas sociedades de Asia los contratos son percibidos como acuerdos de principio que deben ser reformados cuando las circunstancias cambian y no como la expresión estricta de los derechos y deberes que las partes se deben recíprocamente en el marco de una relación de intercambio.

²² El art. 41 LA limita los motivos de anulación a los siguientes: «a) que el convenio arbitral no existe o no es válido; b) que [la parte que impugna el laudo] no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; d) que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; e) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; f) que el laudo es contrario al orden público».

una segunda oportunidad, ni un control externo de regularidad o *fairness* del procedimiento. Este modelo fue ensayado en Bélgica. Con la intención declarada de convertir a este país en «un paraíso del arbitraje internacional», en el año 1985 el legislador belga eliminó la acción de anulación de laudos dictados en Bélgica en arbitrajes internacionales cuando ninguna de las partes fuera belga. El efecto de la eliminación de la acción de anulación no fue el esperado por ese legislador, pues la posibilidad de corregir judicialmente posibles abusos o excesos de los árbitros incentiva un autocontrol por éstos y así lo perciben los usuarios del arbitraje. Por eso en 1998 se modificó la norma (artículo 1717.2 *Code Judiciaire*), alineándola con la solución, más pragmática, seguida por el legislador suizo, donde la acción de anulación existe por motivos tasados, pero se permite a las partes, cuando ninguna de ellas es residente en Suiza, excluirla por acuerdo expreso por escrito (artículo 192 Ley Federal de DIpr)²³.

8 · LAS «JURISDICCIONES SECUNDARIAS»

8.1 · El foro derogado

La exclusión de la competencia de los tribunales nacionales para resolver la controversia constituye la clave de bóveda del arbitraje internacional. Del CNY 1958 se deducen tres reglas básicas que el foro derogado debe seguir si las partes acuerdan por escrito someter sus disputas a arbitraje: (i) el acuerdo arbitral debe ser alegado por el interesado (no hay control de oficio); (ii) los tribunales nacionales no son competentes sobre el fondo; (iii) los árbitros pueden decidir sobre su propia competencia (principio de *Kompetenz-Kompetenz*).

Conviene que nos detengamos un momento sobre este principio (competencia sobre la competencia), porque en el CNY 1958 el «efecto positivo» de este principio (atribución de competencia a los árbitros para conocer de la validez del acuerdo de arbitraje sobre el que se basa su autoridad) no plantea pro-

blemas. Sin embargo, no reconoce el «efecto negativo» de este mismo principio (derogación de la competencia de los tribunales estatales para conocer de la validez del acuerdo de arbitraje).

El CNY 1958 regula los efectos negativos del convenio arbitral (a favor de un arbitraje en el extranjero) sobre la competencia del juez nacional en el Art. II.3. Su régimen puede resumirse de la siguiente forma: el juez es *incompetente* sobre el fondo pero parcialmente *competente* sobre la validez de la cláusula arbitral. En efecto, el artículo II.3 ordena al juez nacional remitir el asunto al arbitraje convenido «a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo (sea en virtud del artículo II.1 o del artículo V, apartados 1.a y 2.a), ineficaz (e.g. los árbitros rehúsan el nombramiento) o inaplicable (e.g. ha cesado de tener efectos por contener una cláusula de limitación temporal).

De este modo, el CNY 1958 establece un modelo de competencia *concurrente* de los tribunales nacionales y de los árbitros sobre la validez y aplicabilidad del convenio arbitral. Este modelo permite un control judicial *ex ante* de las cláusulas de arbitraje. Desde el punto de vista práctico se ha defendido esta solución porque permite eliminar las dudas sobre la validez de la cláusula arbitral desde el principio; pero a un precio pues no cabe duda de que favorece, como todas las reglas en que la competencia se reconoce a dos o más instancias, el *forum shopping*. Quien tema una demanda de arbitraje por incumplimiento contractual le basta iniciar un proceso judicial sobre el fondo para que la contraparte que había confiado en el arbitraje se encuentre atrapada en una jurisdicción nacional a la que las partes habían acordado no someterse. Esta tesis responde a la idea de que debe existir un control sobre la derogación de la competencia de los tribunales judiciales, a quienes se ve como juez natural de la disputa. En el plano doméstico esta «natural» correspondencia entre juez y disputa puede predicarse sin problemas; en el plano internacional, en cuanto que la materia y o las partes se vinculan con diferentes sistemas el argumento pierde fuerza.

El CNY 1958 no soluciona los problemas que pueden derivarse de esta competencia concurrente y deja que sean los Derechos nacionales los que aporten una solución. El Convenio de Ginebra de 1961 aporta una solución parcial, en cuanto que adopta el principio de prioridad de la vía arbitral, aunque lo supedita a que el arbitraje estuviera ya incoado. Esta solución, como la de aquellos países que aplican la regla (típica de la litispendencia) del *prior*

²³ Es de advertir que los reglamentos de arbitraje de algunas instituciones arbitrales contienen renunciaciones genéricas a las vías de recurso que puedan existir frente al laudo, cuyo alcance hay que analizar a la luz del Derecho de la sede del arbitraje. Así en el Art. 28.6 del Reglamento de la Corte internacional de Arbitraje de la CCI se dice que al someter su controversia a arbitraje según sus reglas, «se considerará que [las partes] han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente». Una regla semejante se encuentra en el Art. 26.9 del Reglamento de la LCIA.

tempore, fomentan una «carrera», pues quien presente la primera demanda determinará el terreno en el que se iniciará la disputa (tribunales o árbitros).

Esto suscita un problema interesante en el ámbito español. Una parte de los comentaristas de la ley española parece entender que del principio de «competencia sobre la competencia» se deduce necesariamente que los tribunales judiciales no puede controlar la validez del convenio arbitral y deben deferir esta cuestión, aunque se le plantee antes de que se inicie un arbitraje, a los propios árbitros. Sin embargo, este entendimiento del principio de *Kompetenz-Kompetenz* es inexacto. Basta leer la Ley Modelo UNCITRAL para darse cuenta de ello. La Ley Modelo incorpora el principio de competencia sobre la competencia de los árbitros en su Artículo 16. Sin embargo en su artículo 8 soluciona los supuestos en que presente una demanda sobre el fondo ante los tribunales estatales de un modo similar al artículo II del CNY 1958: el juez debe remitir a las partes al arbitraje, «a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz, o de ejecución imposible».

En realidad el efecto negativo del principio de *Kompetenz-Kompetenz* admite dos versiones y las dos las encontramos en los países de nuestro entorno. La *versión débil* es la que recogen tanto el CNY 1958 como la Ley Modelo: el tribunal estatal puede entrar a juzgar la validez del convenio arbitral para decidir si sigue conociendo del asunto o lo remite al arbitraje. Si el juez considera que es válido se declarará incompetente. Esta decisión vincula a los propios tribunales cuando después, en fase de ejecución o de acción de anulación alguna de las partes replantea la validez ya decidida.

La *versión fuerte* implica que los jueces declinan entrar a valorar la validez de la cláusula arbitral y se contentan con una prueba *prima facie* de su existencia (e.g. que conste por escrito), salvo que exista un motivo suficientemente grave para apartarse de esta regla (la invalidez de la cláusula es palmaria). En este modelo el control judicial es básicamente un control *ex post* (en fase de acción de anulación o de rechazo de su reconocimiento y ejecución). Es el modelo que siguen los tribunales franceses²⁴.

²⁴ Una solución más matizada es la suiza: si el arbitraje tiene como sede Suiza, los tribunales hacen solo un examen *prima facie*, pero si la sede está fuera de Suiza, entran a juzgar la validez. La razón es que solo en el primer caso cabe la acción de anulación en la propia Suiza. Petsche: *The Growing Autonomy*

En el sistema español se produce una paradoja. No hay ninguna duda de que los autores del borrador de proyecto optaban por un modelo fuerte de *Kompetenz-Kompetenz*, a modo del sistema francés. Sin embargo tampoco hay ninguna duda de que se olvidaron de decirlo en la propia ley.

La única regla expresa de *carácter general* sobre la materia es la del Art. II CNY 1958, que refleja, además lo que la jurisprudencia venía haciendo: en el proceso sobre la declinatoria los tribunales españoles entraban a valorar la existencia y validez del acuerdo arbitral si alguna de las partes la negaba. Esta regla no es obstáculo, en virtud del principio de aplicación de la regla más favorable, a una solución más propicia al arbitraje si tal solución puede deducirse de la Ley de Arbitraje.

Ya hemos visto que el argumento del principio de la *Kompetenz-Kompetenz* no es válido²⁵. Tampoco hay analogía suficiente que justifique extender a la declinatoria de jurisdicción la solución del Art. 15.5 LA. Este precepto indica al juez que debe nombrar un árbitro que *sólo* puede rechazar la petición si de los documentos aportados no resulta la existencia de un convenio arbitral. En cambio, la Exposición de Motivos relativa a ese precepto de la ley hace, *an passant*, una indicación bastante clara de la intención del legislador cuando indica que otra solución: «...vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia». A esta mención en la exposición de motivos se une un argumento de «omisión consciente» del legislador: el artículo 11 de la Ley española no reproduce, y esta omisión parece también intencional, la última parte del artículo 8.1 de la Ley Modelo en la que se dice que el tribunal remitirá a las partes al arbitraje, «a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible». Esto abona una interpretación amplia de la expresión «*controversias sometidas al arbitraje*» del artículo 11 LA de modo que, con el apoyo del artículo 22 LA, se entienda que esa expresión alcanza también a las controversias sobre la propia existencia o validez del convenio arbitral²⁶.

of International Commercial Arbitration, Frankfurt, 2005, pág. 84.

²⁵ Ni la referencia al art. 7 LA, pues es claro que es una situación expresamente contemplada en la propia Ley (art. 11) y que el tribunal debe entrar a decidir sobre la declinatoria. Lo que se discute es la amplitud del control que procede en el marco de esa declinatoria; y esto no está resuelto expresamente en la ley.

²⁶ Favorable a esta interpretación, entre otros, D. Arias: «Art. 11», *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor,

La regla evita decisiones paralelas sobre la validez de la cláusula (el planteamiento de la declinatoria no paraliza el arbitraje conforme al artículo 11.2 LA) e impide que una de las partes sustraiga a la otra del arbitraje por el simple procedimiento de demandar ante los tribunales e impugnar la validez de la cláusula arbitral por cualquier motivo jurídico. Para que esta regla opere correctamente y sin abusos es preciso exigir una evidencia *prima facie* de la existencia del convenio arbitral y que no concurren motivos graves para desviarse de esta regla (e.g. cuando la nulidad de la cláusula sea *manifiesta*).

Si una de las partes impugna en el arbitraje el convenio arbitral o su aplicación al caso, entonces los árbitros deberían emitir en primer lugar sobre esta cuestión, mediante un laudo parcial, de modo que la cuestión de competencia quede resuelta en el primer momento posible. Este laudo sería inmediatamente susceptible de acción de anulación²⁷.

Esta solución, que debe encontrar todavía el refrendo jurisprudencial²⁸, no implica que el control judicial sobre el convenio arbitral desaparezca, sino que este control se desplaza y opera *ex post*, frente al laudo ya pronunciado, sea por la vía de la acción de anulación de la Ley de Arbitraje, sea por la vía de la denegación de su reconocimiento y ejecución conforme al CNY 1958. En este sentido, la decisión que adopten los árbitros sobre la validez de la cláusula

no es vinculante para los tribunales nacionales cuando efectúan este control (artículo 41.a LA; Art. V.1.a y artículo V.2 CNY 1958).

8.2 · El foro de ejecución

El CNY 1958 permite al Estado de ejecución aceptar o rechazar el reconocimiento del laudo, pero no anularlo²⁹.

A su vez, el control que se permite al Estado de Ejecución para reconocer o rechazar el laudo se concentra en tres núcleos fundamentales: (i) el arbitraje debe fundarse en un convenio arbitral válido y ajustarse a los términos acordados por las partes; (ii) el procedimiento debe respetar los principios básicos que configuran el derecho a un proceso con las garantías debidas; y (iii) su resultado debe poder ser insertado en el ordenamiento del foro, sea por su contenido (orden público) o por la materia sobre la que versa (arbitrabilidad).

En el sistema del CNY 1958 el Estado de ejecución no puede revisar el fondo del laudo. Esto significa que los tribunales del estado de ejecución no pueden entrar a revisar el asunto como harían un tribunal de apelación o de casación. El control que el CNY 1958 autoriza es un control limitado que versa sobre cuatro aspectos fundamentales, entre los cuales no se encuentra el mayor o menor acierto del tribunal en la solución del caso. Por ejemplo, el hecho de que a juicio de los tribunales del foro los árbitros se haya equivocado no es motivo de denegación.

Además de limitar los motivos de denegación oponibles al laudo extranjero, el CNY 1958 establece una regla de carga de la prueba de gran trascendencia práctica: solo la arbitrabilidad y el orden público pueden ser controlados de oficio por los jueces y tribunales; el resto de los motivos debe ser alegado

2005, pág. 108; F. Mantilla: *Ley de Arbitraje*, Madrid, 2005, pág. 89 y J. Fernández Armesto: «El arbitraje internacional», en de Martín/Hierro, *Comentario de la ley de arbitraje*, Madrid 2006, págs. 731 y ss. en págs. 757-758. Contra R. Verdura Server: Art.11, en S. Barona, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, pág. 454.

27 Ex art. 22.3 LA, sin que el tenor del art. 40 impida esta conclusión, Pantaleón: «El pronunciamiento del laudo y la terminación de las actuaciones» en *Expansión*, *La nueva ley de arbitraje*, Madrid 2004, pág.128.

28 La falta de norma expresa hace que los tribunales tiendan a seguir la inercia de las soluciones anteriores. En este sentido, algunas resoluciones judiciales muestran que los tribunales no se limitan a un examen *prima facie* del convenio arbitral, sino que entran a decidir, con efectos de cosa juzgada, sobre su validez (e.g. Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2006). Sin embargo, incluso si, contra el propósito legislativo, se generalizara esta tendencia, en aquellos casos en que el procedimiento arbitral estuviere ya iniciado en el momento de plantearse la demanda judicial la solución debería ser diferente: la regla de prioridad del arbitraje iniciado ya formaba parte de nuestro ordenamiento (art.VI.3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, aunque circunscrita a los Estados parte) y su aplicación analógica es plenamente congruente con la política legislativa expresamente adoptada por la LA de evitar que la incoación de un proceso judicial se pueda emplear sin más para bloquear o dificultar el arbitraje.

29 Esta situación se le planteó al Consejo de Estado colombiano (decisiones de 23 de octubre de 2003 y 24 de abril de 2004). Entre una empresa colombiana (Ferroviarias) y una compañía USA (Drummond Ltd) se firma un contrato con una curiosa cláusula: si la ley colombiana en el momento de arbitraje no permitía el arbitraje internacional, entonces las partes acordaban un arbitraje según el código de comercio colombiano; pero si la ley permitía el arbitraje internacional, entonces se sometían a un arbitraje CCI y París sería la sede del arbitraje. Surge una disputa entre las partes, se constituye el tribunal arbitral en París y éste dicta un laudo parcial declarándose competente. Ferroviarias reclama ante el Consejo de Estado colombiano la anulación del laudo. El Consejo rechazó la demanda de anulación señalando que Colombia no tenía competencia para ello: la sede del arbitraje estaba en París.

y probado por la parte que se opone al reconocimiento y ejecución del laudo. Esto equivale a partir de una presunción (parcial) de regularidad del laudo.

La decisión sobre el reconocimiento y ejecución de los tribunales de un Estado tiene un alcance meramente territorial y no vincula a los tribunales de otros Estados. En el contexto internacional el reconocimiento y la ejecución del laudo procede siempre «de Estado en Estado», individual y no centralizadamente.

9 · ÉXITO Y RIESGOS DE PETRIFICACIÓN

En el campo de la unificación de normas, el éxito tiene también un precio. Un tratado internacional que tiene más de 135 ratificaciones es una conquista importante. Sin embargo, su revisión requiere un consenso semejante y reunir el consentimiento de tal número de Estados es siempre difícil. El riesgo es pues que las normas se petrifiquen, su reforma o adaptación se haga muy costosa y la norma termine suponiendo más una «carga» que un activo en el desarrollo de ese área del Derecho.

El CNY 1958 ha evitado desde el principio ese riesgo mediante la incorporación del principio de aplicación de la regla más favorable (Art. VII). Esto significa que las normas del Convenio «ceden» ante otras normas, de origen nacional o internacional, que permitan en el Estado donde se pretenda la efectividad del laudo, un régimen de reconocimiento y ejecución más favorable que el régimen del CNY 1958.

La aplicación de este principio ha permitido a los sistemas nacionales evolucionar sin perjudicar el papel del CNY 1958 como estándar mínimo internacional. Nada impide a los Derechos nacionales establecer condiciones más beneficiosas para el arbitraje (i.e. proyectar un principio de confianza mayor que el que el CNY 1958 reconoce).

Sin embargo, algunas aplicaciones nacionales de este principio es dudoso que sean coherentes con la infraestructura del arbitraje internacional puesta en pie por el CNY 1958.

Como hemos visto, el Convenio de Nueva York de 1958 arranca de un modelo de arbitraje localizado, donde la jurisdicción primaria (la sede del arbitraje) tiene un rol determinante tanto en lo positivo (un laudo vinculante pronunciado en ese país extiende su autoridad a todos los Estados contratantes que solo pueden denegar su reconocimiento por razones tasadas), como en lo negativo (si el laudo es

anulado, carece de autoridad en ese país y ello es motivo de denegación de su reconocimiento en los demás Estados contratantes).

Este modelo tiene la virtud de la simplicidad. El CNY 1958 parte de la base de que el rol de policía del arbitraje lo debe desenvolver la jurisdicción primaria. Las jurisdicciones de los Estados o Estados de ejecución deciden sólo sobre el reconocimiento y ejecución en su ámbito, pero no se consideran competentes para anular o revisar el laudo. Este papel corresponde a la sede..

La regla general parece lógica: reconocer es «dejar valer». Si el laudo se anula en ese país, «deja de valer» también para los demás países, desaparece de la vida jurídica. En términos del CNY 1958, la vulnerabilidad del laudo conforme al Estado de origen se exporta trámite su Art. V.1 (e) a los demás Estados contratantes. Las partes pueden elegir la sede arbitral y, por lo tanto, son responsables de su elección³⁰.

La jurisprudencia francesa ha seguido un rumbo diferente. Ha considerado que al no contener su sistema positivo autónomo una regla similar al Art. V.1 (e) del CNY 1958 esto implicaba que el sistema francés no conocía como causa de denegación la anulación del laudo en el Estado de origen. La consecuencia es que Francia reconoce y ejecuta laudos a pesar de que éstos hayan sido anulados en la sede del arbitraje. Así, en el conocido asunto *Hilmarton*, un laudo dictado en Suiza en 1988 en una disputa entre una firma francesa y una firma inglesa liberando a la primera del pago de los honorarios reclamados por la segunda por servicios prestados en relación con una operación en Algeria fue posteriormente anulado en Suiza en 1990 pero reconocido en Francia por la *Cour de Cassation* en 1994³¹.

La jurisprudencia francesa viene a entender que el laudo, una vez pronunciado, no se integra en el orden jurídico del Estado de la sede y por lo tanto su existencia persiste a pesar de su anulación. En la metodología del reconocimiento, diríamos que la continua validez del laudo en su Estado de origen es un presupuesto del reconocimiento: reconocer es «dejar valer», no «hacer valer»; sin embargo esto

³⁰ Los argumentos paternalistas que algunos autores manejan del tipo de que las partes «no saben lo que hacen» cuando eligen la sede, o que «no son conscientes» de la trascendencia que puede tener, o el que «el más poderoso se impone» a la contraparte en la fijación de la sede, no tienen justificación en el ámbito comercial.

³¹ Sentencia de 23 marzo 1994, XX YBCA 1995, pág. 663.

último es lo que de hecho hacen los tribunales franceses, que de este modo transforman sus normas de reconocimiento en auténticas «normas de producción jurídica».

En todo caso, lo que aquí importa señalar que tal construcción no combina bien con los principios del CNY 1958, por cuanto elimina el papel de la jurisdicción primaria y con ello provoca una disminución de la seguridad jurídica general. Basta ver los resultados: el laudo anulado fue reconocido en Francia pero, puesto que la disputa no estaba resuelta en el Estado de origen, Suiza, se dictó en este país un segundo laudo con el resultado justamente contrario, obligando a la firma francesa al pago de los honorarios en cuestión. Este laudo obtuvo el reconocimiento en Gran Bretaña³². La consecuencia es clara: la solución de la jurisprudencia francesa provoca inevitablemente decisiones y resultados contradictorios y por esta misma razón consigue lo contrario de lo que pretendía: en lugar de lograr un resultado universalmente reconocible (que el objetivo del CNY 1958) consigue territorializar necesariamente la solución a la disputa jurídi-

ca y de hecho (al haber dos laudos potencialmente ejecutables) la cronifica sin posibilidad de solución final (en el caso real al parecer las partes llegaron finalmente a una transacción)³³.

La elección de la sede es un riesgo jurídico cuyas consecuencias deben las partes aceptar en virtud del principio de auto-responsabilidad; y no se ven las razones para proteger a las partes frente a su propia libertad de elección³⁴.

10 · EPÍLOGO

La interpretación del Convenio de Nueva York de 1958 que se hace en el texto no es la única posible. Sus normas, como las de cualquier convenio internacional, no están exentas de ambigüedades y lagunas. Sin embargo, proporciona un modelo normativo sencillo y comprensible del fenómeno del arbitraje comercial internacional, que explica tanto el éxito del Convenio como, por esta misma razón, el papel que ha llegado a adquirir de infraestructura legal del arbitraje internacional. Por eso también nos parece preferible a sus alternativas.

³² Queen's Bench Division, decisión de 24 de mayo de 1999, XXIVa YBCA, 1999, p. 777.

³³ Los tribunales franceses *anulan* laudos dictados en Francia en materia de arbitraje internacional (Art. 1504 NCPC), pero reconocen y ejecutan laudos dictados y anulados en otros Estados. Así expuesta, esta solución, no es susceptible de universalización y, por tanto, de elevarse a rango de patrón general en la materia.

³⁴ Diferente de la posición francesa es la de quienes sostienen que el CNY 1958 otorga discreción al Estado de ejecución para rechazar el reconocimiento del laudo anulado, pues el Art. V no utiliza el imperativo («se denegará el reconocimiento»), sino el potencial («se podrá denegar el reconocimiento») y que los Estados pueden utilizar esta discreción para limitar las causas de anulación que reconocerán. El reconocimiento de un laudo anulado por razones que se apartan de los estándares internacionales en la materia (e.g. los previstos en la Ley Modelo UNCITRAL) operaría así como un instrumento de presión sobre el Estado de origen o sus tribunales, pues verían reconocer el laudo pero no la resolución judicial que la anula por esos motivos. Sobre estas cuestiones, G. Petrochilos: *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford, 2004, pág. 299-337.