

Algunas consideraciones generales sobre la aplicación de la Convención de Nueva York en Bolivia.

Some basic considerations about the application of the New York Convention in Bolivia.

Horacio Andaluz Vegacenteno*

Abogado.

Fecha de Presentación: octubre 2012. Fecha de Publicación: marzo de 2013.

Resumen.

En Bolivia aún no se ha tenido la oportunidad de aplicar la Convención de Nueva York. Este artículo no pretende hacer una exégesis exhaustiva sobre dicho instrumento internacional, sino

* Abogado, árbitro (CAINCO), profesor de derecho (UPSA). Master en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Master of Laws-Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (Harvard Law School). Última publicación: "A Positivist Reexamination of Judicial Review. The Legal Reasoning Behing Marbury v. Madison" (Lambert, Berlin, 2011). Otros libros: "Aplicación judicial de la constitución" (El País/luris Tantum/UPSA, Santa Cruz 2010, reimpresión 2011); "Positivismo normativo y derecho internacional" (Plural/CERID, La Paz 2005). Otras publicaciones (relevantes): "Consecuencias formales de la regulación constitucional de los derechos" (Libro homenaje al Profesor Néstor Pedro Sagues, ICACH/Tribuna Constitucional, Sucre, 2012); "Cádiz en Charcas: Conjeturas e Indicios" (84 Revista de Derecho Político UNED-Madrid 2012); "La posición constitucional del poder judicial" (80 Revista de Derecho Político UNED-Madrid 2011); "La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la Constitución vigente" (16 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010); "Más allá de Kelsen: las normas de competencia y la estructura del sistema jurídico" (9 Revista Boliviana de Derecho 2009); "El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho" (XXXI Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 2009); "La justicia constitucional en el Estado de Derecho" (4 Revista General de Derecho Público Comparado 2009, España); "El Derecho Internacional en el sistema de fuentes, propuesta de artículos para la Nueva Constitución de Bolivia" (15 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009); y "El derecho de la sucesión de Estados" (9 Revista Colombiana de Derecho Internacional 2007).

sólo hacer un repaso de ciertas consideraciones generales para su aplicación, tal como han venido siendo desarrolladas por la jurisprudencia comparada. Para esto, lo primero ha sido determinar, a partir de la legislación nacional, la aplicabilidad de la Convención. Lo segundo, desarrollar los presupuestos procesales para solicitar el reconocimiento. Y lo tercero, recalcar en los aspectos comunes sobre la denegación del reconocimiento. El reconocimiento de laudos anulados y la denegación del reconocimiento por violación al orden público, son cuestiones que no pueden quedar al margen, porque son parte del conocimiento general que se debe tener sobre la aplicación de la Convención de Nueva York.

Abstract.

The Bolivian Judiciary has not had the opportunity to apply the New York Convention yet. This article is not an exhaustive interpretation of that treaty. It is only a general review of some basic considerations for its application, such as the foreign courts have been developing them. To do so, firstly, the applicability of the Convention has been determined in light of national legislation. Secondly, the article has gone through the procedural aspects to demand recognition. And thirdly, it has gone through the common grounds to deny recognition. Recognition of annulled awards and denegation of recognition by public policy are matters that can not be avoided, because they are part of the basic knowledge surrounding the application of the New York Convention.

Sumario

- I. DERECHO APLICABLE AL RECONOCIMIENTO DE LAUDOS EN BOLIVIA.
- II. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO.
- III. CUESTIONES COMUNES SOBRE LA DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO.
- IV. RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS.
- V. REFERENCIA A LA DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO POR VIOLACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO.

Palabras clave

Convención de Nueva York, reconocimiento de laudos, convenio arbitral, acuerdo por escrito, UNCITRAL, anulación de laudos, exequatur, denegación del reconocimiento, orden público.

Keywords

New York Convention, recognition awards, arbitration agreement, written agreement, UNCITRAL, annulment of awards, exequatur, refusing recognition, public order.

1. Hay 147 Estados obligados por la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, 1958). De su entrada en vigor en 1959 (7 de junio) a la fecha, la aplicación de la Convención ha generado un vasto y generalmente uniforme cuerpo de jurisprudencia. Bolivia es parte en la Convención desde 1994 (12 de agosto), pero, pese a que a la jurisprudencia nacional no le es ajena la tarea de reconocer decisiones judiciales extranjeras, no ha tenido aún la oportunidad de reconocer laudos arbitrales. Más aún: su experticia se concentra en el reconocimiento de sentencias de divorcio. Sobre asuntos que por su materia pudieron haberse dirimido en arbitraje, el de mayor relevancia es el reconocimiento de una sentencia del Tribunal de la Reina de la Corte Suprema de Justicia de Inglaterra y Gales (AS-Sala Plena 34/2004, 2 de abril), que ha dejado como jurisprudencia, también aplicable al reconocimiento de laudos, que la solicitud de reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera es un acto aislado u ocasional (artículo 415 del Código de Comercio). Por tanto, no es necesario que las sociedades comerciales extranjeras se inscriban en el Registro de Comercio para que tengan el derecho de accionar en esta materia. Pero sobre la Convención de Nueva York no hay nada aún. Estoy lejos de hacer una presentación sistemática de la Convención, como un instrumento internacional cuyo significado jurídico ha sido definido por la interpretación uniforme de la jurisprudencia comparada. Tan sólo toco algunos aspectos generales y dispersos, sobre los que la jurisprudencia se ha pronunciado más allá de la literalidad de su texto. Las causales tasadas de denegación del reconocimiento no son cuestión para tratarse incidentalmente, pero la indeterminación del concepto de orden público obliga a tocar el tema, aunque sea a título de referencia. Todas las citas a sentencias extranjeras son traducciones libres. La numeración de los párrafos responde a la unidad conceptual de cada uno de ellos.

I.- DERECHO APLICABLE AL RECONOCIMIENTO DE LAUDOS EN BOLIVIA.

2. El reconocimiento es un asunto de derecho internacional privado. Es un juicio sobre la admisibilidad de los efectos de una decisión extranjera, reconociéndole la misma eficacia que produciría una decisión del foro de naturaleza equiparable. Es un acto formal y declarativo. Formal, porque prescinde de revisar el fondo del asunto. No se valoran los hechos, sino que se resuelve sobre las condiciones formales tasadas para pronunciar el reconocimiento o negarlo. Y declarativo, porque deja que la cosa juzgada extranjera produzca los mismos efectos que produciría en su Estado de origen.

3. De acuerdo a la legislación boliviana, es laudo extranjero toda "resolución arbitral de fondo que haya sido dictada fuera de Bolivia" (artículo 79 de la Ley 1770). Al decir "resolución arbitral

de fondo”, está diciendo una que decida sobre el objeto mismo de la controversia sometida a arbitramento. A contrario, una decisión definitiva referida a la competencia arbitral o a las incidencias del proceso, no sería un laudo extranjero según el artículo 79.

Y al decir que “haya sido dictada fuera de Bolivia”, está diciendo dos cosas.

(1) Está adoptando la territorialidad como criterio para determinar la nacionalidad extranjera de un laudo. Por tanto, necesitarán de reconocimiento para su ejecución, los laudos extranjeros al sistema jurídico boliviano por razón del lugar de su dictado (artículo 80). A contrario, a los laudos dictados en arbitrajes internacionales en los que el Estado del foro es Bolivia (artículo 71), se les aplicará el mismo procedimiento de ejecución que se aplica a los laudos nacionales (artículos 68 a 70).

(2) Está diciendo que el lugar del dictado del laudo es el lugar del arbitraje. Al decir “dictada fuera de Bolivia”, no está diciendo que uno sea el lugar del arbitraje y otro sea el lugar del laudo. A pesar de la literalidad de su texto, la Ley no hace tal escisión. El lugar del arbitraje es un concepto legal, que depende de la decisión de las partes, del reglamento aplicable o de la decisión de los árbitros. De este lugar depende la nacionalidad del laudo, porque a través de él se vincula a un sistema jurídico. Cosa distinta es que se desarrollen actuaciones arbitrales fuera del lugar del arbitraje, incluyendo que el laudo sea dictado físicamente en otro lugar. Nada de esto afecta al lugar del arbitraje ni a la nacionalidad del laudo. Es un permiso para actuar fuera del lugar del arbitraje, nada más, pero no lo cambia, sino que se ejerce porque la ley del lugar del arbitraje lo otorga. La jurisprudencia es clara en esto: “El lugar del arbitraje es puramente un concepto legal (...); no es una noción de facto dependiente del lugar de las audiencias o del lugar donde efectivamente se firmó el laudo” (Corte de Apelaciones de París, asunto *Société Procédés de Préfabrication pour le Béton v. Libye*, 1998)¹. Leído el artículo 79 según el artículo 42, el lugar del laudo es jurídicamente el lugar del arbitraje, porque es consecuencia del vínculo de nacionalidad elegido por aplicación del artículo 42.I. Y si fue dictado en un lugar distinto, su nacionalidad no varía, porque la ley de su nacionalidad le permite dictarse fuera (artículo 42.II): se trata simplemente del significado jurídico positivo del concepto “lugar del arbitraje” (textualmente, el dictado del laudo está cubierto por el permiso general de “realizar cualquier otra actuación” en “cualquier lugar”). Por tanto, los laudos dictados físicamente fuera de Bolivia, sólo serían extranjeros si el lugar del arbitraje no fuera Bolivia. Éstos son los que deberán ser reconocidos.

1 En Hill, Richard; *On-line Arbitration: Issues and Solutions* (15 *Arbitration International*, 1999), p. 203.

4. Por regla, al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros les son aplicables las normas de la Convención de Nueva York sobre la materia (Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958). Como excepción, les son aplicables las normas de la Ley 1770.

Las razones:

(1) Rige en la materia una regla a favor del reconocimiento y ejecución, que obliga a optar por la aplicación del instrumento internacional más favorable a la parte solicitante (artículo 80.II). Sólo de no haber instrumento aplicable, se aplicarán las disposiciones internas (artículo 80.III).

(2) La Ley 1770 remite a cuatro instrumentos internacionales (artículo 72.I, por remisión del artículo 80.I): uno, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá, 1975); dos, la Convención de Nueva York ya mencionada; tres, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros (Convención de Montevideo, 1979); y cuatro, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington, 1965).

(3) De éstos, el cuarto queda excluido de inicio: de acuerdo a su artículo 71, la denuncia de Bolivia al Convenio de Washington tuvo efecto el 3 de noviembre de 2007.

(4) De las convenciones que quedan, la de Montevideo sale también excluida. Primero, es subsidiaria de la Convención de Panamá (artículo 1), así que las razones para excluir a ésta alcanzan a aquella (párrafo siguiente). Segundo, sus condiciones para el reconocimiento son más gravosas que las de la Convención de Nueva York. De un lado, exige la presentación de copias auténticas de las piezas necesarias que acrediten que el demandado fue emplazado debidamente y que se aseguró la defensa de las partes (artículo 3.b). De otro, exige también la presentación en copia auténtica del auto que declare que el laudo “tiene carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada” (artículo 3.c). A cambio de ambas, a la Convención de Nueva York le basta con la presentación del laudo y del acuerdo arbitral debidamente autenticados y traducidos al idioma oficial del Estado requerido (artículo IV). Tercero, al darle a estos requisitos la naturaleza de presupuestos procesales, invierte la carga de la prueba de lo que comparativamente está regulado como causales de denegación del reconocimiento, a instancia de la parte contra la que se invoca el laudo, en la Convención de Nueva York (artículo V.1.b y V.1.e). Y cuarto, además de invertir la carga de la prueba, la presentación en copia auténtica del auto que declare el carácter ejecutoriado o de cosa juzgada del laudo (artículo 3.c), es un

exigencia de más difícil cumplimiento que defender que el laudo sí es obligatorio (artículo V.1.e de la Convención de Nueva York). Que el laudo sea obligatorio significa que el fondo de su decisión no puede controvertirse ante otra instancia: “El laudo será considerado obligatorio a los efectos de la Convención si no hay otra instancia a la cual recurrir (esto es, un tribunal de apelación). El hecho que se puedan interponer recursos en un tribunal, no impide que el laudo sea obligatorio. [El artículo V.1.e] debe hacer más difícil para una parte perdedora obstruccionista posponer o evitar la ejecución, instaurando, o amenazando con hacerlo, procedimientos para prescindir del laudo o suspenderlo” (Corte Superior de Delhi, asunto *Fertilizer Corporation of India v. IDI Management Inc.*, 1982)². En cambio, presentar el auto que declare el “carácter ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada” del laudo, significa someter al laudo a un doble reconocimiento. De un lado, al reconocimiento del Estado del lugar del arbitraje, para que emita el auto que lo declara ejecutoriado. De otro, al reconocimiento del Estado requerido, para que el laudo sea ejecutado. Nada de esto facilita el reconocimiento. Quedando fuera la Convención de Montevideo, quedan en concurso las convenciones de Panamá y de Nueva York.

5. Por su ámbito de aplicación, la Convención de Panamá queda excluida frente a la Convención de Nueva York.

(1) La Convención de Nueva York se aplica aún a laudos emitidos en Estados que no son parte en ella. Es consecuencia de que su cumplimiento quede a cargo del Estado del foro, que queda impuesto de obligaciones unilaterales (artículo I.1): lo obligan sin que exista relación sinalagmática con el Estado del lugar del arbitraje. Por tanto, siempre que el Estado en el que se busca reconocer y ejecutar un laudo sea parte de la Convención, ésta será aplicable. Las excepciones: primera, que el Estado requerido hubiese formulado reserva de reciprocidad, en cuyo caso aplicará la Convención sólo a los laudos provenientes de otro Estado parte (artículo I.3); segunda, que el Estado requerido hubiese formulado reserva de comercialidad, en cuyo caso aplicará la Convención sólo a los laudos que decidan controversias “consideradas comerciales por su derecho interno” (artículo I.3). En cambio, la reciprocidad es la regla para la aplicación de la Convención de Panamá. Como carece de una norma que produzca los efectos del artículo I de la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá es fuente de un entramado de obligaciones bilaterales entre los Estados vinculados por ella. Y como un Estado se obliga frente a otro en la medida exacta de las obligaciones que éste tiene con aquel, la relación jurídica entre ellos se construye a partir de la identidad de sujetos (Estados) y materias comprometidas (obligaciones). Esa es la reciprocidad. Y aquí un agravante: que se trata de una

² Disponible en <http://www.indiankanoon.org/doc/1759511/>

convención sólo entre los Estados americanos (artículo 7). Por tanto, para que la Convención de Panamá sea aplicable, el Estado del lugar del arbitraje y el Estado requerido deberán ser, a la vez, Estados americanos obligados por la Convención.

(2) La Convención de Nueva York se aplica a todos los laudos que necesiten de reconocimiento: su artículo I sólo se refiere a "sentencias arbitrales", sin distinguir entre ellas. Por tanto, la Convención es aplicable a laudos comerciales y a laudos de inversiones, dictados en arbitrajes nacionales o en arbitrajes internacionales. Pero no ocurre lo propio con la Convención de Panamá. De su preámbulo y de su artículo 1 queda que es aplicable sólo a laudos comerciales ("carácter mercantil" dice el artículo 1). Los laudos de inversiones quedan fuera de su ámbito de aplicación. Y tampoco es aplicable a los laudos extranjeros pero nacionales según la ley del lugar del arbitraje. Su preámbulo se refiere a la necesidad de una convención sobre arbitraje comercial internacional, por tanto, es dable al razonamiento jurídico asumir que sus disposiciones sólo son aplicables a los laudos extranjeros internacionales. De aquí queda que la Convención de Panamá sólo es aplicable a los laudos extranjeros internacionales en materia comercial, dictados en un Estado americano parte de la Convención y que vayan a ser reconocidos en otro Estado americano también parte en ella. Por tanto, su ámbito de aplicación está sujeto por regla a astringencias que la Convención de Nueva York sólo conoce por vía de excepción.

(3) Por último, la Convención de Panamá no regula directamente las condiciones de admisibilidad para solicitar el reconocimiento, sino que remite el asunto a la legislación interna del Estado del foro y a lo que establezcan los tratados en la materia (artículo 4). Por tanto, para su aplicación habría que acudir a la Ley 1770 (artículos 82.II y 82.III), que reproduce las condiciones de admisibilidad de la Convención de Nueva York (artículo IV): un rodeo innecesario para llegar a sus mismos requerimientos.

6. Por lo dicho, de los cuatro instrumentos convencionales a los que remite la Ley 1770 (artículo 80.I), la Convención de Nueva York es el instrumento internacional más favorable al reconocimiento. Por tanto, en cumplimiento del artículo 80.II, el Tribunal Supremo debe optar por su aplicación. Lo que no exime que desde su ratificación ya debía aplicarla (1) al reconocimiento de laudos anteriores a ella y (2) a laudos cuyo procedimiento de reconocimiento hubiese estado en curso al amparo de otras normas: el ámbito de aplicación temporal de la Convención de Nueva York lo determina el régimen constitucional de aplicación de leyes en el tiempo del Estado del foro, y que en Bolivia las normas procesales son de aplicación inmediata, es cosa sabida en la jurisprudencia constitucional: "las leyes (...) cuando son de naturaleza procesal no sustantiva,

es decir, aquellas que regulan procesos o procedimientos, pueden ser aplicadas de manera inmediata a todos los procesos que se inicien o que están pendientes al tiempo en que entran en vigor, ello porque su aplicación tiene la finalidad de regular un hecho en la actualidad y no a situaciones o hechos pasados y debidamente consolidados” (STC 1421/2004 RAC, 6 de septiembre, párrafo III.2.2). Por tanto, la Convención era ya aplicable (1) al reconocimiento de laudos anteriores al 12 de agosto de 1994, fecha de la Ley 1588 que la ratifica, y (2) a los laudos que, a tiempo de su ratificación, su procedimiento de reconocimiento hubiese estado en curso según las normas del Código de Procedimiento Civil. Aplicado a la Convención de Nueva York, el razonamiento del Tribunal Constitucional sería similar al de la jurisprudencia comparada: en *Fotochrome, Inc. v. Copal Company*³ (1975), por ejemplo, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos aplicó la Convención a un laudo emergente de un arbitraje que nació de un convenio arbitral celebrado antes de que la Convención entrara en vigor, sosteniendo que ella no afectaba los derechos sustantivos de las partes, sino que simplemente establecía un procedimiento uniforme de reconocimiento y ejecución. Lo propio sostuvo la Cámara de los Lores en Inglaterra, en *State of Kuwait v. Frederick Snow & Partners*⁴ (1984), y Chapdelaine cuenta que la Corte italiana de Casación también da aplicación inmediata a la Convención⁵.

7. Hasta aquí la regla, pero la Ley 1770 dice que, “en defecto de tratado”, se aplicarán sus disposiciones. Esta es la excepción. La favorabilidad como criterio de aplicación sólo es exigible al concurso de instrumentos internacionales (artículo 80.II). No siendo ninguno de ellos aplicable, no queda más que aplicar la ley interna, aún cuando fuera menos favorable al reconocimiento. En su artículo 81.I.1, la Ley 1770 ha hecho suyas las causales de denegación del reconocimiento del artículo V.1, literales (a) a (d), y del artículo V.2 de la Convención. Y en su artículo 81.I.2, ha hecho suyo el texto del artículo V.1.e. Pero en su artículo 81.I.3 ha incorporado una nueva causal, que pone a la parte solicitante de reconocimiento en desventaja frente a un par a cuyo laudo le fuera aplicable la Convención: “existencia de causales de anulación o improcedencia establecidas por acuerdos o convenios internacionales vigentes”. Con lo cual, si al laudo extranjero cuyo reconocimiento se busca le fuera aplicable esta causal, la diferencia entre la aplicación de la regla (la Convención de Nueva York) y la excepción (el artículo 81), fuera la denegación del reconocimiento.

3 Disponible en <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/517/517.F2d.512.74-2082.568.html>

4 Disponible en <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn8190>

5 Cf. Chapdelaine, Pascale; *The Temporal Application of the New York Arbitration Convention of 1958: Retroactivity or Immediate Application?* (8 *Arbitration International*, 1992), p. 78.

II. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO.

8. La Convención de Nueva York pide que se acompañe a la demanda de reconocimiento el acuerdo arbitral y el laudo debidamente autenticados y traducidos al idioma oficial del Estado requerido (artículo IV).

9. Al referirse al acuerdo arbitral, la Convención lo define, por su forma, como un acuerdo escrito (artículo II.1), contenido en un canje de cartas o telegramas o firmado por las partes (artículo II.2). Nótese que da menos opciones de fuentes documentales que puedan contener el acuerdo arbitral que la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ya ésta, en 1985, entendía por acuerdo escrito el “consignado en un documento firmado por las partes, o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra”. Como cierre, a su vez, añadía que “la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato” (artículo 7.2). Y para 2006, en su revisión, la Ley Modelo UNCITRAL, en su opción I, dijo que “se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio” (artículo 7.3); y que “el requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella es accesible para su ulterior consulta. Por comunicación electrónica se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por mensaje de datos se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (artículo 7.4). Y en su opción II, en cambio, optó por definir sustantivamente al convenio arbitral y liberarlo de toda forma solemne: “el acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no” (artículo 7.4). Dadas las distintas fuentes documentales que pueden ser continentes del acuerdo arbitral, el problema quedaría planteado al pretenderse el reconocimiento de un laudo extranjero pronunciado en un arbitraje sustanciado a partir de un acuerdo arbitral contenido en alguna de las fuentes ajenas a la Convención de

Nueva York. Ya el Tribunal Federal de Suiza sostuvo que el artículo II.2 de la Convención debía interpretarse según la Ley Modelo UNCITRAL, “cuyos autores tuvieron la intención de adaptar la Convención a las necesidades actuales sin modificarla” (*Compagnie de Navigation et Transports SA v. MSC*, 1995)⁶. La apelación en solitario a la intención de UNCITRAL no pasa de ser un argumento *ad verecundiam*, cuya fuerza persuasiva descansa en la autoridad que tiene la Comisión en la materia. Pero echar mano de ese argumento para sostener que la Convención deba interpretarse según la Ley Modelo, es una petición de principio: lo que necesita de interpretación es la Convención, no la Ley Modelo; decir que la Convención debe leerse considerando la intención que tuvo UNCITRAL al hacer la Ley, supone razonar de inicio desde la conclusión a la que debería llegarse: que la Convención deba interpretarse según la Ley, debe ser una conclusión sustentada en una interpretación previa de la propia Convención, que autorice a interpretarla de acuerdo a la Ley.

10. Puesto a un lado este razonamiento, el Tribunal Supremo podría decantarse por el reconocimiento por uno de los tres argumentos siguientes, no excluyentes entre sí.

(1) Al referirse a un acuerdo “firmado” o al “canje de cartas o telegramas”, el artículo II.2 no está determinando una forma solemne, constitutiva de la validez del acuerdo. Lo que hace es determinar formas puramente probatorias de la naturaleza escrita del acuerdo arbitral. La escritura es toda la forma solemne que la Convención exige. Fuera de ésta, todas las demás referencias son a los medios documentales que la Convención asume como fuentes de prueba escrita. Como son formas que interesan en tanto medios de prueba para demostrar la existencia de un documento (el acuerdo) y su contenido (someterse a arbitraje), cualquier otra forma que sirva como medio de prueba de la existencia escrita del acuerdo, debería igual admitirse.

(2) Podría aplicarse al caso la propia Ley 1770, cuyo artículo 10 hace suya la redacción del artículo 7.2 de Ley Modelo de 1985, ya citada. Pero su aplicación no es directa: como ha sido la propia Ley 1770 la que ha enviado a la Convención de Nueva York (artículo 80.II), sólo podría ser la Convención la que reenviase a la Ley, haciendo aplicables sus disposiciones. La norma de reenvío acá es el artículo VII de la Convención, que permite que se aplique la norma de fuente estatal o internacional que más convenga a la pretensión de reconocimiento. De vuelta en la Ley

⁶ En Wang, Jing; *International Judicial Practice and the Written Form Requirement for International Arbitration Agreements* (10 Pacific Rim Law & Policy Journal, 2001), p. 379. Una década después, UNCITRAL recomendó que “que el párrafo 2 del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas” (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf>).

1770, sólo quedaría leer su artículo 82.II, referido a las condiciones de admisibilidad de la solicitud de reconocimiento, de acuerdo a su artículo 10, referido a las formas de expresar el acuerdo arbitral. Y la razón por la que no puede aplicarse la Ley 1770 sino a través de la Convención, es porque el criterio de aplicación que ella misma estableció para determinar la norma más favorable al reconocimiento, se aplica sólo al concurso entre instrumentos internacionales (artículo 80.II), y no a la concurrencia de instrumentos internacionales y disposiciones de derecho interno. Si la Ley hubiese previsto esta última relación, su aplicación a este supuesto no requeriría de reenvío.

(3) Y puede otorgarse el reconocimiento fundándose en el silencio de aquel contra quien se opone el laudo. Es causal para denegar el reconocimiento que el “procedimiento arbitral no se haya ajustado” a la ley del lugar del arbitraje (artículo V.1.d de la Convención de Nueva York). Si esa ley no preveía que el acuerdo arbitral estuviese contenido en alguna de las fuentes documentales permitidas por la Ley Modelo, la parte contra la que se dirigió el arbitraje debió advertirlo en su momento. Como no hay procedimiento sin acuerdo previo, oponerse en su momento hubiese valido para oponerse luego al reconocimiento. No pudiendo alegarse esta causal, debiera entenderse que la parte se resignó a no controvertir la fuente continente del acuerdo arbitral, reconociéndola como prueba suficiente del pacto de someter sus controversias a arbitraje. Llegados aquí, habría que completar este razonamiento con el primer argumento dicho. Por lo mismo que más trabajado, este argumento parece más débil que los dos anteriores.

11. La Convención dice que el acuerdo arbitral y el laudo deben estar debidamente autenticados (artículo IV.1). La autenticación es un asunto consular. Para que un documento sea formalmente reconocido en un Estado extranjero, sus agentes consulares deben primero dar fe de la legitimidad de las firmas que lo rubrican. La jurisprudencia comparada ha tratado esta exigencia como una formalidad probatoria. Por tanto, que el laudo no haya sido presentado autenticado, no ha sido razón suficiente para denegar el reconocimiento. Como la autenticación es un medio para probar la autenticidad del laudo, si la convicción sobre su autenticidad puede quedar formada por otros medios, denegar el reconocimiento por su falta, equivaldría a reducir la exigencia de autenticación a un formalismo ocioso. A contrario, si la parte contra la que se pretende obtener el reconocimiento controvertiese fundadamente la autenticidad del laudo, exigir su versión original debidamente autenticada fuera una condición ineludible para su reconocimiento: “La copia de un documento prueba el contenido del mismo. [La parte contra la que se pretende el reconocimiento] no ha alegado que la copia presentada difiera del original. Ninguno de sus argumentos se refiere a una diferencia entre el original y la copia” (Corte de Apelaciones de París, asunto *Inter-Arab Investment Guarantee Corporation v. Banque Arabe et*

Internationale d'Investissements, 1997)⁷. “El propósito para requerir la presentación en original o copia certificada del acuerdo de arbitraje es probar la existencia de un acuerdo para arbitrar. En este caso, quien se opone no cuestiona la existencia de la cláusula arbitral, sino sólo su ejecutabilidad. Del mismo modo, la autenticidad del contenido del laudo no está en controversia. Quien se opone al reconocimiento está intentando persuadirnos de denegar el reconocimiento basado en un mero tecnicismo (Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, asunto *Overseas Cosmos, Inc. v. NR Vessel Corp*, 1997)⁸. Lo mismo han sostenido los tribunales suizos, como queda citado en esta sentencia de la Corte de Apelaciones de Ginebra: “El tribunal debe mostrar flexibilidad cuando evalúa la forma en la que [los documentos referidos en el artículo IV de la Convención de Nueva York] son presentados, esto es, como autenticados, originales o copias certificadas. La práctica muestra que nuestros tribunales son flexibles al momento de decidir sobre violaciones al artículo IV de la Convención de Nueva York. En 1990, la Corte Comercial de Zurich sostuvo que una violación al artículo IV, en este caso, la presentación de una fotocopia no certificada del laudo, no negaba su reconocimiento, porque no estaba en discusión que el laudo había adquirido calidad de cosa juzgada. La Corte de Zurich sostuvo que los requisitos formales del artículo IV no debían suponer una carga excesiva si las condiciones para el reconocimiento no estaban en disputa y aparecían, más allá de toda duda, sustancialmente cumplidas. La Corte de Zurich invocó también varias sentencias de la Corte Suprema, en las que ésta sostenía que una parte no podía basar su pedimento en la presentación incorrecta de los documentos cuando el contenido del laudo en cuestión era incontrovertible. La Corte sostuvo, también, que la falta de autenticación de un documento no puede fructificar a menos que la propia autenticidad del documento estuviese en cuestión. Su falta tampoco lleva inevitablemente a denegar el reconocimiento, si es que quien se opone no controvierte el carácter de cosa juzgada del laudo, o si es que tal carácter puede probarse por otros medios distintos a la presentación de los originales autenticados. Finalmente, la Corte Suprema confirmó, en 1995, una decisión no publicada de la Corte de Apelaciones de 17 de marzo de 1994, en la que la Corte de Apelaciones reconocía y ejecutaba un laudo. Aquí, la Corte Suprema encontró que la parte que pretendía el reconocimiento incumplió con el artículo IV, al presentar la fotocopia simple de un fax conteniendo la cláusula arbitral y, sostuvo que, como aquel contra quien se buscaba el reconocimiento no había controvertido la autenticidad de la cláusula, tal violación era irrelevante. (...). El texto de la Convención no describe más allá de su mención los contenidos y la naturaleza de las obligaciones formales que ella crea, ni tampoco indica cómo su violación debe ser sancionada. Esta Corte entiende que el artículo IV debe ser

7 Disponible en <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn7827>

8 Disponible en <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn7953>

interpretado de acuerdo con el espíritu de la Convención, ya descrito. Los Estados contratantes deseaban reducir las obligaciones de la parte que solicitaba el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero tanto como fuera posible”⁹.

12. La Convención también dice que el acuerdo arbitral y el laudo deberán presentarse traducidos al idioma oficial del Estado del foro (artículo IV.2). La jurisprudencia ha demarcado el ámbito de aplicación de esta obligación, eximiendo de la necesidad de traducción cuando el juez del reconocimiento conozca con suficiencia el idioma original de dichos documentos: “Esta corte no considera necesario traducir el laudo al noruego. No creemos que la Convención de Nueva York establezca una obligación absoluta al respecto. El idioma original del laudo es el inglés, y si la corte tiene el dominio suficiente del mismo como para entender el vocabulario relevante relativo a las conclusiones del laudo, traducirlo parece un costo irrazonablemente alto en comparación con lo que la traducción pudiese ofrecer” (*Pulsarr Industrial Research BV v. Nils H. Pilsen AS*, 2002)¹⁰.

13. Y dice la Convención, también, que el acuerdo arbitral y el laudo deberán presentarse a tiempo de solicitar el reconocimiento (artículo IV.1). La oportunidad de su presentación es una condición de admisibilidad. Tratándose de un presupuesto de carácter formal, la falta de presentación de dichos documentos a tiempo de la solicitud es un incumplimiento subsanable: “El solicitante presentó a la Corte el laudo original. Su autenticidad no fue disputada. Sin embargo, su contrario sostuvo que, como no fue presentado junto con la demanda de reconocimiento, su solicitud debía ser rechazada y que tal error no podía ser enmendado al presentarse luego el laudo original. En mi opinión, la producción del laudo en este proceso, en el cual el solicitante aún busca su reconocimiento, es suficiente” (Corte Superior de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, asunto *Medison Co., Ltd. v. Victor Limited*, 2000)¹¹.

9 En UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.37 (1ª edición, Nueva York, United Nations, 2003), p. 26.

10 En Born, Gary; *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials* (2ª edición, La Haya, Kluwer, 2001), p. 740.

11 Disponible en <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/%28F%28b2zZkX5WMSkxAuluJUjWuD3IgtN9cvczQvA8VUPmpv8H5KRJv-MR0Li1vf-Q0Hpi9hnRWSxVR-2phNihAjMhNPI1a6BX6V-F4BUPSzi7Qg4EA-JGi3XeZDsH4egW-I10suorAw2%29%29/print.aspx?ids=ipn22926>

III. CUESTIONES COMUNES SOBRE LA DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO.

14. El reconocimiento puede denegarse por siete razones, especificadas en el artículo V de la Convención de Nueva York¹². De éstas, las cinco primeras operan a pedido y prueba de quien las invoca, las dos restantes lo hacen aún de oficio. Cotejadas con las causales de anulación de la Ley 1770 (artículo 63), son sustancialmente las mismas. La única excepción es la causal del artículo V.1.e de la Convención, porque que el laudo no sea aún obligatorio o haya sido anulado o suspendido, sólo puede ser, en sí misma, razón para impedir su reconocimiento. Pero que las causales sean las mismas, no significa que, al denegar el reconocimiento, el Tribunal Supremo esté anulando el laudo extranjero. La competencia para declarar la invalidez de un laudo está reservada a los jueces de partido (artículo 66 de la Ley 1770). Sólo ellos pueden anular un laudo cuyo lugar del arbitraje hubiese sido Bolivia (jamás uno extranjero). Al Tribunal Supremo lo que le está reservado es el reconocimiento de laudos extranjeros. Respecto de éstos, la jurisdicción boliviana es secundaria: es un foro en el que se busca su reconocimiento y ejecución, nada más, pero no uno cuyo derecho condicione su validez. El condicionamiento de validez de una decisión lo ejerce el sistema jurídico que le otorga su nacionalidad, y sólo a éste corresponde, por lo mismo, el poder para declarar su nulidad. La suya es una jurisdicción primaria, por ser sus tribunales los de la ley del lugar del arbitraje. Por tanto, si el Tribunal Supremo anulase un laudo extranjero, en derecho tal pronunciamiento debiera leerse tan sólo como una denegación del reconocimiento, nada más. Carecería de la oponibilidad *erga omnes* que caracteriza a toda

12 "1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el Artículo 2 estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que le 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 aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia. 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" (Convención de Nueva York, artículo V).

decisión de anulación, porque solamente lo que no es válido para la jurisdicción primaria es jurídicamente inexistente. Pura teoría del derecho de conocimiento general positivada por la Convención, que al negar el reconocimiento a un laudo anulado en el lugar del arbitraje o según su ley, está diciendo, por implicación, que ninguna otra jurisdicción puede anularlo (artículo V.1.e). Por eso, cuando confrontada con laudos anulados en jurisdicciones secundarias, la jurisprudencia no ha dudado en reconocerlos. Es el caso de un laudo suizo anulado en Indonesia: “La Convención de Nueva York proporciona un cuidadosamente estructurado marco para la revisión y ejecución de los laudos arbitrales. Sólo una corte de un país con jurisdicción primaria sobre un laudo puede anularlo. Las cortes de otros países son jurisdicciones secundarias: una corte de jurisdicción secundaria está limitada a decidir si el laudo puede ejecutarse en ese territorio. La Convención establece regímenes muy diferentes para la revisión de un laudo (1) en los países en los que, o bajo cuya ley, el laudo fue hecho, y (2) en los países en los que se busca su reconocimiento y ejecución. Según la Convención, el país en el que, o conforme a cuya ley, el laudo fue dictado, tiene jurisdicción primaria sobre él. Todos los otros Estados signatarios de la Convención son jurisdicciones secundarias, en las que las partes pueden solamente controvertir si ese Estado debe o no ejecutar el laudo” (Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos, asunto *Karaha Bodas Co. v. Preusan Pertambangan*, 2004)¹³. Y es también el caso de un laudo estadounidense anulado en República Dominicana: “La Corte toma nota de que Nicor y Carib parecen sugerir en un pie de página que el laudo arbitral no debiera ser reconocido porque los tribunales dominicanos han denegado su reconocimiento. De acuerdo al artículo V.1.e de la Convención de Nueva York, la Corte no debe reconocer un laudo arbitral si el mismo fue anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, fue dictado. Como el laudo arbitral no fue hecho en o bajo las leyes de la República Dominicana, la denegación de reconocimiento por parte de los tribunales dominicanos no es argumento para denegar el reconocimiento de acuerdo a la Convención de Nueva York” (Corte de Distrito de Florida, asunto *Nicor International Corporation/Carib Consult v. El Paso Corporation*, 2003)¹⁴.

15. Que las causales para denegar el reconocimiento sean formales, significa que los tribunales de la materia están prohibidos de juzgar el fondo del asunto: “La Convención no permite en ningún caso a los tribunales de ejecución revisar la manera en la que los árbitros decidieron el fondo del asunto” (Corte de Apelaciones de Luxemburgo, asunto *Sovereign*

13 Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1207034.html>

14 Disponible en <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn26025>

Participations International SA v. Chadmore Developments Ltd., 1999)¹⁵. “No podemos asumir que la Convención, celebrada para asegurar la coherencia en la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, no fuese profundamente erosionada si, los jueces de cada una de las distintas jurisdicciones donde la ejecución pueda obtenerse, estuviesen autorizados por la Convención para revisar si, la ley que los árbitros dijeron usar, fue bien aplicada por ellos. La respuesta enfática es que la Convención no puede, ni podría tampoco, contemplar tal caos” (Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, asunto *International Standard Electric Corporation v. Bidas SA*, 1990)¹⁶.

16. Si para plantear la anulación del laudo se exige que previamente se proteste la producción de la causal que luego se alegará, para oponerse al reconocimiento debiera exigirse también (1) haber hecho protesta de tal causal en el curso del arbitraje y (2) haber intentado luego el recurso de anulación. Quien no protesta una causal de anulación, con su silencio está consintiendo el eventual vicio. El justificativo: si el supuesto vicio no es reclamado, será porque no produce un daño cierto e irreparable (vg. que sólo pueda repararse con su nulidad). Por tanto, quien consiente los efectos del acto, convalida sus defectos, si alguno. Si oponerse a la validez del laudo es más que oponerse a su reconocimiento, por fuerza, la renuncia al recurso de anulación debiera traer consigo la renuncia a oponerse al reconocimiento. La razón: si anular un laudo en la jurisdicción primaria supone la imposibilidad de ejecutarlo en cualquier jurisdicción, renunciar al recurso de anulación supone aceptar la posibilidad de que el laudo sea reconocido en cualquier jurisdicción secundaria. A contrario, si exitosamente pudiese haber oposición al reconocimiento sin protesta previa, se estaría premiando el cumplimiento de las normas a conveniencia y castigando el comportamiento en buena fe, porque se estaría permitiendo que, aquel a quien un eventual vicio no causó daño alguno al punto que no lo reclamó, se opusiese a los efectos del laudo que el mismo reconoce válido. Absurdo.

17. Dictado el laudo, el derecho lo reviste con una presunción de validez. Es una pura consecuencia de su carácter jurídico. Toda la producción del derecho se rige por dicha presunción: las normas son válidas hasta que el órgano atribuido de competencia por el sistema jurídico no declare su invalidez. Si constitutivamente el sistema jurídico requiere de un acto formal para que una norma comience a existir como derecho, también requiere de una declaratoria formal de invalidez para que una norma cese su existencia jurídica. Para el laudo, tal

15 Disponible en <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn17889>

16 Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1990917745FSupp172_1894.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006

declaratoria viene en la forma de una sentencia de anulación. Pero declarar la invalidez de un acto significa que no haya duda razonable a favor de su validez. Por tanto, la duda favorece al laudo, que no debiera ser anulado a falta de la plena convicción de estar incurso en una de las causales de anulación. Y si este es el estándar para anular, no otro puede ser el estándar para denegar el reconocimiento. Ciertamente como es que las consecuencias jurídicas de la anulación son mayores a las de la denegación del reconocimiento, lo es también que si el estándar para denegar el reconocimiento fuera menor que el de la anulación, se estaría expuesto a tener un laudo válido pero inejecutable por irreconocible. Que haya laudos inejecutables por contingencias de la realidad es una cosa, pero que sea el propio razonamiento jurídico el que conduzca a su ineficacia es otra. La primera es un imponderable; la segunda, un absurdo. Si este es el estándar probatorio, la carga de la prueba por las causales del artículo V.1 no merece duda: "la carga de la prueba la soporta quien se opone al reconocimiento, quien se resiste a él debe probar las causales en las que funda su oposición" (Tribunal de la Reina de la Corte Suprema de Justicia de Inglaterra y Gales, asunto *Roseel NV v. Oriental Commercial Shipping*, 1990)¹⁷.

IV. RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS.

18. Un laudo anulado por la jurisdicción primaria no puede ser reconocido en ninguna jurisdicción secundaria (otro es el supuesto de la anulación *ultra vires* pronunciada por una jurisdicción secundaria: párrafo 14). Es pura consecuencia de la inexistencia jurídica que comporta la declaratoria de anulación (artículo V.1.e de la Convención de Nueva York). Pero tribunales franceses y estadounidenses han dicho lo contrario. Los primeros reconocieron un laudo anulado en Austria (Corte de Casación de Francia, asunto *Société Pabalk Ticaret Ltd. v. Société Norsolor*, 1984)¹⁸ y un laudo anulado en Suiza (Corte de Casación de Francia, asunto *Hilmarton Ltd. v. OTV*, 1997)¹⁹; y los segundos, además de también los franceses, reconocieron un laudo anulado en Egipto (Corte de Distrito de Columbia, asunto *Chromalloy Aeroservices v. Egipto*, 1996)²⁰. Todos estos laudos habían sido anulados en sus respectivas jurisdicciones primarias. Para reconocerlos, los respectivos tribunales echaron mano del artículo VII de la Convención, que permite aplicar las normas internacionales o internas más favorables al

17 Disponible en <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn3985>

18 Disponible en http://www.uchastings.edu/faculty-administration/faculty/armbruster/Case5_CourdeCassation.pdf

19 Disponible en <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn5493>

20 Disponible en <http://law.queensu.ca/international/globalLawProgramsAtTheBISC/courseInfo/courseOutlines/commercialArbitration2010/chromalloyVEgypt.pdf>

reconocimiento. Sobre esa base razonaron que, el Código Procesal Civil en Francia y la Ley Federal de Arbitraje en Estados Unidos, eran más favorables al reconocimiento que la Convención, debiendo aplicarlas en cumplimiento de ella. La falacia salta a la vista. Se trata de una petición de principio. Acá los tribunales han presupuesto la verdad de lo que tenían que demostrar. No está en discusión que el artículo VII favorezca el reconocimiento, sino si puede aplicarse una Convención sobre reconocimiento de laudos a laudos que, según ella misma, son jurídicamente inexistentes por haber sido anulados en sus respectivas jurisdicciones primarias. No mucho después, los tribunales estadounidenses recondujeron su jurisprudencia, negándose a reconocer un laudo anulado en Italia (Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, asunto *Spiers v. Calzaturificio Tecnica*, 1999)²¹ y otro anulado en Nigeria (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Baker Marine v. Chevron*, 1999)²². Jurídicamente, esto es lo correcto.

19. Pero dice Park que un laudo anulado en su jurisdicción primaria podría ser reconocido (1) cuando se presumiese que los tribunales de la jurisdicción primaria son corruptos o carecen de la imparcialidad suficiente y (2) cuando el laudo hubiese sido anulado por causales propias de la ley del lugar del arbitraje que, por ser manifiestamente contrarias al derecho comparado, no reconocerlo supusiese atentar contra la eficacia del arbitraje internacional, porque, para ambas hipótesis, el texto común del artículo V.1 dice que se “podrá” denegar el reconocimiento, no que habrá la obligación de hacerlo²³.

Ambas opciones deben descartarse.

(1) La primera, porque los tribunales de un Estado no son competentes para pronunciarse sobre la probidad e imparcialidad de sus pares de otro Estado. Tratándose de decisiones de los órganos internos de un Estado, para que los órganos internos de otro se pronunciasen sobre ellas, debiera haber entre los Estados involucrados un regla de derecho internacional que confiriere a los tribunales del segundo Estado una competencia en tal sentido. Tal regla no existe. Pero sí la contraria, que es el propio artículo V.1.e de la Convención, que establece la denegación del reconocimiento por razón de la anulación del laudo en la jurisdicción primaria. Por tanto, reconocer un laudo anulado en su jurisdicción primaria es, formalmente, una actuación

21 Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=199935071FSupp2d279_1323.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006

22 Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1011705.html>

23 Cf. Park, William; Duty and Discretion in International Arbitration (93 American Journal of International Law, 1999), pp. 805 y 810.

arbitraria de la jurisdicción secundaria, por contraria a dicho artículo. Comporta la responsabilidad internacional del Estado, por la actuación de sus tribunales en quebrantamiento de la regla *pacta sunt servanda*. Pero, además, que un tribunal extranjero pudiese pronunciarse sobre la moralidad de sus pares, contraría la lógica que informa al reconocimiento. Reconocer una decisión extranjera es un puro acto formal. En cambio, pronunciarse sobre la moralidad de los tribunales extranjeros para, a cubierto de su inmoralidad, reconocer el laudo anulado por ellos, es un acto de juzgamiento en su más puro sentido valorativo: para que revistiese visos de juridicidad, habría que probar la relación de causalidad entre la inmoralidad del tribunal y la anulación del laudo. Tamaña labor exorbita largamente la idea misma de reconocimiento.

(2) La segunda opción debe descartarse porque contraría el fundamento mismo del arbitraje. El arbitraje es consecuencia de la libertad de disposición que tienen los particulares sobre sus derechos negociables. Si en su ejercicio deciden someter su controversia a un arbitraje regido por una legislación inamigable, así como debe respetarse la forma que eligieron para resolver sus controversias, debe respetarse también la elección que hicieron del lugar del arbitraje. Respetar lo primero y no lo segundo, sería institucionalizar el cumplimiento a conveniencia de las normas.

(3) Y ambas opciones en conjunto deben descartarse porque, al decir “podrá”, el artículo V.1 no está diciendo que la denegación del reconocimiento esté librada a la discreción de los tribunales del Estado del foro, por dos razones. La primera, porque si ese fuera su significado, entonces la propia Convención caería por su base: que una convención que pretende facilitar el reconocimiento, reglando ella misma las causales taxativas para su denegación, permitiese la aplicación discrecional de dichas causales, supondría que ella misma se vaciase de contenido. Con lo cual, su ineficacia quedaría garantizada. La segunda, porque la posibilidad de denegar el reconocimiento está atada a que, la parte que se opone al mismo, pruebe la causal invocada. Por tanto, como la denegación depende de la prueba de la causal, al decir “podrá”, la Convención no se está dirigiendo a los tribunales, sino a la parte que se opone al reconocimiento, a la cual le está diciendo que puede defenderse probando que el laudo está inserto en una de las causales tasadas por ella.

20. Que las causales propias de anulación de una determinada legislación arbitral fuesen manifiestamente contrarias al derecho comparado, es asunto que debe solucionarlo el derecho internacional. Ya de esto se tiene el antecedente en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1961). Su artículo IX.1 tasa las causales de anulación por las que se denegará el reconocimiento, y su artículo IX.2 restringe la aplicación del artículo V.1.e de la

Convención de Nueva York a las causales de anulación tasadas en el primer párrafo²⁴. El resultado: un régimen común de anulación para los laudos que fueran a ejecutarse en el extranjero²⁵ (nótese que la Convención no prohíbe a los Estados legislar otras causales, que pueden hacerlo, sino que les niega efectos en el extranjero).

V. REFERENCIA A LA DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO POR VIOLACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO.

21. Al decir que se denegará el reconocimiento si el laudo fuese contrario al “orden público de ese país”, la Convención se está refiriendo al orden público internacional (artículo V.2.b). Uno es el orden público interno y otro el internacional. El interno se refiere a las normas imperativas, que no aceptan pacto en contrario de los particulares. El internacional se refiere a “las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado requerido” (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l'Industrie du Papier*, 1974)²⁶. No es que existan normas de orden público internacional, sino reglas extranjeras que, de aplicarse, contrariarían el orden público del Estado del foro. Opera

24 “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 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” (Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo IX).

25 La idea no es original. Cf. Davis, Kenneth R.; *Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (37 Texas International Law Journal, 2002), p. 84.

26 Disponible en <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/508/508.F2d.969.74-1676.74-1642.174.637.html>

como una excepción: excluyendo la aplicación de la ley extranjera que, de otra manera, sería aplicable según las reglas de conflicto; o negando la admisión de los efectos jurídicos de las decisiones y documentos que, si no fuera por dicho motivo, debieran reconocerse. Como el orden público internacional es conceptualmente distinto al orden público interno, sólo a título de excepción la violación del segundo significaría necesariamente la violación del primero: tendría que coincidir que la norma imperativa violada (orden público interno) fuese a su vez constitutiva del orden público internacional del Estado del foro. De ahí que la jurisprudencia no deniegue el reconocimiento cuando entiende que lo que se acusa es tan sólo la violación del orden público interno. En *Parsons*, por ejemplo, la oposición al reconocimiento se fundó en el rompimiento de relaciones diplomáticas entre Estados Unidos y Egipto; en *National Oil Corporation of Libya v. Libyan Sun Oil Company*²⁷ (Corte de Distrito de Delaware, 1990), la oposición se fundó en la prohibición estadounidense de que sus nacionales viajasen a Libia; y en *MGM Productions Group, Inc. v. Aeroflot Russian Airlines*²⁸ (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, 2004), la oposición se fundó en la prohibición de que los nacionales estadounidenses comerciasen con Irán. Para los tres casos el resultado fue el mismo: el reconocimiento de los respectivos laudos porque las violaciones acusadas no contrariaban el orden público internacional de Estados Unidos.

22. Que el orden público internacional esté constituido por “las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado requerido” (asunto *Parsons*), significa que es el fundamento ético del sistema jurídico de dicho Estado: es el sustento moral de la filosofía política que lo determina. Es lo que el Tribunal Constitucional español ha identificado como orden público constitucional, compuesto por los derechos y libertades fundamentales reconocidos en su Constitución²⁹. Tratándose de Estados de cuño liberal, su fundamento ético es la libertad individual. En esto lleva la razón Popper: “No escogemos la libertad política porque nos prometa esto o aquello. La escogemos porque hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano; la única forma en la que podemos ser completamente responsables por nosotros mismos”. “La libertad política es una condición previa de nuestra responsabilidad personal, de

27 Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=19901533733FSupp800_11400.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006

28 Disponible en <http://federal-circuits.vlex.com/vid/mgm-productions-aeroflot-russian-airlines-18536506>

29 Cf. Fernández Rozas, José Carlos – Sánchez Lorenzo, Sixto; *Derecho Internacional Privado* (2ª edición, Madrid, Civitas, 2003), p. 314.

nuestra humanidad”³⁰. Por tanto, para que esa condición previa quede asegurada, tiene que asegurarse la existencia del Estado en la acepción garantista del término. Y la condición para su garantía son los frenos y contrapesos en la organización del poder. Ya sobre esto ha dicho el Tribunal Constitucional que “el Estado de Derecho [se] caracteriza por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos al ordenamiento jurídico vigente, [y] por su vinculación a un ordenamiento superior en que se consagran y garantizan unos valores (derechos y libertades) que, desde el punto de vista moral y político, se consideran básicos para la convivencia humana y la consecución de la paz social” (STC 101/2004 RAC, 14 de septiembre, párrafo III.2). Hasta aquí, queda que el orden público común a toda república estaría compuesto por (1) las libertades constitucionales y (2) el sistema de frenos y contrapesos. A esto, para el caso boliviano, debiera añadirse (3) su “carácter plurinacional”, que ha sido definido como el “hecho fundante básico del Estado y de la Constitución boliviana” (STC 112/2012 RHC, 27 de abril, párrafo III.1.2). Por antonomasia, lo que es de orden público no está librado por el ordenamiento al poder de disposición de los particulares. Y si sólo son materia de arbitramento las controversias sobre derechos en los que se puede ejercer tal poder, por exclusión, resulta una hipótesis remotamente lejana que a un laudo se le denegase el reconocimiento por violar el orden público, porque, de inicio, es un imposible conceptual que la controversia hubiese sido en naturaleza materia de orden público.

30 Popper, Karl R.; *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento* (1ª edición, Barcelona, Paidós, 1995), pp. 147 y 236.