

LA CONVENCION MÁS TRASCENDENTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO¹

O TRATADO MAIS TRASCENDENTE DA HISTÓRIA DO DIREITO PRIVADO

José Antonio Moreno Rodríguez♦

SUMÁRIO

Introducción.

La universalidad del Derecho privado en la historia.

Las consecuencias de la codificación del Derecho privado.

Nuevo escenario.

Incidencia del arbitraje en los desarrollos recientes.

Rol de la Convención de Nueva York y la vuelta al universalismo.

“Desnacionalización” o “deslocalización”.

Orden público y arbitraje.

Orden público en la ejecución de laudos.

La problemática de los “laudos flotantes”.

Conclusión

PALABRAS-CLAVES: Convención de Nueva York de 1958. Arbitraje Internacional. Lex Mercatoria.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção de Nova York de 1958. Arbitragem Internacional. Lex Mercatoria.

¹Artigo recebido em 26 de maio de 2010.

♦LL.M, Harvard. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP – www.cedep.org.py), Secretario General de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP – www.asadip.org) y Director Ejecutivo del Estudio Moreno Ruffinelli & Asociados (www.moreno.com.py). jmoreno@moreno.com.py

Introducción

Usted acertó². Me refiero a la Convención de Nueva York de 1958, relativa a reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Hacia comienzos de 2009 ya cuenta con casi 150 ratificaciones. Impresionante.

Pero este número es apenas el comienzo. Lo más importante es qué implica la adopción del instrumento. Para el arbitraje, obviamente que un montón. Merced a esta Convención, los laudos son hoy por hoy, si cabe la expresión, un cheque en blanco con amplia aceptación en el mercado de los Estados. Mucho podríamos decir a este respecto, como también sobre la influencia de la Convención de Nueva York en el dictado de otros instrumentos convencionales o de sanción legislativa, que facilitan la consolidación del arbitraje.

Esta contribución pone, sin embargo, énfasis en la gran película del Derecho privado exhibida a través de los siglos, y el rol protagónico de la Convención de Nueva York hacia una regresión, que no es retroceso, sino un saludable giro copernicano –por así decirlo– hacia lo que fue el Derecho privado en gran parte de su historia de esplendor a partir de Roma hasta el siglo XIX: un derecho mayormente universal, y como tal, el apropiado para regir transacciones transfronterizas, que evitan así verse atrapadas en particularidades localistas con los efectos nocivos consiguientes para la previsibilidad deseable en ellas.

Hoy día están dadas las condiciones para la vuelta al universalismo (en definitiva, de eso se trata el debate sobre la nueva *lex mercatoria* o expresiones análogas utilizadas para describir el fenómeno de un Derecho privado “transnacional”), y la Convención de Nueva York tiene mucho que ver con esto, más que cualquier otro instrumento convencional en la historia. De allí el título de esta contribución. ¿No es una aseveración exagerada? Veámoslo.

La universalidad del Derecho privado en la historia

La vorágine de los tiempos actuales ejerce una particular fascinación hacia todo lo que es novedad. Y los juristas tienden, en incontables ocasiones, a enfocar problemas actuales en absoluto divorcio o –al menos– alarmante desatención hacia una perspectiva histórica, que hasta llega a considerarse superflua en contribuciones monográficas sobre temas de actualidad e interés práctico, como lo son, por ejemplo, a no dudarlo, los relacionados con la Convención de Nueva York.

Sin embargo, “todo lo que vale la pena ya ha sido probado, bajo idéntico o distinto rótulo”³, según reza una muy citada aseveración, que adquiere pleno sentido cuando se trata de soluciones del Derecho privado. Y, en efecto, los pueblos pueden adoptar válidamente distintas formas de organización política o contar con particularidades culturales autóctonas, reconocidas jurídicamente, que podrían parecer, en ocasiones, hasta bizarras a los ojos del pensamiento occidentalizado. Sin embargo, las soluciones en materia de Derecho privado deberían resultar idénticas, es decir, universales, ante problemas comunes.

Gordley, uno de los más versados comparatistas y teóricos del derecho de nuestro tiempo, lo dice claramente: en materia de Derecho privado, la idea de sistemas jurídicos como islas de principios y concepciones distintas del derecho debe ceder ante el hecho de que se lidia con problemas similares, de modo que, normalmente, las divergencias en las reglas formales son solo aparentes, en tanto que subyacen problemas comunes que requieren respuestas análogas⁴.

²O, al menos, espero que coincidirá conmigo al final de esta contribución.

³La cita, en alusión al Derecho internacional privado, se encuentra en varios autores, entre ellos: Lea Brilmayer,

⁴Conflict of Laws, Second Edition, Aspen Law & Business, Estados Unidos de América, 1995.

James Gordley, *Foundations of Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pg. 3. Hay razones más allá del error por las que los sistemas nacionales pueden divergir. En un mundo imperfecto como el nuestro, los legisladores pueden no estar seguros sobre qué reglas elaborar, ante varias alternativas posibles; o los jueces pueden dudar cómo resolver el caso. De modo que pueden surgir así divergencias por las diferentes maneras en que se responde a las alternativas presentadas, cada una de las cuales puede tener sus ventajas o desventajas. Cada sistema nacional puede tener errores, pero no puede decirse de allí que el en-

De hecho, razones históricas explican el “provincialismo” del Derecho privado occidental, sobre todo, con particular fuerza, a partir del siglo XIX. En su momento, Roma llegó a representar –en palabras de Ihering– “el triunfo de la idea de la universalidad sobre el principio de las nacionalidades”⁵. Como lo expresa el insigne romanista Sohm, la misión que el Derecho romano ha desempeñado en la historia universal consiste en haber elaborado el *ius gentium*⁶, ese derecho común de los hombres gracias al sentimiento de lo equitativo que todo el mundo tiene ⁷ Las reglas del *ius gentium*, que contenían elementos foráneos, particularmente griegos, estaban concebidas con el expreso propósito de lidiar con las transacciones “transnacionales” de aquellos tiempos. Incluso se llegó a considerarlas como el derecho natural que podría servir a la humanidad toda, aun al propio *ius civile* romano, sobre el que terminó por prevalecer⁸. Por ello Cicerón llamó al derecho cosmopolita *ius gentium*, término que connota un sistema jurídico basado en la razón natural y con soporte universal⁹.

Cabe enfatizar la peculiaridad de que en el Derecho romano, en principio, el jurista no extraía el derecho de la regla. Esta era apenas un auxiliar en la búsqueda dialéctica del derecho. Mucho menos se disponía de un “sistema de leyes”¹⁰. Junto a la aversión fundamental por lo que hoy llamaríamos codificación¹¹, se encontraba –resalta Schulz– la moderación observada, como principio, con respecto a toda promulgación estatal del derecho¹². Las leyes se dictaban solo para normar cuestiones de organización po-

foque dado a una solución u otra sea el equivocado por el solo hecho de resultar divergente. Los sistemas jurídicos pueden diferir, entonces, porque las capacidades de las personas son diferentes. Cuando no pueden enmarcar reglas claras que describan detalladamente cuando cierto resultado ha de alcanzarse, pueden lidiar el problema de la falta de certeza de manera diferente. Esto no quiere decir que el derecho de un sistema está mal. No significa que se basa en principios subyacentes distintos. De hecho, reconocer la razón de la diferencia puede ser la guía para descubrir un principio subyacente común (Gordley, obra citada, pgs. 33-38).

⁵Rudolf von Ihering, *El espíritu del Derecho romano*, Volumen 1, Oxford University Press, Ciudad de México, 2001, pg. 1.

⁶Rodolfo Sohm, *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*, 7a. Edición, Madrid, pgs. 104-105.

⁷El *ius gentium* era aquella parte del Derecho privado romano que coincidía en sus ideas capitales con el Derecho privado de otros pueblos, en especial el griego. Se lo consideraba como una especie de *ratio scripta*, o sea como un derecho común a todos los hombres y de eficacia general (Sohm, obra citada, pg. 103).

⁸Normas del *ius gentium*, surgidas para reglamentar relaciones de extranjeros, en principio aplicadas únicamente por el *praetor peregrinus*, se extendieron pronto a las generadas por los romanos, siendo aceptadas por el *praetor urbanus*. Aunque el *ius civile* no podía ser *ius gentium*, el *ius gentium* era necesariamente *ius civile*. Toda esta gama de relaciones significó un gran progreso para el Derecho romano, porque al lado de los solemnes pudieron celebrarse actos libres, con efectos que resultaran más adecuados a las intenciones de las partes (Vicente Arangio-Ruiz, *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la Segunda Edición Italiana, Editorial Reus, Madrid, 1994, pg. 182).

⁹De un mero apéndice al *ius civile*, el *ius gentium* pasó a ser el gran, aunque aún imperfecto, modelo hacia el cual el derecho debería moldearse. Su fin práctico de resolver problemas multiestatales dio el estímulo para especular sobre el derecho natural (Friedrich K. Juenger, *General Course on Private International Law* (1983), *Recueil Des Cours*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1985, IV, Tome 193 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pg. 138).

¹⁰El Derecho romano reservaba a las leyes el lugar reducido que les asigna la doctrina clásica del derecho natural: sirven para determinar ciertos preceptos particulares, cuya certeza es de “orden público”, utilizando la terminología actual. El resto conserva más libertad, se puede mover en zigzag, no en línea recta (Michel Villey, *A formacao do pensamento jurídico moderno*, traducción brasileña de la edición francesa, Editorial Martins Fontes, Sao Paulo, 2005, pg. 580). Los estoicos vieron el razonamiento dialéctico no como un método para llegar a los primeros principios, sino para analizar argumentos y definir conceptos por distinción y síntesis entre género y especie. No se encontraban preocupados por la exposición sistemática de Aristóteles. En la forma estoica son recibidas las dialécticas griegas en el segundo y primer siglos antes de Cristo, dentro del período republicano (Harold Berman, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge y Londres, 1983, pg. 134).

¹¹Las XII Tablas están muy lejos de ser lo que denominamos una codificación. Muchas instituciones esenciales del Derecho primitivo, o no estaban reglamentadas en la ley o, cuanto más, se las recogía incidentalmente para sancionar alguna norma diferente por su estructura o contenido de las originarias (Arangio-Ruiz, obra citada, pgs. 78-79).

lítica o de carácter económico y social, como por ejemplo, en materia procesal, o para la regulación de los topes de intereses¹³. Pero el auténtico Derecho privado se vio muy poco afectado por la legislación, teniendo un particular desarrollo a partir de la casuística. En este sentido, se registra una notoria analogía de la técnica jurídica romana con el sistema anglosajón, elaborado durante mucho tiempo en torno a precedentes jurisprudenciales¹⁴.

La idea de que el Derecho romano representaba un derecho universal, persistió a través de los siglos, al punto que el término *ius gentium* –o derecho de gentes– fue luego utilizado para connotar tanto el Derecho internacional público como el privado¹⁵. El derecho comparado, dice Glenn, equivalía al *ius gentium*, aunque no estaba reconocido como tal ni tenía un método formal¹⁶. En gran parte de las Edades Media y Moderna, se utilizaban prácticamente los mismos libros en la Europa continental¹⁷; de allí la afirmación de Walton de que los abogados de entonces eran casi automáticamente comparatistas¹⁸.

Se hablaba así de un *ius commune*, calificado como un monumento edificado por la ciencia europea, para proveer a los juristas de modelos, de un vocabulario uniforme y de diversos métodos, orientándolos en la búsqueda de soluciones de justicia¹⁹. En palabras de Constantinesco, se trataba de una comunidad de estilo, de herencia, de origen y de inspiración (romana)²⁰.

A la sazón, y a la par de este derecho “libresco”²¹, fue consolidándose la llamada *lex mercatoria*. Esta expresión, atribuida a un autor anónimo de hacia fines del siglo XIII²², hacía alusión a entendimientos comunes compartidos por la comunidad mercantil de Occidente, que para entonces iba adquiriendo progresivamente un marcado carácter cosmopolita o universal, debido al florecimiento del comercio transfronterizo²³.

¹²Fritz Schulz, Principios del Derecho Romano, Segunda Edición Revisada y Corregida, de la traducción de la obra al español, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pg. 29.

¹³O las leyes Cincia (limitación de la libertad de donar), Plaetoria (protección de los menores contra las supercherías) y Voconia (limitación de los derechos hereditarios de las mujeres) (Schulz, obra citada, pgs. 29-31).

¹⁴A pesar de que esto viene cambiando en tiempos recientes. Por ejemplo, en Inglaterra se han dictado, en materia contractual, diversos cuerpos normativos, como la Sale of Goods Act de 1979, el Law Reform (Contributory Negligence) Act de 1945, el Unfair Contract Terms Act de 1977, y el Contracts (Rights of Third Parties) Act de 1999. La mentalidad jurídica anglosajona no está, empero, imbuida del racionalismo que caracterizó al Derecho civil, al menos desde la Edad Media en adelante. Prevalece allí un razonamiento inductivo, casuístico y más bien pragmático, si bien recientemente se registran síntomas de una vocación más sistematizadora que la tradicionalmente característica dentro del pensamiento jurídico anglosajón (ver el artículo de Jan M. Smits, *The Europeanisation of National Legal Systems*, en Mark Van Hoecke (Editor), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004).

¹⁵Friedrich K. Juenger, *The Lex Mercatoria and Private International Law*, Louisiana Law Review, Summer, 2000 (60 La. L. Rev. 1133, pg. 1135). De allí el nombre de las obras de autores como Grocio y varios otros que se ocuparon del Derecho internacional como “derecho de gentes”.

¹⁶H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, Second Edition, Oxford University Press, Nueva York, 2004, pg. 157.

¹⁷Frederick Henry Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, 1955, Greenwood Press Publishers, Connecticut, 1977, pg. 27.

¹⁸Citado por Lawson, obra citada, pg. 27.

¹⁹René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Traducción al portugués de Hermínio A. Carvalho, 4ª Edición, Editorial Martins Fontes, Sao Paulo, 2002, pg. 45.

²⁰Además de canónica, dada la influencia escolástica a partir del medioevo (Leontin-Jean Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado*, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 1981, pg. 62).

²¹Antes que un derecho “libresco” y dominado por académicos, el Derecho mercantil fue una creación pragmática de hombres prácticos ocupados con el comercio (John Henry Merryman, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, Traducción de Eduardo L. Suárez, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pgs. 36-37).

²²Que contribuyó en la Colección de Colfore incluida en el “Pequeño Libro Rojo de Bristol”. En el referido libro rojo se transcribe un tratado de 1280 sobre *lex mercatoria* (Reinhard Zimmermann, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000, pg. 198). En Inglaterra fue popularizada a partir del famoso tratado “*Consuetudo vel Lex Mercatoria*”, del inglés Gerald Malynes, publicado en 1622.

La *lex mercatoria* medieval no llegó a constituir un cuerpo organizado de reglas escritas, sino más bien se trataba de normas consuetudinarias diversas y constantemente cambiantes, cada tanto reunidas en alguna que otra compilación²⁴ como, por ejemplo, la de los usos ingleses consolidados en el *Little Red Book of Bristol* de 1280; o el *Consulado del Mar*, compilado en la Barcelona del siglo XIV, que incluía los usos y costumbres de navegación mediterránea y del Golfo de Vizcaya; en tanto que los Reglamentos de Wisby y las Ordenanzas Marítimas de la Hansa Teutónica hacían lo propio con respecto al Mar Báltico y, en Italia, las Tablas de Amalfi compilaban las sentencias del Tribunal Marítimo de aquella localidad²⁵.

Esta forma de objetivación de los usos y costumbres medievales –y en ocasiones también de fallos que los recogían– se complementaba con la utilización de documentos o contratos estándares generados con el transcurrir del tiempo, a lo que contribuyó de manera importante la actividad de los notarios²⁶.

Por lo demás, las contiendas suscitadas entre comerciantes las resolvían comúnmente ellos mismos, o alternativamente jueces mercantiles o tribunales especiales²⁷, como los Consulados en España, entre los que se destacaban el de Valencia, creado en 1283; el de Mallorca estatuido en 1343; el de Barcelona que data de 1347 y el de Sevilla establecido en 1543. Los procedimientos ante estos llamados “tribunales consulares” eran ágiles e informales, y las decisiones quedaban a cargo de comerciantes no versados en derecho²⁸, caracterizados por obviar tecnicismos jurídicos, por respetar la voluntad de las partes y por la tendencia a decidir *ex aequo et bono* antes que por deducciones escolásticas abstractas de textos romanos²⁹.

Las consecuencias de la codificación del Derecho privado

La codificación intentó simplificar el Derecho privado, pero derivó en consecuencias perniciosas, al propiciar el “positivismo legislativo”³⁰, sumamente nocivo al menos para el mundo de los juristas del sistema de Derecho civil.

El peligro de ello ya había sido advertido antes en materia mercantil. Cuando Colbert, propulsor de las célebres ordenanzas que precedieron a la codificación francesa, preguntó a Voltaire cómo debería ser promocionado el comercio internacional por la legislación estatal, los comerciantes respondieron con la célebre frase “*laissez faire et laissez passer*”³¹.

Sin embargo, a partir del siglo XIX, se produce la nacionalización del *ius commune* y de la *lex mercatoria*, expresándose en Códigos “nacionales”, lo que derivó también en el peculiar desarrollo del Derecho internacional privado “conflictualista” para la selección del derecho aplicable en transacciones transfronterizas.

Las consecuencias, catastróficas. Los mecanismos clásicos utilizados para buscar “estatizar” una vinculación privada internacional, recurrentemente complejos, contradictorios e insatisfactorios en incon-

²³Harold J. Berman y Félix J. Dasser, *The “new” law merchant and the “old”: sources, content, and legitimacy*, en *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Thomas E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, pg. 53.

²⁴Roy Goode, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 1997, 46 ICLQ 1, pg. 5.

²⁵Ver José Carlos Fernández Rozas, *ius mercatorum, Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Editorial Colegios Notariales de España, 2003, pgs. 31-32.

²⁶Berman, obra citada, pg. 341.

²⁷Berman, obra citada, pg. 346.

²⁸Fernández Rozas, obra citada, pg. 30.

²⁹Rudolph Schlesinger, citado en *International Business Law: A New Law Merchant, II Current Law and Social Problems*, 129 (1961), en Chia-Jui Cheng (ed.), *Clive M. Schmitthoff’s Selected Essays on International Trade Law*, pg. 24.

³⁰Se advierte que este tema plantea múltiples interrogantes de orden teórico, y requeriría a su vez importantes matizaciones, lo cual excede el propósito de esta contribución.

³¹Frank Visser, *General Course on Private International Law, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992, I, Tome 232 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pg. 135.

tables ocasiones, han generado una inseguridad jurídica sumamente nociva, palpable no tanto cuando los países se cerraban en virtud del proteccionismo extendido muchas veces durante los siglos XIX y XX, sino también absolutamente notoria en tiempos actuales³².

Nuevo escenario

Hoy existe mucho mayor grado de apertura económica en los distintos Estados, varios de ellos enfrascados incluso en procesos de integración o adscritos a esfuerzos mundiales de liberalización, como los de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Pero la “internacionalización”, por así decirlo, va bien más allá de lo marcadamente económico. Los países vienen aceptando, por ejemplo, instancias supranacionales –es decir, más allá de lo estatal– de juzgamiento, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o mecanismos de resolución de conflictos regionales. Incluso, muchos Estados se han sometido a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), administrado por el Banco Mundial con sede en Washington, cuyos laudos son irrecurribles ante instancia nacional alguna. A lo que debe agregarse el enorme impacto que viene causando la adopción de normativas de origen convencional o legal, que admiten la aplicación de derechos “no estatales”, como usos y costumbres internacionales o principios generales³³. Y, sobre todo en los últimos lustros, la adopción masiva de instrumentos internacionales que consagran y resguardan el arbitraje³⁴, con todas sus implicancias.

Incidencia del arbitraje en los desarrollos recientes

Está visto que los comerciantes de la Edad Media frecuentemente sometían sus disputas a sus propios pares –otros comerciantes– o a terceros, no jueces, que arbitraban en ellas. La consolidación de los Estados-Naciones y el avance de las ideas de soberanía estatal de los últimos siglos, entre otros factores,

³²Sobre los efectos de esto en América, puede ampliarse en: José A. Moreno Rodríguez, La Convención de México sobre el derecho aplicable a la contratación internacional, en Jornadas de Derecho Internacional, U. Ottawa, Canadá, Publicación de la Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 2006, pgs. 3 y siguientes.

³³Los referidos principios se encuentran consagrados como fuente del derecho internacional desde hace ya un buen tiempo en los Estatutos de la Corte Internacional de La Haya (Art. 138), y además en otros numerosos instrumentos internacionales, de derecho privado y público. Así, el Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o ICSID en inglés), de Washington, 1965, prevé en su artículo 42 que podrán tener virtualidad “las normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”. A su vez, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá) se remite en su Art. 3º, a falta de acuerdo entre las partes, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), cuyo Art. 30 prevé que en todos los casos se tendrán en cuenta “los usos mercantiles aplicables”. Por su parte, los acuerdos de arbitraje del MERCOSUR aluden en su Art. 10 “al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional”. Esta apertura surge también del Art. 25, inciso 3º. Resulta, asimismo, sumamente trascendente la derivación que puede hacerse de una norma del propio Tratado de Asunción, constitutivo del MERCOSUR, que en su Anexo 2, relativo al Régimen General de Origen, utiliza la terminología de FOB y CIF (Arts. 1º y 2º). No aclara su significado ni alcance, pero evidentemente se refiere a los términos usuales que ha institucionalizado la Cámara de Comercio Internacional. Con ello, efectúa un reconocimiento formal a estas fuentes no estatales. También dentro del MERCOSUR el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, reconoce un orden jurídico supranacional o transnacional al referirse en su Art. 34.1, entre las consideraciones a ser tenidas en cuenta con respecto al derecho aplicable, “...a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia”.

³⁴Sobre los efectos de esto en la labor codificadora de la OEA en América, ver José A. Moreno Rodríguez, Quo Vadis CIDIPs, en Diego P. Fernández Arroyo y José A. Moreno Rodríguez, Protección de los Consumidores en América, Editorial La Ley Paraguaya, Asunción, 2007.

contribuyeron a que el arbitraje quedara arrinconado durante un buen tiempo, sobre todo como alternativa efectiva para la resolución de disputas transnacionales. El escenario cambia por completo en las últimas décadas, en que, a la par de otros acontecimientos, ya señalados, que inciden en crear una atmósfera jurídica cosmopolita, el arbitraje comercial internacional viene adquiriendo cada vez mayor preponderancia y difusión, sobre todo a través de contiendas muy conocidas, como las relativas a la nacionalización del petróleo en países árabes de los años 1970 y 1980³⁵. Hoy día se lo utiliza masivamente en transacciones internacionales importantes como –entre otras– las relativas a compraventa internacional de mercaderías, joint ventures, contratos de construcción y de distribución.

Pues bien, es indudable el decisivo aporte del arbitraje internacional y sus desarrollos recientes en el paulatino retorno a la universalización del Derecho privado. Ello se ha producido como natural consecuencia de la creciente aceptación del principio de la libertad contractual o “autonomía de la voluntad” en el Derecho internacional privado, consagrado por numerosos Estados nacionales y reconocido en instrumentos internacionales preponderantes³⁶. En ejercicio de dicha facultad, sujetos de diferentes países recurren voluntariamente al arbitraje, usualmente regido por principios y reglas aceptados y difundidos internacionalmente –a los cuales se remiten o se adhieren expresa o implícitamente los contratantes–, que son, en no pocos casos, precedentes para otras vinculaciones análogas. Así, de la praxis arbitral renace –o se extiende en su consolidación– un derecho consuetudinario universal como lo fue el de los mercaderes en la Edad Media, al punto incluso de que organismos internacionales han propuesto su cristalización en cuerpos normativos como convenciones, guías legislativas, leyes modelo u otros instrumentos análogos, o bien han ensayado consolidarlo en documentos peculiares³⁷.

³⁵Ver Yves Dezalay y Briant G. Garth, *Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1996, pg. 75.

³⁶El principio de la autonomía de la voluntad en materia internacional se propaga por Europa durante los siglos XVII y XVIII, y sobre todo con el liberalismo del siglo XIX, con apoyo de doctrinas como las de Huber, Voet, Foelix, Savigny, Mancini y Story, a lo cual vino a sumarse su consagración en la jurisprudencia francesa de 1840 a 1874. El proceso queda consolidado en Francia con el fallo de la máxima instancia judicial –Tribunal de Casación– del 5 de diciembre de 1910, en el asunto *American Trading Company contra Québec Steamship Company Limited*. En Alemania, si bien no fue previsto en la Ley de Introducción al Código Civil de 1896, el principio ha sido aceptado jurisprudencialmente, y hoy en día también en doctrina. En Italia, la autonomía de la voluntad ya había sido recogida en el Código Civil de 1865, y hace lo propio, actualmente, el Código Civil de 1942, en su artículo 25 relativo a disposiciones preliminares. Asimismo, lo hacen el artículo 6:248 del Código Civil Holandés y la Sección 859 del Código Civil austríaco. En el derecho inglés también ha sido admitida durante mucho tiempo por los tribunales la libertad de las partes de elegir la ley que regirá el contrato (*proper law of the contract*). De hecho, *proper law* es un término de indirecta referencia a la ley que el tribunal sostiene debería gobernar la validez y la interpretación del contrato. Es, consecuentemente, manifestación de la libre voluntad de las partes, en tanto expresen su intención, sea esta legal y haya habido una elección de buena fe (R. H. Graveson, *Comparative Conflict of Laws, Selected Essays*, Volume I, North-Holland Publishing Company, Amsterdam-New York-Oxford, 1977, pg. 289). Al otro lado del Atlántico, el principio de la autonomía de la voluntad (*party autonomy*) lo terminó consagrando definitivamente el segundo Restatement de 1971, en su sección 187. Casos emblemáticos reafirmaron el principio en los Estados Unidos (*Bremen v. Zapata* (1972) y *Scherk v. Alberto Culver Co.* (1974)). La autonomía de la voluntad ha sido recibida también en importantes Tratados Internacionales de Derecho internacional privado, como las Convenciones de La Haya de 1955 sobre la ley aplicable a las ventas internacionales de objetos muebles corporales (artículo 2); el Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje (artículo VIII); el Convenio de Washington de 1965 sobre resolución de litigios relativos a inversiones (artículo 42); y el Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y la representación (artículo 5). También lo ha consagrado el Tribunal Internacional de Justicia Permanente, ya en el año 1929, en un asunto relativo a préstamos del Brasil. Jayme resalta, además, que el principio de la libertad individual se encuentra reconocido por diversas cartas y declaraciones que enuncian derechos fundamentales del hombre, como el artículo 29, parágrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que alude al libre y pleno desarrollo de la voluntad (ver Erik Jayme, *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne*, Cours général de droit international privé, Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1995, IV, Tome 251 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pg. 147).

Con respecto a esto último, grupos de expertos han trabajado para detectar y reformular (to restate) los “principios” del nuevo derecho universal (o *lex mercatoria* o derecho transnacional). Los trabajos resultantes se encuentran consignados en textos con redacción parecida a la de las normas legislativas, acompañados de comentarios y ejemplificaciones. Ello al igual que los llamados “Restatements” norteamericanos, de elaboración académica, no destinados a obtener sanción estatal –aunque sí pueden inspirar reformas normativas– que resumen así las tendencias preponderantes en diversos temas.

Sobre el particular, UNIDROIT (acrónimo francés de un instituto intergubernamental con sede en Roma, vinculado a Naciones Unidas a través de un acuerdo de cooperación) publicó en los años 1994 y 2004 “Principios” de Derecho Contractual (en adelante “Principios UNIDROIT”)³⁸; y en el seno de la Unión Europea se publicaron también “Principios” similares en los años 1995 (parte I), 1999 (partes I y II) y 2003 (parte III) (en adelante “PECL”)⁴⁰.

Entre varias aplicaciones, estos principios pueden ser adoptados por las partes como reglas en sus contratos, o servir como guías a árbitros y juzgadores en lo que respecta al status de los usos y principios internacionales. En UNILEX, Base de Datos del Centro para Estudios Comparativos e Internacionales, se encuentran numerosas contiendas en que se alude a los Principios UNIDROIT. Estos se encuentran citados por juzgadores en al menos una centena de casos arbitrales y más de una treintena de casos judiciales⁴⁰ (lo que indica que su relevancia no ha quedado reducida al arbitraje⁴¹). En doce casos se alude a los Principios UNIDROIT como expresión de “principios generales del Derecho”; y en diez se los considera aplicables cuando las partes se remiten a usos relevantes del comercio, en tanto que en tres se los identifican con la “*lex mercatoria*”⁴². Al analizar laudos arbitrales recientes, Farnsworth concluye que los árbitros realmente consideran los Principios UNIDROIT como una representación de los principios generales del derecho contractual internacional o de la *lex mercatoria* si así se quiere llamarlos⁴³.

³⁷Puede profundizarse al respecto en: José A. Moreno Rodríguez, *Nueva Lex Mercatoria: ¿Fantasma creado por profesores de La Sorbona?*, Revista de Derecho Mercantil Internacional, Editorial Legis, Colombia, 2003.

³⁸Puede profundizarse al respecto en: José Antonio Moreno Rodríguez, *Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?*, en Revista Foro de Derecho Mercantil, Editorial Legis, Bogotá, 2005.

³⁹A nivel estatal, la Cámara de los Lores de Inglaterra ha sido la primera corte europea en citar los PECL, ya en el año 2001 (*Director General of Fair Trading v First National Bank*) (ver Christian Von Bar, *Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistemology*, en Mark Van Hoecke (Editor), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pg. 126).

⁴⁰Expresa Kronke que al reconocerse virtualidad a principios como los de UNIDROIT, desaparece la diferencia según la forma como se litigue, judicial o arbitral (Herbert Kronke, *The Scope of Party Autonomy in Recent UNIDROIT Instruments and the Conflict of Laws in the MERCOSUR and the European Union*, en *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Operti Badán*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pg. 296).

⁴¹Ver base de datos www.unilex.info. Se tiene noticia de que todos los siete capítulos de los Principios UNIDROIT de 1994 han sido citados en precedentes arbitrales, principalmente los del capítulo séptimo relativo al no cumplimiento. Son muy utilizadas las reglas 1.7 (buena fe), 4.1 a 4.5 (interpretación), 5.3 (cooperación) y 6.2.1 a 6.2.3 (hardship o excesiva onerosidad sobreviniente) (Pierre Mayer, *The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice – Special Supplement 2002*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pgs. 106-107). Los Principios UNIDROIT están destinados a aplicarse no solo en la esfera arbitral, sino también por tribunales ordinarios, a cuyo respecto existen precedentes en Holanda y Australia, por ejemplo. Así también, un pronunciamiento de la Corte Distrital del Sur de California los reconoció ante el cuestionamiento de la decisión de un tribunal arbitral que los había aplicado, lo cual había motivado que se atacara judicialmente la ejecución del acuerdo bajo el artículo V(1)(c) de la Convención de Nueva York sobre ejecución de laudos arbitrales, pedido que fue finalmente desestimado (ver Julian D. M. Lew, *The UNIDROIT Principles as lex Contractus Chosen by the Parties and Without an Explicit Choice-of-Law Clause: The Perspective of Counsel – Special Supplement 2002*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, ICC, pg. 69).

⁴²Ver también en Andrea Bonomi, *The Principles of Party Autonomy and Closest Connection in the Future EC Regulation “Rome I” on the Law Applicable to Contractual Obligations*, en *DeCITA, Derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2005, pg. 333.

Resulta innegable que aun hoy un arbitraje internacional tiene peculiaridades que lo distinguen claramente de litigios ante jueces nacionales. Se ve reflejado –en general– en los casos arbitrales el deseo de quienes se someten a este medio de resolución de disputas de evitar una solución “legalista”, por así decirlo, a sus conflictos mercantiles. Los comerciantes frecuentemente sienten que los tribunales ordinarios no entienden las realidades del intercambio comercial. Y los árbitros, cuya misión originaria deriva del acuerdo de las partes, deberían –y generalmente lo hacen–, dar prelación a las reglas que ellas mismas han establecido para sus vinculaciones, es decir, los términos del contrato y los usos, costumbres y prácticas que normalmente les sirven de marco.

Ahora bien: lagunas, ambigüedades o divergencias interpretativas con respecto al contrato, plantean el complejo problema del derecho aplicable, que puede surgir, contrariamente a cuanto se asume, no solo de plantearse una disputa, sino al comienzo mismo o en cualquier momento de la ejecución del acuerdo. De allí –expresa Derains– que no resulta exagerado decir que la ignorancia sobre el derecho aplicable al contrato no solo complica la solución de controversias, sino puede contribuir incluso a que aparezcan. Si las partes no saben cuál regla se aplica a su relación contractual, cada una de ellas, de buena fe, estará tentada a ejecutar el convenio conforme al derecho que conoce mejor (como, por ejemplo, el de su país) sin percibir que al hacerlo, está incumpliendo con sus obligaciones, dando pie, precisamente por ese hecho, al nacimiento de un conflicto. Por lo demás, una parte de mala fe puede tomar ventaja de cualquier incertidumbre relativa al derecho aplicable e intentar ceñirse al que mejor sirve sus propios intereses⁴⁴.

El problema del derecho aplicable constituye uno de los puntos más debatidos en arbitraje comercial internacional, en el que existe el mayor cuerpo de precedentes arbitrales y el cual ha dado lugar al mayor número de casos en que los árbitros de la Cámara de Comercio Internacional citan laudos previos⁴⁵. Debe considerarse que dicho organismo es el referente principal de arbitraje a nivel mundial. Fundado en 1919, recibió en 1998 su caso 10.000, publicando sus laudos desde 1974 en “*Journal du droit international*”, los que, a partir de entonces, también aparecen en otras publicaciones. Estos laudos, a su vez, citan o se apoyan en muchos casos en otros anteriores⁴⁶.

Se van creando así las condiciones, paulatinamente, para un retorno al cosmopolitismo de tiempos históricos de esplendor del Derecho privado. Ya veremos cómo esto se viene desarrollando en los hechos y el papel preponderante que cumple la Convención de Nueva York en el proceso en ciernes.

Rol de la Convención de Nueva York y la vuelta al universalismo

⁴³Edgar Allan Farnsworth, *The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (2): a US Perspective on their Aims and Application – Special Supplement 2002*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pg. 22. Refiere Berger que el movimiento mundial de creciente aceptación de los principios UNIDROIT desde el estadio de las negociaciones contractuales hasta la resolución de disputas a través de tribunales arbitrales internacionales y tribunales domésticos dará un nuevo ímpetu a la doctrina y práctica de la nueva *lex mercatoria* (Klaus Peter Berger, *International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 46 *Am. Comp. L. J.* 129, pg. 11). Algunos consideran que los Principios UNIDROIT constituyen un eje del debate sobre *lex mercatoria* y podrían convertirse en el corazón de la misma, a pesar de lo cual no se identifican con ella; otros los consideran una codificación de principios generales y *lex mercatoria*. Este debate es académico, puesto que en la práctica –expresa Lew– dichos principios son utilizados para dar reglas concretas a la *lex mercatoria* (Julian D. M. Lew, *The UNIDROIT Principles as lex Contractus Chosen by the Parties and Without an Explicit Choice-of-Law Clause: The Perspective of Counsel – Special Supplement 2002*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pg. 88).

⁴⁴Yves Derains, *The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration*, pg. 10.

⁴⁵Laurence Craig, William Park y Jan Paulson, en *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, 2000, pg. 641.

⁴⁶Cientos de fallos de distintos tribunales arbitrales, sin embargo, no han sido publicados, ya sea por razones de confidencialidad, ya sea porque han sido mutilados para proteger dicha reserva.

El arbitraje y el derecho transnacional allí en proceso de consolidación han tenido un impulso vertiginoso a partir de la segunda mitad del siglo XX, fundamentalmente a partir de la adopción de la Convención de Nueva York de 1958 sobre ejecución de laudos arbitrales. Por lo demás, teniéndola como inspiración y telón de fondo, se ha elaborado la ley modelo de arbitraje propiciada por UNCITRAL en el año 1985, hoy día seguida –al menos en gran parte de sus soluciones– por numerosos países de los distintos continentes.

Calificada como “astonishingly succesful” (Goode)⁴⁷ y como el “pilar en el cual descansa el edificio del arbitraje internacional (Weter)⁴⁸, la Convención de Nueva York prevé condiciones uniformes para la ejecución de los laudos arbitrales en los países adherentes, amén de confirmar el criterio de que las partes se rigen por el derecho que elijan.

Destaca Carbonneau que dicho instrumento prácticamente ha eliminado la relevancia del derecho doméstico y ha profundizado el carácter transnacional del arbitraje⁴⁹. Sobre el particular, resulta contundente la Declaración de la Conferencia de El Cairo de la International Law Association (abril de 1992), alusiva a la Convención de Nueva York, en los siguientes términos: “El hecho de que un árbitro internacional haya sustentado un laudo en normas transnacionales (principios generales del derecho, principios comunes a muchos derechos, derecho internacional, usos del comercio, etc.), en vez del derecho de un Estado determinado, no debería, por sí mismo, afectar la validez o el carácter ejecutorio del laudo cuando las partes acordaron que el árbitro aplicaría normas transnacionales, o cuando las partes guardaron silencio respecto al derecho aplicable”.

Pues bien, al ser libres los contratantes en elegir su derecho aplicable, independientemente de regulaciones locales o al otorgarse dicha facultad a los árbitros, cabe admitir que alguna forma de *lex mercatoria* –o derecho, o principios, o usos supranacionales, o como se lo llame–⁵⁰, existe y controla la resolución de disputas en comercio internacional a través del arbitraje⁵¹. Wetter prefiere hablar de un “derecho inter-

⁴⁷Roy Goode, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, *Arbitration International*, Vol. 17 No. 1 (2001), pg. 22.

⁴⁸Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, pg. 694.

⁴⁹Thomas E. Carbonneau, *The Remaking of Arbitration: Design and Destiny*, en *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Thomas E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, pgs. 32, 33 y fallos mencionados al pie.

⁵⁰La terminología alusiva a la nueva *lex mercatoria* es caótica. En las primeras décadas del siglo XX Lambert utilizaba la expresión “derecho corporativo internacional” (*droit corporatif international*). Jessup en su obra *Transnational Law* de 1956, parece haber sido el primero en poner en circulación esta expresión, con la que se pretende superar la división tradicional entre el aspecto público y privado de las relaciones internacionales (ver François Rigaux, *Derecho Internacional Privado, Parte General*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985, pg. 81). Modernamente la utilizan autores como Goode (Roy Goode, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 1997, 46 *ICLQ* 1, pg. 2), Muir Watt (Horatia Muir Watt, *New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help?*, en Mark Van Hoecke, Editor, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pg. 277), Loussouarn, Boruel y Vareilles Sommières –quienes también aluden a un “orden superior” (Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 8e édition, Éditions Dalloz, 2004, pg. 3), entre varios otros. También se habla de un “derecho a-nacional”, término atribuido a Fouchard (Mustill, obra citada, pg. 151, nota al pie), en tanto que los Principios UNIDROIT de derecho contractual utilizan la palabra “supranacional”. También puede verse en Berman la utilización de la expresión “world law” (derecho mundial) (Harold J. Berman: *Is Conflict-of-Laws Becoming Passe?*, *An Historical Response*, Emory University School of Law, Public Law & Legal Research Paper Series, Research Paper No. 05-42, <http://papers.ssrn.com/abstract=870455>). Illescas y Perales Viscasillas, por su parte, en vez de utilizar expresiones como *lex mercatoria*, Derecho mercantil internacional, Derecho comercial internacional o Derecho del comercio internacional, se incli-

nacional del arbitraje” (international law of arbitration) que crece paulatinamente, de manera análoga al common law, en base a precedentes y prácticas, señalando que la expresión *lex mercatoria* está muy desgastada y tiene limitado alcance⁵². Sea cual fuera la terminología adoptada, el camino a la universalización es –podría decirse– uno sin retorno.

Ahora bien, el derecho transnacional o la llamada nueva *lex mercatoria* se consolidó en tiempos recientes luego de mucha renuencia⁵³. Puede afirmarse que Francia ha estado en la vanguardia en este tema, sobre todo por los contornos que la doctrina ha dado a la casuística arbitral y judicial, con particular impulso a partir de la década de los sesenta⁵⁴. Mucho ha contribuido para todo esto el arbitraje y las condiciones propicias creadas para su desarrollo a partir de la adopción de la Convención de Nueva York en 1958.

Apenas un poco antes, en 1950, la Corte de Casación Francesa había resuelto que “todo contrato internacional queda sometido necesariamente al derecho de un Estado” (*Etat Francais c. Comité de la Bourse d’Amsterdam et Mouren (Messageries maritimes)*). Esta posición no duró por mucho tiempo. Y el arbitraje abrió la senda. Una de las primeras emancipaciones del derecho nacional en dicho ámbito –según lo destacan Craig, Park y Paulson– se dio con un laudo emitido dentro de un proceso regido por reglas de la Cámara de Comercio Internacional (Caso No. 1641 de 1969), conforme al cual, al no haber las partes indicado en sus acuerdos el derecho nacional al que intentaban sujetar sus relaciones o disputas, le han dado implícitamente al árbitro la discreción y el poder para interpretar sus obligaciones y aplicar las reglas de derecho que correspondan o, en su defecto, los usos comerciales⁵⁵.

A esto seguirían no solo otros laudos arbitrales, sino paradigmáticos pronunciamientos de la Corte de Casación Francesa⁵⁶. En 1981, ha sentado dicho tribunal que un laudo resuelto según la *lex mercatoria* no

nan por adoptar –por considerarla más adecuada– la terminología de Derecho uniforme del comercio internacional (Rafael Illescas Ortiz y Pilar Perales Viscasillas, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, pgs. 28 y ss.). Actualmente se encuentran muy en boga las expresiones en inglés *soft law*, o derecho de génesis no-estatal, y su contrapartida *hard law*, que sí tiene dicho origen.

⁵¹Carbonneau, obra citada, pgs. 34-35

⁵²Craig, Park y Paulsson, obra citada, pgs. 624-625.

⁵³Born cita el caso No. 4237 de la Cámara de Comercio Internacional, en que el tribunal considera, pero rechaza, la posibilidad de aplicar la *lex mercatoria* para resolver la disputa. Recientemente, sin embargo, las decisiones judiciales han sugerido con vehemencia que la mayoría de los tribunales reconocerían laudos arbitrales internacionales basados en la *lex mercatoria* (ver Gary B. Born, *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials*, Second Edition, Transnational Publishers Inc. and Kluwer Law International, pg. 556).

⁵⁴Debido al influjo de la doctrina francesa, algunos críticos han llegado a afirmar que se está ante un “fantasma creado por profesores de la Sorbona” (ver Gunther Teubner, *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems*, en *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 149), pg. 151. En general, ver José A. Moreno Rodríguez, *Nueva Lex Mercatoria: Fantasma creado por profesores de La Sorbona?*, en *Foro de Derecho Mercantil, Revista Internacional*, No. 1, Editorial Legis, Bogotá, 2003). Ello en alusión a Goldman y otros juristas franceses que instalaron el debate contemporáneo en torno al derecho transnacional así manifestado. Goldman señala dos concepciones de la *lex mercatoria*: una amplia, que incluye todos los principios y reglas que gobiernan las relaciones económicas internacionales, sean tratados, o incluso legislaciones estatales designadas para relaciones internacionales. Esto sumado a reglas espontáneas de los comerciantes, como usos y principios generales de allí emergentes. Goldman se adhiere a la concepción restrictiva que solo considera como *lex mercatoria* a estos últimos, sin perjuicio de que tratados internacionales puedan, por remisión, admitir la aplicabilidad de los usos y principios generales (Berthold Goldman, en *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Thomas E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, xxi).

⁵⁵La referencia se encuentra en Craig, Park y Paulson, obra citada, pg. 333. Derains cita un fallo también dentro de un proceso de la CCI (No. 1581), de 1971, conforme al cual “en tanto el tribunal arbitral deriva sus poderes y su jurisdicción de los términos de referencia y, a diferencia de un tribunal local, está ligado por la voluntad de las partes, cuando ellas la expresaran en mutuo acuerdo”...“en tanto, consecuentemente, a pesar del hecho de que, sorprendentemente como puede ser visto, *prima facie*, a la luz de los principios de Derecho internacional privado un caso cuyos elementos centrales están situados en Suiza ha

equivale necesariamente a un fallo basado en equidad (Fougerolle c. Banque de Proche Orient). En el referido caso, la Corte de Casación no revirtió un laudo en que los árbitros decidieron que la disputa se resolvería según principios generalmente aplicables en el comercio internacional –o *lex mercatoria*–, incluso sin que las partes hubieran hecho mención a ello⁵⁷.

Otro caso francés resultó derivación de lo resuelto en Austria en 1982, en que la Corte Suprema de este país no invalidó un laudo proferido en Viena según las reglas de la Cámara Internacional de Comercio (Pabalk Ticaret c. Ugilor/Norsolor)⁵⁸. En el caso, los árbitros entendieron difícil elegir entre dos derechos nacionales, y optaron por recurrir a la *lex mercatoria*⁵⁹, sin que las partes contratantes se hubieran remitido, en su momento, ni a ella ni a *amiable composition*⁶⁰.

En 1989, la Corte de Apelaciones de París llegó a atribuir un carácter normativo⁶¹ al derecho transnacional (Compañía Valenciana de Cementos Portland c. Société Primary Coal Inc. 1989)⁶², expresado en los principios y usos de comercio denominados *lex mercatoria*⁶³. En tanto que en 1991, la Corte de Casación decidió que un árbitro que aplique *lex mercatoria* o reglas transnacionales, en lugar de normas creadas por el Estado, decide conforme a derecho⁶⁴, lo que fue reafirmado en fallos posteriores, como el de 1993, en que dicha Corte proclamó la autonomía de la cláusula compromisoria sobre la base de una regla material del “derecho internacional del arbitraje” (Dalico Contractors c. Comité de la Municipalité de Khoms El Mergeb)⁶⁵. La misma línea fue seguida en los casos Uni-Kod (2004)⁶⁶ y N  mesis (1   Sala Civil, 2005)⁶⁷.

sido vinculado a la legislación francesa, el tribunal está atado a declarar el derecho francés como el aplicable al caso”. El fallo aparece en el *Journal du Droit International*, 1974, pg. 887.

⁵⁶No se explica Lowenfeld por qué el debate sobre *lex mercatoria* se concentra casi exclusivamente en el arbitraje, en tanto que la cuestión también se plantea con respecto a los fallos judiciales (Andreas F. Lowenfeld, *Lex Mercatoria: An Arbitrator’s View*, – Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pg. 74).

⁵⁷A pesar de las dudas que plantea, el caso Fougerolle puede verse como un primer modesto paso a considerar la *lex mercatoria* como *lex fori* dentro del arbitraje internacional (Filip De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Elsevier Science Publishers B.V., Netherlands, 1992, pgs. 255-256). Desde una posición crítica, refiere Mustill que, de las razones económicas dadas por la Corte no resulta claro si la decisión estaba fundada en la *lex mercatoria*, y puede no resultar seguro sacar muchas conclusiones al respecto (Lord Justice Mustill, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years*” en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (eds Bos and Brownlie), pgs. 169-170).

⁵⁸Desde una perspectiva crítica, entiende Mustill que la decisión de la Oberster Gerichtshof austríaca no parece como un endoso de la *lex mercatoria* como tal, sino un reconocimiento de los limitados poderes de la Corte cuando el razonamiento del tribunal es atacado. En Francia, donde se buscó el *exequatur*, la Corte de Casación no repudi   la noción de la *lex mercatoria*. Sin embargo, señala Mustill, ello no llega a ser una vindicación de la *lex* como se dijo. Goldman entre otros reconoce que no se llegó tan lejos (Mustill, obra citada, pg. 170).

⁵⁹En el caso Norsolor, la Corte acepta que la *lex mercatoria* consiste en reglas jurídicas que pueden ser aplicadas, aun si las partes no han autorizado al tribunal arbitral a actuar como *amiables compositeurs* (De Ly, obra citada, pg. 257).

⁶⁰Ver referencia en Ole Land  , *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration* (1985) 34 ICLQ 747, pg. 757.

⁶¹Ver referencia, por ejemplo, en Carlos Esplugues (Coordinador), *Contratación Internacional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pgs. 62-63.

⁶²La Corte concluyó que la decisión arbitral estuvo correcta, puesto que la aplicación del derecho español, el de Nueva York o el inglés –que podrían también tener conexión con el caso– hubiera frustrado la tácita voluntad de las partes contratantes (caso CCI 5953, 1990) (De Ly, obra citada, pg. 261).

⁶³Jayne, obra citada, pg. 87.

⁶⁴Derains y Schwartz, obra citada, pg. 268, nota al pie.

⁶⁵En esta contienda, una de las partes había alegado que el convenio arbitral era inválido por no cumplir con los formalismos exigidos por el derecho aplicable al contrato principal (en ese caso, el derecho libanés). La Corte resolvió que en virtud de regla material del Derecho internacional del arbitraje, la cláusula compromisoria es independiente jurídicamente del contrato principal que la contiene. Su existencia y eficacia se aprecian reservando la aplicación de reglas imperativas del derecho francés y del orden público conforme a la voluntad común de las partes, sin que sea necesario referirse a ningún derecho nacional (José Manuel García Represa, en José Manuel García Represa,

Nuevamente, en 2007, en el caso PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding la Corte de Casación confirmó la existencia de un orden jurídico arbitral distinto de los sistemas normativos nacionales. Además, caracterizó el laudo arbitral como una decisión judicial internacional⁶⁸. Un tiempo antes, en el caso Jules Verne et al. c. American Bureau of Shipping (2006) el alto tribunal había reconocido, expresamente, virtualidad al “derecho a-nacional”⁶⁹.

En Inglaterra, Dalhuisen hace notar una actitud definitivamente favorable a la *lex mercatoria* a partir del caso *Eagle Star v. Yuval*, del año 1978⁷⁰. Pero indudablemente, el “landmark case” es *Deutsche Schaubau-und Tiefbohrergesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd.* (1987). Allí, la Corte Inglesa de Apelaciones rechazó el argumento de que violaría el orden público la ejecución de un laudo que, sin invocar derechos nacionales, se encuentra basado en principios del derecho internacionalmente aceptados para las relaciones contractuales y, más en concreto, la práctica común en arbitrajes internacionales, particularmente en el campo de concesiones de hidrocarburos⁷¹.

Otros tribunales superiores europeos también han admitido –o tolerado– la aplicación de la *lex mercatoria*. Ya hemos mencionado la decisión de la Corte Austríaca en *Norsolor* (1982). Además, existen pronunciamientos en ese sentido de la Corte de Casación Italiana (caso *Damiano*, 1982) y de la Corte Suprema de Suecia (*Götaverken Arendal AB v. Libyan General Maritime Transport Co*⁷²).

Fernando Mantilla-Serrano y Carmen Núñez-Lagos, Coordinación: Alexis Moure y Fernando Mantilla Serrano, *Panorama de Jurisprudencia Francesa* (por el Capítulo Francés del Club Español del Arbitraje), *Revista del Club Español del Arbitraje* – 3/2008, pg. 101.

⁶⁶Rechazando la aplicación de derecho ruso.

⁶⁷Efecto positivo del principio competencia-competencia.

⁶⁸Es la primera vez en que se expide la Corte de Casación sobre este tema desde las famosas decisiones *Hilmarton*, mencionadas más abajo, y este caso tiene importancia por el marco teórico que brinda el tribunal a esta solución (ver Philippe Pinsolle, *The Status of Vacated Awards in France: the Cour de Cassation Decision in Putrabali*, pgs. 277-278).

⁶⁹García Represa, obra citada, pgs. 94 y siguientes.

⁷⁰Dalhuisen, obra citada, pg. 118.

⁷¹International Law Association, London Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards* (www.ila-hq-org), pgs. 27-28. Se trataba de un acuerdo para la exploración de petróleo y gas hecho por el gobierno y una compañía del gobierno, de un lado; y del otro un consorcio de compañías registrado en varios países. El arbitraje, sometido a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, se llevó a cabo en Ginebra. El gobierno y la compañía de petróleo declinaron cumplir alegando que fueron inducidos por engaños (*misrepresentation*). La disputa fue sometida a arbitraje y el gobierno no participó del mismo. Los árbitros decidieron en los hechos sosteniendo que el engaño no quedó establecido y que no había otro argumento para declarar inválido el acuerdo. En el laudo (CCI 3572) dijeron los árbitros que “la elección del derecho a ser aplicado al acuerdo es de pequeña significación, si alguna, bajo las circunstancias prevalecientes”. Pero, no obstante, expresaron una elección, presumiblemente porque se sintieron obligados según los términos de referencia, rechazando el derecho del país donde el acuerdo sería ejecutado, y sostuvieron que principios internacionalmente aceptados de derecho rigiendo las relaciones contractuales eran “the proper law”. De esto se asió la compañía para impugnar el fallo en Inglaterra. Se pretendió la no ejecución del laudo por resultar contrario al orden público, porque los principios aplicados por los árbitros eran inseguros en cuanto a su determinación. El planteo, está visto, no tuvo éxito. Mustill relativiza las circunstancias de este caso, por las particularidades del arbitraje llevado a cabo en Suiza, que no contradecían el orden público inglés (Mustill, obra citada, pgs. 171-172). Este fallo llegó a manos de Mustill cuando estaba por enviar a imprenta su artículo (renuente hacia la *lex mercatoria*), y señaló que, no obstante lo anteriormente dicho, será bienvenido por mercatoristas (Mustill, obra citada, pg. 171).

⁷²Frank Visser, *General Course on Private International Law*, *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992, I, Tome 232 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pg. 143. Así también, las prácticas de la *lex mercatoria* son mayoritariamente aceptadas por la magistratura brasilera (Ver el artículo de Ben-Hur Rava y Luciano da Ros, *Posicionamentos da Magistratura brasileira sobre a nova lex mercatoria*, en *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Volume 26, Dezembro 2006, particularmente en la pg. 54).

Al otro lado del Atlántico, el camino quedó allanado en los Estados Unidos de América con el caso *The Bremen v. Zapata Offshore Co.*, de 1972⁷³, dictado en el marco de un litigio ante tribunales nacionales, en que la Corte Suprema profirió –en palabras de Borchers– una magnífica decisión cosmopolita, basándose en el endoso mundial a la idea de que las partes pueden elegir de antemano el foro y el derecho que las gobernará⁷⁴. El golpe de gracia lo dio la misma Corte Suprema en 1985, ya en un caso sometido a arbitraje, en que se dejó sentado que el tribunal arbitral no se debía a normas de Estados en particular, y sí está obligado a dar virtualidad a la intención de las partes (*Mitsubishi Motor Corp. c. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*)⁷⁵.

Cabe destacar con Grigera Naón que, aun cuando el derecho aplicable al fondo de la controversia estuviera aparentemente limitado a la selección de un “derecho”, un importante sector de la doctrina y distintos laudos arbitrales decidieron que esa referencia no impedía pronunciarse a favor de la aplicación de principios generales del derecho, *lex mercatoria* o derecho transnacional⁷⁶. Es más: en casos recientes se resolvió que –incluso– no era necesaria referencia a derecho alguno en la argumentación del laudo. Así, en el caso *Trust Informatic, S.A. v. Farguell Industrial Metalicas, S.A.* la Audiencia Provincial de Barcelona consideró la apelación de un fallo arbitral, cuya base era que no contenía un razonamiento suficiente por fallar en incluir un solo artículo de una ley o citar un solo caso en apoyo de la decisión. El tribunal desestimó la apelación, diciendo que lo importante es que la decisión contiene la aplicación del derecho a la resolución del conflicto, teniendo en cuenta los hechos y las probanzas del proceso, aun cuando la misma no mencione específicamente la ley o el fallo en que se basa. La obligación de proveer razonamiento o explicar la decisión judicial –concluye el tribunal– no implica requerimiento alguno de extensa retórica, rigor lógico o soporte académico⁷⁷.

⁷³La Corte Suprema de Estados Unidos dio virtualidad a una cláusula de selección de foro entre una empresa alemana y otra norteamericana, requiriendo que su disputa sobre una operación en alta mar sea litigada en una corte inglesa. Sin preocuparse de cuestiones teóricas, como si la cláusula podría dejar de lado a tribunales federales o la jurisdicción marítima, o si la cláusula debería ser regida por leyes domésticas o foráneas, la Corte escribió –en palabras de Borchers– una magnífica decisión cosmopolita, basándose en el endoso mundial a la idea de que las partes pueden elegir de antemano el foro y el derecho que las gobernará (Patrich J. Borchers, *The Triumph of Substance over Rules of Choice in International Commercial Transactions: From the Lex Mercatoria to Modern Standards*, en *Introduction to Transnational Legal Transactions*, Edited by Marilyn J. Raisch and Roberta I. Shaffer, Oceana Publications Inc., New York, London, Rome, 1995, pg. 153).

⁷⁴Borchers, obra citada, pg. 153.

⁷⁵473 U.S. 614, 636 (1985). Ver Arthur T. von Mehren, *Arbitration Between Status an Foreign Enterprises. The Significance of the Institute of International Law’s Santiago de Compostela Resolution*, 5 *ICSID Rev. – Foreign Investment L.J.* 54 (1990), pg. 60. Refieren Dezalay y Garth que este fallo alteró la relación entre tribunales, el gobierno federal y la regulación de la empresa privada establecida luego del New Deal, cambiando el escenario de resolución de disputas en los Estados (Dezalay y Garth, obra citada, pgs. 156-157). En este caso, un representante de automóviles (Soler) intentó evitar una cláusula de arbitraje en su contrato de distribución con la empresa transnacional Mitsubishi. La cláusula preveía el arbitraje en Japón sometido a las reglas y procedimiento de la Japan Comercial Arbitration Association. Soler se resistió al arbitraje sosteniendo que Mitsubishi había violado leyes federales de defensa de la competencia de los Estados Unidos y que esto debía ser juzgado ante tribunales ordinarios.

⁷⁶Ello implica un paso más en refuerzo a la autonomía del arbitraje (Horacio A. Grigera Naón, *Los Árbitros Internacionales, ¿Pueden o Deben Aplicar las Leyes de Policía?*, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Liber Amicorum Jürgen Samleben, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pg. 608). Al respecto, dice Grigera: “Ocasionalmente, árbitros que en un primer momento habían concluido que un derecho nacional regiría la controversia se tomaron la libertad, no expresamente consignada en el reglamento (del Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional), de excluir la aplicación de ciertas normas sustantivas de dicho derecho nacional que por ser consideradas de naturaleza exclusivamente local y no suficientemente adaptadas a las necesidades o modernas tendencias del arbitraje o del Derecho comercial internacional, no serían apropiadas para regir la cuestión litigiosa a ser resuelta...”. Ello, refiere Grigera, “a pesar de la ausencia en el reglamento arbitral de referencia a ese tipo de técnicas...” (Grigera Naón, obra citada, pgs. 608-609).

⁷⁷Ver también lo resuelto por la Corte Federal Suiza en 2004, en el Caso No. 4P.14/2004.

“Desnacionalización” o “deslocalización”⁷⁸

Este tema no se encuentra aún resuelto a nivel doctrinario, en que existen fuertes controversias. El debate –podría decirse, aún en fase embrionaria– promete profundizarse en los años venideros. Y, como podrá apreciarse, mucho han incidido en los desarrollos de este tema la Convención de Nueva York y sus derivaciones.

Expresa Goode que en paralelo a la resurrección en forma moderna de la *lex mercatoria*, se propugna la liberación del proceso arbitral de los derechos nacionales⁷⁹, con lo que el arbitraje debería ser capaz de “flotar” independientemente al país en que se conduce⁸⁰. Tal es la propuesta de quienes sostienen la “teoría de la autonomía del arbitraje”⁸¹. Ello, más aún, si se considera que en numerosos arbitrajes la sede resulta elegida por razones de logística, conveniencia, o neutralidad.

Desde la otra vereda, juristas de prestigio como Mann propugnan la “teoría territorial o jurisdiccional del arbitraje”, es decir, que dicho proceso se encuentra sujeto al derecho del lugar del arbitraje. La extensión por la cual las partes pueden derogar dicho derecho es materia a determinarse por cada Estado en ejercicio de su soberanía⁸².

La problemática de la “desnacionalización” o “deslocalización” presenta cuatro cuestiones relacionadas pero distintas: Una, ¿podrá o debería el situs de arbitraje permitir la renuncia al derecho de impugnar el laudo? Dos, ¿qué intereses nacionales del situs arbitral se defienden por un procedimiento de anulación? Tres, ¿sobre qué base puede pronunciarse una anulación? Y cuatro, ¿qué efecto debería tener la anulación de un laudo cuando se lo presenta para reconocimiento en otro país?⁸³

Con relación al primer interrogante, existen tres modelos de revisión del laudo en su sede. Uno admite que se lo pueda recurrir ante instancias judiciales, tanto en apelación de sus méritos jurídicos como por defectos procesales, tales como la imparcialidad del árbitro, el exceso de autoridad o la denegación de debido proceso. El segundo modelo permite impugnar el laudo solo en base a defectos procesales, y no errores de derecho⁸⁴. En tanto que el tercero no admite la revisión de lo resuelto por los árbitros.

Antes de ser reformado en 1998, el artículo 1717 del Código Procesal Belga permitía, pero no imponía, la exclusión de un eventual escrutinio de los tribunales por voluntad de las partes⁸⁵. En la actualidad, Bélgica⁸⁶ y otros países como Suiza⁸⁷, Suecia⁸⁸, Túnez y, recientemente Perú⁸⁹, prevén en sus leyes

⁷⁸Sobre este tema, puede verse un sesudo análisis en: Roberto Moreno Rodríguez Alcalá, *Delocalización, la lex loci arbitri y la nueva Ley de Arbitraje y Mediación*, en José Antonio Moreno Rodríguez (coordinador), *Arbitraje y Mediación*, Intercontinental Editora, Asunción, 2003, pgs. 147 y siguientes.

⁷⁹Goode, obra citada, pgs. 21-22. Se habla así de “denationalized, anational, floating or drifting arbitrations”.

⁸⁰Read cita a Lalive para quien el arbitraje no debería ser considerado una “manifestación del poder del Estado” como la de los jueces. Los poderes del árbitro derivan del acuerdo privado de las partes antes que de la tolerancia del Estado en que se lleva a cabo. Muchas veces los árbitros seleccionan un foro de arbitraje basados en consideraciones de conveniencia y neutralidad, a pesar de que ninguna tiene residencia o activos en el Estado del foro. La intervención se justificaría si se afectan políticas de ese Estado, pero ese no es normalmente el caso. Ello no implica que los laudos no estarán sujetos a escrutinio: lo estarán en el lugar en que se pretenda su ejecución, en el cual sí se verá si existen violaciones al orden público. Pero ello en nada debería afectar al lugar del arbitraje, que muchas veces es elegido por razones de conveniencia o neutralidad, sin que las partes tengan allí activos o intereses (Pippa Read, *Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millenium*, 10 *American Review of International Arbitration* 177, pg. 186).

⁸¹A la que muchos matizan con excepciones a favor de circunstancias en que los Estados pueden hacer valer su soberanía.

⁸²Read, obra citada, pg. 185.

⁸³Craig, Park y Paulsson, obra citada, pgs. 500 y ss.

⁸⁴Ello en caso de injusticia procesal manifiesta, dejando larga medida de discreción a tribunales arbitrales (Craig, Park y Paulson, obra citada, pg. 502).

⁸⁵Craig, Park Paulson, obra citada, pg. 503.

⁸⁶En 2004 la Corte Civil de Primera Instancia de Bruselas, haciendo referencia al artículo 1717.4 del Código Judicial, notó que el derecho de anular un laudo solo podría ser renunciado cuando ninguna de las partes fuera de nacionalidad belga. En este caso ambas eran belgas, por lo que la Corte entendió que no podría renunciarse dicho

de arbitraje la posibilidad de que las partes renuncien al derecho de apelar el laudo cuando son extranjeras. Como lo señala Jiménez Figueres, constituye este un paso más hacia deslocalización del arbitraje⁹⁰. Cabe destacar que la legislación panameña no exige el requisito de la nacionalidad para la renuncia a recursos judiciales al laudo, yendo así incluso más lejos.

Digno de mención resulta, además, lo de Francia, en que la jurisprudencia –y la doctrina formada en torno a ella– se inclinan también hacia la deslocalización en el sentido que estamos abordando. En el caso *General National Maritime Transport Co. V. Gotaverken* (1980), que no tenía conexión con el sistema francés, la Corte de Apelación de París entendió que el laudo no era, por ende, francés en nacionalidad ni se encontraba sujeto a las leyes procesales de este país. Consecuentemente, la Corte resolvió que no tenía jurisdicción para entender en la impugnación, por tratarse de un procedimiento disponible solo para laudos franceses⁹¹. La deslocalización, como se verá más adelante, tuvo también particular desarrollo en Francia tratándose de ejecución de laudos arbitrales.

Por de pronto, debe quedar en claro que esta evolución del arbitraje, conforme a la cual en diversas sedes se va limitando las posibilidades de impugnación genera, naturalmente, las condiciones apropiadas para que, libre de ataduras localistas, pueda consolidarse la *lex mercatoria* como derivación de su reconocimiento en este tipo de contiendas. Si bien muchos de estos desarrollos son recientes, mayormente resultan posibles –podría decirse– merced a la senda abierta por la Convención de Nueva York, conforme a lo que se viene explicitando en diversos pasajes.

Los otros interrogantes que plantea la deslocalización guardan fundamentalmente relación con la problemática del orden público, cuestión que puede plantearse tanto en sede del arbitraje como en lugares de eventual ejecución del laudo⁹². El tema presenta aún hoy diversas tensiones y es uno de los de mayor controversia en la doctrina arbitral reciente, de modo tal que lo abordamos con detenimiento un poco más adelante. Previamente, exponemos brevemente en perspectiva general el orden público en materia arbitral.

Orden público y arbitraje

derecho (Caso No. R.G. 03/8267/A + 03/14084/A).

⁸⁷El artículo 192 de la ley de Derecho internacional privado suizo prevé que las partes pueden excluir la revisión judicial de acuerdos en tanto no tengan domicilio, residencia o centro de actividades en Suiza.

⁸⁸Ello ha sido reconocido por la Corte Suprema de Suecia en 1989 (caso *Ugana*), tratándose de partes no suecas. Lo propio ha ocurrido en la legislación de Bélgica y Suiza. En el caso *Titan Corporation v Alcatel CIT SA* (Caso T 1038-05) la Corte de Apelación de Svea rechazó intervenir en la apelación de un arbitraje, al sostener que no existía una conexión con Suecia. Se trataba de una disputa en que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, eligieron Estocolmo como el lugar del arbitraje. La disputa se planteó entre una compañía francesa y una americana, con un solo árbitro inglés que desarrollo una reunión para pruebas en París y realizó el resto del trabajo en Suecia. El tribunal entendió que no había interés sueco en la cuestión, por no existir conexión con Suecia.

⁸⁹Sobre las particularidades del arbitraje internacional en Perú, ver la completa reseña de Carlos A. Soto, *Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú – Ley No. 26572*, en Carlos A. Soto (Director), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Ediciones Magna, Lima, 2008, pgs. 27-31. Una propuesta de reforma futura de la legislación paraguaya en este sentido la había formulado en 2003 Roberto Moreno Rodríguez Alcalá (ver obra citada, pg. 177).

⁹⁰Dyalá Jiménez Figueres, *Renuncia al Recurso de Anulación contra el Laudo: Alcances y Análisis Comparativo*, en Carlos A. Soto (Director), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Ediciones Magna, Lima, 2008, pg. 537.

⁹¹Ver Read, obra citada, pg. 192.

⁹²Aquí podría hablarse también de una deslocalización, que consistiría en remover o limitar el poder de los tribunales locales de hacer declaraciones de nulidad del laudo con efectos globales. En este sentido, los derechos nacionales solo tienen efecto en el estadio de ejecución por limitadas causales de revisión o cuando las partes específicamente designan como aplicable el derecho del foro arbitral (*lex loci arbitri*). La libertad contractual o autonomía de la voluntad debe, pues, prevalecer. La autoridad jurídica nacional debe ser ejercida solo para apoyar el recurso de las partes al arbitraje, salvo circunstancias verdaderamente excepcionales que aconsejen la no ejecución de un laudo (Carbonneau, obra citada, pg. 28).

El problema de lo imperativo, se ha dicho⁹³, es uno de los más difíciles en el arbitraje. Afecta cuestiones relativas a la arbitrabilidad de controversias, al procedimiento arbitral en sí y a la impugnación y la ejecución de laudos⁹⁴. Además, puede relacionarse tanto con el derecho del foro, como con el derecho de lugares de eventual ejecución del laudo y, en su caso, con el derecho transnacional o *lex mercatoria*⁹⁵, con todas las complejidades que plantea este tema.

Por lo demás, en esta cuestión⁹⁶ nos encontramos nuevamente –al igual que con la de la *lex mercatoria* o derecho transnacional– ante un problema terminológico. Así, en alusión al orden público, el artículo 1.2 de reglas de arbitraje de UNCITRAL habla de “ley aplicable al arbitraje de las cuales las partes no pueden derogar”. Redfern y Hunter usan a lo largo de su obra relativa a arbitraje las expresiones *mandatory rules* (reglas imperativas) y *public policy* (orden público). Craig, Park y Paulsson emplean la terminología de *contratos contra bonos mores*⁹⁷. En los laudos, por su parte, suelen aparecer las palabras *public order*, *good morals* y *public policy*. En alusión específica al arbitraje, el Reporte Final y la Resolución 2/2002 de la International Law Association (ILA), Committee on International Arbitration, recogen la expresión “orden público internacional”, dentro de la que cabe el distinguo entre “orden público procesal” y “orden público sustantivo”. También se habla allí de principios fundamentales sobre justicia o moralidad y de leyes de policía⁹⁸, así como del deber del Estado de respetar sus obligaciones internacionales⁹⁹.

Todo ello –el problema de lo imperativo– se relaciona con la soberanía que, al consagrar el arbitraje, retienen los Estados nacionales por sobre lo que puedan haber determinado las partes, los árbitros o las normas de Derecho internacional privado de otros países. Al igual que en el litigio ante instancias judiciales, también en el arbitraje la reserva de orden público es el reconocimiento del derecho del Estado y sus tribunales para ejercitar un control último sobre el proceso arbitral. Como lo expresa el reporte mencionado en el párrafo antecedente, aquí se plantea la tensión entre si el Estado debería ceder su autoridad

⁹³Blessing, citado en el ILA Interim Report (2000), arriba citado, pg. 18.

⁹⁴En la etapa negocial y arbitral el orden público tiene una función positiva. Así, determinados principios deberían aplicarse ineludiblemente, como el orden público procesal; la “competencia-competencia”. o facultad de los árbitros de pronunciarse sobre jurisdicción en el caso; y la autonomía de la cláusula compromisoria, es decir, la separación de dicha cláusula del resto del contrato que la contiene de modo tal a no verse perjudicada ante una eventual invalidez de este, por citar ejemplos. En la etapa postnegocial la función es negativa (Marta Gonzalo Quiroga, *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, pgs. 63-64).

⁹⁵El orden público internacional del arbitraje es más restringido que el del Derecho internacional privado. Los criterios para la anulación o no ejecución de laudos deben resultar más restringidos (Gonzalo Quiroga, obra citada, pgs. 62-63).

⁹⁶Como en general con relación al orden público en el Derecho internacional privado (ver José Antonio Moreno Rodríguez, *Orden Público y Arbitraje*, en Jorge Oviedo Albán (Coordinador), *El Derecho Comercial en el Siglo XXI*, Editorial Temis, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2008).

⁹⁷Ver Craig, Park y Paulsson, obra citada, pg. 64.

⁹⁸Entiende Grigera que los árbitros pueden aplicar leyes de policía que no sean del *proper law* sin que el laudo pueda ser impugnado. Ello bajo ciertas condiciones como, por ejemplo, que las partes las invoquen y no sean aplicables meramente de oficio, o la contrastación con el orden público internacional para determinar si es o no exorbitante (Grigera Naón, obra citada, pgs. 612-615).

⁹⁹Se califica el orden público internacional como: “...el conjunto de principios y reglas reconocidas por un Estado y que, por su propia naturaleza, podrían impedir el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral emitido en un proceso de arbitraje comercial internacional, siempre que el reconocimiento o ejecución de dicho laudo implique la violación de dichos principios y reglas, ya sea en cuanto al procedimiento mediante el cual fue emitido (orden público internacional procesal) o por su contenido (orden público internacional sustantivo). El orden público internacional de cualquier Estado incluye: (i) principios fundamentales sobre justicia o moralidad que el Estado desea proteger, incluso en aquellos casos en los que no está involucrado directamente, (ii) normas diseñadas para satisfacer los intereses políticos, sociales o económicos básicos del Estado, conocidos como “*lois de police*” o “normas de policía”, y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones con otros Estados o con organizaciones internacionales”.

para denegar virtualidad o reconocimiento de laudos que afecten sus leyes y valores domésticos y el desideratum de respetar a ultranza la finalidad perseguida al reconocerse a los arbitrajes y cuanto surja de ellos. Para resolver esta tensión, en varios países se ha optado por adoptar, por la vía convencional o legal, un concepto más estrecho de orden público, y tal es el llamado “orden público internacional”¹⁰⁰.

A su vez, se desprende de la noción de orden público internacional –o de que la contravención al orden público debe ser manifiesta– la figura de orden público “procesal” internacional¹⁰¹, que por tanto debería ser tenida en cuenta para arbitrajes internacionales. La primera se relaciona con los méritos, en tanto que el orden público procesal con “cómo” el tribunal arribó al laudo, entrando aquí en consideración cuestiones como, por ejemplo, el debido proceso o la imparcialidad de los árbitros¹⁰². Con respecto a esto último, expresa Mantilla que en materia de arbitraje debería desecharse cualquier intento de introducir cuestiones desde la perspectiva estrecha de procesos desarrollados localmente en la órbita judicial, y así lo propugnan la ley modelo de UNCITRAL y demás cuerpos normativos en ella inspirados¹⁰³.

¹⁰⁰ILA Interim Report (2000), pg. 2. Refiere Carbonneau que la Corte de Casación francesa ha articulado principios que vuelven hermético al litigio internacional y arbitraje del contenido de reglas domésticas contrarias como, por ejemplo, al crear una noción especial de orden público internacional. Cuando se pretende la ejecución de un laudo arbitral foráneo, el orden público debe confinarse a cuestiones de debido proceso y a requerimientos de justicia procesal. En los Estados Unidos también ocurrió algo parecido al limitarse, por ejemplo, el forum shopping, restringiéndose al litigante foráneo al acceso a tribunales norteamericanos aun cuando invoquen el long-arm jurisdiction (Carbonneau, obra citada, pgs. 32-33).

¹⁰¹La recomendación 1(c) del Reporte Final en materia de orden público de la International Law Association (ILA), Committee on International Arbitration, aprobada por Resolución ILA 2/2002, da carta de ciudadanía, por así decirlo, desde un foro de gran preponderancia, a los términos “procedural international public policy” y “substantial international public policy”.

¹⁰²Fernando Mantilla-Serrano, Towards a Transnational Procedural Public Policy, *Arbitration International*, Vol. 20 No. 4, pgs. 334-335.

¹⁰³La ley modelo de UNCITRAL otorga gran flexibilidad con respecto a la tramitación de los arbitrajes. Esta flexibilidad debería llevar a que ritualismos o formalismos procesales sean definitivamente desterrados. Dice Mantilla que el orden público procesal debe salvaguardarse en atención a los siguientes factores: la autonomía del arbitraje, la comparativa facilidad y eficiencia del proceso arbitral, la promoción del objetivo último y la integridad de los laudos arbitrales (Mantilla-Serrano, obra citada, pg. 333). Señalan Redfern y Hunter que los árbitros deben cumplir un rol fundamental a fin de que el proceso pueda llevarse adelante de manera expedita, lo que requiere que cuenten con gran experiencia y, sobre todo, capacitación. Debe existir mucha flexibilidad en estos procedimientos. Diferentes disputas pueden requerir distintos enfoques. Sobre derechos intelectuales, puede el tribunal encontrar apropiado ordenar presentaciones masivas de documentos y administrar interrogatorios, lo cual no debería ocurrir en principio en acuerdos de joint venture y pagos derivados de ellos (Redfern y Hunter, obra citada, pg. 24). Ejemplos en el derecho comparado existen en abundancia. Así, en 1978 se confirmó judicialmente la decisión de un árbitro que entendió no resultar su obligación sino su derecho, sujeto a discreción, el de convocar a audiencia oral a testigos que hubieran brindado testimonio escrito, y si así no se hizo, ello no debe considerarse infracción al orden público (caso Dalmia Dairy Industries Ltd. V. National Bank of Pakistan) (ver Redfern y Hunter, obra citada, pg. 321). También en Suiza, en 1997, en un arbitraje llevado adelante bajo las reglas de la CCI (Genérica Ltd. V. Pharmaceutical Basics, Inc. (1997)), la Corte de Apelaciones norteamericana del séptimo circuito estableció que el rechazo que el tribunal arbitral haga de permitirse repreguntas de la otra parte al día siguiente del interrogatorio del testigo no constituye denegación del debido proceso que puedan ser invocada bajo la Convención de Nueva York. Se dijo expresamente en el fallo de la Corte de Apelaciones que no debería asimilarse el proceso arbitral al judicial y que, además, en esta contienda el afectado no había sido privado de la oportunidad de presentar justamente su caso, que es el valor fundamental que se resguarda en materia arbitral. La Corte de Apelaciones también tomó en cuenta otras cosas, como que, si bien el afectado objetó la decisión del árbitro, no buscó una orden para compeler al testigo a quedarse en la ciudad en la que estaba desarrollándose la contienda, en tanto que sabía que tenía planteado abandonarla. También se tuvo en cuenta que el árbitro no se basó en la parte objetable del testimonio del testigo para fundamentar su laudo. En otro caso del año 2000 (Egemetal v. Fuchs), el Supremo Tribunal Federal Suizo entendió que alegaciones ulteriores a la declaración de un experto, que supuestamente no tendría independencia en sus apreciaciones, no permiten invocar violaciones al orden público. En el caso fue de especial importancia que se dejó pasar ocho meses desde

Cabe agregar que cuando los árbitros consideran no encontrarse atados por reglas específicas del foro¹⁰⁴, o derechos nacionales, a veces optan directamente por aplicar el derecho transnacional (o principios internacionalmente reconocidos, o *lex mercatoria*), que a su vez acarrea consigo un orden público independiente a los derechos nacionales¹⁰⁵. Este orden público internacional permite a los árbitros sancionar sobornos, tráfico de armas, drogas o personas¹⁰⁶, independientemente a lo dispuesto por los derechos locales. Es emblemático al respecto el Caso CCI 1110/1963, en que un solo árbitro decidió que no entendería en la disputa porque fue objeto del contrato un soborno a funcionarios gubernamentales¹⁰⁷.

Pues bien, a veces se invoca en este tipo de casos –refiere Lagarde– la *lex mercatoria* o los principios generales de obligaciones aplicables al comercio internacional¹⁰⁸. Con este “orden público transnacional”, puede decirse que al lado de la función negativa del orden público, se encuentra la positiva en la que tiende a absorberse aquella. Y así la función principal de orden público transnacional pasa a ser directa y positivamente influenciar la decisión de los árbitros, cuando están envueltas nociones universales de moralidad contractual o intereses fundamentales del comercio¹⁰⁹.

Estos desarrollos, profundizados a partir de la vigencia de la Convención de Nueva York, constituyen también peldaños gigantescos hacia el retorno al universalismo en el derecho privado.

Orden público en la ejecución de laudos

Uno podría asumir que un Estado extranjero estaría más dispuesto a reconocer y ejecutar un juzgamiento de un tribunal de otro país antes que un laudo hecho por árbitros privados cuya autoridad deriva de un acuerdo de partes. Sin embargo, la realidad es que resulta mucho más fácil ejecutar un laudo extranjero que un juzgamiento foráneo¹¹⁰, debido, fundamentalmente, a las virtudes de la Convención de Nueva

que la parte afectada supo de los hechos que pondrían en duda la independencia del perito, considerándose un abuso del derecho no impugnarlo en su momento y esperar hacerlo, como de hecho ocurrió, en caso de un resultado no favorable del arbitraje al impugnarlo en sede judicial (Mantilla-Serrano, obra citada, pgs. 344.345).

¹⁰⁴Dice Derains que como consecuencia del carácter ambulatorio del arbitraje, y de que los árbitros no son magistrados o funcionarios estatales, no puede hablarse de un derecho nacional del foro del juzgador o *lex fori*. La *lex fori* contiene disposiciones de Derecho internacional privado relativas a calificación, a factores de conexión, al orden público y al fraude a la ley. Al no existir *lex fori* –refiere Derains– se presentan dos consecuencias mayores: no hay derecho nacional competente, o derecho que como principio deba aplicar el árbitro. Ello salvo que las partes hayan elegido el derecho del lugar del arbitraje, pero esto resulta consecuencia de la aplicación de una regla propia del arbitraje internacional y no de una particular *lex fori*. El segundo efecto es que no hay derecho extranjero en el arbitraje internacional. Todos los derechos nacionales tienen el mismo valor y ninguno un status privilegiado. Consecuentemente, el árbitro no tiene que asegurarse que conceptos puramente nacionales sean respetados, entrando a tallar aquí el orden público internacional (Yves Derains, *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*, Kluwer CD, No. 10).

¹⁰⁵Así, Laudo CCI 3267 de 1980 (ver Paul Lagarde, *Public Policy*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 3, Capítulo 11, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Tübingen / and Martinus Nijhoff Publishers / Dordrecht / Boston / Lancaster, 1994, pg. 51).

¹⁰⁶Hans van Houtte, *From a National to a European Public Policy*, en *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Transnational Publishers Inc., New York, 2002, pg. 846.

¹⁰⁷Lagarde, obra citada, pgs. 63-64. En ese caso se declaró sin jurisdicción. El enfoque alternativo es el de invalidar el contrato y decir que no obstante se tiene jurisdicción (caso ICC 2930/1982).

¹⁰⁸Ver el fallo suizo y los fallos franceses citados por Lagarde, obra citada, pg. 51 nota al pie.

¹⁰⁹Pierre Lalive, *Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration, Commentary – Full Section*, ICCA Congress Series, No. 3, New York, 1986, después de la nota 186.

¹¹⁰También, se sostiene que resulta diferente la intensidad cuando los tribunales son requeridos a reconocer/ ejecutar un laudo de afuera que cuando son requeridos a dejar sin efecto un laudo dentro de su propia jurisdicción. En este último caso, se ha mostrado menos severa, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Milán (Wilson Smithett & Cope Ltd., v. Terruzi (1977)). Sin embargo, se lee en el ILA Interim Report que es difícil determinar si la práctica de tribunales es menos rigurosa cuando los tribunales son requeridos a reconocer/ ejecutar un laudo de afuera que cuando son requeridos a dejar sin efecto un laudo dentro de su propia jurisdicción (ILA Interim Report (2000), pg. 16).

York¹¹¹. De hecho, es difícil encontrar en casos publicados “horror stories” de no ejecución de laudos¹¹², a los que van den Berg califica como “unfortunate few”¹¹³. Los resultados de una investigación indican que solo en alrededor de un diez por ciento de los casos se deniega ejecución¹¹⁴.

El artículo V (1) de la Convención de Nueva York dispone que la ejecución del laudo puede ser denegada en cinco supuestos. Entre los primeros cuatro se encuentran cuestiones relacionadas con la incapacidad de las partes, la violación del debido proceso y el exceso a los términos del acuerdo arbitral. El quinto y más controversial párrafo (e), prevé que se puede rehusar la ejecución de un laudo si no es aún vinculante para las partes, o si ha sido dejado de lado o suspendido en el país en el cual o bajo cuya ley fue emitido¹¹⁵. Volveremos sobre esto más adelante, puesto que plantea forzar en extremo la doctrina de la deslocalización, con todo lo que ello implica para el derecho aplicable al arbitraje.

Destacamos ahora que el orden público como causal para rechazar el reconocimiento o la ejecución de juzgamientos y laudos foráneos se encuentra previsto en el artículo V(2) de la Convención de Nueva York, reproducido también en el artículo 36 de la Ley Modelo de UNICTRAL¹¹⁷. Al respecto, la interpretación tiende a ser bien restrictiva. Como lo dijo el Juez Joseph Smith en *Parsons & Whittemore* (Corte de Apelaciones de Estados Unidos, 1974), la ejecución de laudo arbitral foráneo será denegada en base al orden público “solo cuando violaría las nociones más básicas del foro de moralidad y justicia”¹¹⁸. En línea con ello, puede constatar en varios países la política de los tribunales en dar efecto en la mayor medida

¹¹¹Lew, Mistelis y Kröll, obra citada, pg. 693. Debe tenerse presente que, como lo señala Mourre, la violación manifiesta por un Estado de sus obligaciones consagradas en la Convención de Nueva York o en cualquier otra convención internacional relativa al reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales es susceptible de comprometer su responsabilidad internacional y dar lugar al pago de una indemnización a favor de la parte acreedora (Alexis Mourre, *La Responsabilidad Internacional del Estado por Incumplimiento de su Obligación de Ejecutar un Laudo Extranjero*, en Carlos A. Soto (Director), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Ediciones Magna, Lima, 2008, pg. 579).

¹¹²Lew, Mistelis y Kröll, obra citada, pg. 688.

¹¹³Ver Gabrielle Kaufman-Kohler, *Enforcement of Awards – A Few Introductory Thoughts*, ICCA Congress series no. 12 (2005), pgs. 287-290. Tribunales de jurisdicciones predecibles se han mostrado cautos en esta cuestión. Por ejemplo, el 20 de abril de 2005 la Suprema Corte Regional de Dresden sostuvo que solo denegaría la ejecución de un laudo por orden público si el demandante puede demostrar claramente que el laudo conflictúa con el relevante derecho alemán aplicable a la cuestión (Caso No 11 Sch 01/05 del Oberlandesgericht Dresden) (Suprema Corte Regional de Dresden). Así también, en mayo de 2004, la Suprema Corte Irlandesa rechazó una demanda para rehusar reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral foráneo basado en la excepción de orden público de la Convención de Nueva York. Dejó sentado que la defensa del orden público se da solo cuando hay violación a las nociones más básicas de moralidad y justicia. (*Broström Tankers AB v. Factorias Vulcano SA*, Caso No. HC 198/04).

¹¹⁴Albert Jan van den Berg, *Why Are Some Awards Not Enforceable*, en ICCA Congreso series no. 12 (2005), pg. 291.

¹¹⁵Las causales previstas en el primer párrafo del art. V deben ser probadas por el recurrente. El segundo párrafo, concernido con la violación del orden público según el derecho del foro, lista las casuales para las que una Corte puede rehusar de oficio la ejecución (ver van den Berg, obra citada, pg. 293). Expresa Mantilla que uno puede pensar aquí de violaciones al debido proceso tan egregias que, aunque renunciadas o expresamente aceptadas por una parte, podrían implicar violación a dicha norma de la convención (Mantilla, obra citada, pgs. 338-339). En suma –observan Craig, Park y Paulson– el esquema que surge de la Convención de Nueva York es el siguiente: el reconocimiento solo puede ser vedado en base a una limitada lista de defensas procesales. Dividida en dos grupos; uno relacionado con defectos procesales en el proceso arbitral (protegiendo el interés del perdedor) y otro en el que se permite a los tribunales declinar la ejecución de laudos que contravienen sus nociones fundamentales de orden público (protegiendo los propios intereses vitales del foro). Con respecto a esto último, nuevamente existen dos supuestos: si la materia no es arbitrable; o si viola el orden público del foro. Esto puede ser traído a colación por el tribunal bajo su propia moción, sin prueba de la parte que resista la ejecución del laudo (Craig, Park y Paulson, obra citada, pg. 684).

¹¹⁶En los Estados Unidos, el Arbitration Act habla de invalidación debida a que el laudo fue obtenido mediante fraude u otros medios indebidos (9 US Code sección 10(a)(1); en tanto que en Inglaterra, el Arbitration Act se refiere en su sección 68(2)(c)(g), al laudo obtenido por fraude o contrario al public policy.

¹¹⁷ILA Interim Report (2000), pgs. 4-5. Por su parte, dice Carbonneau que en la ejecución de los laudos, lo relativo al orden público debe confinarse a cuestiones de debido proceso y a requerimientos de justicia procesal (Carbonneau

posible a los laudos y no incentivar el litigio en instancia judicial. Resalta aquí lo resuelto en Inglaterra en el caso *Omnium de Traitement et de Valorisation S.A. v. Hilmarton Ltd.* (1999)¹¹⁸.

Expresa van den Berg que son relativamente pocos los casos en que esta norma de orden público de la convención ha sido utilizada para rechazar la ejecución de un laudo. En muchos supuestos esto fue el resultado de leyes anacrónicas de arbitraje, como la vetusta ley inglesa de 1950 y ciertos hechos graves que verdaderamente ameritaban no hacer lugar a la ejecución¹¹⁹.

En suma con respecto a este tema, y en lo que aquí nos interesa, esta tendencia de no dejar de lado laudos arbitrales merced a argumentos meramente localistas so pretexto de un supuesto “orden público” emergente de reglas autóctonas, obviamente coadyuva a que circulen válidamente decisiones que se amparan en principios internacionales o soluciones de tinte universal.

La problemática de los “laudos flotantes”

Ahora, volvemos al problema –diferido líneas arriba– del artículo V, parágrafo 1(d) de la Convención de Nueva York y los llamados “laudos flotantes”. La cuestión aquí es si un Estado puede dar curso a la ejecución de un laudo, independientemente a que haya sido anulado o no en el país de origen, si se entiende que no hay contravención al orden público del lugar de reconocimiento. Ello supone un exceso incurrido por los tribunales del país de origen en la invalidación, o al menos que ello se haya debido a peculiaridades exclusivamente locales que en sede de ejecución no se tendría por qué respetar.

Sobre el particular, se ha planteado una seria duda, que gira en torno a la redacción del referido artículo V, Parágrafo 1(d) de la convención. Según una postura, la autonomía del arbitraje deriva en que el Estado del país de origen no debería revisar el acuerdo. Desde la otra vereda, se interpreta el artículo como dando a las partes la libertad para elegir el derecho aplicable, en el cual se debe encontrar sustento para que el laudo sea susceptible de reconocimiento o ejecución¹²⁰.

A este respecto, resulta sumamente interesante la evolución jurisprudencial en Francia. Ya se ha hecho mención al caso *Pabalk c. Norsolor*, en que la Corte de Casación Francesa resolvió a favor de la ejecución en Francia de un laudo, no obstante su invalidación en Austria¹²¹. En *Unichips c. Gesmouing*, la Corte de Apelación de París, en 1993, abordó la cuestión de los efectos extraterritoriales de una decisión judicial, declarando el carácter ejecutivo del laudo. Pero quizás el caso de mayor trascendencia haya sido *Hilmarton c. OTV*, resuelto por la Corte de Casación en 1994. Desatendiendo lo juzgado por tribunales superiores suizos, dejó sentado aquí la Corte de Casación que un laudo arbitral dictado en Suiza es un laudo internacional que no se encuentra integrado al sistema jurídico de ese Estado, de tal manera que subsiste pese a su anulación en dicho país, por lo que su reconocimiento en Francia no es contrario al orden

obra citada, pgs. 32-33).

¹¹⁸Según García Represa, otro aspecto digno de mención de la Sentencia *Jules Verne* (*Jules Verne et al. C. American Bureau of Shipping, Cour de Casación, 2006*) es la omisión de toda referencia al orden público internacional o a las normas imperativas del Derecho francés como límites al principio de validez, distinguiéndose así de la fórmula empleada por la Corte de Casación en los casos *Dalico* y *Uni-Kod*. Aunque algunos autores han querido ver en esta omisión una indicación de que el único límite al convenio arbitral es la voluntad de de las partes, no puede decirse que la jurisprudencia francesa haya abandonado la reserva clásica del orden público francés. Es cierto, sin embargo, que, dado el liberalismo del Derecho francés en materia de arbitraje, esta reserva no interviene más que en casos excepcionales (García Represa, obra citada, pg. 103).

¹¹⁹van den Berg, obra citada, pgs. 309-312.

¹²⁰De Ly, obra citada, pgs. 88-89. Entiende Paulson que los tribunales deben limitarse a los primeros cuatro motivos, y este es el enfoque del art. IX (1) de la Convención Europea de Arbitraje de 1961, donde dejar de lado un fallo del país de origen puede justificar rehusarlo solo si los argumentos de anulación están reconocidos por la convención misma, que son los primeros cuatro casos de la Convención de Nueva York. Proponentes de la deslocalización enfatizan el lenguaje discrecional del artículo V(1), lo cual da pie a desconocer anulaciones que no se basan en estándares mínimos aceptados internacionalmente (ver referencias en Read, obra citada, pg. 191).

¹²¹Craig, Park y Paulsson, obra citada, pg. 505.

público internacional¹²².

El caso *Hilmarton*, “sin duda una de las decisiones más comentadas en el mundo”¹²³, es considerado por Goode como “una afrenta a una corte superior de otro país”¹²⁴, Como lo expresa Fernández Arroyo, deja a uno perplejo: ¿por qué existen entonces recursos contra los laudos en el país de la sede?¹²⁵.

Cabe mencionar aquí un ingrediente adicional. Siguiendo un precedente de la Corte de Casación de 1993 (caso *Polish Ocean Line c. Jolasry*), en *Hilmarton* dicho tribunal se valió del Artículo VII (1) de la Convención de Nueva York, que hace prevalecer por sobre ella cualquier eventual regla local que resulte más favorable aun para la ejecución del laudo. Esa misma aplicación se hizo en el caso *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arabic Republic of Egypt*, de 1997. Allí, la Corte de Apelaciones de París concedió exequátur a un laudo pese a su invalidación en Egipto¹²⁶.

Expresa Clay que el Artículo VII de la Convención de Nueva York “ha establecido las condiciones de su propia superación”¹²⁷, con el reconocimiento de la aplicación del derecho nacional más favorable. La norma tiene, a partir de jurisprudencia *Hilmarton*, una verdadera dimensión, culminándose así –afirma Clay– un proceso de unos veinte años, iniciado por *Norsolor*, luego *Polish Ocean Line*, *Chromalloy*, *BarguesAgro*, *Bechtel* y *Putrabali*¹²⁸.

Particular mención merece el caso *Putrabali* de 2007, ya mencionado en otro lugar de esta contribución. Dijo allí la Corte de Casación que el juez francés no puede denegar la ejecución, cuando el laudo ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en el cual ha sido proferido, si

¹²²Se trataba de un arbitraje llevado a cabo en Ginebra según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional. El árbitro entendió que el acuerdo relativo a servicios de consultoría era ilegal según el derecho del Algeria, país en el cual tuvo ejecución el contrato. Ulteriormente, un tribunal cantonal suizo invalidó el laudo, lo que confirmó el tribunal federal suizo (en 1990), al sostener que la ilegalidad del contrato según las leyes de Algeria no violaba el orden público suizo como para justificar que se rehúse la ejecución de un contrato de otra manera válido. Un segundo tribunal arbitral que trató la misma cuestión se expidió a favor de quien había hecho el reclamo por los servicios prestados de consultoría. Planteada la ejecución en Francia, la Corte de Casación resolvió que el primer laudo podría ser objeto de reconocimiento a pesar de su anulación en Suiza (Corte de Casación, 1994). Ello en tanto que otra corte francesa reconoció el segundo laudo así como la anulación suiza del primer laudo (Tribunal de Grande Instance de Nanterre, en 1993, confirmado por la Corte de Apelación de Versailles en 1997. Finalmente, la Corte de Casación Francesa, invocando la cosa juzgada, afirmó que la existencia de un primer juzgamiento francés prevenía un reconocimiento ulterior de una decisión judicial o arbitral extranjera que fuera incompatible (Craig, Park y Paulson, obra citada, pg. 505).

¹²³Thomas Clay, *La Convención de Nueva York desde la perspectiva de la doctrina francesa*, en *Revista Internacional de Arbitraje*, Julio-Diciembre 2008, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis Editora, 2008, pg. 159.

¹²⁴En este caso Suiza (Goode, obra citada, pg. 27).

¹²⁵Diego Fernández Arroyo, *Los Dilemas del Estado Frente al Arbitraje Comercial Internacional*, en *Revista Brasileira de Arbitragem*, Año II, No. 5, IOB Thomson y Comité Brasileiro de Arbitragem, 2005, pgs. 114-115.

¹²⁶Cabe destacar que en el caso *Chromalloy* se usó la versión en inglés del texto porque la francesa es más limitante. Este debate, sin embargo, encierra sus complejidades, cuyo abordaje excede nuestro propósito aquí (ver al respecto en Clay, obra citada, pgs. 152-154).

¹²⁷Clay, obra citada, pg. 167.

¹²⁸Clay, obra citada, pgs. 156-158. En *Direction General de l’Aviation Civil de l’Emirat de Duabi c. Societé International de Bechtel Co.*, la Corte de Apelaciones de París, en 2005, no consideró que la anulación del laudo en el Estado de origen sea causal para negarle el exequatur. La Corte sostuvo: “Las decisiones judiciales proferidas como resultado de un procedimiento de anulación de laudo, al igual que aquellas relativas al exequatur, no producen efectos internacionales puesto que esas decisiones solo conciernen un poder soberano concreto y el territorio donde este se ejerce”. También se ha expedido en la misma línea con relación con un laudo anulado en Bélgica por alegada ausencia de convenio arbitral, la Corte de Apelaciones de París en 2007, ante el caso *Societé Lesbats et fils c. M. Volver* (Fernando Mantilla, en Thomas Clay, Manuel García Represa, Fernando Mantilla-Serrano y Carmen Núñez-Lagos, Coordinación: Alexis Moure y Fernando Mantilla Serrano, *Panorama de Jurisprudencia Francesa* (por el Capítulo Francés del Club Español del Arbitraje), *Revista del Club Español del Arbitraje* – 3/2008, pgs. 110-111).

la causal no figura en la legislación procesal francesa¹²⁹, por más que aparezca en el artículo VII de la Convención de Nueva York¹³⁰. Expresa Mantilla que hasta entonces la Corte había dado un fundamento “negativo” al laudo arbitral, en el sentido de que no es decisión estatal y no se encuentra integrado a sistema estatal alguno. También resultaba negativo el análisis de las decisiones sobre anulación, en el sentido de que “esas decisiones no producen efectos internacionales puesto que ellas solo conciernen un poder soberano concreto y el territorio donde este se ejerce”. Con Putrabali, la Corte de Casación da un paso adelante. El laudo arbitral es “una decisión de justicia de carácter internacional”, existiendo un verdadero orden jurídico arbitral, independiente de los ordenamientos jurídicos estatales, conforme al cual el laudo tiene vida propia, que emana de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje y encuentra su aplicación práctica en la medida en que existe al menos un país dispuesto a reconocer esa voluntad y el laudo que genere, sin preocuparse por la posición que puedan asumir los tribunales en la sede del arbitraje¹³¹.

En Inglaterra el movimiento a favor de la ejecución se presenta con el caso *Omnium de Traitement (OTV) et de Valorisation S.A. v. Hilmarton Ltd.* (1999). Este es el mismo cuya ejecución también se pretendió en Francia. Luego de presentarse ante tribunales suizos y franceses, se planteó el litigio en Inglaterra. Hilmarton había sido contratada para acercarse a autoridades del sector público de Algeria a fin de obtener un contrato de drenaje para OTV. Ello violaba la ley de Algeria, que prohibía intermediarios para este tipo de operaciones. Hilmarton reclamó el pago de su tarifa de consultoría, y un tribunal arbitral en Ginebra, aplicando el derecho suizo, falló a favor de dicha compañía, puesto que ante la falta de evidencia de un soborno, el acuerdo no era ilegal según el derecho suizo. OTV intentó resistir la ejecución en Inglaterra. Allí el tribunal dijo que puede que un juzgador inglés hubiera rechazado el reclamo de Hilmarton aplicando el derecho de su país, pero en el caso no se está juzgando el contrato, sino la ejecución del laudo en Inglaterra, y al no detectarse prácticas corruptas que harían aplicables razones obvias de orden público, el hecho de que el derecho inglés difiera en nada afecta el punto¹³².

Otros casos europeos sobre el tema, dignos de mención, son el belga *Sonatrach* (1996) y el austriaco *Radenska* (1993). Por su parte, en los Estados Unidos, en el caso *KBC c. Pertamina* de 2003 los tribunales han sentado que tienen “una competencia discrecional en la aplicación de la Convención de Nueva York para ejecutar un laudo a pesar de su anulación en otro país, y ya la ha ejercido en el pasado”, con referencia a *Chromalloy Aeroservices v. Egypt*¹³³. La cuestión, sin embargo, se presenta dudosa ante un pronunciamiento ulterior en el caso *Termorío* de 2006¹³⁴.

¹²⁹Artículo 1502 del Código Procesal Civil Francés.

¹³⁰Ello ante un procedimiento arbitral en Londres bajo el reglamento de arbitraje de la International General Produce Association (IGPA), se desestimaron demandas de la sociedad Putrabali. Esta recurrió a un juez que permitió reabrir la discusión y enviar la cuestión al tribunal arbitral para que dictara una nueva decisión teniendo en cuenta el análisis hecho por el juez. Los árbitros así lo hicieron dictando el nuevo laudo, ahora a favor de Putrabali. La otra parte, Rena Holding obtuvo un exequatur en Francia del primer laudo. Putrabali apeló. La Corte de Apelaciones de París desestimó la apelación y confirmó el exequatur y la Corte de Casación confirmó dicha decisión.

¹³¹Mantilla, obra citada, pg. 111.

¹³²ILA Interim Report (2000), pg. 16.

¹³³Emmanuel Gaillard, El asunto “KBC c. Pertamina” y el reencuentro del juez norteamericano con la postura favorable al reconocimiento de las sentencias anuladas en el Estado de origen, en *Revista DeCITA*, derecho del comercio internacional, temas y actualidades, 03.2005, Inversiones extranjeras, pg. 493. Con relación a este último caso, del año 1996, al igual que en Francia (en 1977), se había pretendido ejecutar en los Estados Unidos un laudo anulado en Egipto. La Corte Distrital Norteamericana confirmó el laudo a pesar de su anulación en la sede, y el razonamiento de que dicha confirmación estaba permitida bajo la Federal Arbitration Act y por tanto dentro de la esfera de la Convención de Nueva York, cuyo art VII habilita la ejecución de un laudo si así lo permite el derecho doméstico (Craig, Park y Paulson, obra citada, pg. 506). Contra: *Baker Marine Ltd. V. Chevron Ltd.* (1999).

¹³⁴Allí el tribunal se atuvo al tenor literal de la versión inglesa del encabezamiento del art. V.1, que el reconocimiento y refuerzo del laudo “pueden ser rechazados”, implicaría que el tribunal tiene un poder discrecional al respecto (Fernández Arroyo, obra citada, pg. 116). Esta decisión es señalada como sinónimo de una pobremente redactada decisión judicial (Mantilla, obra citada, pg. 397). Mantilla expresa la pérdida de oportunidad en *Termorío* de la corte del Distrito Federal de los Estados Unidos de América para aclarar una posición con respecto a los laudos anulados.

Del examen del derecho comparado, expresa Zuleta que los casos dan comienzo a la construcción de una teoría del reconocimiento de laudos anulados según la cual a los tribunales de cada país ya no les es suficiente sustentar la anulación a la luz de las particularidades de la norma local. Por el contrario, tienen que preguntarse si esa anulación es o no internacionalmente efectiva, si la causal invocada y el fundamento de la anulación es aceptable por las cortes en las que se puede hacer efectivo el laudo por corresponder a situaciones internacionalmente aceptadas como eventos en los que se debe anular el laudo. El omitir dichos cuestionamientos lleva a que los laudos que han sido anulados por simples consideraciones locales, resuciten y cobren vida en otro Estado ante la impotencia de quienes se han empeñado en anularlos¹³⁵.

Por su parte, dice Mantilla que vistas las diferentes facetas de la autonomía en la regulación del arbitraje parece que se estuviera llegando a un régimen universal en el que basta con verificar la existencia de un acuerdo de voluntades y hallar al menos un sistema jurídico dispuesto a reconocerlo en su doble manifestación: convenio arbitral y laudo, para que el arbitraje despliegue toda su eficacia. Es el triunfo de la real intención de las partes y del respeto de sus expectativas, sobre construcciones artificiales cuando no profundamente locales o coyunturales¹³⁶.

Pero ojo: la deslocalización del arbitraje –en palabras de Fernández Arroyo– constituye una tendencia y no un hecho consumado¹³⁷. Es que, a pesar de su carácter consensual, el arbitraje frecuentemente procede bajo la sombra del poder estatal¹³⁸.

Como refiere Oppetit, el arbitraje no se sitúa en una zona de no-derecho: esta no es una institución suspendida en un espacio indeterminado, desmaterializado y desjuridizado que escape a toda heteronomía y que no esté regido más que por sus propias contingencias y a su mera discreción, así como lo podría sugerir el tema de la autonomía utilizado tantas veces para caracterizar su régimen¹³⁹. Esta supuesta deslocalización consiste, en definitiva, según Mayer, en una multilocalización, sujeción del laudo a la ley de cada país en el cual es invocado. ¿Como sostener, en estas condiciones, la no-integración de

Hasta entonces los tribunales de aquel país habían abordado directa o indirectamente el tema en cinco ocasiones. A favor de ejecutar el laudo está Chromalloy, y esto se desprende también del obiter dictum de Pertamina II. En estos dos casos, el principio de favorecer el laudo desprendido del artículo VII de la Convención de Nueva York constituyó un importante elemento en el análisis de la Corte. Estas decisiones apuntan que el artículo V de la Convención provee un estándar discrecional que debe ser ejercido en conjunción con el Art. VII. En Chromalloy el wording del acuerdo arbitral expresando la intención de las partes de renunciar cualquier apelación y otro recurso contra el laudo fue un importante base para el razonamiento de la Corte. Precisamente es en la base a la no renuncia de la apelación acordado por las partes que las otras dos decisiones en las cortes norteamericanas han rehusado refuerzo de laudo arbitral. La decisión en Termorío nada hizo para clarificar el razonamiento tras la decisión de ejecutar o no laudos anulados (Mantilla, obra citada, pgs. 403-404). La situación, si seguimos a Termorío, un laudo arbitral que ha sido anulado (sin importar las razones) en el país donde el laudo fue emitido no debería ser reconocido en los USA, proveyendo que fue anulado por un juez competente respetando el debido proceso. En Chromalloy, si las partes expresamente han renunciado al derecho a apelar el laudo, pero sin embargo, el mismo termina anulado en el país donde fue emitido, porque por ejemplo el procedimiento acordado por las partes fue ignorado por los árbitros que rindieron un laudo en ausencia de un acuerdo arbitral, este laudo debería ser reconocido en los Estados Unidos (Fernando Mantilla-Serrano, Case Note: Termorío S.A. E.S.P. et al v. Electranta S.P. et al., en *Journal of International Arbitration*, 25 – No. 3 (2008), pg. 405).

¹³⁵Eduardo Zuleta, *El Reconocimiento Internacional de Laudos Anulados*, en Carlos A. Soto (Director), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Ediciones Magna, Lima, 2008, pg. 607.

¹³⁶Fernando Mantilla-Serrano, *La Autonomía del Derecho del Arbitraje Internacional: ¿Hacia un Arbitraje Realmente Autónomo?*, en Fernando Mantilla-Serrano, Coordinador, *Arbitraje Internacional, Tensiones Actuales*, Legis Editores y Comité Colombiano de Arbitraje, Bogotá, 2007, pg. 239.

¹³⁷Fernández Arroyo, obra citada, pg. 117.

¹³⁸Craig, Park y Paulson, obra citada, pg. 495.

¹³⁹Bruno Oppetit, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Legis Editores, Bogotá, 2006, pg. 185.

un laudo internacional a un ordenamiento jurídico?¹⁴⁰.

Es cierto que a partir de los años setenta –nos dicen Redfern y Hunter – se pretendió deslocalizar el arbitraje, sobre todo a partir del impulso dado a este tema en Francia, pero si bien ello resulta atractivo en teoría, es más prudente asegurarse que el arbitraje se adecue a las disposiciones imperativas que le puedan resultar aplicables¹⁴¹.

Goode es bien elocuente: la imagen de una *lex mercatoria* autónoma hecha efectiva por un proceso arbitral a-nacional derivando en un laudo a-nacional, si bien capturó la imaginación gálica, su impacto práctico ha ido en inversa proporción a la atención que se le ha dado al tema. Reconoce, sin embargo, este gran jurista inglés que el debate ha ayudado a la formulación de principios internacionales y otras cuestiones que han alterado el balance del peso puesto en los tribunales ordinarios hacia los árbitros¹⁴².

Todo esto ha contribuido, en definitiva, a que el derecho transnacional fuera teniendo progresiva aceptación, cada vez con mayor ímpetu en los últimos tiempos.

También ayudó que existe una instancia en la que sí se plantea una verdadera deslocalización. Tal es la de los arbitrajes ante el CIADI, ya mencionado, regidos por un tratado internacional conforme al cual el laudo no estará sujeto a revisión por parte de gobiernos nacionales¹⁴³. Ello facilita, obviamente, de manera notoria, la labor de los árbitros, que podrán aplicar directamente un derecho transnacional a sabiendas de que lo resuelto no será pasible de revisión ante instancias locales con cerrados criterios domésticos.

Ideal sería que se cuente, eventualmente, con un foro único para juzgar la integridad de los fallos arbitrales en materia comercial internacional, a semejanza de lo que ocurre con los arbitrajes de inversión¹⁴⁴. No obstante, en el ínterin, la Convención de Nueva York viene brindando un servicio de incalculable valía a través de los años en resguardo del arbitraje y su virtualidad internacional, como también del derecho universal allí emergente, dentro del alcance y con las matizaciones que se vienen resaltando.

Conclusión

Ya en etapa de depuración de este material, he encontrado una alusión de Lord Mustill –uno de los arbitralistas y comercialistas ingleses más reconocidos de nuestro tiempo– a la Convención de Nueva York como “la más efectiva instancia de legislación” en la historia del Derecho comercial¹⁴⁵. A esta altura debe quedar más que en claro que aseveraciones en esta línea no son una exageración.

Pero ojo: la revolución apenas ha comenzado (si bien esta Convención cuenta ya con medio siglo de vida). La perciben claramente quienes han profundizado temas de derecho aplicable relacionados con el arbitraje. Lo propio ocurre con refinados juristas de otras especialidades, si bien resulta llamativo que no haya existido un mayor *aggiornamento* de parte de muchos expertos en materia de Derecho civil, comercial e incluso internacional privado, que aún se aferran a criterios nacionalistas ortodoxos. Nada más apropiadas aquí que las sabias palabras de Merryman, en el sentido de que existe siempre la masa de los abogados, y por otro lado, el jurista refinado, crítico, en el horizonte creciente del pensamiento legal, inte-

¹⁴⁰Oppetit, obra citada, pgs. 191-192

¹⁴¹Redfern y Hunter, obra citada, pg. 287. En esta línea, se expide Derains en el sentido que sería incorrecto decir que el árbitro no debería tomar el orden público en consideración, porque debería estar siempre preocupado con la efectividad de su decisión (Derains, obra citada, no. 60). Como lo dice Gonzalo Quiroga, el árbitro es “indirectamente” guardián del orden público, pues debe preservar que su laudo no sea invalidado (Gonzalo Quiroga, obra citada, pg. 65).

¹⁴²Goode, obra citada, pg. 22. Por eso, se ha expresado que los laudos franceses y americanos levantan “policy concerns” que han dividido a la doctrina (Craig, Park y Paulson, pg. 685).

¹⁴³Redfern y Hunter, obra citada, pg. 55.

¹⁴⁴Como una “International Court of Arbitral Awards” (Read, obra citada, pg. 188). Sobre reticencias hacia una corte internacional de arbitraje ver Gaëtan Verhoosel, Una corte internacional de apelaciones: ¿un mal necesario?, pgs. 295 y ss.

¹⁴⁵Citado por Lew, Mistelis y Kröll, pg. 694.

grando siempre parte del grupo más pequeño y menos representativo, el que puede encontrarse incluso en la nación más atrasada¹⁴⁶.

El torrente resulta incontenible. El derecho transnacional, derecho uniforme, *lex mercatoria* o como se lo llame, viene consolidándose cada vez más en lo que respecta a sus contornos doctrinarios, refinados con el auxilio de una creciente casuística, arbitral y judicial, y desarrollos convencionales y legislativos que le sirven de soporte. Sin temor a exagerar, puede afirmarse, pues, que la Convención de Nueva York, y los senderos que ha abierto para que fueran posibles todos estos desarrollos, constituye el más importante instrumento convencional en la historia del Derecho privado. Y eso que lo que está ocurriendo con sus derivaciones es, aún hoy, apenas un *work in progress*.

¹⁴⁶Señala Merryman que su libro sobre la tradición jurídica romano-canónica se ocupa de lo que cree la masa de abogados del mundo de Derecho civil, aunque la vanguardia del pensamiento legal le diga que está errada (Merryman, obra citada, pg. 13).