

J.C. Fernández Rozas, “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, pp. 605-637. ISSN: 0034-9380.

## **EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL ENTRE LA AUTONOMÍA, LA ANACIONALIDAD Y LA DESLOCALIZACIÓN**

José Carlos Fernández Rozas  
Catedrático de Derecho internacional privado de la  
Universidad Complutense de Madrid

### SUMARIO:

I. LOCALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN UN ORDEN JURÍDICO DETERMINADO: 1. Repercusiones de la regulación unitaria o dual del arbitraje. 2. Relevancia del criterio de la sede en la determinación de la internacionalidad del arbitraje. II. PERVIVENCIA Y ALCANCE DEL REFERENTE ESTATAL: 1. Elección en defecto de acuerdo de las partes. 2. Secuelas de la elección de la sede. III. CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL POR EL TRIBUNAL DE LA SEDE DEL ARBITRAJE: 1. El control judicial como elemento determinante en la elección de la sede. 2. Intervención del juez de la sede. IV. ÁMBITO Y ALCANCE DE LOS RECURSOS ANTE EL JUEZ DEL CONTROL: 1. Razones que avalan una tendencia restrictiva. 2. Renuncia al recurso de anulación. 3. La internacionalidad como elemento determinante en el recurso de anulación. V. INCIDENCIA DE LA “INTERNACIONALIDAD” DEL ARBITRAJE EN LA FASE POSTARBITRAL: 1. Incumplimiento del laudo arbitral. 2. Consecuencias de la deslocalización del laudo arbitral. 3. Hacia la supresión del doble control.

### **I. LOCALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN UN ORDEN JURÍDICO DETERMINADO**

#### **1. Repercusiones de la regulación unitaria o dual del arbitraje**

1. La actividad arbitral internacional no puede por el momento desvincularse de la actividad legislativa y jurisdiccional del Estado, pues ésta sigue supeditada a un determinado sistema “nacional” tanto desde la perspectiva legal como jurisprudencial. Esa sujeción a un orden estatal determinado esta sometida, sin embargo a un proceso de debilitamiento evidenciando la práctica contemporánea una tendencia inequívoca hacia el reforzamiento la autonomía del arbitraje comercial internacional que se manifiesta tanto en el ámbito del convenio arbitral, como en el Derecho aplicable, como en el propio laudo arbitral<sup>1</sup>. Dicha autonomía es patente en los dos primeros aspectos apuntados. Del primer caso ha sido una muestra ilustrativa la abundante jurisprudencia que afirmó la completa autonomía de la cláusula compromisoria a partir de la sentencia “Gosset”<sup>2</sup>, confirmada por los asuntos “Hecht”, “Menicucci”, “Dalico” y un largo

---

<sup>1</sup> Vid. J.B. RACINE, “Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international”, *Rev. arb.*, 2005, pp. 305-360.

<sup>2</sup> *Journ. dr. int.*, 1963, 1964, pp. 82 ss y nota de J.D. BREDIN; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 615 y nota de H. MOTULSKY.

etcétera<sup>3</sup>; del segundo, la ampliación del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes y la cohabitación entre el orden jurídico estatal y la *lex mercatoria*<sup>4</sup>. El presente estudio pretende insistir en el tercero de estos aspectos, donde el proceso hacia un orden jurídico arbitral desvinculado del orden estatal todavía encuentra importantes reticencias, algunas de ellas justificadas en la actual etapa de la práctica de los negocios transnacionales.

El art. 7 LA/2003, siguiendo literalmente la redacción del art. 5 Ley modelo Uncitral, al establecer que “En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”, confirma el denominado efecto negativo del convenio arbitral impidiendo a los tribunales de justicia conocer de las controversias sometidas a arbitraje<sup>5</sup>. Y este criterio se hace mucho más explícito en el art. 11 que declara el carácter obligatorio del convenio arbitral compeliendo “a las partes a cumplir lo estipulado” e imposibilitando “a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”. Es más, la declinatoria no “impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales”. De ello se extrae la regla general del sistema según la cual, cuando existe una inequívoca voluntad de las partes para solucionar sus controversias a través del arbitraje (art. 5 LA/1988<sup>6</sup>), los tribunales deben limitar su actuación a las labores de apoyo y de control que se detallarán oportunamente<sup>7</sup>. Para que el convenio arbitral despliegue sus efectos deberá acomodarse a las prescripciones impuestas por el legislador<sup>8</sup> y expresar una “voluntad”, no ya inequívoca (art. 9.1º LA/2003), de las partes en tal sentido que no sea susceptible de manipulaciones ulteriores. Dicha voluntad puede ponerse en duda cuando estemos en presencia de un convenio defectuoso, válido en lo esencial pero que presente imprecisiones y provocar la ineficacia del propio convenio arbitral<sup>9</sup>. También puede ponerse en duda cuando la intención inicial de las partes sea evitar la contienda judicial, pero esté ausente la decisión incuestionable de someterse al juicio de árbitros, por ejemplo, porque la

---

<sup>3</sup> Vid., por todos, N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, París, 1999.

<sup>4</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación internacional”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 35-78, esp. pp. 40-53.

<sup>5</sup> Un interesante supuesto de la práctica española se encuentra en M<sup>º</sup>V. CUARTERO RUBIO, “Efecto negativo de un convenio arbitral por el que las partes se someten en el contrato a arbitraje ante la *American Arbitration Association*”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2002, pp. 485-496

<sup>6</sup> E. FONT SERRA, “La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español”, *Justicia*, 1989, p. 351; M.C. GETE-ALONSO Y CALERA, “La caracterización del convenio de arbitraje en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje”, *La Ley*, 1999-2, p. 1031; F. CORDÓN MORENO, “Comentario a los arts. 5 a 11 de la Ley de Arbitraje”, *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, Madrid, 1990, p. 50; L.F. REGLERO CAMPOS, *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, 1991, pp. 89-95.

<sup>7</sup> M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, “Art. 11: Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal”, *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (J. González Soria, coord.), Cizur Menor (Navarra), 2004., pp. 115-133.

<sup>8</sup> La SAP Valladolid 23 de noviembre de 1989 consideró que una cláusula de sumisión a dos expertos para decidir las controversias técnicas o económicas de un contrato de obra no tenía el carácter de cláusula compromisoria que produjese la excepción de arbitraje.

<sup>9</sup> E. ARTUCH IRIBERRI, “El convenio arbitral defectuoso”, *RCEA*, t. XI, 1995, pp. 415-421. Vid. SAP Madrid 27 de abril de 1998 y nota de E. ARTUCH IRIBERRI, *ibid.*, t. XIV, 1998, pp. 195-198.

cláusula de arreglo de controversias futuras establezca con carácter previo al arbitraje otro procedimiento no jurisdiccional como el dictamen de un arquitecto<sup>10</sup>.

2. El interés de un Estado en someter el arbitraje a normas obligatorias y al control de los jueces ha sido tradicionalmente más intenso en relación con los litigios de naturaleza estrictamente nacional que en los internacionales, aunque tal circunstancia no ha dado lugar a una regulación totalmente diferenciada de ambas modalidades de arreglo de controversias<sup>11</sup>. La garantía de las normas internas de justicia procesal es un condicionamiento necesario para todo aquel sistema estatal que pretenda ser receptor de arbitrajes comerciales internacionales; y dichas normas incluyen por lo general la obligación por parte del árbitro de cumplir con diligencia su misión y ciertas verificaciones para corregir tanto los errores como los excesos de autoridad en que éste puede incurrir. Por eso cada vez es más frecuente que el legislador interno se incline por reglamentar las relaciones entre los árbitros y los jueces sin tener en cuenta el eventual carácter internacional del arbitraje<sup>12</sup>. Si se quiere, no se considera mayor competencia la ofrecida por un arbitraje internacional que la que registra el arbitraje interno.

Parece indudable que la modernización en la regulación del arbitraje internacional en el panorama comparado se debe en gran medida a los Convenios internacionales. Gracias a ellos los distintos ordenamientos conocen una serie de conceptos básicos tales como arbitraje internacional, arbitraje extranjero o arbitraje deslocalizado<sup>13</sup>. La Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Ginebra de 1961 contemplan algunos de los problemas más típicos: el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, la incompetencia de la jurisdicción ante la que se presenta una controversia válidamente sometida a arbitraje, la posibilidad de adopción de medidas provisionales por juez distinto del Estado en que se sustancia el arbitraje, etc. Es curioso observar que cada uno de estos conceptos se corresponde con uno de los textos convencionales referidos: la CNY se estructura en torno a la dicotomía arbitraje nacional-extranjero, la CG en torno al arbitraje-laudo arbitral internacional y la Convención de Washington de

---

<sup>10</sup> Como pusiera de relieve la SAP Madrid 6 de junio 2001, lo destacable es que el pacto o la cláusula compromisoria vincule a las partes es una doble vertiente, tanto positiva como negativa. La “primera caracterizada por una voluntad inequívoca de compelerse a su formalización; y la segunda, caracterizada por la expresión de no querer un proceso judicial que entre a valorar el fondo del asunto para resolver la controversia”. Una serie de equívocos se producían en gran medida por la obligación, incluida en el art. 5.1º LA/1988, de que las partes debían cumplir la decisión de los árbitros. Así se expresó la STS 1 de junio de 1999 interpretando el referido precepto al entender que el convenio arbitral “debe contener el consentimiento -declaraciones de voluntad concordadas- de las partes, lo cual lo especifica el art. 5.1º al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento contractual; al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual. Es decir, esta frase ‘obligación de cumplir tal decisión’ no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento”. Este razonamiento sería reiterado por las SSTs 11 de diciembre de 1999, 14 de junio de 2001, 13 de julio de 2001 y por la SAP Sevilla de 27 de octubre de 1995. Siguiendo esta corriente doctrinal y jurisprudencial dicha obligación ha quedado eliminada en la LA/2003.

<sup>11</sup> C.M. SCHMITTHOFF, “The Jurisdiction on the Arbitrator”, *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, 1982, pp. 285-288.

<sup>12</sup> P. LALIVE, “Le juge et l’arbitrage: Les problèmes spécifiques de l’arbitrage international”, *Rev. arb.*, 1980, pp. 358.

<sup>13</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Art. 56”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (R. Bercovitz, coord.), Madrid, 1991, pp. 800-802.

1965 es expresiva del arbitraje-laudo arbitral deslocalizado, aunque inserto en su propio sistema de legalidad y recursos. De esta suerte, tanto el legislador interno como el juez disponen de los elementos esenciales para enfrentar la impugnación del laudo arbitral en el arbitraje internacional de forma adecuada. Siendo España parte de las tres Convenciones la situación creada es, cuando menos, curiosa: los laudos arbitrales regidos por el CNY serán nacionales o extranjeros, según su lugar de emisión, de acuerdo a lo previsto en el art. I CNY y en el art. 46 LA/2003, que entiende “por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español”<sup>14</sup>. Sin embargo, los arbitrajes regulados por el CNG sí son internacionales en el ordenamiento español, bastando con que surjan de las relaciones entre litigantes con sede social en Estados parte. Y, por fin, los procedimientos y sentencias arbitrales incluidos en el ámbito de aplicación de la CW serán, desde la perspectiva española, deslocalizados.

3. La apreciación de la internacionalidad ayuda a configurar un régimen legal más adecuado para el arbitraje, esencialmente porque permite singularizar la respuesta jurídica mediante el reconocimiento de la especialidad del supuesto: el arbitraje internacional. La consideración de la internacionalidad de la situación ha recibido un tratamiento diferenciado en la mayoría de las reformas legislativas más recientes. Este tratamiento diverso se articula como un conjunto de especialidades respecto de la regulación general pensada para el arbitraje interno y se proyecta, sobre todo, respecto de la fase postarbitral, esto es, en el control judicial de la sentencia por los jueces. Paradigma de esta especialidad es la Ley modelo que establece un régimen pensado en su integridad para el arbitraje internacional, aunque algunos Estados lo hayan utilizado también para el interno.

La relevancia o no de la internacionalidad como opción del legislador es un criterio clasificatorio interesante. Permite distinguir dos tipos de sistemas: aquéllos que conocen esta diferencia y aquéllos que la ignoran. Los primeros dan soluciones en función de esta distinción: son sistemas de arbitraje interno-internacional. Los segundos regulan el arbitraje en general y, a lo sumo, reconocen la presencia de laudos extranjeros, por lo que articulan la respuesta al margen de cualquier otra consideración: son sistemas de arbitraje nacional-extranjero. Esta es la respuesta acogida en las reformas holandesa y canadiense de 1986 y la española de 1988. En tanto que los primeros establecen un sistema dual de soluciones (para el arbitraje interno y para el arbitraje internacional) y se denominan “sistemas dualistas”, los segundos, llamados “sistemas monistas” contienen una única solución para cualquier sentencia arbitral<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> El art. 46.2º LA/2003 da una respuesta positiva a una vieja aspiración de la doctrina española de incorporar “por referencia” el Convenio de Nueva York, evitando los inconvenientes del antiguo art. 59 LA/1988: “El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”. *Vid.* C. ESPLUGUES MOTA, “Art. 59”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 857-878; *id.*, “Reflexiones en torno a una frustración: el Título IX de la nueva Ley española de arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros”, *RCEA*, t. V, 1988-1989, pp. 143-170; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, 1996, pp. 5223-5227.

<sup>15</sup> C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, París, 1987, pp. 345-365; F. LATTANZI, *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milán, 1989, pp. 72-81.

Respecto de los sistemas de arbitraje nacional-extranjero cabe hacer una precisión. La opción por un régimen único de soluciones puede tener su origen en una concreta valoración del arbitraje internacional, es decir, el legislador debate la conveniencia de elaborar un régimen específico para este tipo de arbitraje y decide no hacerlo. Esta situación tiene pleno sentido si el régimen pensado para el arbitraje interno es muy flexible y un así plantea problemas, pues carecerá de las necesarias determinaciones de Derecho aplicable. Sin embargo, lo más habitual es que el sistema establezca la dualidad arbitraje nacional-extranjero porque el legislador no ha utilizado la “internacionalidad” como eventual elemento de especialización de la respuesta. En este caso no puede hablarse, en rigor, de opción legislativa; el legislador elude, simplemente, dar una respuesta al supuesto. Por consiguiente, en el primer caso el arbitraje internacional está regulado mientras que en el segundo existe un vacío legal. Ello comporta la imposibilidad de que se dicte una decisión, siquiera sea arbitral, de carácter internacional en el propio territorio<sup>16</sup>. La asimilación del arbitraje a la jurisdicción impide, en esta fase del arbitraje, que sea considerado no-nacional.

4. Hasta tiempos recientes el ordenamiento español no reconocía la internacionalidad del arbitraje en sus normas de fuente interna. Sin embargo, se dijo con razón que se trataba de un sistema dualista, pero incompleto, afectado de una gran incoherencia entre las responsabilidades asumidas convencionalmente y el contenido de las normas internas<sup>17</sup>. Por el contrario, la LA/2003 se inscribe en el marco de una tendencia legislativa favorable a una regulación unitaria del arbitraje interno y del arbitraje internacional<sup>18</sup>, como una alternativa a una regulación dualista en la que este último sea regulado totalmente, o en buena medida, por preceptos distintos que el arbitraje interno. El tratamiento unitario permite que, al margen de cuestiones muy específicas, ambas modalidades de arreglo de controversias descansen en los mismos preceptos. El legislador español ha optado por regular ambas modalidades de arbitraje a partir de un texto, la Ley modelo Uncitral, concebido preferentemente para el arbitraje comercial internacional aunque su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Ha seguido así el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general.

La regulación unitaria deja, sin embargo, algunos cabos sueltos. Mientras en los arbitrajes “internos” es frecuente encontrar en las leyes de los Estados una reglamentación detallada de la asistencia del juez en las diversas etapas por las que discurre el arbitraje, cuando esta asistencia se proyecta hacia el arbitraje internacional aparecen numerosos vacíos legales que suelen producir cierta incertidumbre en el intérprete. Debe recordarse aquí que el carácter interno o internacional del arbitraje no depende ni de lugar en que se lleva a cabo, ni de la nacionalidad de las partes, ni del Derecho aplicable al fondo o al procedimiento ni, incluso, de la voluntad de las partes.

---

<sup>16</sup> La SAP de Madrid 10 de diciembre de 1991, expresa exactamente esta situación incluso cuando, como ocurría en el caso, resultaba aplicable la CG 1961. *Vid.* E. ARTUCH IRIBERRI, “El recurso de anulación del laudo en el arbitraje comercial internacional”, *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 117-125

<sup>17</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Sobre el convenio arbitral en el Derecho internacional privado español”, *ADI*, vol. II, 1975, pp. 3-42.

<sup>18</sup> Esta posición fue severamente criticada en su día por J.M. VULLIEMIN, “La Ley de arbitraje y la especificidad del arbitraje comercial internacional”, *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 57-79.

Basta simplemente con que el negocio del que la controversia deriva implique desplazamiento de bienes, servicios o pagos a través de las fronteras. Es la definición, medítadamente amplia y general que utiliza el art. 1 Ley modelo Uncitral evitando la utilización de un criterio funcional de internacionalidad por encima de otros y centrándose, más bien, en la determinación material de que nos hallemos ante una controversia comercial internacional.

## 2. Relevancia del criterio de la sede en la determinación de la internacionalidad del arbitraje

5. No pocos Estados han acometido la reforma de sus normas sobre arbitraje comercial internacional con la finalidad de convertir sus territorios en sedes seguras para la institución; con independencia de que este fenómeno, calificado incluso como *the competitive era*, encuentre límites en la liberalización de la legislación arbitral, la tendencia general es claramente internacionalista. Por eso, cualquier elemento contrario a esta tendencia es inmediatamente objeto de críticas para evitar su eventual generalización<sup>19</sup>. La solución de los conflictos por vía arbitral entra de lleno en el sector servicios, por eso, la competitividad para la prestación de unas actividades tan cualificadas como los que se mueven en torno a la institución que estamos examinando supone un importante estímulo para su desarrollo. En rigor los Estados cambian por razones económicas y de prestigio su legislación doméstica con la finalidad de atraer arbitrajes a su territorio<sup>20</sup> y en todos estos casos la influencia de la Ley modelo en la elaboración de nuevos textos legislativos ha sido decisiva. La presentación externa de un determinado sistema ofrece gran importancia<sup>21</sup>. En este sentido, un Estado que haya adoptado la referida Ley modelo, incluso con ligeras modificaciones, se considera como un Estado poseedor de una legislación moderna en materia de arbitraje y favorable respecto de dicha institución jurídica. Y otro índice a tener en cuenta es, tras la incorporación a los tratados internacionales reguladores del arbitraje por parte del Estado considerado, su aplicación efectiva por los Tribunales de justicia: en todos los países suele existir un hito importante en la jurisprudencia que determina un punto de inflexión en el desarrollo del arbitraje en un concreto sistema jurídico<sup>22</sup>. Pero resulta insuficiente contar con un conjunto de normas o principios jurisprudenciales adaptados

<sup>19</sup> G. STAMPA, “España, sede de arbitrajes internacionales: Un despegue abortado”, *La Ley*, 2000, 1, D-23, pp. 1678-1689

<sup>20</sup> Por ejemplo, en el Parlamento británico se utilizaron cifras económicas para evaluar la importancia de modificar una legislación anquilosada, a la que se achacaba un cierto declive del interés internacional por el arbitraje en Londres. *Vid.* C.R. DRAHOZAL, “Regulatory Competition and the Location of International Arbitration Proceedings”, *International Review of Law and Economics*, vol. 24, 2004, pp. 371-384; *id.*, “Arbitration Selection and Regulatory Competition in International Arbitration Law”, *Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research* (C.R. Drahozal y R.W. Naimark, eds.), La Haya, 2005, pp. 167-186.

<sup>21</sup> H.A. GRIGERA NAÓN, “Arbitraje comercial internacional en el mundo actual”, *Jurisprudencia Argentina*, nº 5998, Buenos Aires, 14 de agosto de 1996, pp. 34-35.

<sup>22</sup> En España, por ejemplo, tuvo una enorme repercusión y generó una impresionante literatura jurídica el ATS 11 de febrero de 1981 (“Rederiaktiebilaget Gustaf Erikson / Eurofrío Alimentos Congelados, S.A.”), *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 152-154. En el caso de América latina destaca como precedente más relevante y, por descontado, de mayor repercusión internacional, la sentencia dictada el 9 de octubre de 1997 por la extinta Corte Suprema de Justicia en el caso “Embotelladora Caracas C.A. y otras c. Pepsi-Cola Americana S.A.”. *Vid.* E. HERNÁNDEZ BRETON, “Aplicación judicial en Venezuela de los Convenios en materia de arbitraje comercial internacional”, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 99-104.

a las necesidades del arbitraje comercial internacional si dicho acervo no es reconocido a escala internacional y, sobre todo, por las instituciones que agrupan a los árbitros y a los operadores comerciales internacionales. Desde la perspectiva de la institución de arbitraje la utilización de criterios de selección tiene como finalidad garantizar el *favor arbitratris*.

Dado que la sede del arbitraje determina hasta cierto punto el régimen jurídico de la controversia las instituciones administradoras únicamente fijan la sede del arbitraje en un Estado que, por lo menos, haya ratificado o se haya adherido a la CNY y ello por el hecho de que, en virtud de la aplicación analógica de su art. V a la cuestión de la nulidad del laudo arbitral, los Tribunales nacionales competentes no anularán el laudo arbitral por razones distintas de aquéllas mencionadas en dicho precepto. Sin embargo, el criterio más determinante es, sin lugar a dudas, la actitud de los referidos Tribunales nacionales del Estado en cuestión frente a la institución jurídica del arbitraje<sup>23</sup>. En cualquier caso, el protagonismo de la opinión las instituciones de arbitraje en el sector debe ser considerado con cierta mesura, pues no pueden desconocerse los riesgos que entrañan ciertas fórmulas contractuales que arrastren el arbitraje a algunas de ellas con la consiguiente perversión del sistema<sup>24</sup>.

6. Cuestión diferente es la consecuencia que se extraiga del juicio de internacionalidad. Evidentemente, la adopción del criterio material impide, por pura lógica, que el criterio territorial o de la sede tenga relevancia alguna en la determinación de la internacionalidad y, en consecuencia, de su régimen jurídico particularizado. La CNY es particularmente expresiva al respecto pues, aunque se declara (art. I) aplicable al reconocimiento de laudos arbitrales dictados fuera del territorio del Estado en el que tal reconocimiento se solicita, por vía de excepción se aplica también a los laudos arbitrales que no se consideren “laudos nacionales” en el Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución. La Convención acoge por esta vía la existencia del arbitraje esencialmente internacional por su materia, con independencia del lugar en que se establezca la sede del tribunal arbitral y, señaladamente, en todos aquellos casos en que el arbitraje se desarrolla en el territorio de un Estado, pero sin poder ser considerado, por lo elementos en presencia, arbitraje puramente nacional o interno. La consideración de la internacionalidad del arbitraje no es un mero ejercicio retórico. Su consecuencia inmediata es la confección de normas específicas para esta controversia conectada con más de un Estado y cuyos participantes son operadores del comercio internacional. Se

---

<sup>23</sup> En orden a la formación de una jurisprudencia local familiarizada con los principios universales y básicos del arbitraje internacional puede afirmarse que éste constituye una ambiciosa aspiración; acaso uno de los problemas más serios que enfrenta en la actualidad el arbitraje comercial internacional en América latina es la reacción de los tribunales respecto del arbitraje, lo cual se manifiesta en una jurisprudencia a veces alejada de los principios imperantes en este campo, e incluso directamente contraria a tales principios, no obstante la existencia de un marco legal adecuado. Por esta razón ciertas decisiones ofrecen una relevancia especial. Como ejemplo pueden citarse la Sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil de 12 de diciembre de 2001 que confirmó por mayoría de sus miembros la constitucionalidad de la Ley de Arbitraje de 1996 que había sido impugnada a propósito de un procedimiento de exequátur de un laudo arbitral pronunciado en España; y otro ejemplo, en este caso de México, lo ofrece el Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 8 de agosto de 1999 (00945/1999-00) “Fabián Stepensky e Iliana Stepensky” sumamente elocuente del camino hacia la total consideración de la constitucionalidad de la reforma del Código de comercio que introdujo la Ley modelo Uncitral en este país;

<sup>24</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, 2003, pp. 130-133.

crea con ello un marco legislativo altamente dispositivo, en el que las partes pueden pactar qué procedimiento arbitral se llevará a cabo, institucional o *ad hoc*, de acuerdo a qué normas y en relación con qué Derecho. En definitiva, se establece un espacio de actuación que acomoda las necesidades de protección de las partes con las del tráfico comercial internacional. Los límites establecidos a esta posibilidad están en función de la concepción mantenida en cada Estado respecto a las materias arbitrables<sup>25</sup>, pudiendo afirmarse que, aún con matices, la internacionalidad del supuesto supone una indudable remoción de obstáculos al desarrollo del arbitraje, de manera que el Derecho nacional no pueda suponer un inconveniente en su eficacia<sup>26</sup>. Por su parte, la inexistencia o defectuoso entendimiento de este parecer, suele llevar aparejada la aplicación de criterios que no responden ni a la naturaleza de la institución, ni a su pertenencia al área del comercio internacional. Si son dudosos los pronunciamientos que hablan de la absoluta desvinculación del arbitraje respecto a cualquier ordenamiento nacional, lo cierto es que resultan claramente inadaptados todos aquellos que imponen la aplicación de las normas internas sea cual sea la controversia y su método de resolución.

7. Las legislaciones nacionales, con mayor o menor amplitud, han recogido la presencia de factores que indican la internacionalidad del asunto con la finalidad de crear un sistema especializado<sup>27</sup>. De hecho, la propia Ley modelo Uncitral se declara aplicable a los arbitrajes internacionales que se lleven a cabo en el territorio del Estado que adopte la Ley, es decir, es norma especial para los arbitrajes internacionales respecto a los internos. Por su parte, la CG establece que sus normas se aplicarán a los litigios nacidos o por nacer en operaciones del comercio internacional entre sociedades que tengan su sede social en Estados contratantes diferentes (art. 1). El panorama legislativo comparado muestra una evolución similar y establece diferencias entre los arbitrajes absolutamente conectados con el Estado respecto a aquellos en que uno o varios factores muestran contactos con más ordenamientos. En esta posibilidad, no obstante, se detectan variaciones importantes. En unos casos se requiere que un arbitraje no presente ningún contacto con el Estado<sup>28</sup>, en otros basta con que uno de los participantes en el arbitraje no tenga su residencia, domicilio o sede social o no realice operaciones en ese territorio<sup>29</sup> y, por fin, algunos se decantan por la combinación de

---

<sup>25</sup> N. BOUZA, “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 371-393.

<sup>26</sup> Aunque técnicamente, pueda ponerse en entredicho la desvinculación del arbitraje respecto del Derecho estatal, la jurisprudencia francesa ha declarado este principio en varias ocasiones que culminaron, por su contundencia, en *Cour d'Appel* de Paris (1<sup>ère</sup> Ch. Suppl.) 26 de marzo de 1991 y *Cour de Cassation* 20 de diciembre de 1993, “Comité populaire de la Municipalité de Khoms c. Dalico Constructions”, *Rev. arb.* 1994, pp. 116 ss, nota de H. GAUDEMET-TALLON; *Journ. dr. int* 1994, pp. 494 ss, nota de E. GAILLARD y *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, p. 663, nota de P. MAYER.

<sup>27</sup> Por ejemplo, la mayoría de los países latinoamericanos han adoptado la Ley modelo Uncitral prácticamente en bloque; es el caso de países como Chile, Guatemala, México, Perú, Paraguay. Dentro de estos, sin embargo, Chile y Perú han optado por un modelo de carácter dualista por el cual las disposiciones de la Ley modelo se aplica exclusivamente al arbitraje comercial internacional; esta opción encuentra cierta justificación en el primero de estos países por estar vinculado el arbitraje interno a instrumentos esencialmente jurisdiccionales y por existir ciertas reservas a modificar normas muy consolidadas presentes en los códigos locales de procedimiento.

<sup>28</sup> Reino Unido, arts. 3 y 4 *Arbitration Act* 1979.

<sup>29</sup> Ley belga de 27 de marzo de 1985, Ley Federal Suiza de 1987, Capítulo 12.

criterios, como el lugar de ejecución del laudo que recaiga<sup>30</sup>. Una definición puramente económica de la internacionalidad del asunto, en ausencia de criterios subsidiarios, puede encontrarse en el art. 1492 NCPC francés, en la que el elemento de extranjería se ubica en el litigio en todos los casos y nunca en el arbitraje en sí<sup>31</sup>.

Nuestra LA/2003 no tiene nada que envidiar a las posiciones que buscan la desvinculación del arbitraje de un Estado determinado; baste atender a que el art. 3.1º.c) considera que el arbitraje tendrá carácter internacional cuando “la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional”. Se trata, como la propia exposición de motivos reafirma, de un criterio ampliamente desarrollado en otros ordenamientos, con el que se pretende dar cabida a supuestos en que, aunque no concurren los elementos anteriormente establecidos por la ley, resulte indudable su carácter internacional a la luz de las circunstancias del caso. Esta innovación de la Ley de 2003 ha sido bien acogida por la doctrina, pues el silencio de la ley anterior en la materia, y de la propia Ley de 1953, había dado lugar a soluciones judiciales, concernientes a arbitrajes internacionales celebrados en España, muy desafortunadas y criticadas en círculos jurídicos propios y foráneos<sup>32</sup>. Sin embargo, la reforma de 2003 pudo haber ido más lejos y haber incorporado el denominado criterio de la internacionalidad subjetiva contenido en el art. 1.3º.c) Ley modelo Uncitral, que considera internacional al arbitraje “si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”; se cercena así la posibilidad de internacionalizar el litigio por obra de la autonomía de la voluntad de las partes, lo cual no era del todo desconocida en nuestro sistema<sup>33</sup>.

## II. PERVIVENCIA Y ALCANCE DEL REFERENTE ESTATAL

### 1. Elección en defecto de acuerdo de las partes

8. Una importante manifestación de la autonomía de la voluntad en el arbitraje es la libertad de las partes para elegir la sede arbitral<sup>34</sup> si bien en caso de que no lleguen a un acuerdo los reglamentos de las Cortes de Arbitraje suelen conferir al propio Tribunal

---

<sup>30</sup> Ley italiana de 5 de enero de 1994, de reforma del Código de procedimiento civil y que establece la internacionalidad del arbitraje bastando con que una de las partes no resida en Italia o bien que una parte esencial del laudo vaya a ser ejecutado en el extranjero (art. 832).

<sup>31</sup> Cf. el estudio completo al respecto de P. FOUCHARD, E. GAILLARD y B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, 1996, pp. 63 ss.

<sup>32</sup> La STS 28 de marzo de 1994 (“Centralsung Española, S.A. / A B Centralsung”) es un ejemplo de la aplicación a todos los efectos de la legislación interna sobre arbitraje en el entorno internacional. En efecto, el TS declaró la ineficacia de un laudo arbitral por no constar en la forma notarial exigida para el arbitraje interno; *RCEA*, vol. X, 1994, pp. 199 ss, nota F. MANTILLA SERRANO, pp. 179-186.

<sup>33</sup> SJPI nº 5 de Barcelona 12 de febrero de 1985, *Justicia*, 1986, pp. 137-142; *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 137-142 y nota de M. AMORES CONRADI en *REDI*, vol. XL, 1988, pp. 189-192.

<sup>34</sup> La libertad de las partes para determinar el lugar del arbitraje puede estar limitada por alguna disposición de carácter obligatorio que las partes no pueden derogar. Por ejemplo, el art. 22 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Reglas de Hamburgo) establece que “el procedimiento arbitral se incoará, a elección del demandante, en uno de los lugares siguientes: a) Un lugar situado en un Estado en cuyo territorio se encuentre: (i) El establecimiento principal o, a falta de éste, la residencia habitual del demandado; o (ii) El lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia por medio de los cuales se haya celebrado el contrato; o (iii) El puerto de carga o el puerto de descarga; o b) Cualquier lugar designado al efecto en la cláusula compromisoria o el compromiso de arbitraje”.

arbitral la determinación de dicho lugar; en este caso es conveniente que el Tribunal escuche previamente la opinión de las partes y que tome en cuenta las circunstancias del asunto a dirimir, lo que incluye no sólo cuestiones prácticas, sino también las consecuencias legales, en especial las relativas al reconocimiento y a la ejecución del laudo. Sin embargo es posible encontrar reglamentos de arbitraje que establecen que a falta de acuerdo entre las partes será la institución administradora quien determine el lugar del arbitraje; se trata de una solución que no deja de ser objeto de críticas por ser una interferencia innecesaria tanto más por cuanto el tribunal arbitral suele estar mejor informado sobre la controversia que la institución administradora, por lo que se considera más adecuado que el lugar del arbitraje sea determinado por aquél tribunal.

La importancia de esta elección es fundamental toda vez que en el arbitraje internacional no existe un orden jurídico que se imponga *prima facie* al árbitro; éste carece de foro, esto es, de un orden jurídico al que esté directamente vinculado y que le exija el cumplimiento estricto de sus normas<sup>35</sup>. Mas una cosa es la carencia de foro y otra muy distinta prescindir por completo de una referencia estatal: de una sede del arbitraje. Aquí se sitúa la polémica, tanto doctrinal como profesional, acerca de las bondades del arbitraje supranacional, es decir, del arbitraje sin referencia estatal<sup>36</sup>; que no es otra cosa que una confrontación inacabada, vinculada a la paralela del “contrato sin ley” y que registra en los últimos tiempos avances notables favorecedores de la “anacionalidad” de los laudos arbitrales, pero que en un marco de mínima comparación de sistemas no puede ignorar que la sede del arbitraje aún ocupa un lugar relevante<sup>37</sup>.

## 2. Secuelas de la elección de la sede

9. Dicha relevancia se evidencia en que el juez de la sede del arbitraje aplicará su propio Derecho procesal en la determinación del alcance de las intervenciones posibles respecto de un arbitraje, lo que atañe a cuestiones tales como el acuerdo de arbitraje, la constitución y la competencia del tribunal arbitral, la sustanciación de las actuaciones, el contenido del laudo, las causales de nulidad del laudo, las causales para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo extranjero y todo lo relativo a la intervención y a la asistencia de los jueces en el procedimiento arbitral; asimismo el lugar del arbitraje determina el Estado en que se considera que el laudo ha sido dictado, lo cual es importante al momento de solicitar su reconocimiento y ejecución en otro Estado. Desde esta especial perspectiva, la existencia de una sede arbitral procura la defensa eficaz de los intereses de las partes y sus derechos, al posibilitar la actuación de un juez de apoyo y de medios de *parer au déni de justice*<sup>38</sup>. Además, la sede del tribunal arbitral sigue ocupando por el momento un papel importante, hasta el punto que su determinación suele estar guiada por las concepciones del Derecho y jurisprudencia nacional respecto al arbitraje. Dicha determinación entraña, en efecto, consecuencias tan relevantes como la determinación de la ley aplicable al procedimiento arbitral, la

---

<sup>35</sup> B. GOLDMAN, “Les conflits de lois en matière d’arbitrage international”, *R. des C.*, t. 109, 1963, p. 367; E. LOQUIN, “Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l’évolution récente du droit de l’arbitrage international”, *Journ. dr. int.*, t. 110, 1983, p. 298; J.A. PÉREZ BEVIÁ, “Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje comercial internacional”, *RCEA*, vol. VI, 1990, p. 83.

<sup>36</sup> *Vid.* C. FRAGISTAS, “Arbitrage étranger et arbitrage international”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 1 ss.

<sup>37</sup> *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual...”, *loc. cit.*, pp. 35-78.

<sup>38</sup> A. PANCHAUD, “La siège de l’arbitrage international de droit privé”, *Rev. arb.*, 1966, p. 7.

consideración de si un arbitraje es nacional o internacional y la arbitrabilidad de la materia. La noción de sede en el arbitraje internacional designa, por lo general, un lugar en donde se efectúan de manera concreta las operaciones materiales del procedimiento arbitral como la audiencia de las partes, las pruebas testificales o la firma del laudo arbitral. Mas tal designación tiene unas consecuencias jurídicas de mayor entidad, pues es el resultado de la elección realizada por las partes como manifestación de su autonomía de la voluntad. Y aunque en la mayoría de los casos las dos acepciones se confunden es factible hallar una disociación entre ambas localizaciones en la medida en que los aspectos de ejecución material se efectúan en otro lugar que este designado por las partes o por los árbitros como la sede del arbitraje. En tales casos, la doctrina y la jurisprudencia atienden exclusivamente al resultado de la designación efectuada por las partes<sup>39</sup>.

La selección de determinado lugar, como sede del arbitraje crea, en efecto, un vínculo entre el arbitraje y dicho lugar, pero esto no significa que todas las actividades del arbitraje deban celebrarse allí; la finalidad de esta facultad discrecional prevista en la generalidad de los Reglamentos de Arbitraje, es permitir que las actuaciones arbitrales se realicen de la forma más eficiente y económica. Así, por razones de conveniencia, el tribunal arbitral puede escuchar a algunos testigos en donde residen, dependiendo del número y de su ubicación, en vez de convocarlos al lugar del arbitraje; o alguna de las partes puede solicitar al tribunal arbitral que realice determinadas inspecciones oculares en un lugar distinto de la sede del arbitraje; y, aparte de la referida recopilación de pruebas en un sitio diferente del lugar del arbitraje, también puede resultar conveniente llevar a cabo allí otras actividades arbitrales. Por ejemplo, si el tribunal arbitral y los representantes de las partes se han trasladado a un Estado para escuchar a varios testigos suele resultar de utilidad aprovechar la presencia de todos los participantes para escuchar también allí, las alegaciones orales. Finalmente, en lo que concierne a las deliberaciones del tribunal arbitral, éstas pueden realizarse en cualquier lugar; es más, los miembros no están obligados a reunirse físicamente, pudiendo deliberar telefónicamente o por correo electrónico o en casos más complejos. Por descontado la sede de la institución administradora del arbitraje es totalmente independiente de la sede del arbitraje.

### **III. CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL POR EL TRIBUNAL DE LA SEDE DEL ARBITRAJE**

#### **1. El control judicial como elemento determinante en la elección de la sede**

10. Desde una perspectiva internacional, el árbitro no posee un orden jurídico estatal para administrar justicia<sup>40</sup>. La prevalencia de esta tesis pone en marcha un sistema de control por parte de los tribunales de la sede del arbitraje. Si el convenio

---

<sup>39</sup> Por ejemplo, la sentencia de la *Cour d'appel* de Paris de 28 de octubre de 1997 ("Soc. Procédés de fabrication pour le béton c. Libye", *Rev. arb.*, 1998, p. 399 ss y nota de B. LEURENT) subrayó que la sede del arbitraje es una noción puramente jurídica, (...) bajo la dependencia de la voluntad de las partes, y no una noción material dependiente del lugar en donde se desarrolló la audiencia o el lugar efectivo de las actuaciones arbitrales.

<sup>40</sup> M<sup>a</sup> V. CUARTERO RUBIO, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 29-37.

arbitral colocase a los árbitros en la estructura jurisdiccional de un Estado la ley de éste regirá la mayor parte del arbitraje y, desde luego, el convenio arbitral; ello obligaría a los árbitros a aplicar la *lex fori*, tal y como lo hacen los jueces de ese Estado. Por estas razones, dicha asimilación es excesivamente dogmática y parcial; pero si, además, el convenio de arbitraje, motiva un arbitraje privado internacional, esta concepción es irreal pues provoca la incompetencia de los jueces y tribunales, no ya de ese Estado, sino de todos, de suerte que la función del árbitro no tiene por qué estar sancionada por la ley de ese Estado, sino por la de cualquier otro conectado más directamente con el asunto y, finalmente, el control de laudo que se dicte, sólo de una manera casual, entrará en contacto con el ordenamiento jurídico y con la jurisdicción de ese Estado, en un potencial acción de anulación<sup>41</sup>. Bien puede suceder que no se solicite la intervención del juez ni antes, ni durante, ni después del arbitraje, así que difícilmente puede aceptarse que la institución quede, necesariamente, integrada en tal ordenamiento jurídico y, menos aún, en tal jurisdicción<sup>42</sup>. En el plano internacional son varios los ejemplos de que los tribunales arbitrales privados no se consideran jurisdicciones del Estado y ello implica, desde la perspectiva de la práctica, que la valoración de la validez y eficacia de los convenios arbitrales se debe realizar desde normas de Derecho internacional privado, materiales o de conflicto, pero dimanantes del Derecho de obligaciones.

Si se considera el convenio arbitral como una cláusula de *derogatio fori* se aplicarán las normas sobre derogación o prorrogación de competencia, olvidando la clarísima vertiente conflictual, que tiene su origen en el aspecto obligacional, no procesal, del convenio. No obstante, se puede esgrimir una diferencia fundamental entre los tipos de cláusulas que afectan a la competencia; mientras las de derogación o prorrogación de competencia transfieren la que podría tener un tribunal a otro, la de arbitraje “crea” esa competencia para un tribunal que, de no ser por ella, no existiría.

11. La existencia de un régimen de control específico para el laudo dictado en el arbitraje comercial internacional y la eventual disminución del nivel de control judicial constituyen sin lugar a dudas elementos esenciales para potenciar la existencia de arbitrajes en un país determinado. A partir de aquí existe una clara tendencia a la “búsqueda” del lugar del arbitraje en el sentido de que se sitúe en un Estado con una regulación que proporcione seguridad y certidumbre. Las razones que justifican una actitud localizadora de este tipo suelen tener un carácter estrictamente legal<sup>43</sup>. De hecho las reformas legislativas en materia arbitral pretenden a través de acciones de este tipo aumentar el número de sedes de arbitraje al tiempo que los Estados en cuyo territorio de desarrollan normalmente arbitrajes internacionales cuidan de que sus normas mantengan un exquisito acomodo a esta política de atracción. Por eso y tras una larga tradición en tal sentido las reformas acometidas en Francia a partir de 1981 han convertido a este país en una sede muy importante para el arbitraje internacional siendo un elemento muy decisivo las correctas relaciones entre los jueces y los árbitros<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *R. des C.*, t. 290, 2001, pp. 43-44.

<sup>42</sup> E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, p. 52.

<sup>43</sup> Vid. M. STORME y F. DE LY (eds.), *The Place of Arbitration. Third International Symposium on the Law of International Commercial Arbitration Ghent, 30-31 may 1991*, Gante, 1992, p. 5.

<sup>44</sup> Y. DERAIS, “France as a Place for International Arbitration”, *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, 1982, pp. 112-114.

Esta fase de control judicial, posterior al procedimiento arbitral, llama la atención sobre la importancia del órgano fiscalizador<sup>45</sup> y los árbitros lo tienen en cuenta a lo largo de todo al proceso arbitral<sup>46</sup>, pues éstos se guardan mucho de que sus laudos no sean anulados. Evidentemente el “control” no debe ser entendido como una amenaza o una agresión sobre el procedimiento arbitral, siendo determinante la intervención del juez estatal a la hora de llevar a cabo la ejecución de la sentencia arbitral<sup>47</sup>. Por eso es muy importante, a los efectos de coadyuvar a la eficacia del arbitraje, determinar qué foro es el competente para llevar a cabo esa función y cuáles son las normas rectoras del recurso de anulación, incluyendo la posibilidad de que el árbitro continúe ejerciendo su misión pese a haberse presentado el correspondiente recurso ante la jurisdicción estatal para evitar los graves inconvenientes derivados de la suspensión de las operaciones de arbitraje<sup>48</sup>. Y esta información, por razones obvias, debe obtenerse antes, incluso, de elegir la sede arbitral. De hecho es uno de los elementos esenciales de juicio a la hora de elegir un lugar del arbitraje antes que otro: las consecuencias que ello puede tener son enormes. No en vano la evidencia de un control judicial excesivo puede hacer desistir a las partes de elegir una determinada sede arbitral, descansando la elección, en contrapartida, en la eficiencia que confiere el juez de control a los laudos arbitrales dictados en su ámbito competencial<sup>49</sup>.

12. En general muchos países no son sedes habituales de arbitrajes internacionales por la ausencia de colaboración de sus tribunales con los árbitros. Es una opción lícita en cualquier ordenamiento, pero siempre que responda a la realidad. Los Estados no tienen por qué sumarse a la línea legislativa que se aprecia en Derecho comparado, ni establecer cánones maximalistas de internacionalidad o anacionalidad. Sin embargo, esta opción abierta a los legisladores nacionales no debe confundirse con la incorrecta aplicación de normas a causa de una actitud de desconfianza hacia el arbitraje. Si las bases de la institución están asentadas por la ratificación de instrumentos internacionales, no hay razón alguna, es obvio, que para obtener un adecuado cauce de tramitación se les ofrezca el adecuado cauce de aplicación. ¿Dónde radica la alternativa adecuada? De la comparación entre opciones como la francesa y la de la mayoría de los países de América Latina se configura un panorama de extremos, entre los pronunciamientos más abigarradamente liberales y la resistencia de algunos ordenamientos nacionales y sus jurisdicciones a flexibilizar el tratamiento del arbitraje, en cuanto posibilidad claramente escapista del Derecho estatal. Tal vez la vía de entendimiento radique en una desdramatización de los efectos del arbitraje, por una parte, que pase por un ineludible reconocimiento de su necesaria base legal y permisividad estatal<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Vid. J. LIEVENS, “Le juge et les arbitres: le contrôle de la sentence par le juge”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, pp. 47-74.

<sup>46</sup> P. MAYER, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, *R. des C.*, t. 217, 1989, p. 369.

<sup>47</sup> A. PRUJINER, “Champ de contrôle du juge national sur les sentences arbitrales internationales”, *Competition and Arbitration Law*, París, 1993, pp. 287-288.

<sup>48</sup> R. PERROT, “Arbitrage interne et arbitrage international. Les recours devant la cour d’appel empêchent-ils l’arbitre de poursuivre sa mission”, *Rev. arb.*, 1987, pp. 107-125.

<sup>49</sup> A ello responde en gran parte el estudio de Derecho comparado que se refleja en la obra de A. SAMUEL, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration. A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West Germany Law*, Zürich, 1989, pp. 18 ss.

<sup>50</sup> E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 152.

## 2. Intervención del juez de la sede

13. La localización del arbitraje en un orden jurídico determinado comporta que el laudo arbitral sea considerado como una sentencia interna a los efectos de quedar sometido a los correspondientes recursos en dicho sistema. Los plazos en virtud de los cuales tales recursos pueden suscitarse son variados y diversos según el concreto sistema estatal ante el que nos situemos. Se entiende que el hecho de la sumisión a una determinada legislación y a un procedimiento concreto, aunque sea realizado con carácter supletorio, o aunque sea independiente al objeto de la controversia, pone en marcha la defensa de los intereses del comercio internacional de un orden jurídico interno determinado. El fundamento de esta posición se desprende de la necesidad de controlar la correcta aplicación del Derecho interno declarado competente para regular el arbitraje<sup>51</sup> y no de una naturalización del arbitraje comercial internacional en un orden jurídico determinado. Es la designación de la ley nacional aplicable al procedimiento arbitral la que determina el control del arbitraje por las autoridades del país de sede. De hecho en ciertos Estados la ausencia de tal designación convierte el arbitraje en “anacional” y por tanto no se acepta un eventual control judicial sobre del laudo arbitral.

14. El control de los tribunales estatales sobre el arbitraje ya desarrollado no puede olvidar, sin embargo, hacia qué tipo de institución se dirige y las razones de su competencia. Y ello porque puede producirse un notable contraste entre la admisión de una amplia flexibilidad en la fase negocial y la rigurosidad con que más tarde puede ejercerse en control jurisdiccional<sup>52</sup>. Aquí la consideración del juez nacional hacia el procedimiento arbitral se dirige, de manera retrospectiva, sobre un procedimiento ya concluido, que ha respondido a sus propios principios y normas. Dicho juez nacional no puede desconocer que su control se ejerce sobre un arbitraje internacional, lo cual tiene consecuencias muy importantes respecto del Derecho aplicable. Nos hallamos ante una de las aplicaciones más relevantes de la teoría territorialista del juicio de árbitros, pues en aquellos Estados en los que se considera que el arbitraje es interno o nacional por el mero hecho de haberse desarrollado en su territorio ese procedimiento arbitral será controlado en anulación. Y lo será desde criterios de Derecho interno y sin especiales menciones a la ley aplicada en el mismo, tanto en lo procesal, como en lo sustantivo<sup>53</sup>. Desde el punto de vista del Derecho aplicable, debe tenerse presente que la sumisión a los tribunales de la sede arbitral es sólo una norma de competencia judicial internacional: responde a un criterio de proximidad en sede de competencia, no de ley aplicable. La determinación de la ley aplicable al procedimiento arbitral, en el control sustantivo, va por otra vía radicalmente diversa, como ocurre en cualquier supuesto de Derecho internacional privado. Esta apreciación es igualmente válida cuando se pretende examinar el Derecho aplicado al fondo del asunto.

---

<sup>51</sup> E. LOQUIN, “Les pouvoirs des arbitres internationaux...”, *loc. cit.*, p. 299.

<sup>52</sup> En relación con la arbitrabilidad de la diferencia. *Vid.* K.H. BÖCKSTIEGEL, “Powers and Duties of Arbitrators”, *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, pp. 199-207.

<sup>53</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y E. ARTUCH IRIBERRI, “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje elaborada por la Corte Española de Arbitraje (diciembre 1996)”, *RCEA*, t. XIII, 1997, pp. 303-357.

Conviene recordar aquí que el establecimiento de la declinatoria como cauce procesal oportuno no era una novedad en nuestro sistema pues ya había sido incorporado con la reforma de la LEC/2000 que cuya Disposición final octava había dado una nueva versión al art. 11 LA/1988 que, además, tuvo la virtud de despejar otras posibilidades no menos perniciosas del sistema anterior al impedir la actuación, de manera prácticamente automática, del dispositivo de sumisión tácita. Dicha reforma se caracterizó, además, por suministrar una regulación positiva a las necesidades planteadas hace ya muchos años por los Convenios internacionales en la materia (art. 4 CG y art. II CNY)<sup>54</sup>. En cualquier caso, la existencia de convenio arbitral no es cuestión que pueda valorar el juez español de oficio, sino que corresponde a la parte a que interese hacerla valer mediante declinatoria<sup>55</sup>; por eso, para oponerse al procedimiento judicial abierto en España es necesaria la comparecencia del demandado con la finalidad de interponer la excepción.

Las consecuencias de una posición contraria a la expuesta tiene un origen claro: el laudo arbitral no se considera un supuesto de hecho de Derecho internacional privado, que requiere determinación del Derecho aplicable de acuerdo a sus conexiones, sino un acto jurisdiccional. De esta suerte, es normal que se enjuicie de acuerdo a los principios y normas vigentes en el foro, sin recurrir a expedientes de localización. De ahí que el orden público del foro sea aplicable siempre que el Derecho rector del procedimiento sea el nacional y que el convenio arbitral quede vinculado por las concepciones del foro al respecto<sup>56</sup>. Todos estos factores deben ser tenidos en cuenta, como se avanzaba más arriba, a la hora de elegir la sede del tribunal arbitral.

15. El laudo arbitral posee una naturaleza especial pues, a diferencia de la sentencia jurisdiccional, no implica un acto de soberanía dictado por el poder público. Se trata de un acto emanado de personas privadas y cuyo fundamento último se encuentra en el acuerdo entre las partes y no en el *imperium* del Estado. Esto permite plantearse hasta que punto puede una jurisdicción estatal decidir rotundamente acerca de una resolución en la que no ha intervenido en modo alguno y que, acaso, no presente defectos o vicios para las autoridades de otro país y con la cual es factible que mantenga un vínculo jurídicamente remoto. Téngase en cuenta que las partes eligen el lugar donde se dicta el laudo e, incluso, las leyes procesales aplicables con carácter supletorio; y que ese lugar y esa ley pueden ser requeridas con base en su carácter neutral por no relacionarse con ninguna de las partes o con los elementos determinantes del asunto.

Cabe preguntarse, sin reserva alguna, cuál es la razón por la que todas las Convenciones internacionales y las leyes nacionales, atribuyen esta competencia a los jueces estatales. Sin duda es la eficacia de cosa juzgada que se atribuye a del laudo arbitral la que genera el control judicial sobre la misma, toda vez que si hay alteración de derechos subjetivos con efecto vinculante frente a todos, y definitivo respecto a las partes, es necesario que se abra la oportuna vía de recurso.

---

<sup>54</sup> E. ARTUCH IRIBERRI, “La reforma del art. 11 de la Ley 36/1988: Disposición final octava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, pp. 201-213.

<sup>55</sup> Vid. M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional, Litigación internacional*, Madrid, 2000, p. 224.

<sup>56</sup> E. ARTUCH IRIBERRI, “El recurso de anulación del laudo en el arbitraje comercial internacional (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de diciembre de 1991)”, *RCEA*, t. VIII, 1992, pp. 117-127.

## IV. ÁMBITO Y ALCANCE DE LOS RECURSOS ANTE EL JUEZ DEL CONTROL

### 1. Razones que avalan una tendencia restrictiva

16. Si bien las partes actúan bajo el principio de la autonomía de la voluntad, lo cual es reconocido por el propio Estado cuando permite excluir del conocimiento de los tribunales ciertos casos que no revisten interés público, derivándolos hacia los órganos desprovistos de la función jurisdiccional<sup>57</sup>, cuando las resoluciones de aquéllos puedan causar perjuicios a los particulares en su persona, bienes y derechos, deben confirmarse por un órgano jurisdiccional, dependiente del Poder Judicial lo cual se logra mediante la participación del juez civil ante quien se homologa el laudo arbitral con el fin de proceder a su ejecución. Dicha homologación supone un control de lo actuado por los árbitros, esto es, si éstos han actuado con fiel cumplimiento de los presupuestos procesales y materiales legalmente establecidos, sin alteración del contenido del laudo. Con ello se intenta reparar por vía jurisdiccional los perjuicios que han podido sufrir las partes en el arbitraje en virtud de actuaciones o resoluciones arbitrales ilegales. Habida cuenta que el laudo arbitral es título que motiva ejecución, es decir, una resolución con atributos de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad, su efectividad y realización quedan solamente al arbitrio del juez competente del lugar designado como sede arbitral. Dicho juez no puede modificarlo sino únicamente proveer los medios procesales necesarios a fin de concretar lo resuelto y coercitivamente, amén de las consecuencias privativas que puede acarrear. Precisamente, por constituirse en cosa juzgada, el juez civil provee la ejecución del laudo dejando constancia de su trascendencia para el interés público y social.

17. Por lo general las modernas reglamentaciones suelen asimilar los laudos a las decisiones judiciales fijando al efecto una serie de recursos contra las sentencias arbitrales, con plazos diversos y con frecuencia dilatados y con extensas listas de motivos que difieren ampliamente de uno a otro ordenamiento jurídico<sup>58</sup>. Frente a esta situación la Ley modelo Uncitral ha tenido la virtud de mejorar esa situación de particularismo legislativo que es motivo de grave preocupación para quienes intervienen en el arbitraje comercial internacional. La primera medida de mejora consiste en admitir solamente un tipo de recurso, con exclusión de cualesquiera otros establecidos en otra ley procesal del Estado de que se trate<sup>59</sup>. La segunda medida de perfeccionamiento introducido por la Ley modelo es el establecimiento de una lista taxativa de motivos por los que del laudo arbitral puede ser declarada nulo por el juez nacional. Siguiendo los resultados de la práctica internacional la referida lista, se incluye en el art. 36.1º Ley modelo siendo similar a la contenida en el art. V CNY respecto al exequátur de laudos arbitrales extranjeros.

---

<sup>57</sup> J.C. FERNANDEZ ROZAS, "Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia", *Derecho privado y Constitución*, n° 19, 2005, pp. 55-92.

<sup>58</sup> *Vid.* en el sistema suizo J.F. POUURET, "Les voies de recours en matière d'arbitrage international en Suisse selon le concordat et la nouvelle loi fédérale", *Rev. arb.*, 1988, pp. 595-628.

<sup>59</sup> Sobre la limitación de recursos en el ordenamiento francés, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD y B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 930 ss.

Existen, pese a esta coincidencia, algunas diferencias técnicas entre los motivos establecidos en la Ley modelo y en el art. V CNY, pues no debe olvidarse que este último texto está redactado para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros. En primer lugar, los motivos relacionados con el orden público, incluido el hecho de que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, pueden diferir en cuanto al fondo, según el Estado de que se trate (*v. gr.* Estado en el que se declara la nulidad o Estado de la ejecución). En segundo lugar, y lo que es más importante, los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo sólo son válidos y eficaces en el Estado (o Estados) en los que la parte vencedora pretenda su reconocimiento y ejecución, en tanto que los motivos de nulidad tienen repercusiones diferentes: la anulación de un laudo en el país en que haya sido dictado impide su ejecución en todos los demás países, conforme al inciso e) del párrafo 1) del art. V CNY y al ap. v) del inciso a) del párrafo 1) del art. 36 de la Ley modelo. La anulación, de esta suerte, tiene consecuencias frente a todos.

## 2. Renuncia al recurso de anulación

18. El contenido del laudo no es revisable judicialmente ni en sede constitucional por ser el arbitraje un proceso especial ajeno a la jurisdicción ordinaria y por ello la acción de nulidad no transfiere a ésta la competencia originaria exclusiva propia de los árbitros: la función jurisdiccional declarativa queda fuera de la propia acción porque las partes decidieron voluntariamente prescindir de ella<sup>60</sup>. No puede, en consecuencia, servir como fundamento de una acción de anulación las estimaciones de las partes contrarias a la justicia del laudo, a las deficiencias del fallo o al modo más o menos acertado de resolver la cuestión<sup>61</sup>. En principio, pues, el laudo arbitral es irrecurrible, salvo que las partes hayan pactado lo contrario<sup>62</sup>. Dicho carácter afecta por igual a los laudos dictados en equidad y a los pronunciados en Derecho; estamos ante una regulación de carácter unitario y la imposibilidad de controlar en fondo posee idéntico alcance en ambos casos: ni la apreciación y valoración de la prueba realizada por el árbitro ni su actuación procesal puede ser objeto de una revisión sustancial. No se considera recurso propiamente dicho la aclaración (art. 39 LA/2003) que se solicita al Tribunal arbitral en un periodo muy breve de tiempo tras la publicación del laudo<sup>63</sup> y que no puede ser objeto de variaciones esenciales, sean cuales fueren las circunstancias que motiven tal actitud modificatoria<sup>64</sup>, pues los árbitros no pueden elaborar un nuevo laudo limitándose a perfeccionar el ya pronunciado.

<sup>60</sup> SAP Tarragona 28 de enero de 2003.

<sup>61</sup> SAP Madrid 9 de abril de 1997.

<sup>62</sup> La cuestión no fue pacífica en la doctrina española a raíz de la entrada en vigor de la LA/1988. *Vid.* M. ALBALADEJO, “La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho; las normas debidas a aplicar”, *Revista de Derecho Privado*, 1990, pp. 171-186; en contra L. MUÑOZ SABATÉ, “Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de Derecho”, *La Ley*, 1990, pp. 982-984..

<sup>63</sup> LA SAP Barcelona 10 de marzo de 1992 estimó que “no es constitutivo de indefensión, el hecho de no haber accedido el árbitro que dictó el laudo a la aclaración del mismo”. Por su parte la STS 12 de julio de 1994 consideró que “una vez emitido el laudo, su contenido, fuera de los remedios impugnatorios prevenidos legalmente, no puede ser objeto de variaciones esenciales, pues éstas, por su propia índole, tendrían que ser materia de un nuevo laudo, es decir, que el emitido como consecuencia de la escritura de arbitraje, únicamente puede ser objeto de corrección o rectificación de errores o aclaración de conceptos que no afecten, desvirtuándoles, a puntos esenciales ya resueltos”.

<sup>64</sup> STS 12 de julio de 1994.

La acción de anulación da lugar a un juicio de control *a posteriori* sobre la existencia de los presupuestos y de los caracteres funcionales y formales que la ley exige para la eficacia y validez de los procedimientos y de las decisiones arbitrales. Con independencia de si dicha acción de anulación es o no un auténtico recurso, en función del ordenamiento jurídico ante el que nos situemos, comparte un elemento común con ésta figura procesal en el sentido de que solo es factible acudir a esta vía cuando el laudo arbitral sea definitivo, perdiendo tal virtualidad cuando devenga firme por el transcurso del tiempo. Pero debe quedar bien sentado que la acción de anulación no es en ningún caso una segunda instancia donde sean factibles cuestiones tales como la valoración de la prueba o la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, materias que son de la exclusiva competencia del árbitro. Tampoco es factible discutir la motivación o el mayor o menor acierto de los árbitros a la hora de elaborar el laudo siempre que se actuar no haya rebasado los límites del convenio arbitral. Es, simplemente, un instrumento judicial fiscalizador del cumplimiento de las garantías procesales que en modo alguno puede entrar en el fondo de las cuestiones resueltas por los árbitros<sup>65</sup>; por eso su finalidad no es corregir las eventuales deficiencias que puede entrañar la decisión de los árbitros. Un examen del fondo por parte el órgano jurisdiccional, de la eventual justicia de la solución alcanzada por los árbitros, o del modo más o menos acertado de resolver la cuestión por ellos, desnaturalizaría la propia esencia de la institución arbitral.

19. Desde ciertos círculos pro-arbitrales se ha barajado la idea de privar al laudo arbitral de cualquier tipo de injerencia judicial, limitando el órgano jurisdiccional a proceder a la ejecución del laudo. Mas tal idea no puede ser esgrimida con el mínimo rigor toda vez que la intervención de la autoridad jurisdiccional es fundamental para garantizar la seguridad del laudo; de ahí que se confiera a un órgano jurisdiccional la facultad de controlar *a posteriori* la actuación de los árbitros, respecto de la regularidad procesal de la causa o, si se quiere, un control efectuado por autoridad jurisdiccional de la actuación del los árbitros *in procedendo*<sup>66</sup>. Con independencia de su carácter excepcional o no excepcional, ningún sistema jurídico puede prescindir, en efecto, del referido control jurisdiccional contándose para ello con un cauce casi exclusivo: la acción de anulación que es el medio de impugnación característico y específico del juicio arbitral, existente en la generalidad de legislaciones y constituyendo una figura *sui generis* fundamentalmente distinta de las impugnaciones del proceso ordinario y sin parangón con las utilizadas contra las sentencias de los jueces. Ahora bien, el papel de la jurisdicción ordinaria queda limitado a emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento de los árbitros a los límites de lo convenido, dejando sin efecto en este punto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin entrar en la mayor o menor fundamentación de lo decidido por el árbitro.

---

<sup>65</sup> M. MAYNÉS, “El derecho a la segunda instancia en el proceso arbitral y la imposibilidad de revisar el laudo en cuanto al fondo del asunto”, *Actualidad Civil*, febrero de 2001, marginal 303 XII; J.L. GOÑI, “La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional”, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 103-111.

<sup>66</sup> La jurisprudencia mexicana ha precisado, con razón, que aunque las partes renuncien a un eventual recurso contra el laudo arbitral “dicha renuncia no puede trascender al acuerdo de homologación ni a los actos dictados con posterioridad por el juez natural, pues éstos son dictados dentro del procedimiento judicial en el cual se prohíbe que las partes renuncien a los recursos”, Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 22 de noviembre 1990, Amparo en revisión 1192/90 (“Sánchez de Armella, Y.”), tesis aislada. Octava Época, Tribunales Colegiados de Distrito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, enero de 1991, p. 417.

Pese a lo expuesto, la admisibilidad del recurso de anulación puede ser motivo de pacto en contrario entre los compromitentes en el que se puede estipular que las partes renuncian al recurso de anulación, en cuyo caso, el árbitro dará cuenta de ello al juez competente para que proceda a su ejecución, sin más trámite que siguiendo las reglas previstas en su ordenamiento para la ejecución de sentencias arbitrales. Una regulación estatal claramente partidaria de esta posición se incluyó en el art. 192.1º LDIPr suiza<sup>67</sup> y ha tenido en este país un adecuado desarrollo jurisprudencial<sup>68</sup>, según la cual la renuncia al recurso que establece el precepto, debe ser interpretado de manera estricta y rigurosa exigiéndose una declaración cuasi-solemne. Y en la misma dirección se encuentra la solución belga incluida en la reforma del *Cod. jud. civ.* que tuvo lugar en 1985 y que no fue alterada por la de 19 de mayo de 1998<sup>69</sup> y la solución sueca, aunque sea exclusivamente por vía jurisprudencial, presenta una inclinación similar<sup>70</sup>.

20. Aunque no puede descartarse la posibilidad de que las partes pacten acerca del objeto del arbitraje, más dudoso resulta que puedan realizar pactos sobre el arbitraje mismo, como institución. El punto de inflexión reside en la renunciabilidad de derechos, una vez más: el objeto del pacto, de la extensión de la autonomía de la voluntad, debe ser puramente privada. Y cuesta admitir, como ocurre en la doctrina inglesa, que el derecho a recurrir ante los tribunales estatales sea algo puramente *inter partes* y, por ende, renunciable. La inquietud que provoca la imposibilidad de controlar irregularidades arbitrales y la adecuación de del laudo arbitral a principios esenciales del

---

<sup>67</sup> J.F. POUDRET, “Les voies de recours en matière d’arbitrage...”, *loc. cit.*, pp. 615-616.

<sup>68</sup> Aunque en la práctica, sólo se trata de una posibilidad abierta a las partes, en los casos claramente internacionales, y siempre que la voluntad de renuncia al recurso sea clara y terminante; *vid.* ATF 9 abril de 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 709, con nota de Y. TSCHANZ.

<sup>69</sup> Al efecto se incorporó una norma negativa de competencia: el art. 1717.4º *Cod. jud. civ.* según la cual: “*Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d’arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d’une sentence arbitrale lorsque aucune d’elle n’est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique son principal établissement ou y ayant une succursale*”. Lo esencial de este precepto no es la alternativa entre autonomía de la voluntad de las partes y control-tutela del Estado sino la posición del legislador ante la deslocalización judicial de del laudo arbitral. La autonomía de la voluntad no puede alterarla puesto que al formularse como norma de competencia es indisponible. Bien entendido que solo los operadores jurídicos que no tienen ninguna conexión con Bélgica pueden acordar la exclusión de un eventual recurso de anulación. *Vid.* L. MATRAY, “La loi belge du 27 mars 1985 et ses répercussions sur l’arbitrage commercial international”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1987, pp. 255-256; G. HORSMANS, “La loi belge du 19 mai 1998 sur l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1999, pp. 500-504

<sup>70</sup> En el recurso contra el importante laudo arbitral en el asunto CCI nº 2321 (*Journ. dr. int.* 1975, p. 938, note Y. DERAÏNS), el Tribunal Supremo rechazó la posibilidad de admitir la renuncia al recurso de anulación intentado ante los tribunales suecos. Sin embargo, la decisión no es en absoluto contundente, porque añade que la renuncia sí es posible cuando concurren dos circunstancias. Por un lado, que las partes no tengan vínculo alguno con el Estado sueco, de manera que la renuncia sólo es posible en asuntos que podrían clasificarse como absolutamente internacionales. Por otro, que el pacto de renuncia debe ser expreso, concreto y separado; no sirve, a estos efectos, una referencia genérica en el convenio arbitral al compromiso de las partes de cumplir la decisión que recaiga (J. PAULSSON, “Arbitrage international et voies de recours: la cour suprême de Suède dans le sillage des solutions belge et helvétique”, *Journ. dr. int.*, t. 117, 1990, pp. 589-599). En el supuesto planteado la *Cour* afirma que la cláusula tipo CCI no puede aceptarse como renuncia expresa al recurso de anulación. Como puede apreciarse, si bien en este caso se optó por negar la posibilidad, la puerta queda abierta en el futuro.

ordenamiento produce esta seria vacilación en admitir la renuncia pactada al recurso de anulación<sup>71</sup>.

También se puede estipular que las partes se reserven el recurso de apelación, pero que nombren un árbitro o un tribunal arbitral para conocer de este recurso, caso en el cual, el árbitro de primera instancia admitirá el recurso y entregará los documentos al de segunda instancia para tramitar el recurso, de acuerdo con las reglas de procedimiento pactadas en el compromiso o en su defecto. Por último, cabe la posibilidad de que las partes se reserven la apelación sin nombrar árbitro que conozca de ella. En este último caso, inmediatamente después de que el árbitro notifica el laudo a las partes y deja constancia de ello en los autos, remitirá al juez competente el expediente para que, en caso de que se interponga algún recurso, el juez lo admita y remita dichos autos al tribunal para la substanciación del mismo.

Un caso especial, en el que del laudo arbitral no pasa directamente al control estatal, lo constituye el sistema del CIADI, aunque debe inscribirse en un contexto arbitral muy distinto al comercial: el arbitraje en materia de inversiones cuya puesta en marcha tiene un carácter eminentemente unilateral<sup>72</sup>. En efecto, el Centro prevé en su Reglamento, que el recurso de anulación se sustancie ante una Comisión de anulación nombrada por la propia institución. Es el supuesto más parecido a la segunda instancia arbitral, puesto que no requiere, como en otros casos, acuerdo de las partes para nombrar y someterse a esta Comisión. A petición de una de ellas, la renuente al cumplimiento de del laudo arbitral, el Centro abre directamente el procedimiento de anulación. Las especiales características de esta institución permiten un sistema cerrado en sí mismo y con las mínimas intervenciones judiciales incluso en la fase de nulidad<sup>73</sup>.

### 3. La internacionalidad como elemento determinante en el recurso de anulación

21. En materia de arbitraje comercial, la internacionalidad del supuesto supone, básicamente el respeto hacia el carácter de multiconexión del asunto, que exige un control estatal reducido y adaptado. En este sentido, fijar la atención en la internacionalidad del supuesto permite acomodar la respuesta jurídica en función de esta característica, a incorporar el principio de especialidad al ámbito del arbitraje<sup>74</sup>. Como hemos apuntado, la primera exteriorización del mínimo control es la reducción de las vías de impugnación a un único mecanismo: el recurso de anulación. El ejemplo paradigmático es el art. 34 Ley modelo Uncitral que regula la materia bajo el título: “La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral”. De acuerdo con esta solución, por “recurso”, se entiende la acción presentada ante un órgano de la justicia estatal de un determinado Estado. Dentro de los modelos que siguen la dualidad arbitraje interno/internacional se observan soluciones diferenciadas<sup>75</sup> y, asimismo,

---

<sup>71</sup> En relación con el concepto de *misconduct* del Derecho inglés, la doctrina de aquel país se decanta claramente a favor de la imposibilidad de la renuncia; *vid.* I. DUNCAN WALLACE, “Control by the Courts: A Plea for More, Not Less”, *Arb. Int.* 1990, p. 253.

<sup>72</sup> *Vid.* A. PRUJINER, “L’arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l’arbitrage conventionnel?”, *Rev. arb.*, 2005, pp. 63-99.

<sup>73</sup> *Vid.* C.R. DELAUME, “ICSID Arbitration and the Courts”, *AJIL*, 1983, pp. 784-803.

<sup>74</sup> *Vid.* Ph. FOUCHARD, “Introduction: spécificité de l’arbitrage international”, *Rev. arb.*, 1981, pp. 449-467.

<sup>75</sup> Por ejemplo en Francia existen diversos recursos más especializados por razón del objeto: contra la decisión que deniega el reconocimiento de del laudo arbitral extranjero (art. 1501), contra la decisión que lo admite (art. 1502) y el recurso de nulidad; pero únicamente éste es viable para la materia que nos

existen sistemas que prevén otras posibles vías de impugnación contra el laudo arbitral, aunque se trata de una pluralidad más potencial que real<sup>76</sup>.

Junto al carácter único del recurso, el principio de mínimo control necesario en el arbitraje comercial internacional, se manifiesta en la limitación en cuanto al ejercicio de la impugnación. En efecto, esta se vertebra en torno a tres pilares fundamentales: los motivos de anulación están “tasados”, la revisión de fondo no es posible como regla general y el plazo para la interposición del recurso es breve. En aquellos ordenamientos que han optado por un único recurso, éste se construye sobre un catálogo de motivos expresamente contemplados (art. 34 Ley modelo). Las Convenciones internacionales y los sistemas estatales ponen de manifiesto una cierta, aunque no absoluta, unanimidad en cuanto al catálogo de las causales<sup>77</sup>. Lo esencial es que el recurso se articule sobre un grupo de motivos que están tasados con carácter previo y que responden a la naturaleza y eficacia del arbitraje.

En íntima relación con el carácter de *numerus clausus* de los motivos de anulación ha de entenderse la ausencia de revisión de fondo como regla general: el juez sólo puede anular del laudo arbitral por uno de los motivos previamente establecidos. En principio ninguno de ellos entra en la revisión del fondo, ni en la apreciación fáctica o jurídica que hayan realizado los árbitros. No obstante esta afirmación, indubitada hasta hace poco tiempo, está hoy en proceso de revisión. La entrada del arbitraje en zonas del Derecho intervenidas por normas imperativas o que interesan a la competencia exclusiva de los Estados está suponiendo, en la práctica un auténtico aumento de la extensión del control, referido precisamente, a la aplicación de estas normas imperativas. Ahora bien, la internacionalidad del supuesto permite introducir un filtro específico a la hora de valorar cuál es el mínimo permitido por un ordenamiento, esto es, cómo se articula en el caso concreto el recurso único y limitado. La tercera limitación es temporal y, desde luego, obvia desde el punto de vista de la seguridad jurídica: el plazo para la interposición del recurso sólo alcanza tres meses en la Ley modelo Uncitral. La limitación es lógica si tenemos presente que de la pendencia del recurso o su posibilidad de interposición depende la posible eficacia de la sentencia arbitral en reconocimiento y ejecución<sup>78</sup>. Es por ende esencial, que del laudo arbitral

---

interesa: el laudo arbitral emitida en Francia en materia de arbitraje internacional (art. 1504). Similar afirmación cabe hacer respecto al ordenamiento sueco, toda vez que se distingue entre recurso de nulidad (art. 20) y de anulación (art. 21), aunque se trata de recursos alternativos que se emplean en función de los vicios alegados. Por su parte en Suiza, como vimos, el laudo arbitral definitivo sólo puede ser atacado por las causas del recurso único, previsto en el art. 190.2° LFDIP. Especial atención merece el caso holandés que establece dos recursos posibles contra del laudo arbitral: el de anulación y el de revocación. Ha lugar al segundo en caso de fraude, falsificación y presentación de nuevos documentos (art. 1068). La revocación es tan excepcional que, en la práctica, la anulación es la única vía de recurso.

<sup>76</sup> Así la Ley británica de 1979 y la Ley italiana de 1994. La primera permite la apelación ante la *High Court*, cuya decisión puede ser revisada por la *Court of Appeal* (Sección 1ª) (F.A. MANN, *Notes and Comment on Cases in International Law of Arbitration*, New York, 1991). No obstante, la virtualidad de este sistema es más aparente que real pues la propia Ley impone serias condiciones para el ejercicio de estos recursos; concretamente su admisión queda a la apreciación del tribunal<sup>76</sup>. Especial interés presenta el caso italiano; la Ley de 1994 establece tres vías de impugnación contra del laudo arbitral: la nulidad, la revocación y la oposición de tercero (art. 827). Ahora bien, cuando se trata de un laudo internacional los dos últimos sólo puede utilizarse si las partes tal convinieron (art. 838). La forma en que la situación se regula es esencial: hay un recurso único de nulidad salvo autonomía de la voluntad en contrario.

<sup>77</sup> Vid. P. FOUCHARD, E. GAILLARD y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.* pp. 935 ss.

<sup>78</sup> El art. V.1°e) CNY establece la imposibilidad del reconocimiento si del laudo arbitral ha sido anulado, está pendiente el recurso de anulación o no ha transcurrido el plazo para su interposición. Es esta una cuestión que depende de cada legislación nacional, procesal o arbitral.

alcance firmeza plena y la calidad de cosa juzgada en un plazo no excesivamente dilatado.

22. El criterio de la sede debe ser traído de nuevo a colación, no ya como conductor de una posible “nacionalidad” del laudo arbitral, sino como criterio de competencia judicial internacional. En materia de recurso de anulación, la sede del arbitraje tiene la virtud de transferir a los Tribunales del Estado elegido el poder de control sobre lo que aconteció en el arbitraje. Desde esta perspectiva, ya hemos tenido ocasión de apuntar que uno de los datos relevantes en la elección es el comportamiento y la jurisprudencia al respecto de esos Tribunales de anulación. Sin embargo, el Estado (y su ordenamiento jurídico) elegido como sede del arbitraje no tiene por qué entrar en contacto más allá con el fondo del litigio arbitral. En el conocido laudo CCI 10.158/99, “FCC c. CCT”, las partes eligieron como sede del Tribunal procedimiento y firma del laudo arbitral la ciudad de Ginebra, Suiza; el contencioso, que separaba a una empresa española frente a una mercantil de Taiwan, tenía su origen en un contrato de construcción en formato del clausulado FIDIC<sup>79</sup>, es decir, uno de los contratos tipo más desvinculadas de ordenamientos nacionales en el comercio internacional. Pues bien, en el caso, mal pudiera afirmarse que la elección de esa sede transmitiera nacionalidad suiza al laudo (parcial) que recayó, sino que simplemente, le aportó la cobertura de sus Tribunales para realizar un control formal de lo acaecido en el arbitraje. De hecho, poco o nada tenía este asunto que ver con el ordenamiento suizo.

En estas circunstancias, puede plantearse hasta qué punto los Tribunales y el ordenamiento de la sede se ven afectados por los pronunciamientos arbitrales. Una cosa es que se realice, como se avanzaba, un control formal (validez del convenio arbitral, notificaciones y vías de defensa para ambas partes, nombramiento de árbitros y respeto al debido procedimiento, congruencia y cumplimiento de plazos) y otra muy distinta, que ese Estado de la sede vea amenazados sus criterios de arbitrabilidad o de orden público, los dos grandes controles de fondo que sí existen en sede de exequátur y que a continuación se exponen. La razón puede ser de diferente implicación para el juez nacional. Cuando al juez del reconocimiento se le solicita que lo acuerde, se está planteando a todos los efectos que “admita” en su ordenamiento un laudo, dictado o no en su territorio, pero al que debe otorgar plena eficacia jurídica formal y material. No suele ocurrir lo mismo cuando el Tribunal de control (de anulación) no es ya el que debe dar carta de naturaleza al laudo arbitral, sino simplemente revisar su realización e implementación para, finalmente, dejarlo pasar hacia la ejecución. Eso implica, desde el punto de vista de la conexión, que existe un criterio formal de competencia judicial internacional, pro que apenas existe un pequeño contacto desde el nivel de fondo del asunto. Así las cosas, el recurso de anulación es una garantía acerca del debido y regular proceso arbitral, pero no tiene porque extenderse más allá. En el ejemplo que se mencionaba, sería muy difícil que un Tribunal suizo (en el caso, la *Cour d'appel*) se pronunciara sobre la afectación de ese laudo al orden público suizo (siquiera sea internacional) o a la arbitrabilidad de la diferencia, que siempre se determina en función del ordenamiento del juez que la encausa. Sea la diferencia arbitrable o no y la

---

<sup>79</sup> Vid. I. HAUTOT y G. FLECHEUX, “La clause de règlement des différends dans les conditions FIDIC génie civil de 1987, *Rev. arb.*, 1989, pp. 609-629; R. LAPIEDRA ALCAMÍ e I. REIG FABADO, “Novedades en la resolución extrajudicial de controversias en los contratos internacionales de ingeniería (De la función cuasi-arbitral del ingeniero en una modalidad de ADR: el Dispute Adjudication Board. Las cláusulas 67 y 20 del libro rojo de la FIDIC)”, *RCEA*, vol. XVI, 2000-2001, pp. 317-345.

resolución de fondo ajustada a orden público, lo cierto es que ninguno de los aspectos afectan al ordenamiento de sede física del arbitraje. Y ello, volviendo al principio, porque la sede se elige en circunstancias de neutralidad jurídica y geográfica y en función de la constancia sobre la colaboración de jueces y tribunales en el desarrollo del arbitraje (incluido el recurso de anulación, entendible como el final de esa colaboración). Los Tribunales suizos anularon el laudo interlocutorio sobre la competencia, pero sobre la base de que el convenio arbitral perdió eficacia al plantearse con carácter previo procedimientos de fondo ante la jurisdicción nacional panameña. No habiendo convenio arbitral eficaz, no puede existir arbitraje, y ese control sí atañe al juez de la sede<sup>80</sup>.

No existe óbice en plantear esta alternativa al entendimiento del recurso. Pese a lo que en ocasiones se defiende, no puede ser entendido como una traba al desarrollo del arbitraje, sino como una garantía, aunque limitada con las matizaciones expuestas. Acaso este entendimiento es el que permita superar las últimas polémicas aparecidas en el sector. Como se avanzaba, algunas voces críticas se han ido alzando contra la inmisión de los jueces de anulación en el arbitraje. Y, ciertamente, si el recurso sobrepasa lo expuesto (controles de regularidad formal e igualdad en el respeto a la voluntad de las partes), puede que se trate de un control excesivo. Entendido en sus justos límites es, por el contrario, garantista, muy especialmente de la igualdad de las partes en el procedimiento y del cumplimiento escrupuloso de su voluntad. Entre la voluntad de desvinculación total (el arbitraje “flotante” que no tiene nada que ver con la sede) y las tesis territoriales (el arbitraje y el laudo asumen nacionalidad y relaciones con el ordenamiento del país sede) existe un abanico de posibilidades intermedias.

En el primer caso, la pretensión de “anacionalidad” ha llevado a determinados pronunciamientos destinados a subrayar la total desvinculación de la sede, hasta el punto de negar eficacia alguna a las sentencias en anulación provenientes de otros Estados y que, como es sabido, impiden el exequátur a tenor del art. V.1.e) CNY. Si la consecuencia práctica del recurso de anulación es la desaparición del laudo a nivel internacional, su ejecución deviene imposible. La manera de evitar la conclusión, lógicamente, es restar ese valor jurídico al recurso de anulación. De otro lado, es cierto que, en ocasiones, tanto legislaciones nacionales como Tribunales estatales pueden llegar a ejercer un férreo control sobre un arbitraje que, siendo internacional por su objeto, no tiene nada que ver con su ordenamiento sustantivo y al que presta el control formal que se ha mencionado. Esos son los extremos y eso implica que existe un medio: ni es necesario (acaso tampoco prudente) hacer desaparecer el recurso de anulación en aras de la auténtica anacionalidad del arbitraje, ni este control debe volverse una barrera infranqueable para arbitrajes y laudos que deban seguir su curso a otros Estados.

Quiere esto decir que el respeto a la internacionalidad del arbitraje pasa necesariamente por su correcto entendimiento. Los arbitrajes lo son por su objeto, por la diferente sede social o domicilio de las partes y, en relación con la sede, porque esta suele ser neutral y no conectada con ninguna de las partes, ni con los potenciales lugares de ejecución. Esta multiconexión otorga diferentes funciones a los distintos participantes y también a cada fase.

---

<sup>80</sup> ATF (1<sup>ère</sup> Cour Civile) 14 de mayo 2001, “FCC c. CCT”, annulation du sentence arbitrale CCI de 30 novembre 2000.

## V. INCIDENCIA DE LA “INTERNACIONALIDAD” DEL ARBITRAJE EN LA FASE POSTARBITRAL

### 1. Incumplimiento del laudo arbitral

23. Aunque no se trata de una situación habitual en el comercio internacional, puede darse el caso de que la parte condenada se niegue al cumplimiento del laudo arbitral. Esta circunstancia, puede obedecer a un deseo de defensa ante una decisión adversa considerada injusta, estando plenamente justificada la intervención de la justicia estatal. Pero muchas veces responde a tácticas dilatorias con un evidente componente de mala fe que ha llevado a calificar la referida intervención judicial como “patológica” por los abusos a los que puede dar lugar<sup>81</sup>. En cualquier caso, la función fiscalizadora de la justicia estatal implica una situación en la que se enfrentan distintos intereses en presencia: los intereses de las partes, los intereses públicos y los intereses de los terceros<sup>82</sup> y comporta una consecuencia fundamental: la quiebra de los principios de eficacia y de rapidez inherentes al arbitraje.

El control de la justicia estatal puede repercutir, de esta suerte, y de manera muy significativa sobre el fallo registrado por del laudo arbitral, condicionando toda la labor realizada por los árbitros. Y es precisamente aquí donde las reticencias de un determinado sistema estatal respecto del arbitraje adquieren su máxima expresión. Hasta el punto de que sea factible poner en entredicho la utilidad misma de la intervención judicial, pues de su pronunciamiento depende la eficacia final del arbitraje. Si las partes optaron por el arbitraje en un principio cabe presumir que han asumido, sin renunciar a ella, la tutela judicial efectiva de manera distinta que si hubieran acudido directamente a la vía judicial para resolver su controversia. Por descontado, en el arbitraje comercial internacional el contenido del control judicial varía ya se realice ante el juez del lugar donde el procedimiento arbitral ha tenido lugar o ante el juez del Estado donde la ejecución de del laudo arbitral debe tener lugar: “el juez de la impugnación tiene vocación de dar una resolución que trascienda sus fronteras mas la decisión del juez del reconocimiento es necesariamente de ámbito nacional”<sup>83</sup>. Esta apreciación es importante pues si estamos ante un laudo arbitral que no ha sido impugnado ante el juez en el país donde se ha pronunciado, la tutela jurisdiccional se desplaza necesariamente al juez del reconocimiento. Es preciso tener presente, de todas formas, que el doble control es en todos los casos posibles.

### 2. Consecuencias de la deslocalización del laudo arbitral

24. Una vez que se solicita la impugnación de del laudo arbitral el juez se enfrenta con las mismas cuestiones que se plantearían con otra situación del tráfico privado externo. Y, dentro de éstas se halla la necesidad de localizar tal situación dentro de su jurisdicción. Únicamente tras la determinación del foro de competencia es posible localizar del laudo arbitral en el sistema judicial, aunque no jurídico. Ello implica que

---

<sup>81</sup> J.D. BREDIN, “L’abus de voies de recours dans les procédures arbitrales”, *Rev. arb.*, 1965, p. 79.

<sup>82</sup> J. VAN COMPERNOLLE, “Le droit de recours du tiers contre une sentence arbitrale obtenue par fraude”, *Rev. crit. jurisp. belge*, 1994, pp. 647-663.

<sup>83</sup> M<sup>a</sup> V. CUARTERO RUBIO, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, p. 26.

será competente un orden jurisdiccional para la fase de control, pero no necesariamente será aplicable su Derecho.

La situación descrita se observa con más claridad desde la perspectiva del Estado ante el cual se pide el reconocimiento. Para el juez del reconocimiento el concepto de “Estado de origen” de del laudo arbitral no tiene sentido en si mismo, sencillamente se enfrenta al reconocimiento de un laudo arbitral “internacional” por su objeto. Las conexiones que tenga ese laudo arbitral con ese Estado u otro deben concretarse en cada supuesto concreto: puede que el procedimiento arbitral se haya regido por la ley suiza, pero la arbitrabilidad por las leyes francesa e inglesa, ambas conectadas con el litigio, etc. La concepción jurisdiccionalista del arbitraje late tras el planteamiento del “Estado de origen”, mas en este punto, la concepción contractualista explica mejor el fenómeno en el ámbito internacional<sup>84</sup>. Del laudo arbitral (como un contrato internacional) “flota” hasta que dada una circunstancia (el foro de competencia) es “localizado” en un sistema judicial. Sin embargo, es preciso insistir en que esta localización sólo alcanza la competencia judicial internacional; no implica, como ocurre en el área del derecho aplicable, que del laudo arbitral quede regida en todos sus complejos pronunciamientos a ese ordenamiento jurídico. La consecuencia contraria es grave.

25. Tal y como se ha señalado, resulta una afirmación generalizada, a partir de las tesis que abogan por la deslocalización del arbitraje<sup>85</sup>, aquella que afirma que del laudo arbitral “flota”<sup>86</sup>. Desde la perspectiva de la competencia judicial internacional la deslocalización del laudo arbitral no es consecuencia de la ley aplicable sino manifestación de la naturaleza de la situación privada internacional, que, eso si, se puede ver agravada por la sumisión del arbitraje a una ley no nacional<sup>87</sup>. La solución jurídica desde esta perspectiva de competencia judicial internacional trata de responder esencialmente a un objetivo: la conexión de del laudo arbitral con un orden jurisdiccional nacional<sup>88</sup>. Mas puede igualmente confirmar aquella situación de deslocalización si se acepta que el laudo permanezca ajeno a una jurisdicción. Y ello se puede alcanzar con nitidez admitiendo la renuncia de las partes al recurso contra la sentencia, lo que implica primar la autonomía de la voluntad de las partes frente a la voluntad de control-tutela del Estado.

Ya hemos puesto de relieve, el art. 1717.4<sup>o</sup> *Cod. Jud.* belga es la norma que ofrece una solución drástica en esta materia, pues considerados determinados índices de internacionalidad y si del laudo arbitral ha de ejecutarse fuera de Bélgica, el arbitraje permanece absolutamente ajeno al juez belga. Dicha solución no actúa sobre el margen que el ordenamiento permite a la autonomía de la voluntad sino sobre el volumen de control judicial que el Estado se reconoce. No se trata por tanto de admitir la renuncia,

---

<sup>84</sup> H. MOTULSKY, “La nature de l’arbitrage”, *Ecrits*, t. II, *Etudes et notes sur l’arbitrage*, París, 1974, pp. 5 ss; B. OPPETIT, “Sur le concept d’arbitrage”, *Études offertes à Berthold Goldman*, París, 1982, pp. 229-239. En la doctrina española reciente Vid. M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS y otros, *Derecho procesal práctico*, t. VIII, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995, p. 762; A. BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada, 2002, pp. 8-17

<sup>85</sup> Criticadas con rigor por G. CORDERO MOSS, *International Commercial Arbitration. Party Autonomy and Mandatory Rules*, Oslo, 1999, pp. 410-412.

<sup>86</sup> J. PAULSSON, “Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin”, *ICLQ*, 1981, p. 358.

<sup>87</sup> M<sup>a</sup> V. CUARTERO RUBIO, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>88</sup> El art. 9 CG es explícito al respecto: la anulación priva de eficacia a del laudo arbitral sólo si ha sido pronunciada por los tribunales del país en que dicho laudo se dictó.

esto es, reconocer el derecho de las partes, sino de no admitir el recurso<sup>89</sup>. El legislador belga reconoce que en Bélgica es posible dictar una sentencia arbitral “deslocalizada” y asegura que sus jueces y tribunales van a respetar este carácter, desplazando al juez encargado de la ejecución el control de del laudo arbitral<sup>90</sup>.

Respecto a la concreción del foro de competencia judicial internacional, tanto el art. 9 CG, como el art. V CNY, otorgan competencia a los tribunales del lugar donde se dictó del laudo arbitral. Como ya se ha establecido aquí, esta conexión jurisdiccional hace referencia, no tanto al lugar concreto de firma de del laudo arbitral, cuanto al del país en que se ha desarrollado el procedimiento arbitral, entendido este como sede del arbitraje, aunque sea ficticia. De la misma manera que los jueces de ese Estado pueden estar llamados en numerosas ocasiones a servir de apoyo al arbitraje, en la anulación se respeta el principio de proximidad otorgándoles la competencia. Es el procedimiento arbitral, como fase necesaria al momento en que se dicte del laudo arbitral, el que transmite el foro de anulación. Pues bien, hay que tener presente que en algunos casos es posible la disociación; puede ocurrir que, habiéndose desarrollado el procedimiento plenamente en un Estado, la sentencia se dicte y firme en otro, por diversas razones. En este punto, la jurisprudencia inglesa ha optado por considerar que esa sentencia arbitral no ha sido dictada en su territorio y ello con independencia de que todo el procedimiento se haya desarrollado en él<sup>91</sup>. Sin embargo, la generalidad de las legislaciones nacionales establecen e interpretan que la sede del arbitraje, como criterio de competencia judicial internacional en el momento de anular la sentencia, corresponde con el lugar en que se desarrolló el procedimiento<sup>92</sup>. Quizá con la finalidad de evitar cualquier conflicto de interpretaciones, el art. 1.2º Ley modelo establece directamente la competencia del juez del lugar en el que se desarrolló el arbitraje.

En términos generales la internacionalidad del supuesto no suele aparecer desde la perspectiva de la presentación de un eventual recurso del laudo sino desde la esfera de de su reconocimiento y la ejecución. Ello se observa con nitidez en el asunto “Bergesen c. Joseph Muller Corporation”<sup>93</sup>, decisión que aplicó el CNY a un laudo arbitral dictado en Nueva York entre partes extranjeras al considerarla “no nacional”, de acuerdo al tenor literal del art. 1 CNY. Otro ejemplo revelador lo suministra el asunto “Productos Mercantiles e Industriales S.A. c. Fabergé USA Inc., Industrias Unisola y Unilever USA Inc.”<sup>94</sup>. A partir de decisiones como las referidas se observa cómo el control de del laudo arbitral internacional se acerca al propuesto por la Ley modelo.

La internacionalidad del supuesto no es dispositiva. Depende de que se den los elementos que la definen y no queda en ningún caso en manos de las partes. La jurisprudencia francesa se ha pronunciado repetidamente sobre el particular: las partes no eligen el tipo de recurso asociado al carácter interno o internacional del arbitrajes, ni

---

<sup>89</sup> M<sup>a</sup>V. CUARTERO RUBIO, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>90</sup> Vid. J. LINSMEAU, “L’annulation des sentences arbitrales en droit belge”, *L’arbitrage, Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Bruselas, 1989, pp. 91-109.

<sup>91</sup> *Chambre des Lords* 24 de julio de 1991, “Hiscox v. Outhwaite”, *WLR*, 1991, p. 297, *YCA*, 1992, p. 599 ss, con nota de C. REYMOND, “Where is an Arbitral Award Made?”.

<sup>92</sup> Para un elenco completo de soluciones, P. FOUCHARD, E. GAILLARD y B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage...*, *loc. cit.* pp. 925-926.

<sup>93</sup> Second Circuit New York, 17 de junio de 1983, *Rev. arb.*, 1984, pp. 393-394.

<sup>94</sup> Second Circuit New York, 18 de abril de 1994, *Rev. arb.*, 1996, pp. 553-555 y nota de J.B. LEE, pp. 555-558.

pueden alterar el sistema que corresponda<sup>95</sup>. Y, en lo que respecta a las consecuencias de la internacionalidad del asunto es paradigmático el caso “Menicucci”; la *Cour d'appel* partió de la internacionalidad del supuesto para evitar la aplicación de las normas internas sobre el arbitraje, que impedían que éste se pactase en actos mixtos, es decir, negocios jurídicos no totalmente comerciales. Para sentar la base del carácter internacional del contrato, *prius* indispensable para la aplicación de uno u otro sistema jurídico, el tribunal utilizó un criterio amplio. En efecto, no es internacional el contrato o litigio que esté conectado con varios sistemas jurídicos, o, al menos, no en exclusiva, sino aquél que ponga en juego los intereses del comercio internacional. Esta tesis de validación de convenios arbitrales internacionales respecto a la prohibición interna es la que ha provocado la desvinculación del convenio de toda ley estatal en sus últimas expresiones<sup>96</sup>.

### 3. Hacia la supresión del doble control

26. Existen otras causas, de especial relevancia en el control estatal, que se aprecian de oficio por el juez en todos los casos: la arbitrabilidad de la diferencia y la adecuación de del laudo arbitral al orden público. Pues bien, en el art. 9 CG se han suprimido ambas, por la posibilidad existente de que sean controladas por el juez del exequátur. Esto impide un doble control sobre las mismas materias que, en el arbitraje comercial internacional, encerraría un riesgo evidente: la duplicidad de ordenamientos nacionales proyectándose sobre las mismas categorías, en momentos diferentes y ante dos jurisdicciones distintas. Como pusiera de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo austriaco de 20 de octubre de 1993 (“Redensaka c. Kajo”), la anulación en un Estado contratante de un laudo arbitral regulado por la CG no constituye, de conformidad con su art. 9, un motivo de denegación del reconocimiento o de la ejecución si dicha anulación ha sido pronunciada por motivos de orden público en un Estado, de acuerdo con su ley interna<sup>97</sup>.

La regulación del recurso de anulación frente a un laudo internacional en las Convenciones internacionales es la mejor muestra de la visión limitada con que el legislador y los jueces enfrentan la regulación global del arbitraje internacional. Respecto a la CNY y a la CG es necesaria una salvedad interesante. La segunda de ellas, de ámbito europeo continental, es complementaria de la primera, hasta el punto que la pretensión ideal es que sean simultáneamente aplicadas. Si la CG regula las fases puramente arbitrales y llega hasta el recurso de anulación (incluido), la de NY se dedica específicamente al reconocimiento y ejecución de los laudos dictados conforme al primero. Pues bien, esta articulación tiene consecuencias en el recurso de anulación. Teniendo en cuenta que todos los Estados parte del CG lo son de la CNY, se intentó evitar duplicidades innecesarias y dobles controles sobre el mismo laudo, aunque fuera en momentos diferentes. Por esta razón, la CG, en su art. 9 restringe la anulación como

---

<sup>95</sup> *Cour d'appel* de Paris (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.) de 27 de octubre de 1994, “Société de Diseno c. Société Mendes”, *Rev. arb.*, pp. 265-267 y nota de P. LEVEL.

<sup>96</sup> La sentencia “Dalico”, *loc. cit.*, supuso de hecho, la desvinculación del convenio arbitral de cualquier ley nacional; sin embargo, un análisis detenido de esta jurisprudencia arroja el resultado que aquí se sostiene: se trata más bien de una norma, siquiera sea jurisprudencial, francesa y no de una verdadera norma material de origen internacional.

<sup>97</sup> En este caso el Tribunal Supremo austriaco acordó el exequátur de un laudo arbitral pronunciado en la ex-Yugoslavia, pese a que había sido anulado por el Tribunal Supremo de Eslovenia, *Rev. arb.*, 1998, pp. 419-421.

causa de rechazo del reconocimiento previsto en el art. V.1° CNY a las causas expuestas en el referido art. 9. Y lo más llamativo es que éstas se restringen a las consideradas alegables a instancia de parte, tradicionalmente, aquellas que se dedican al control de regularidad del procedimiento arbitral y de eficacia formal de del laudo arbitral.

Debe tenerse presente, por tanto, que en las relaciones entre partes con domicilio o sede social en Estados parte del CG, la arbitrabilidad y el orden público, causas troncales de anulación de del laudo arbitral, decaen a favor del control en reconocimiento. Aunque los motivos para declarar la nulidad de un laudo coinciden casi exactamente con los motivos para denegar su reconocimiento o ejecución, habría que señalar dos diferencias prácticas. En primer lugar, los motivos relacionados con el orden público, incluido el hecho de que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, pueden diferir en cuanto al fondo, según el Estado de que se trate (*v. gr.* el Estado en el que se declara la nulidad o Estado de la ejecución). En segundo lugar, y lo que es más importante, los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo sólo son válidos y eficaces en el Estado (o Estados) en los que la parte vencedora pretenda su reconocimiento y ejecución, en tanto que los motivos de nulidad tienen repercusiones diferentes: la anulación de un laudo en el país en que haya sido dictado impide su ejecución en todos los demás países, conforme al inciso e) del párrafo 1) del art. V CNY y al ap. v) del inciso a) del párrafo 1) del art. 36 Ley modelo.

El control de estos dos aspectos, de alguna forma “sobrevuela” el territorio sede y por tanto el control del recurso de anulación. Una línea jurisprudencial, preferentemente franco-norteamericana, aunque ya se ha entendido a otros círculos jurídicos pro-arbitrales confirma esta afirmación. Baste atender al fallo del Tribunal Supremo austriaco en el referido asunto “Redensaka c. Kajo”<sup>98</sup>.

27. En efecto, la elección por las partes del procedimiento arbitral como método para resolver su controversia comporta un cumplimiento eficaz del laudo arbitral, en concreto, su ejecución; de ahí que el laudo firme sea considerado como *res iudicata* (art. III CNY). Ahora bien, por lo general el laudo arbitral no es ejecutado de forma voluntaria lo que obliga a la parte vencedora a dirigirse a la jurisdicción estatal para obtener el exequátur de dicho laudo; por esta razón resulta esencial que el laudo sea susceptible de ejecución forzosa tanto en el ámbito interno como en el internacional y que en este último caso se otorgue el máximo de facilidades para facilitar el exequátur.

La deslocalización del arbitraje en el contexto que estamos examinando se refleja en una línea jurisprudencial adoptada por Tribunales de países favorables a la institución y de la que cabe referirse a los asuntos, “Hilmarton”, “Chromalloy”, “Lapine Technology Corp.”, “Arab Investment Guarantee Corp.”<sup>99</sup> y “Betchel”. El denominador común es una serie de decisiones que resolvieron favorablemente el exequátur de laudos que habían sido anulados con anterioridad por el Tribunales de la sede del arbitraje; es decir, unos fallos anulados en origen y validados posteriormente por el juez del exequátur<sup>100</sup>. Debe tenerse en cuenta que el art. V.1°.e) CNY establece, como causal para la denegación del exequátur, que “sólo se podrá denegar en reconocimiento” cuando “...la sentencia ... ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia”.

<sup>98</sup> *Vid.* nota de P. LASTENOISE y P. SENKOVIC, *ibid.*, pp. 421-430.

<sup>99</sup> *International Arbitration Law Review*, vol. 1, n° 2, febrero 1998, pp. 35 ss.

<sup>100</sup> *Vid.* Ph. FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, *Rev. arb.*, 1997, pp. 329 ss.

El asunto “Hilmarton” tuvo su origen en un contrato de intermediación celebrado entre la entidad “Omnium de traitement et de valorisation (OTV)” con la sociedad inglesa “Hilmarton Ltd”; que incluía una cláusula de sumisión a la CCI; ante el impago de los servicios por la primera de estas sociedades Hilmarton inició un procedimiento arbitral en Ginebra que concluyó con un resultado adverso para ésta pues el laudo pronunciado el 19 de agosto de 1988 consideró el contrato suscrito era contrario al orden público internacional y en consecuencia nulo<sup>101</sup>. Hilmarton, presentó recurso de anulación en el lugar de emisión del laudo y el juez suizo consideró que el fallo era arbitrario pues aunque era evidente que el contrato podía ser contrario al orden público de un tercer Estado (en este caso Argelia) no era contrario al orden público internacional suizo<sup>102</sup>; y esta decisión fue confirmada por el Tribunal federal. Ante esta anulación se inició un segundo procedimiento arbitral que concluyó el 10 de abril de 1992, acomodándose el nuevo laudo a los criterios apuntados por el juez. Sin embargo la entidad francesa antes de que el Tribunal federal resolviese el recurso presentó el exequátur del primer laudo en Francia y el juez francés sobre la base del art. VII CNY y del art. 1502 NCPC consideró que la anulación practicada no podía tener lugar por no caber dentro de la noción de orden público incluida en este último precepto<sup>103</sup>. Con posterioridad, tras la solicitud del segundo laudo arbitral se suscitó una batalla jurídica<sup>104</sup> en distintas instancias francesas que concluyó con una sentencia de la *Cour de Cassation* de 10 de junio de 1997 en la que rechazó el exequátur del segundo laudo emitido en Suiza y de la sentencia del Tribunal federal. Este fallo abrió, como es natural, un amplio debate doctrinal por la eventual puesta en cuestión del efecto unificador de la CNY o atentado a la armonía internacional de soluciones, pero fue ratificado en decisiones posteriores<sup>105</sup>. Concretamente, la Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 14 de enero de 1997 declaró la ejecución en Francia de un laudo arbitral pronunciado en Egipto que había sido anulado por los Tribunales de El Cairo<sup>106</sup>.

Continuando con la doctrina sentada por la Sentencia “Hilmarton”, el asunto “Bechtel,” objeto de la Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 29 de septiembre de 2005, es absolutamente revelador de la autonomía del arbitraje respecto del control del laudo por el juez de origen. La referida decisión reconoció el exequátur en Francia de un laudo pronunciado en Dubai pese a que éste había sido anulado por los tribunales de este país, que era la sede del arbitraje por un defecto de procedimiento; en concreto, el árbitro único en la fase probatoria no había tomado juramento a los testigos, basado en la ley islámica, que exigía ley local. El juez del exequátur no tuvo en consideración este extremo entendiendo que la violación de una formalidad local no podía ser esgrimida internacionalmente como causa de nulidad de un laudo, máxime cuando éste se presentaba para su reconocimiento ante un tribunal distinto del país en donde fue

<sup>101</sup> V. HEUZÉ, “La morale, l'arbitre et le juge”, *Rev. arb.*, 1993, p. 179.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>103</sup> De acuerdo con la Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 19 de diciembre de 1991, confirmada por la de la *Cour de cassation* de 23 de marzo de 1994, “*l'insertion dans l'ordre juridique français d'une sentence rendue en matière d'arbitrage international, annulée à l'étranger par application de la loi locale, n'est pas contraire à l'ordre public international, au sens de l'art. 1502, 5º*”, *Ibid.*, p. 329.

<sup>104</sup> *Vid.* una evolución detallada del asunto y la opinión favorable hacia la actitud adoptada por el juez francés en M<sup>a</sup> V. CUARTERO RUBIO, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, pp. 161-166.

<sup>105</sup> *Ibid.*, pp. 154-165.

<sup>106</sup> *Rev. arb.*, 1997, p. 395 y note de Ph. FOUCHARD.

anulado. El fallo del árbitro quedó absolutamente desvinculado del orden jurídico estatal adquiriendo efecto fuera de las fronteras de éste<sup>107</sup>.

28. La doctrina reseñada no es patrimonio de la jurisprudencia francesa. En el asunto “Chromalloy” el Juez del Distrito de Columbia (EE UU) reconoció el laudo a pesar de que éste había sido anulado por un Tribunal de Egipto en 1995, que era el Estado donde se había fijado la sede del arbitraje, por considerar éste que la ley egipcia designada para al arbitraje no había sido correctamente aplicada por el Tribunal arbitral<sup>108</sup>; el juez entendió que tenía, pese a la circunstancia descrita en el referido art. V, facultades discrecionales para denegar o no el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral a través de una curiosa interpretación de la expresión “se podrá denegar” que, en su opinión le confería una potestad facultativa. Y a esta razonamiento añadió el tenor del art. VII CNY según el cual las disposiciones de la Convención no “privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitida por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”; tenor que suponía dar preferencia lo dispuesto en la *Federal Arbitration Act* que confería una serie de derechos a la actora, pues ésta partía de la presunción del carácter obligatorio del laudo arbitral, que únicamente puede ser anulado bajo unas condiciones muy estrictas. En otro caso decidido un año después por los tribunales estadounidenses, el criterio judicial fue que sí se puede revisar el fondo del laudo cuando éste sea “completamente irracional o muestre total desaprensión de la ley”<sup>109</sup>

29. Una valoración de la jurisprudencia reseñada pone el acento en que resulta cuanto menos dudoso la interpretación efectuada del art. V CNY y en que el poder discrecional, de carácter residual, del juez del exequátur pueda extenderse a un laudo que ha sido anulado en el país donde éste ha sido pronunciado. A este respecto cierto sector doctrinal insiste en el carácter excepcional que tienen alguno de los fallos que se han relatado y en que sus posiciones no pueden generalizarse<sup>110</sup>; el origen de muchos de los fallos arbitrales considerados en países islámicos<sup>111</sup> evidencia un sospechoso aroma del mal llamado “conflicto de civilizaciones”. No cabe duda que el juez de la sede del arbitraje es quien está mejor situado para ejercer el control del desarrollo del arbitraje y

---

<sup>107</sup> Para la *Cour d'appel* la sentencia de anulación pronunciada en Dubay no podía ser reconocida en Francia porque “*les décisions rendues à la suite d'une procédure d'annulation, à l'instar des décisions d'exequatur, ne produisent pas d'effets internationaux car elles ne concernent qu'une souveraineté déterminée sur le territoire sur lequel elle s'exerce, aucune appréciation ne pouvant être portée sur ces décisions émises par un juge étranger à l'occasion d'un procès indirect*” [*Cour d'appel* París (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.), 29 de septiembre de 2005 “Société Betchel c. Direction générale de l'aviation civile de Dubaï”, *Hammond & Hausmann, La Revue*, nº 109, noviembre 2005, p. 13]

<sup>108</sup> Sentencia Tribunal del Distrito de Columbia de 31 de julio de 1996 “Chromalloy Aeroservices c. République arabe d'Egypte”, *Rev. arb.* 1997, p. 339.

<sup>109</sup> “Lapine Technology Corp. C. Kyocera Corp”, *International Arbitration Law Review*, vol. I, nº 3, 1998, pp. 55 ss.

<sup>110</sup> Por ejemplo, refiriéndose a la sentencia “Chromalloy” A.J. VAN DEN BERG apunta que no debe sacarse de su propio contexto llamando la atención que los motivos en que se apoya son más que discutibles, por lo que debe esperarse a que se produzca una continuidad jurisprudencial que confirme la línea avanzada (“L'exécution d'une sentence arbitrale en dépit de son annulation”, *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage*, noviembre 1998, p.15.

<sup>111</sup> *Vid.*, por todos, N. NAJJAR, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, París, 2004.

dicho control tiende a evitar que se produzcan supuestos de *forum shopping*. No puede desconocerse, sin embargo, la existencia de una corriente favorable a la aplicación en el sector que estamos considerando del art. VII CNY como instrumento limitador del control judicial del laudo arbitral efectuado en el país de origen. Y dicha corriente ha llegado al paroxismo con la propuesta de suprimir el recurso de anulación en origen contra los laudos arbitrales de carácter internacional y limitando el control al momento del exequátur<sup>112</sup>. Con ello se está a un evidente rechazo de las concepciones tradicionales en orden a la relevancia de la sede del arbitraje. Sin embargo existen posiciones más matizadas que parten de la corrección de la aplicación de la ley de la sede para establecer la regularidad del laudo arbitral, entre otras cosas, por ser conforme a lo dispuesto en el art. 34 Ley modelo y en la mayor parte de las legislaciones que la siguen. Sentada esta premisa, en relación con el respeto a la mayor o menor confianza en la aplicación de la ley local por parte de los jueces que realizan el control en origen, llama la atención sin embargo de que la sede es producto de la libre elección de las partes, lo que no ocurre con el país donde debe realizarse la ejecución del laudo por lo cual el juez del exequátur deberá atender únicamente a los eventuales errores de carácter internacional que entrañe el laudo arbitral poseyendo en esta materia una competencia de carácter discrecional, que no puede aplicarse cuando el defecto del laudo obedezca a un criterio de carácter local.<sup>113</sup> Con ello se limita el papel privilegiado que corresponde al juez de origen en aras de la mundialización del Derecho de los negocios y, dentro de él, del arbitraje comercial.

---

<sup>112</sup> Cf. Ph. FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation...”, *loc. cit.*, p. 329.

<sup>113</sup> J.F. POUDRET, “Quelle solution pour en finir avec l’affaire Hilmarton?”, *Rev. arb.*, 1998 p.7.