

La Convención de Nueva York.

Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

Amal Bouchenaki
Mildred Ojea
Irma Rivera¹



Amal Bouchenaki: Abogada especialista en arbitraje internacional. Se desempeña en la oficina de Nueva York de la firma Herbert Smith Freehills.

Mildred Ojea: Socia, Ojea y Torretta LLP. Áreas de práctica: operaciones financieras internacionales, desarrollo y financiamiento de proyectos, private equity, reestructuraciones, fusiones y adquisiciones, joint ventures y asuntos corporativos en general.

Irma Rivera: Socia, Brigard & Urrutia Abogados (Bogotá, Colombia), en donde asesora a clientes nacionales y extranjeros en litigios complejos y trámites arbitrales.

I. Introducción

La *Convención de Nueva York* de 1958 (la Convención), es uno de los instrumentos del derecho internacional más ratificado. Sin este nivel de ratificación, nunca hubiera sido posible el desarrollo del arbitraje internacional desde finales de los años cincuenta hasta hoy en día. Su objetivo práctico es claro, pues consiste en crear un marco general que permita la incorporación de los pactos arbitrales y laudos extranjeros al sistema jurídico de los países que son parte del tratado.

El transcurso del tiempo ha permitido que el contenido de la Convención a través de las

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera

distintas interpretaciones que las Cortes Nacionales han hecho de su alcance y contenido, sea cada vez más coherente con las necesidades del mundo de los negocios, como un mecanismo que permite que lo acordado por las partes frente a quien debe resolver las diferencias y las decisiones adoptadas por los tribunal arbitrales, sean cumplidas.

Muchas de las nuevas leyes de arbitraje internacional que han sido adoptadas por algunos de los países miembros buscan armonizar las disposiciones internas con el clausulado de la Convención, con el fin de facilitar el intercambio jurídico internacional, la estabilidad y eficacia de las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales.

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre arbitraje comercial internacional (la “Ley Modelo”), con todas sus modificaciones, constituye un sistema de normas que complementa y ayuda a generar previsibilidad de las decisiones que, con relación al reconocimiento de laudos extranjeros, se deban tomar en cada uno de los países en los que este modelo de ley se ha adoptado.

A la par del sistema CNUDMI, el arbitraje internacional se desarrolló en países como Francia, Inglaterra y los Estados Unidos, que aunque no adoptaron el sistema CNUDMI, han dado más fuerza y previsibilidad al proceso arbitral y el reconocimiento de laudos arbitrales internacionales a nivel doméstico a través de una implementación coherente y predecible de los principios enunciados en la Convención.

Otro de los tratados que pueda resultar aplicable en un proceso de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales es la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* adoptada el 30 de enero de 1975 (la Convención de Panamá). La Convención de Panamá está basada en la estructura de la Convención. La Convención de Panamá como la Convención, reconoce la validez de los acuerdos a someter controversias al arbitraje¹ y requiere que el pacto arbitral sea por escrito.² La carga de la prueba en la Convención de Panamá recae en la parte que se resiste el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, presumiendo la validez de ese laudo.³ Ambas convenciones establecen causales similares para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.⁴

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

Este artículo tiene como objetivo proporcionar una visión general de la Convención como mecanismo para el reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras, teniendo en cuenta los parámetros que el mismo tratado establece.

Presentaremos -de manera sumaria- una reseña sobre las distintas causales para denegar el reconocimiento una sentencia arbitral y, de manera particular, un análisis sobre ciertas decisiones judiciales proferidas en Colombia, Chile, Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra y Francia, en las que se analiza el alcance del Artículo V(2)(b) de la Convención, relacionada con la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional por cuestiones de orden público. Las decisiones que toman las Cortes Nacionales en virtud de esta causal podrían permitir establecer que tan “predecibles” o “no predecibles” pueden ser las decisiones que afecten a las partes interesadas en obtener el reconocimiento de un laudo.

II. Aspectos generales sobre la Convención

La Convención es un tratado internacional que es parte del derecho público internacional, razón por la cual para su debida interpretación deben tenerse en cuenta los artículos 31⁵ y 32⁶ de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969. Consta de 16 artículos y sus versiones en chino, español, francés, inglés y ruso son consideradas auténticas y se encuentran depositadas en los archivos de las Naciones Unidas.⁷

Este tratado multilateral tiene una marcada tendencia de interpretación a favor del (i) reconocimiento y ejecución de los acuerdos arbitrales⁸ y; (ii) el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros,⁹ siendo un instrumento internacional que abarca estos dos importantes temas. Adicionalmente, al ser un tratado corto, tiene la virtud de ser de fácil consulta.

El arbitraje como medio para resolver una controversia requiere de la existencia de un acuerdo de voluntades, como mecanismo para solucionar de manera definitiva el conflicto. Ese acuerdo de voluntades lo encontramos descrito en el Artículo II(2) de la Convención. Al ratificar la Convención, los Estados signatarios reconocen que cuando las partes han celebrado un pacto arbitral válido, las disputas que surjan entre ellas serán resueltas por los

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera

Es importante recordar que el pacto arbitral o acuerdo arbitral debe entenderse como una brújula que debe guiar a las partes y a los árbitros en un trámite arbitral. El acuerdo arbitral establece los parámetros y constituye la guía que permite, entre otras, dictar un laudo que pueda posteriormente ser reconocido, ejecutado y no anulado.

árbitros y no por las cortes, quienes serían los jueces naturales, siempre en los términos y con las limitaciones que se hayan incluido en el pacto.

Es importante recordar que el pacto arbitral o acuerdo arbitral debe entenderse como una brújula que debe guiar a las partes y a los árbitros en un trámite arbitral. El acuerdo arbitral establece los parámetros y constituye la guía que permite, entre otras, dictar un laudo que pueda posteriormente ser reconocido, ejecutado y no anulado.

Cuando los árbitros toman decisiones que tienen la naturaleza de un laudo, como por ejemplo el laudo final o laudos relacionados con la jurisdicción, proferidos durante el trámite arbitral, se hace imperativo que las mismas sean cumplidas. La Convención permite el reconocimiento y ejecución¹⁰

de esas decisiones por fuera de los límites territoriales que los jueces nacionales tienen e incorporan dentro de los sistemas jurídicos, dándole a la sentencia arbitral los mismos efectos que tendría una sentencia nacional, efectos tan importantes como el de cosa juzgada. Es decir, la Convención abre la posibilidad de que el juez nacional, una vez reconocido el laudo, pueda hacerlo efectivo a través del mecanismo interno que cada Estado tenga para el efecto y el cual, obviamente, debe estar permeado por los lineamientos que imparte la misma Convención.

En los artículos de la Convención se establecen reglas generales y los medios de interpretación adicionales que pueden ser utilizados por el intérprete. Es importante tener en cuenta que las normas internas de los países cuando se busca el reconocimiento de un laudo, no son las que deben ser aplicables en materia de interpretación, pues al aplicarse esas normas internas se podría

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

alterar el sentido de la Convención a través de las decisiones judiciales.

Es obligatorio para los Estados aplicar en debida forma la Convención, de lo contrario se compromete la responsabilidad internacional e incluso podría constituir una violación de otros tratados. En este punto es importante recordar que bajo la Convención, los Estados que son parte se han comprometido a reconocer los acuerdos arbitrales y los laudos, en los términos y cumpliendo los fines del tratado. La responsabilidad de hacer operativa la Convención y que su objetivo se cumpla, recae en el Estado a través de su rama judicial y son las Cortes Nacionales quienes tienen el importante deber de hacer respetar lo acordado. Es decir, son los jueces quienes, finalmente, tienen la posibilidad de desarrollar a través de sus decisiones, el alcance y la efectividad de la Convención, desde el punto de vista práctico.

Son los jueces quienes, finalmente, tienen la posibilidad de desarrollar a través de sus decisiones, el alcance y la efectividad de la Convención, desde el punto de vista práctico.

Un aspecto fundamental para los Jueces Nacionales es el de reconocer la validez del acuerdo arbitral y remitir a las partes, siempre que así lo encuentren fundamentado, al procedimiento arbitral.¹¹ Lo anterior ocurriría cuando una parte, en desconocimiento del acuerdo arbitral, pretendiera promover una decisión judicial de un asunto que ha sido sometido a un tribunal arbitral.

Con relación al acuerdo arbitral, cuando sea necesario que los jueces nacionales se pronuncien, es importante tener en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: si el acuerdo cumple con los parámetros establecidos en la Convención,¹² si es válido, si la disputa está cubierta por el pacto, si el acuerdo es vinculante para las partes y si la parte que acude a la jurisdicción ordinaria está desconociendo lo acordado válida y previamente.

Estos y otros aspectos le permitirán a las Cortes Nacionales remitir o no a las partes a la vía arbitral, siendo un objetivo importante el que se respete la filosofía de la Convención y se reconozca¹³ el acuerdo escrito, por el cual las partes se han obligado a someter sus diferencias a arbitraje. Cada caso será

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera

analizado de manera independiente y bajo los parámetros establecidos en el Artículo II ya mencionado, con las limitaciones que respeten la tendencia pro arbitraje de la Convención.

Los Jueces Nacionales en representación de los Estados signatarios de la Convención de Nueva York tienen la obligación, bajo el Artículo III, de reconocer y ejecutar los laudos arbitrales, salvo que se determine una o más de las causales de denegación establecidas en el Artículo V deba proceder. Debe tenerse en cuenta que la misma Convención, establece como obligación para los Estados contratantes que los requisitos para el reconocimiento de laudos extranjeros no pueden ser más gravosos que los que se establecen para las sentencias arbitrales nacionales. Esta disposición implica, además, que las Cortes Nacionales no deben generar, crear o aplicar requisitos más exigentes que los establecidos por la Convención.

La aplicación de la Convención debe darle efectividad a los acuerdos arbitrables y a la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Cuando se busca la ejecución de la sentencia arbitral extranjera, la Convención establece, en el Artículo IV, los requisitos formales que constituyen evidencia de la decisión que se pretende ejecutar. Aspectos prácticos que deben ser tenidos en cuenta al momento de iniciar el reconocimiento y ejecución con relación a los documentos, son por ejemplo, la existencia de documentos originales, o copias auténticas, las traducciones en caso de ser necesarias, el contenido y alcance de la solicitud de reconocimiento.¹⁴ El cumplimiento de estos requisitos son cargas de quien se presenta ante la autoridad judicial a pedir que la decisión sea jurídicamente incorporada en el país en donde ha presentado la solicitud.

Una vez que el solicitante haya cumplido con los requisitos antes mencionados, se iniciará el trámite de reconocimiento de la sentencia arbitral por el juez competente. Es importante anotar que esta etapa se caracteriza por (i) la no revisión del fondo de la decisión, (ii) la taxatividad de las causales de denegación, (iii) la carga de la prueba en cabeza del demandado de las causales contempladas en el Artículo V(1), (iv) la existencia de causales que pueden ser decretadas de oficio por las Cortes Nacionales previstas en el Artículo V(2) y; (v) la facultad de las Cortes Nacionales para otorgar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral, aun existiendo una causal que permita la denegación del mismo.

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

III. Las causales de denegación previstas en el Artículo V de la Convención

Como se ha sugerido previamente, la Convención está diseñada en pro del reconocimiento de los acuerdos de arbitraje y sentencias arbitrales, importantes para los intereses del mundo de los negocios quien, tradicionalmente, se ha visto inclinado a preferir una resolución de conflictos flexible, privada y eficiente, en términos de costos y de tiempo.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la Convención debe velar, principalmente, porque los laudos extranjeros no sufran discriminaciones al momento de su reconocimiento. Por tanto, los Estados Parte de dicho tratado están bajo la obligación de asegurar que los laudos extranjeros o sentencias arbitrales sean reconocidos y ejecutados en una determinada jurisdicción, de la misma forma en que los laudos domésticos o sentencias arbitrales nacionales de aquella jurisdicción serían reconocidos y ejecutados.

Para garantizar el cumplimiento estricto de esta obligación la Convención prevé, en su Artículo V, unas causales específicas por las cuales los Jueces Nacionales pueden negar el reconocimiento de un laudo extranjero o de una sentencia arbitral. En este punto, es preciso recordar que, con anterioridad a la vigencia de la Convención, bajo la vigencia de la Convención de Ginebra de 1927, el reconocimiento de un laudo podía ser rechazado o negado si el juez competente determinaba que el laudo iba en contra de las leyes del país en el que el reconocimiento se solicitaba. Así, bajo la Convención de Ginebra, los jueces a quienes se sometía el reconocimiento de laudos extranjeros podían revisar y analizar los méritos en los que se fundamentaba la decisión y en consecuencia, los mismos podían ser objeto de discusión e incluso ser reconsiderados.

Bajo el esquema de la Convención, también tiene un rol fundamental la carga de la prueba. Como regla general, quien pretende el reconocimiento de un laudo extranjero sólo tiene que probar la existencia del mismo y el pacto arbitral que soporta la decisión. En consecuencia, a quien le corresponde demostrar que el reconocimiento debe ser denegado es a la parte demandada, en contra de quien se pretende reconocer el laudo o la sentencia arbitral. Como excepción, las Cortes Nacionales competentes para decidir sobre el

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera

reconocimiento de un laudo o sentencia arbitral, pueden negar su reconocimiento cuando encuentren probada una causal que se pueda declarar de oficio. En efecto, el Artículo V(2) de la Convención establece dos causales que se pueden declarar de oficio, con lo cual, se puede afirmar que los jueces competentes para decidir sobre el reconocimiento de un laudo extranjero o sentencia arbitral, tienen discrecionalidad para conceder el reconocimiento, pues no están atados a lo que puedan demostrar las partes, teniendo la posibilidad de conceder el reconocimiento, aun existiendo la causal.

En ese orden de ideas, tal y como ya fue mencionado, bajo la Convención existen dos clases de causales que justifican el rechazo del reconocimiento de un laudo extranjero o sentencia arbitral. Por un lado, están las causales que además de ser alegadas por las partes, deben ser probadas necesariamente por la parte demandada y por otro lado, están las causales que pueden ser declaradas de oficio por las Cortes Nacionales que conozcan de la petición de reconocimiento.

A. Causales que deben ser probadas por la parte demandada

Las causales que tienen que ser probadas por la parte demandada para evitar el reconocimiento están previstas en el Artículo V(1) de la Convención. A continuación presentaremos algunos aspectos fundamentales de cada una de estas causales.

- a. *Causal primera:* que las partes en el acuerdo a que se refiere el Artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable (Artículo V(1)(a))

Respecto de esta causal, es importante tener en cuenta que la Convención no indica cómo debe determinarse “*la ley que es aplicable*”. Esta se debe entender como aquella ley que aplica a las partes según las reglas de derecho internacional privado aplicables en el Estado en donde se solicita el reconocimiento del laudo.

La incapacidad se ha entendido como falta de capacidades físicas, mentales o legales, aplicables no solo a personas físicas sino a naturales.

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

b. *Causal segunda:* que el pacto arbitral no es válido (Artículo V(1)(a))

Para determinar si un pacto arbitral es o no válido, la Convención establece expresamente que el juez deberá tener en cuenta, en primer lugar, la ley a que las partes lo han sometido. Sin embargo, en caso de que las partes no hayan dicho nada al respecto, la Convención establece que la validez del pacto arbitral se definirá conforme a las leyes del país en el que se dictó el laudo.

Evidentemente, este orden de prioridades tiene sentido pues se debe dar prevalencia al principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Sólo subsidiariamente se debe tener en cuenta la ley aplicable en la sede del tribunal arbitral y únicamente si las partes guardaron silencio respecto de la ley aplicable al pacto.

Esta causal de denegación de reconocimiento y ejecución, en la práctica, es una de las más utilizadas por quienes buscan oponerse al reconocimiento del laudo o sentencia arbitral, alegando por ejemplo, que el acuerdo arbitral no se encontraba por escrito.

c. *Causal tercera:* que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa (Artículo V(1)(b))

Esta causal tiene como objetivo primordial la protección del derecho fundamental al debido proceso. Este numeral no especifica cuál es la ley que debe tenerse en cuenta para definir si la parte no se notificó en debida forma o no pudo hacer valer su derecho de defensa. Sin embargo, interpretaciones en relación con esta cláusula sugieren que la ley aplicable es la ley de la sede del arbitraje.¹⁵

En relación con el último aparte de esta causal, que establece que el laudo no obtendrá reconocimiento alguno si la parte contra la cual se invoca el mismo por cualquier razón no ha podido hacer valer sus medios de defensa, hace referencia a aquellas circunstancias en las que la parte afectada no pudo, motivos que para algunos solo son de fuerza mayor, hacerse parte del proceso arbitral. Una muy amplia interpretación promovería la negligencia

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera

en la medida que admitiría la inasistencia de las partes al proceso arbitral, por cualquier razón potestativa, para después alegar su incomparecencia como causal justificativa y suficiente para oponerse al reconocimiento del laudo.

d. *Causal cuarta*: que el laudo arbitral se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones del pacto arbitral o contiene decisiones que exceden los términos del mismo (Artículo V(1)(c))

El objetivo de esta causal es dar cabal cumplimiento al pacto de las partes. Las facultades de un tribunal arbitral no pueden exceder lo que se ha definido como su ámbito de decisión. En este punto, es preciso señalar que es el pacto arbitral es el que delimita inicialmente la competencia del Tribunal y posteriormente, los términos de referencia o el acta de misión desarrollan los puntos que serán materia de decisión, los cuales son conocidos por las partes.

Así las cosas, todas las decisiones que excedan el alcance del pacto arbitral no pueden ser reconocidas. De hecho, la Convención estima que un laudo extranjero puede ser reconocido parcialmente pues el literal (c) del Artículo V(1) establece que:

“si las disposiciones de la sentencia arbitral que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las cuestiones que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras”.

Es importante anotar que cada Corte Nacional tiene la posibilidad de reconocer parcialmente un laudo, si es posible desconocer el exceso y preservar el resto del contenido de la sentencia arbitral, permitiendo que el conflicto se resuelva frente a lo que es posible reconocer.

e. *Causal quinta*: que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje (Artículo V(1)(d)).

De conformidad con el literal d del Artículo V(1), ningún laudo extranjero podrá ser reconocido si el tribunal arbitral no se constituyó o no se llevó a

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

cabo de acuerdo con las normas que pactaron las partes para tal propósito, o en su defecto, de acuerdo con las leyes de la sede del tribunal arbitral.

Debe anotarse que los árbitros al momento de aceptar su designación tienen el deber de confirmar si tienen las cualidades que las partes han establecido en el pacto arbitral, por ejemplo las de hablar más de un idioma, o tener credenciales académicas específicas, para así evitar cuestionamientos posteriores, que al final puedan ser usados por la parte vencida para evitar que el laudo sea reconocido.

El alcance de esta causal puede ser discutible toda vez que no queda claro qué tanta libertad tienen las partes de pactar el procedimiento. Claramente, si las partes deciden adoptar ciertas reglas de procedimiento, deben acordar unos mínimos estándares que protejan y hagan efectivos los derechos al debido proceso y de defensa. De lo contrario, es probable que un tribunal arbitral prefiera aplicar las leyes de la sede del tribunal arbitral para garantizar los derechos fundamentales de las partes.

f. *Causal sexta:* que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado el laudo (Artículo V(1)(e))

Esta causal busca prevenir el reconocimiento y ejecución de laudos que no son obligatorios por diferentes motivos. Algunos de estos motivos podrían ser, por ejemplo, los siguientes: (i) que el laudo aún no se haya ejecutoriado; (ii) que operó la prescripción para solicitar su reconocimiento o; (iii) que la parte contra quien pretende hacerse valer el laudo, no fue parte en el proceso arbitral. Vale la pena anotar, que el rechazo del reconocimiento del laudo por alguna de estas razones no necesariamente es definitivo. En efecto, si con el paso del tiempo el laudo pueden tornarse obligatorio para las partes, el juez competente podrá diferir su decisión hasta tanto ese supuesto de hecho ocurra. Es decir, en este caso en particular, puede aplicar la figura de la “*prejudicialidad*”.¹⁶ Sin embargo, la aplicación de esta figura no es de ninguna manera una obligación del juez competente. Es decir, la aplicación de la “*prejudicialidad*” está sujeta a la entera discrecionalidad del juez.

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera

B. Causales que pueden ser declaradas de oficio

En el acápite anterior se hizo un breve recuento de las causales que deben, necesariamente, ser probadas por la parte demandada.

En las siguientes líneas corresponde hacer alusión a aquellas causales que además de ser alegadas por las partes pueden ser declaradas de oficio por el juez que debe decidir si reconoce o no el laudo extranjero. Tales causales están previstas en el Artículo (V)(2) de la Convención y son sólo dos: (i) que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no sea susceptible de solución por la vía arbitral y; (ii) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia arbitral sea contrario al orden público de ese país.

Estas causales buscan proteger la soberanía del Estado en donde se quiere obtener el reconocimiento, se utilizan con frecuencia y en ocasiones se usan para generar simpatía de las Cortes Nacionales en la presentación que se hace para oponerse al reconocimiento. de la denegación del reconocimiento.

Según la primera de estas causales, que se refiere a la arbitrabilidad, siempre le corresponderá a la Corte Nacional competente definir si el objeto del litigio podía ser resuelto por la vía arbitral de conformidad con la ley del país en el cual se solicita el reconocimiento del laudo extranjero. En la mayoría de los países no son arbitrales asuntos relacionados con temas de menores, quiebras, testamentos y por supuesto los vinculados con la comisión de delitos.¹⁷

La segunda causal es la que permite la denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral en los casos en que esta sea contraria al orden público del país adonde se ha solicitado el reconocimiento.¹⁸ De la misma forma, corresponde al juez del país en el cual se solicita el reconocimiento de la decisión arbitral, definir si es o no contraria al orden público. Esta causal es de las más invocadas por las partes, sin embargo los jueces nacionales en general la aplican con extrema cautela y raramente deniegan el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales con base en ella.

La Convención no incluye una definición de lo que se entiende por orden público, así, corresponde a los jueces del Estado Parte definir el alcance de la expresión “orden público”.

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

El orden público es un concepto caracterizado por su vaguedad, y que puede ser definido peligrosamente según el elemento que se pretenda usar. No existe en la doctrina internacional consenso con respecto a la definición de orden público. Es una noción que puede cambiar con el transcurso del tiempo y según la jurisdicción respectiva.

En la práctica, dependiendo de la aplicación del concepto en el contexto del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, las jurisdicciones respectivas serán percibidas como predecibles y por lo tanto receptoras del arbitraje o por el contrario, como jurisdicciones no predecibles en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales.

Una fuente alternativa para definir el estándar del orden público es el trabajo realizado por la Asociación Internacional de Derecho (International Law Association) (ILA), que resultó en la recomendación emitida en el 2002 sobre la aplicación del orden público como supuesto para rechazar el reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales internacionales.¹⁹ El reporte de la ILA, que fue muy bien recibido por la comunidad de arbitraje internacional, contiene una serie de recomendaciones específicas sobre la aplicación del orden público como base para rechazar la ejecución de los laudos arbitrales internacionales.

Así, la flexibilidad que existe en relación con el orden público hace que no exista certeza con respecto a que significa este concepto a nivel internacional, existiendo el riesgo de que los jueces estatales, al momento de aplicarlo, adopten una concepción amplia del término orden público potencialmente restringiendo la ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero de una manera que no es consistente con los objetivos de la Convención.

En las jurisdicciones en que ello ocurre, se corre el riesgo de que una serie ilimitada de situaciones sean consideradas como de orden público y en consecuencia, se impida la ejecución de laudos arbitrales. En esas jurisdicciones se utiliza el orden público como excusa para realizar una revisión del fondo del asunto a pesar de la prohibición existente al respecto. Existen también situaciones en las cuales el juez estatal utiliza el orden público para administrar justicia cuando al Juez le parece que de otra manera, se llevaría a un resultado injusto en el caso concreto.

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera

Idealmente, los jueces al considerar el laudo arbitral, deberían solo comprobar si el mismo viola alguno de los principios fundamentales del orden público del país en donde se quiere ejecutar el laudo.

Para limitar la inclinación a revisar el fondo de laudos arbitrales internacionales, se desarrolló en unas jurisdicciones favorables al arbitraje internacional una distinción entre orden público interno y orden público internacional. En estas jurisdicciones, solo se puede negar el reconocimiento de un laudo arbitral internacional si su ejecución resulta en una violación del orden público internacional de dicha jurisdicción.

En general, el orden público interno puede definirse como el conjunto de las normas obligatorias y principios

fundamentales que surgen de una convicción común de la sociedad que las partes no pueden cambiar ni derogar contractualmente.

Así, el juez nacional al considerar el reconocimiento y ejecución del laudo puede denegar dicho reconocimiento y anularlo por violar las nociones básicas de moralidad y justicia de dicha jurisdicción. El orden público internacional es más restringido que el orden público interno ya que las relaciones privadas transnacionales requieren mayor libertad especialmente cuando las partes han decidido someterse a la justicia privada mediante el arbitraje internacional. Es por ello que en general se lo define como el conjunto de principios generales, los más importantes, que se surgen de los regímenes jurídicos nacionales.

La jurisprudencia internacional no se ha pronunciado en forma uniforme respecto al carácter aplicable al orden público. Idealmente, los jueces al considerar el laudo arbitral deberían solo comprobar si el mismo viola, alguno de los principios fundamentales del orden público del país en donde se quiere ejecutar el laudo.

A continuación nos referiremos a algunas decisiones judiciales sobre el orden público en ciertas jurisdicciones en particular: Colombia, Chile, Inglaterra, Estados Unidos y Francia.

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

Frente a lo que establecen algunas Jurisdicciones Nacionales

Colombia

Colombia cuenta con un Estatuto Internacional de Arbitraje promulgado en el año 2012, el cual se encuentra consagrado en la Ley 1.563 de 2012, a partir del artículo 62. Este Estatuto está acorde con lo dispuesto por la (i) Ley Modelo y por la (ii) Convención.

Colombia siempre ha velado por el cumplimiento de todas y cada una de las convenciones y tratados que ha ratificado, los cuales están protegidos a nivel constitucional y son de obligatorio cumplimiento.

Dada la novedad del Estatuto de Arbitraje Internacional de Colombia no existen mayores pronunciamientos por parte de sus autoridades jurisdiccionales en materia de rechazo de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales alegando una vulneración del “orden público”, según lo dispuesto por el Artículo V(2)(b) de la Convención.

En relación con el alcance de la expresión “orden público”, encontramos los siguientes antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia colombiana, en virtud de los cuales esta Corporación ha delimitado el concepto y la forma como el mismo podría afectar el reconocimiento de un fallo extranjero.

Jurisprudencia

Mediante sentencia de fecha 27 de julio de 2011, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, decidió sobre una solicitud de exequátor y reconocimiento presentada por *Petrotesting Colombia S.A.* y *Southeast Investment Corporation* (Antes Rosneft America Inc.).

Debe recordarse que para la fecha de la decisión que a continuación nos referimos, no había entrado en vigencia el Estatuto de Arbitraje Internacional en Colombia y la posición de la Corte, existente a la fecha de la decisión, podía implicar el trámite de un procedimiento de exequátor. La Corte Suprema al momento de hacer el análisis de la aplicación de la Convención, manifestó:

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera

“cabe señalar que de conformidad con la Convención de Nueva York de 1958, los únicos motivos que pueden conducir a la negativa de homologación de la “sentencia arbitral”, son aquellos relacionados en su artículo V (fls.13-14 de este fallo), dentro de los cuales no se haya el supuesto alegados”

Cuando la Corte Suprema de Justicia resolvió la solicitud de oposición al reconocimiento presentada, manifestó que el concepto de “orden público” únicamente se limita a los principios fundamentales de las instituciones. Al respecto mencionó que:

“Los anteriores elementos sirven hoy a la Sala para establecer que el concepto de “orden público” (...) se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual servirían de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del “foro” del juez del exequáatur, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como las antes enunciadas”

En la sentencia la Corte reiteró un pronunciamiento del año 2004 y, en relación con el uso que se le debe dar a la noción de “orden público” y a los eventos en los cuales un juez puede negarse a aplicar un fallo extranjero y reiteró que:

“[l]a noción de orden público, por lo tanto, sólo debe usarse para evitar que una sentencia o ley extranjera tenga que ser acogida cuando contradice principios fundamentales. Por esto la doctrina ha enseñado que ‘no existe inconveniente para un país aplicar leyes extranjeras que, aunque difieran de sus propias leyes, no chocan con los principios básicos de sus instituciones. Sin embargo, cuando una ley extranjera o la sentencia que la aplica, se basan en principios no solo diferentes, sino contrarios a las instituciones fundamentales del país en que aquellas pretenden aplicarse, los jueces del Estado pueden, excepcionalmente, negarse a aplicar la ley o el fallo extranjero que se aparta de esa comunidad de principios²⁰’

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

En conclusión, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe formalmente una definición de orden público internacional, la Corte Suprema de Justicia, por vía jurisprudencial, ha definido este concepto en diversas decisiones.

Desde hace varios años la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido constante y reiterada en cuanto al concepto de “*orden público*”, lo anterior se puede evidenciar en decisiones de solicitudes de (i) exequátur, (ii) homologación y (iii) reconocimiento de sentencias arbitrales, donde ha sido coherente en la interpretación del el concepto de “*orden público*”.

Pero lo que resulta ser incierto, es el tratamiento que la Corte Nacional otorgará cuando resuelve solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales y se presenten oposiciones o se presente la posibilidad de declarar de oficio la causal consagrada en el Artículo V(2)(b) de la Convención, esto es, que la sentencia arbitral es contraria al “*orden público*”.

Chile

El 29 de septiembre de 2004 se aprobó en Chile la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional que expresamente determina el modo de reconocer y ejecutar laudos arbitrales. Esta ley que implicó un gran avance en materia arbitral en Chile, se inspira en la Ley Modelo.

La ley 19.971 no define el “orden público de Chile”²¹ existiendo potencialmente el peligro de que este concepto sea utilizado en forma arbitraria por los jueces nacionales para incluir dentro del orden público cuestiones en conflicto con un laudo internacional sujeto a la Convención.

Jurisprudencia

En Chile son limitados los laudos arbitrales internacionales de los cuales se solicita el reconocimiento y ejecución y, por lo tanto, las decisiones al respecto son escasas. Existe una decisión que es particularmente relevante por el criterio de la Corte Suprema respecto de la aplicación de la causal de orden público.

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera

La decisión de la Corte Suprema en el caso *Gold Nutrition Industria e Comercio con Laboratorio Garden House S.A.* es ilustrativa del criterio en lo que respecta al orden público.²² Es este caso, Gold Nutrition Industria e Comercio (Gold Nutrition) solicitó en Chile el reconocimiento de un laudo dictado en Brasil para su posterior ejecución. En ese laudo la empresa chilena Laboratorios Garden House S.A. (Garden House) fue condenada al pago de los daños causados a Gold Nutrition por incumplimiento del contrato para la elaboración de ciertos productos. Garden House se opuso al reconocimiento del laudo extranjero por varias razones, entre ellas, que la sentencia era contraria al orden público chileno. En primer lugar, la demandada alegó que la resolución del tribunal arbitral que determinó que la cláusula de arbitraje del contrato entre las partes era válida y que el arbitraje debía continuar, era violatoria de las normas procesales que estaban vigentes al momento en que se dictó la resolución, sí como de la Ley 19.971 vigente al momento de la demanda de reconocimiento y ejecución. Según estas normas, sólo los litigantes, y en caso de desacuerdo los tribunales, tenían el derecho de sustraer una contienda a los tribunales ordinarios. Como consecuencia, la cláusula arbitral era nula y el tribunal arbitral no tenía jurisdicción y por lo tanto el laudo carecía de validez. Asimismo, la demandada alegó que con relación al pago de intereses dispuesto en el laudo, se violaban las leyes chilenas relativas a las operaciones de créditos, en particular la Ley 18.010. Gold Nutrition alegó que el laudo incurría en anatocismo al imponer pago de intereses sobre intereses, y que la tasa de interés impuesta excedía la tasa de interés máxima permitida para este tipo de operaciones. La Corte rechazó estas objeciones. Para la Corte, el argumento de que el nombramiento de los árbitros emanó de un ente privado no tiene fundamento ya que el mismo provino de un tribunal judicial (el de San Pablo, con respecto a los árbitros de parte), y el presidente fue nombrado por los árbitros, en concordancia con lo establecido por la Ley 19.971. La Corte opinó también que los argumentos con respecto a la nulidad de la cláusula arbitral ya habían sido desestimados por el Juzgado de San Pablo.²³ Asimismo, la Corte rechazó la aplicación de la ley relativa a operaciones de crédito que proponía Gold Nutrition porque estos argumentos “....constituyen una alegación de fondo, que escapan del control del *exequátur*, por lo que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la materia sino a aquél que conozca de la ejecución del fallo.”²⁴

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

Inglaterra

La Convención de Nueva York fue adoptada en Inglaterra a través de la Ley 1996 (*1996 Act*). Esta ley no define el orden público. Una expresión que es frecuentemente citada tanto en Inglaterra como en estudios sobre el orden público, para definirlo es la emitida por Burroughs: “*el orden público es un potro indomable y una vez [que] se logra montarlo, no se sabe a dónde lo llevará. Podría conducirlo lejos de la ley sensata*”.²⁵ Esta expresión es ilustrativa de la dificultad que implica el análisis de este concepto para los jueces. Sin perjuicio de ello, las Cortes inglesas no han utilizado el concepto de orden público en forma abusiva, sino por el contrario, han adoptado una posición extremadamente restrictiva del concepto.

En esta misma línea, las Cortes inglesas han interpretado que el orden público a que se refiere el Artículo V(2)(b) de la Convención es el orden público inglés, es decir, el del país adonde se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo.²⁶

Jurisprudencia

Los casos en los que en forma más frecuente las Cortes inglesas han considerado la causal de orden público en procesos de reconocimiento y ejecución de sentencias, han sido en situaciones en que el contrato sujeto a arbitraje internacional se encuentra viciado de ilegalidad.

En caso de *Soleimany contra Soleimany*,²⁷ padre e hijo estaban involucrados en el contrabando de alfombras desde Irán, el hijo las exportaba desde Irán en violación de la ley iraní y el padre las vendía en Inglaterra o en otros sitios fuera de Irán. Con el tiempo surgieron entre padre e hijo diferencias con respecto a las utilidades y decidieron someter la controversia al arbitraje de Beth Din, la Corte del Rabino Jefe en Londres. La Corte de Apelaciones negó el reconocimiento y ejecución del laudo por considerarlo violatorio del orden público toda vez que se basó en un contrato inglés que era ilegal cuando se celebró. Aun cuando el pacto arbitral no se consideró nulo, para la Corte era “*inconcebible que una corte inglesa fuera a ejecutar un laudo emitido con relación a un acuerdo de joint-venture entre ladrones de banco... Cuando el orden público está involucrado, la interposición de un laudo arbitral no aísla el reclamo de la parte vencedora de la ilegalidad que lo originó*”.²⁸

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera

Posteriormente, en el año 2000, la Corte de Apelaciones en la decisión en *Westacre Investments Inc. contra Jugoimport-SDPR Holding Co. Ltd.*, confirmó la posición de la Corte en Soleimany.²⁹ En este caso Westacre para evitar la ejecución del laudo, alegó que el contrato que contenía el pacto arbitral había sido obtenido mediante la compra de influencias de funcionarios extranjeros. Sin perjuicio de ello, la corte en Westacre limitó el principio de Soleimany en los casos en que se consideren laudos arbitrales extranjeros. Así, para la Corte en los casos en que los contratos no se ejecuten en Inglaterra es necesario balancear por un lado las consideraciones de orden público que buscan que no se promueva la ilegalidad, y los principios de reciprocidad de no ejecutar laudos basados en contratos hechos en violación de las leyes de otro país. Por otro lado, se debe balancear el principio de reconocer la finalidad de los laudos arbitrales extranjeros.

El tercer caso relevante es el de *Omnium de Traitement et de Valorisation SA contra Hilmarton Ltd.* en el que se solicitó el reconocimiento y ejecución de un laudo emitido en Suiza.³⁰ El contrato objeto del arbitraje estaba sujeto a las leyes suizas y establecía que su ejecución debía realizarse en Argelia.

El contrato era ilegal bajo las leyes de Argelia toda vez que esta ley no autoriza el uso de intermediarios en relación con contratos de derecho público. La Corte inglesa accedió a reconocer y ejecutar el laudo con base en los siguientes argumentos: (i) que no estaba decidiendo sobre el contrato sujeto a arbitraje pero solo sobre si el laudo debía ser ejecutado en Inglaterra y (ii) que aun cuando bajo el derecho inglés el contrato no hubiera podido ser ejecutado ni tampoco podrían haberse reclamado daños por el incumplimiento del derecho argelino, en este caso solo estaba decidendo sobre el reconocimiento y ejecución del laudo.

Estados Unidos de Norteamérica

En general, las acciones legales que se inicien para obtener el reconocimiento de un laudo arbitral en los Estados Unidos están sujetas al *Federal Arbitration Act* (FAA),³¹ que regula los pactos arbitrales por escrito relativos a contratos que involucran el comercio extranjero o entre los estados de los Estados Unidos de Norteamérica. Estados Unidos de Norteamérica ratificó la Convención de Nueva York el 30 de marzo de 1983.

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

El Capítulo II del FAA implementa la Convención.³² En Estados Unidos como en Inglaterra, la jurisprudencia ha interpretado históricamente el orden público como causal para denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales en forma restrictiva.

Jurisprudencia

Uno de los casos más citados cuando se considera la posición de la cortes estadounidenses en esta área es el *de Parsons & Whittemore Overseas Co. contra Societe Generale de l'Industrie du Papier*.³³ Esta fue uno de las primeras sentencias involucrando la ejecución de un laudo arbitral sujeto a la Convención, que se dictó después que Estados Unidos la adoptó.

Parsons & Whittemore Overseas (Overseas) una sociedad americana, y *Societe Generale de l'Industrie du Papier* (Societe) celebraron un contrato para la construcción y operación de una planta de papel en Egipto. El contrato establecía que las controversias debían ser sometidas al arbitraje bajo la reglas de la Cámara de Comercio Internacional. Societe demandó a Overseas por daños derivados del incumplimiento del contrato obteniendo un laudo arbitral a su favor. El laudo fue confirmado por la corte de primera instancia.

Overseas argumentó que no debería pagar daños porque Estados Unidos y Egipto habían roto relaciones diplomáticas desde el comienzo de la guerra de 1967 y porque el Departamento de Estado había expresamente advertido que no se podían mantener relaciones comerciales con Egipto. Overseas apeló la decisión argumentando (entre otras causales) que la ejecución del laudo violaría el orden público de los Estados Unidos. Para Overseas, sería contrario al orden público reconocer y ejecutar un laudo que sancionara a la compañía por actuar de acuerdo con las políticas de su gobierno.

La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Nueva York confirmó la decisión de la corte de primera instancia. En su opinión, la Corte de Apelaciones expresó que la violación del orden público como causal para la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo establecido en el Artículo V(2)(b) de la Convención debe ser interpretado en forma restrictiva. En este mismo sentido expresó que si se hiciera una interpretación no restrictiva del orden público, se viciaría el esfuerzo básico de la Convención de remover los obstáculos preexistentes a la ejecución de los laudos.³⁴

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera

Para la Corte de Apelaciones, orden público no era equiparable a política de gobierno. La política del gobierno no puede entorpecer el acatamiento de un tratado internacional, en este caso la Convención de Nueva York. En ese mismo sentido, la Corte de Apelaciones opinó que consideraciones de reciprocidad deben guiar a las cortes para que estas invoquen de oficio esta defensa con cuidado, para que las cortes extranjeras no acepten esta defensa para resistir el reconocimiento y ejecución de laudos emitidos en los Estados Unidos.³⁵ Por ello, el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales debe ser denegado por esta causal (violación del orden público) solamente en aquellos casos en que el reconocimiento y ejecución violaría los principios más básicos de moral y justicia del foro.

Aplicando estos principios, las cortes han reconocido y ejecutado laudos no obstante la supuesta violación del orden público en diversas situaciones tales como: a) la falta de imparcialidad de los árbitros (en estas situaciones, para la cortes la “apariencia de parcialidad” es insuficiente, el árbitro debe haber actuado de manera parcial);³⁶ b) el falso testimonio frente al tribunal arbitral, cuando el laudo se basa en el testimonio contradictorio de los testigos de la parte favorecida por el laudo,³⁷ c) la no aplicación del derecho estadounidense para la resolución de la controversia,³⁸ d) violaciones de política internacional de los Estados Unidos;³⁹ entre otros.

Son escasas las decisiones en que las cortes estadounidenses han aceptado la defensa de orden público para rechazar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional. Una de ellas es la adoptada en *Laminoirs-Trefileries-Cableries de Lens, S.A. contra Southwire Co.*⁴⁰ En este caso, Southwire solicitó a la corte que se negara a reconocer y ejecutar el laudo en cuestión ya que los árbitros proponían aplicar a los montos adeudados la tasa de interés francesa que por ser excesiva violaba el orden público de los Estados Unidos.

La Corte se negó a reconocer y ejecutar el laudo expresando que la imposición por parte de los árbitros de una tasa de interés del 5% de acuerdo con la ley francesa, era penal y no compensatoria. Por esa razón, la Corte se negó a reconocer y ejecutar la parte del laudo que proponía aplicar esa tasa de interés.

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

Francia

Francia es una de las jurisdicciones en donde se distingue entre el orden público internacional y orden público doméstico. El reconocimiento o no de laudos arbitrales internacionales, ya sean dictados en Francia o fuera de Francia, se rige por los artículos 1.514 (reconocimiento), 1.520 (anulación) y 1.525 (negación de reconocimiento) del Código de Procedimiento Civil (CPC). El artículo 1.514 establece que “[l]os laudos arbitrales son reconocidos o ejecutados en Francia si su existencia es establecida por la parte que quiere hacer uso del laudo y si el reconocimiento o la ejecución no es manifiestamente contraria al orden público internacional”.⁴¹

La jurisprudencia francesa ha limitado considerablemente el ámbito del orden público para reducirlo las violaciones de los principios fundamentales reconocidos por el orden jurídico francés.⁴² Así, una violación del orden público francés no es suficiente para negar el reconocimiento y la ejecución de un laudo en Francia. El laudo tiene también que contravenir el orden público internacional francés. Además, un error de los árbitros no constituye una base para negar el reconocimiento de un laudo.

La *Cour de Cassation*, la jurisdicción más alta en materia de derecho civil y comercial, confirmó⁴³ a una decisión que reconoció un laudo a pesar de que los árbitros habrían posiblemente omitido implementar el principio de buena fe en la ejecución de contratos y el principio del *estoppel*. La *Cour de Cassation* consideró, a propósito de la omisión del principio de buena fe, que la parte demandante no demostró que el resultado al cual llegó el laudo constituía una violación del orden público internacional francés. A propósito del principio del *estoppel*, la Corte decidió que sin prueba de fraude procesal, un potencial *estoppel* no constituye una violación del orden público internacional francés que evite el reconocimiento o ejecución de un laudo.

Esta decisión es compatible con una concepción restrictiva del orden público en el arbitraje en Francia. Los supuestos en los que jueces franceses han denegado el reconocimiento de laudos internacionales por contravenir el orden público internacional francés se refieren a la protección de los acreedores en procedimientos de quiebra, laudos que involucraron fraude, o

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera

violación de otros principios fundamentales del orden jurídico francés. Una aplicación más extensiva del orden público por parte de los jueces resultaría en una revisión del fondo de los laudos.

Conclusión

La Convención al ser el tratado multilateral con mayor aceptación a nivel internacional, ha permitido que la cultura del arbitraje internacional entre los países que lo han ratificado se extienda. La posibilidad de que decisiones arbitrales de diversas culturas jurídicas se hagan efectivas en los Estados signatarios, hace que el reto para los operados judiciales sea enorme.

El marco general que tiene la Convención busca permitir la incorporación de los pactos arbitrales y laudos extranjeros al sistema jurídico de los países que son parte del tratado, generando seguridad jurídica para las partes vinculadas a un conflicto y permitiendo la interacción económica internacional de una manera ágil y acorde con el mundo de los negocios.

Como surge de la reseña de decisiones a que nos referimos en este trabajo, la jurisprudencia internacional de las jurisdicciones que hemos mencionado, se ha pronunciado en general en forma uniforme con respecto al carácter aplicable al orden público.⁴⁴

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

¹ Con la colaboración de Daniela Páez.

² Artículo 1 Convención de Panamá.

³ Artículo 1 Convención de Panamá.

⁴ Artículo 5 párrafo primero de la Convención de Panamá.

⁵ Artículo V de la Convención y Artículo 5 de la Convención de Panamá.

⁶ Artículo 31 de la Convención de Viena: “*1. Regla General de interpretación. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta; a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”*

⁷ Artículo 32 de la Convención de Viena: “*Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifestamente absurdo o irrazonable.*”

⁸ Artículo XVI (1) de la Convención.

⁹ Artículos I y II de la Convención.

¹⁰ Artículos I, III-VII de la Convención.

¹¹ Artículo I de la Convención.

¹² Artículo II(3) de la Convención.

¹³ Artículo II (2) de la Convención.

¹⁴ Artículo II (1) de la Convención.

¹⁵ Artículo IV de la Convención.

¹⁶ K.W. PATCHETT in association with THE COMMONWEALTH SECRETARIAT. The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards. Explanatory documentation prepared for the Commonwealth Jurisdiction. Junio de 1981. Londres, UK. [disponible en] <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-Commonwealth.pdf>.

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera

¹⁷ La figura de la “*prejudicialidad*” se aplica cuando la decisión final de un proceso determinado depende de la solución que se vaya proferir en otro proceso. En estos casos, el proceso se suspende hasta tanto no se profiera la decisión en el otro proceso, pues tal decisión podría inferir o influir de alguna manera en la decisión que está pendiente.

¹⁸ Artículo V 2(a) “Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o (...).

¹⁹ Artículo V 2(b) “Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.”

²⁰ Recomendaciones de la ILA, adoptadas mediante Resolución 2/2002, Conferencia nro. 70 de la Asociación Internacional de Derecho (Nueva Delhi Abril 2002), [disponible en] <http://www.newyorkconvention.org/publications/full-text-publications/general/ila-resolution-on-public-policy-2002>.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de enero de 2004. Expediente 2002-00008.

²² Entre las causales para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo el artículo 36 incluye las que deben ser probadas por la parte demandante (Artículo 36, 1(a)) y las que pueden ser declaradas de oficio, que incluyen en la sección (b)(ii) “Que el reconocimiento o la ejecución del laudo, sean contrarios al Orden Público de Chile”.

²³ Sentencia dictada el 15 de septiembre de 2008.

²⁴ Considerando seis.

²⁵ Considerando séptimo.

²⁶ *Richardson c/ Mellish* (1824) 2 Bing 299, por Burrough J, 252.

²⁷ Ver *IPC (Nigeria) Limited v. Nigerian National Petroleum Corporation* [2005] EWHC 726, parádox 13.

²⁸ *Soleimany c/ Soleimany* [1999] QB 785.

²⁹ “inconceivable that an English court would enforce an award made on a joint venture agreement between bank robbers...Where public policy is involved, the interposition of an arbitration award does not isolate the successful party’s claim from the illegality that gave rise to it. *Id.* Waller LJ, 799-800.

³⁰ [2000] QB 288.

³¹ [1999] 2 All ER (Comm) 146.

³² 9 U.S.C. §§ 1 y sgtes.

³³ 9 U.S.C. §§ 202. El Capítulo III del FAA 9 (9 U.S.C. §§3 y siguiente) implementa la Convención de Panamá.

³⁴ *Parsons & Whittemore Overseas Co.contra Societe Generale de l’Industrie du Papier*, 508 F. 2d. en 974 (Segundo Circuito 1974).

³⁵ 508 F. 2d. en 974 (Segundo Circuito 1974).

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

³⁶ *Parsons & Whittemore*, 974.

³⁷ *Lucent Technologies Inc., et al. v. Tatung Co.* (Segundo Circuito), 3 de agosto de 2004 (483).

³⁸ *Waterside Ocean Nav. Co. v. International Nav.*, 737 F.2d 150 (Segundo Circuito 1984)

³⁹ *Bergesen v. Joseph Muller Corp.*, 710 F. 2d 928 (Segundo Circuito 1983).

⁴⁰ *MGM Prods. Group. Inc. c. Aeroflot Russian Airlines*, 2003 WL 21108367, en 5.

⁴¹ 484 F. Supp. 1063 (N.D. Ga. 1980).

⁴² Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international.

⁴³ CASE.

⁴⁴ *Société Botas Petroleum Pipeline Corporation c/ Tepe Insaat Sanayii AS*, Civ. 1, 19 de diciembre de 2012.

⁴⁵ Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivamente las de sus autoras.

Amal Bouchenaki

Abogada especialista en arbitraje internacional. Ha participado en complejos procedimientos de arbitraje comercial internacional utilizando diferentes regulaciones de arbitraje incluidas las de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Cámara de Comercio Internacional (ICC), etc.

Con amplio conocimiento tanto del sistema de derecho civil como del common law, ha gestionado disputas sobre una variedad de temas y sectores industriales como tecnología, telecomunicaciones y energía.

Además de ejercer ante tribunales arbitrales internacionales, practica arbitraje ante cortes nacionales y brinda asesoría sobre la definición e inclusión de cláusulas arbitrales en contratos comerciales. Cuenta también con extensa experiencia en mediación de disputas internacionales.

Mildred Ojea

Abogada. Cuenta con gran experiencia en mercados emergentes, particularmente Latinoamérica, asesorando a clientes en asuntos financieros y corporativos.

Sus principales áreas de especialización incluyen transacciones financieras internacionales, desarrollo y financiación de proyectos, restructuraciones, fusiones y adquisiciones y asuntos corporativos en general. Ha representado a clientes en diversas industrias como minería, infraestructura, energía a lo largo de todo Latinoamérica y otros mercados emergentes. Recientemente ha representado también a clientes en disputas de arbitraje internacional con sede en Nueva York, Londres y París, bajo diversas regulaciones arbitrales en una variedad de industrias como minería, energía y transporte.

Antes de fundar el despacho Ojea Torretta, trabajó en el grupo de Latinoamérica de la firma Gibson, Dunn & Crutcher en Nueva York por más de 13 años y para Herbert Smith Freehills en Nueva York por 12 años.

Recibió su título conjunto de Columbia University Law School y de la Universidad del Salvador en Argentina, donde se graduó con honores. Adicionalmente recibió su máster en leyes con honores de Northwestern University School of Law.

Irma Rivera

Socia de la firma Brigard & Urrutia Abogados en Bogotá (Colombia), en donde adquirió amplia experiencia asesorando a clientes nacionales y extranjeros en litigios complejos y trámites arbitrales.

Recientemente concluyó un ciclo como abogada visitante en la firma Herbert Smith Freehills New York LLP, trabajando principalmente en asuntos de arbitraje internacional. Ha sido designada Secretaria de Tribunales de Arbitramento en múltiples oportunidades ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, desempeñándose como árbitro de la lista A de dicho centro.

La Dra. Rivera ha sido destacada por publicaciones especializadas como Chambers and Partners, y la publicación inglesa Legal 500 y frecuentemente participa como experta en seminarios, congresos y concursos de arbitraje en distintos países de América Latina y el Caribe.

Es miembro de la facultad de la Universidad Sergio Arboleda y catedrática en postgrados y diplomados especializados en arbitraje Nacional e Internacional. Es abogada de la Universidad Sergio Arboleda, con especialización en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, Arbitraje y Conciliación.