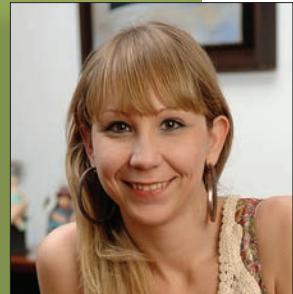


# El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Ejecución de Arbitrales Extranjeros

Verónica Sandler Obregón



## Introducción

Este trabajo explora en su primera parte los requisitos históricos y presentes del acuerdo arbitral, de su validez y nulidad, como así también el tratamiento de dicho acuerdo en los principales instrumentos internacionales al respecto. Procede a tratar los requisitos formales del acuerdo arbitral a nivel internacional de acuerdo a normas que rigen su validez en dicha esfera. La autora pasa luego a tratar la situación argentina en cuanto a las dificultades que presenta su régimen jurídico actual, prestando particular atención a los posibles progresos que podría representar en la materia el proyecto de reforma del código civil y comercial argentino, y sus efectos sobre el ordenamiento jurídico del país.

En la segunda parte del trabajo, la autora trata los efectos que el acuerdo arbitral pudiera tener sobre la ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros o internacionales.

*Socia, Estudio Jurídico Sandler Abogados y profesora de la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Argentina de Empresa (UADE) y el Instituto Latinoamericano de Arbitraje (ILdeA).*

## *Verónica Sandler Obregón*

En particular, habla de la relación entre el acuerdo arbitral y las causales de denegación de ejecución que pudieran esgrimirse en base a instrumentos internacionales, primordialmente en base a la Convención de Nueva York.

La autora concluye con algunas observaciones sobre las ventajas que un acuerdo arbitral válido y ejecutable conlleva en la ejecución de laudos y sentencias que fluyan de dicho acuerdo.

### **1. El Acuerdo Arbitral**

#### **1.1. Noción y relevancia de la cláusula arbitral en el arbitraje comercial internacional**

El arbitraje, particularmente el arbitraje comercial internacional, a lo largo de la historia y en las distintas legislaciones ha demostrado una creciente evolución y progreso,<sup>1</sup> permitiendo que su aplicación y elección sea cada vez más segura y eficaz a nivel mundial,<sup>2</sup> no obstante los avatares judiciales y jurídicos a los que nos referiremos posteriormente.

Ahora bien, esta eficacia y esta seguridad no podrían haberse logrado si no se hubiera partido de una estructura sólida, que está fundada en el acuerdo arbitral, siendo este la piedra basal del arbitraje.<sup>3</sup> Este acuerdo condiciona el rumbo, desarrollo y éxito del arbitraje. Dicho de otra manera, el acuerdo arbitral es fuente fundamental de la jurisdicción arbitral,<sup>4</sup> ya que por medio de su implementación se brinda a las partes la posibilidad de resolver sus diferencias por un método de solución privada de controversias, basado en el consentimiento de ambas, excluyendo de ese modo la intervención de los tribunales estatales.<sup>5</sup>

Es decir que el acuerdo arbitral es la medula de cualquier arbitraje, toda vez que sin esta convención privada no operaría la delegación de jurisdicción a favor de un adjudicador privado, y las partes se verían forzadas a acudir a los órganos judiciales competentes, si los hubiere, para resolver su controversia.

En definitiva, es el acuerdo arbitral quien abre las puertas al arbitraje,<sup>6</sup> permitiendo su progreso, perfeccionamiento y aplicación, motivos que lo convierten en la figura jurídica fundamental para la aplicación del arbitraje comercial internacional.<sup>7</sup>

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

El arbitraje, al ser una justicia privada, tiene como presupuesto esencial que las partes acuerden que las controversias que se susciten entre ellas o que se hayan suscitado, sean resueltas a través de arbitraje, por medio de la autonomía de la voluntad expresada en un acuerdo arbitral.<sup>8</sup> La eficacia del arbitraje depende de la forma en que en los instrumentos legales regulen la validez formal y material de esta expresión de voluntad plasmada en un acuerdo. El punto central de esta cuestión radica en que las disposiciones legales permitan a las partes iniciar sin mayores trámites el arbitraje, y que contemplen la posibilidad de ejecutar la cláusula arbitral, sometiendo a aquel partícipe que no quisiera ajustarse a las obligaciones establecidas por el acuerdo arbitral a hacerlo efectivamente.

*La eficacia del arbitraje depende de la forma en que en los instrumentos legales regulen la validez formal y material de esta expresión de voluntad plasmada en un acuerdo.*

### **1.2. Reseña sobre conceptos históricos análogos: la situación actual**

Con relación a las modalidades de este acuerdo arbitral, las leyes e instrumentos jurídicos relevantes han utilizado los distintos conceptos de *acuerdo arbitral*, *cláusula compromisoria* y *compromiso arbitral* para hacer referencia a la forma en que debía plasmarse el consentimiento de las partes necesariamente válido para desplegar los efectos de este acuerdo y delegar la jurisdicción de los jueces naturales a árbitros privados.

Desde las sociedades primitivas<sup>9</sup> a la actualidad, el arbitraje ha ido evolucionando, al igual que los conceptos involucrados en la institución. Comparativamente, hasta hace no mucho tiempo y en ciertas jurisdicciones, no se reconocía eficacia al *acuerdo arbitral* si éste no era complementado por un nuevo acuerdo de voluntades *ex post facto* al surgimiento de la controversia (compromiso arbitral), elementos que en la práctica reducirían significativamente la utilidad del proceso arbitral al dejarlo entonces al arbitrio de partes que, una vez surgida la controversia, podrían tener motivaciones menos propensas a someterse al proceso, y tendientes más a dificultar la resolución de la controversia que a facilitarla.<sup>10</sup>

## Verónica Sandler Obregón

El concepto de *cláusula compromisoria* lo encontramos asociado a acontecimientos futuros previstos desde un momento anterior a toda controversia, es decir anterior al conflicto, en donde las partes pactan expresamente que los conflictos que puedan suscitarse en el futuro entre ellas van a ser resueltos mediante arbitraje. Bajo las reglas habituales, hasta hace algunas décadas –victoriosas todavía en algunas jurisdicciones, como Argentina<sup>11</sup> luego de surgida una controversia, la parte interesada deberá acudir a la vía judicial para exigir el otorgamiento del *compromiso arbitral*, o fundar en la existencia de la cláusula la excepción de incompetencia de jurisdicción si la otra parte acudiera directamente a la instancia judicial como mecanismo reclamatorio.<sup>12</sup> En esta tesitura, el *compromiso arbitral* sería la confirmación y complementación de la *cláusula compromisoria*, lo cual resulta claramente un proceso ineficiente, ya que desde el comienzo mismo del proceso arbitral se requiere la inevitable participación preliminar del aparato judicial, careciendo en la mayoría de los casos de utilidad práctica.

Actualmente se ha logrado a través del desarrollo del arbitraje consagrar al *acuerdo arbitral* con carácter autosuficiente, no siendo necesario, conforme la redacción de la mayoría de los instrumentos actuales,<sup>13</sup> complementarlo con un requisito adicional (el *compromiso arbitral*), lo que le permite adquirir plena eficacia y carácter definitivo independientemente del momento en que se celebra.

Podemos concluir entonces, que el acuerdo arbitral es suficiente, en la normativa jurídica moderna, para poner en funcionamiento el proceso arbitral, y que en pro del desarrollo del arbitraje, el *acuerdo arbitral* debe ser considerado una denominación comprensiva de las dos modalidades a través de las cuales históricamente se pudo pactar el arbitraje (*cláusula compromisoria* y *compromiso arbitral*)<sup>14</sup> sorteando de esa manera los inconvenientes que generaban las anteriores modalidades en la práctica arbitral, y evitando recurrir habitualmente al poder judicial por medio de la excepción de incompetencia del tribunal arbitral.<sup>15</sup>

### 1.3. Requisitos del Acuerdo Arbitral

Como cualquier contrato, el acuerdo arbitral genera obligaciones y derechos a cargo de las partes.<sup>16</sup> Esto implica que el acuerdo arbitral debe cumplir con requisitos de existencia y validez establecidos por las condiciones específicas de cada legislación a ser aplicada.

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

Como primer y básico requisito del acuerdo arbitral, encontramos el consentimiento libre de las partes. Es decir que para que un acuerdo arbitral sea válido y ejecutable, debe en primer lugar ser “*el resultado de un acuerdo de voluntades común que claramente disponga el sometimiento al arbitraje*”,<sup>17</sup> sin que este consentimiento esté afectado o viciado, y sujeto a que estemos en presencia de una verdadera voluntad. Adicionalmente, podemos mencionar entre otros requisitos básicos (i) la capacidad legal de las partes para otorgar el acto,<sup>18</sup> (ii) que las controversias a las que se refiere este acuerdo sean sobre materias arbitrables, es decir que el conflicto pueda ser sometido a una jurisdicción privada,<sup>19</sup> y (iii) que el acuerdo se refiera a una relación jurídica concreta, contractual o no, pero expresada en términos que no sean tan ambiguos o genéricos que no permitan delimitar el alcance del mismo. Existen también requisitos en cuanto a la forma y la ley aplicable a este acuerdo, que serán tratados con mayor detalle *infra* en estas páginas.<sup>20</sup>

En conclusión, para que un acuerdo arbitral sea válido, pleno y ejecutable debe surgir de un acuerdo de voluntades, celebrado entre partes capaces legalmente, referido a materias arbitrables y a una relación jurídica determinada, cumpliéndose además – como veremos – los requisitos de forma exigidos en particular.

### **1.3.1. Validez o nulidad del Acuerdo Arbitral**

Con respecto a este tema, es importante remarcar que la validez sustancial o nulidad del acuerdo deben ser juzgadas conforme el derecho que sea aplicable a aquél, es decir, sujeto a la ley elegida por las partes, y en su defecto a la ley de la sede del tribunal arbitral.<sup>21</sup> Todas las cuestiones referidas a la validez del acuerdo arbitral o su nulidad que no están reguladas por normas materiales de la Convención de Nueva York,<sup>22</sup> salvo los pactos en contrario que las partes hayan celebrado, quedan sometidas –conforme al artículo V.1.a de la Convención de New York– a la ley del estado donde se dictó el laudo, es decir del país sede del arbitraje.

### **1.3.2. Tratamiento en principales instrumentos universales**

La noción de acuerdo arbitral y sus alcances son tratados e interpretados por distintos instrumentos internacionales relativos a la materia. Cabe de antemano precisar que, en general, la mayoría de los instrumentos internacionales

*Verónica Sandler Obregón*

*La mayoría de los instrumentos internacionales permite interpretar que el requisito del compromiso arbitral ha sido ya eliminado del repertorio legal relevante, reconociéndose la autosuficiencia del acuerdo arbitral en arbitrajes internacionales.*

permite interpretar que el requisito del compromiso arbitral ha sido ya eliminado del repertorio legal relevante, reconociéndose la autosuficiencia del acuerdo arbitral en arbitrajes internacionales, lo que aceleró la reforma y adecuación de las legislaciones internas de la gran mayoría de los países firmantes.

*Protocolo relativo a las cláusulas de arbitraje en material comercial, Ginebra 1923*

El Protocolo de Ginebra fue una de las principales fuentes del desarrollo del arbitraje a nivel internacional e interno.<sup>23</sup> Se considera el primer tratado internacional sobre arbitraje comer-

cial internacional y, como observáramos anteriormente, una de las fuentes de los principales tratados modernos. Como objetivo primario busca asegurar el reconocimiento y la ejecución de las cláusulas y los compromisos de arbitraje en materia comercial o en cualquier otra materia susceptible de ser solucionada por vía de arbitraje, otorgando a las partes la facultad de regular por sí mismas el procedimiento arbitral.<sup>24</sup>

Asimismo, los Estados contratantes se comprometen, además, a facilitar los actos procesales que se deban realizar en su territorio, y a enviar ante los árbitros a las partes que acudan ante la jurisdicción nacional luego de haber previsto en el contrato una cláusula arbitral.

En la práctica, el Protocolo es de utilidad en las relaciones entre los pocos países que no se encuentren vinculados entre sí por la Convención de Nueva York. La misma circunstancia se plantea con relación a la Convención de Ginebra de 1927 para la Ejecución de Fallos Arbitrales Extranjeros que tampoco tuvo aceptación en la región latonamericana y contenía notorias

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

insuficiencias con relación por ejemplo a la exigencia de doble *exequátur*, mayores causales de rechazo de reconocimiento y ejecución, carga de la prueba en manos de quien solicita el reconocimiento y ejecución, etc. La Convención de Nueva York dejó sin efecto en la práctica tanto la Convención como el Protocolo de Ginebra.

### *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)*

Uno de los instrumentos jurídicos más importantes sobre arbitraje comercial internacional es, sin duda alguna, la Convención de Nueva York. Es difícil encontrar un convenio internacional en el área comercial que haya suscitado más adhesiones a nivel mundial.<sup>25</sup> Tal es su riqueza, que su contenido va más allá de su objeto específico y da tratamiento a la noción de acuerdo arbitral por medio de su artículo II:

*“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”* (artículo II.1)

Dentro del mismo espíritu, se establece que la expresión “*acuerdo por escrito*” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes mediante canje de cartas o telegramas (artículo II.2) y que los tribunales nacionales deberán obligatoriamente (salvo si existieran causales de no-reconocimiento) remitir a arbitraje toda controversia que esté sujeta a un acuerdo arbitral, salvo que el mismo sea nulo, ineficaz o inaplicable (artículo II.3).

Se trata, verdaderamente, de un instrumento que por su precisión y por su vigencia, a pesar de los años, demuestra la importancia de su aplicación en la práctica arbitral y en el crecimiento a nivel mundial del arbitraje. La Convención estableció por primera vez un régimen internacional coordinado con respecto a los acuerdos de arbitraje, los procedimientos arbitrales, y los laudos arbitrales.<sup>26</sup>

## Verónica Sandler Obregón

### *La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975)*

Se ha considerado que fue el primer instrumento local que permitió el encauadramiento y aplicación del arbitraje comercial internacional en la región, debido a que a la fecha eran pocos los países de América Latina que habían ratificado la Convención de Nueva York.<sup>27</sup> Su existencia representó un paso significativo en la evolución del arbitraje en Latinoamérica, y su aprobación fue un factor en las reformas legislativas internas que se han aprobado en materia de arbitraje en distintos países latinoamericanos en los últimos años,<sup>28</sup> más allá de que muchas veces su aplicación en la práctica haya generado conflictos en la interpretación de sus textos y efectivo empleo.

El tratamiento dado al acuerdo arbitral es similar al dado en la Convención de Nueva York:

*“Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudieran surgir o hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil...” (artículo 1º)*

Hoy no existen dudas de que la similitud del texto general entre ambas convenciones es oportuna y no desacertada. Salvo algunos rasgos distintivos entre ambas convenciones, y algunas imprecisiones de la Convención de Panamá que vemos más eficientemente trabajadas en la de Nueva York, la parte medular de ambos instrumentos es casi idéntica, toda vez que el texto de la Convención de Panamá fue diseñado cuidadosamente para sea lo más compatible posible con el texto de la Convención de Nueva York,<sup>29</sup> a fines de lograr una interpretación y aplicación uniforme sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional, evitándose de esa manera los problemas derivados de leyes contradictorias o inadecuadas de arbitraje, o de la falta de legislación específica que regule el arbitraje.

En principio, mientras que la Convención de Nueva York tiene un alcance universal, la Convención de Panamá podría decirse que goza de un alcance regional en la práctica arbitral, más allá de algunos conflictos surgidos en base a la aplicación e interpretación de su texto.<sup>30</sup>

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

### *Ley Modelo de CNUDMI (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial (1985)*

La tarea general encomendada a la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, conocida con más frecuencia en sus siglas en inglés UNCITRAL) consistente en la creación de fórmulas modernas y equitativas con fines de homogeneizar la regulación de las operaciones comerciales,<sup>31</sup> debe verse en este punto ampliamente satisfecha por medio de la divulgación y aplicación casi generalizada de este instrumento, logrando la adopción de sus recomendaciones en múltiples regulaciones internas de los países.

La Ley Modelo UNCITRAL se elaboró para hacer frente a las considerables disparidades entre las diversas leyes nacionales de arbitraje y ante la necesidad de perfeccionamiento y armonización de las leyes nacionales inadecuadas para regular los arbitrajes internacionales.<sup>32</sup> Cuenta con una regulación de todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional.

Desde su aprobación, su texto y mensaje han pasado a representar la pauta legislativa internacional aceptada de toda ley moderna de arbitraje, y ha servido como base para la legislación en la materia en un número significativo de países.<sup>33</sup>

El Capítulo II de la Ley Modelo trata del acuerdo arbitral y su necesario reconocimiento por parte de los tribunales judiciales. En la sección siguiente del presente trabajo se analizará específicamente la regulación en la Ley Modelo UNCITRAL de la cuestión de la definición y forma del acuerdo arbitral, conforme la redacción actual luego de su última modificación en 2006.<sup>34</sup> Sin embargo, podemos adelantar que las modificaciones efectuadas en cuanto a la noción de acuerdo arbitral no afectaron su espíritu de garantizar la efectividad del acuerdo.<sup>35</sup> Siguiendo los lineamientos de la Convención de Nueva York, se reconoce a este acuerdo plena eficacia, independientemente de si el mismo versa sobre conflictos futuros y eventuales, o se refiere a controversias ya existentes (artículo 7.1.).

*Verónica Sandler Obregón*

Con respecto a la regulación del reconocimiento del acuerdo arbitral por los tribunales judiciales, se establece que, existiendo un acuerdo válido, si alguna de las partes intenta acudir a la justicia ordinaria, los tribunales estatales deberán declarar su incompetencia y remitir las actuaciones al arbitraje (artículo 8). Asimismo, se reconocen los principios de autonomía del acuerdo arbitral y el de separabilidad, reconociendo a los árbitros facultad para decidir sobre su propia competencia (artículo 16.1).

En suma, podemos puntualizar que el acuerdo arbitral en este instrumento es considerado con carácter y efecto pleno, eliminando el requisito del compromiso arbitral y procurando mantener intacta la jurisdicción privada elegida por voluntad de las partes.

#### *1.3.2.1. Requisitos a nivel internacional de la forma del Acuerdo Arbitral*

En la sección anterior identificamos los instrumentos internacionales más relevantes en la materia y el tratamiento por ellos dado en cuanto al concepto, alcance, requisitos y efectos del acuerdo arbitral. A continuación analizaremos cómo interpretan estos instrumentos la forma en la que debe ser manifestado este acuerdo arbitral, y los requerimientos correspondientes en base a los cambios y avances tecnológicos en los soportes utilizados para la exteriorización de la voluntad.

##### *El requisito de la forma del acuerdo arbitral*

La forma es la manera en que la voluntad de las partes debe exteriorizarse para producir los efectos jurídicos deseados.<sup>36</sup> Para que la voluntad tenga efectos legales debe ser manifestada exteriormente de alguna manera.<sup>37</sup> El acuerdo arbitral también necesita un hecho exterior por el cual el consentimiento de las partes de delegar la jurisdicción natural de los tribunales estatales a árbitros privados se manifieste; es decir que esta voluntad debe ser real, en cuanto a que las partes deben ser capaces y actuar con discernimiento, intención y libertad, y requiere de una manifestación exterior a los fines de que salga del ámbito interno y privado del autor y pase a integrar el mundo exterior.<sup>38</sup>

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

Para la mayoría de los instrumentos internacionales sobre la materia, la forma del acuerdo arbitral involucra como regla general un doble requisito: (i) que sea por escrito y (ii) sea firmado por las partes.<sup>39</sup>

El primer origen lo constituye el artículo II, parte 1 y 2 de la Convención de Nueva York, en el cual se establece la formalidad que debe tener el acuerdo arbitral en cuanto a que debe ser por escrito y firmado por las partes, aportando a tal efecto el concepto de qué se entiende por contrato por escrito:<sup>40</sup>

*“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”* (artículo II.1) [énfasis añadido]

*“2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.”* (artículo II.2) [énfasis añadido]

La natural evolución del tráfico mercantil y los grandes acontecimientos tecnológicos producidos en el campo de las comunicaciones, comenzaron a evidenciar una creciente utilización de medios no escritos (o al menos no respaldados en papel) para la celebración de las transacciones negociables, lo cual implicó un replanteo en cuanto al requisito de la forma “escrita” como condición de validez del acuerdo arbitral, un proceso que, como documentamos al pie, continua en forma acelerada en función de las nuevas y cambiantes modalidades comerciales y tecnológicas.<sup>41</sup>

*Los grandes acontecimientos tecnológicos comenzaron a evidenciar una creciente utilización de medios no escritos para la celebración de las transacciones negociables, lo cual implicó un replanteo en cuanto al requisito de la forma “escrita” como condición de validez del acuerdo arbitral.*

Verónica Sandler Obregón

*La Ley Modelo  
UNCITRAL, mantiene  
el requisito de la forma  
escrita, reconociendo como  
equivalentes otros medios  
de celebrar el acuerdo  
arbitral siempre que su  
contenido quede registrado.*

El primer gran paso al respecto fue dado por la versión de la Ley Modelo de UNCITRAL aprobada en 2006, que buscó ajustarse a estos cambios de paradigma. Cabe recordar que la Ley Modelo de UNCITRAL en su versión original de 1985, establecía:

*“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, o en otros medios de telecomunicación que dejen constancia del*

*acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una de las partes sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.” (Artículo 7.2) [énfasis añadido]*

Esta disposición relativa a la definición y forma del acuerdo de arbitraje asimilaba y mantenía el criterio establecido en el enunciado del párrafo 2) del Artículo II de la Convención de Nueva York, en el que también se exige que el acuerdo sea por escrito.

La modificación de 2006 consistió en la revisión de la redacción del Artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL, introduciendo dos posibilidades entre las cuales los Estados interesados en seguir sus postulados pueden optar.

La Opción I del Artículo 7 mantiene la necesidad de que el acuerdo arbitral sea escrito (Artículo 7.2) sin embargo, la sutileza y diferencia radica en la definición de *por escrito*, ya que se considerará *escrito* si su contenido está registrado en cualquier forma, sea que el propio acuerdo arbitral o el contrato que lo contiene hayan sido concluidos en forma oral, por hechos o por otros medios (Artículo 7.3). Es decir que, si bien se mantiene el requisito de la forma escrita, en base a la nueva redacción el acuerdo arbitral ya no tiene que constar en un *documento* en forma escrita, reconociendo como equivalentes

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

otros medios de celebrar el acuerdo arbitral (comprendido en forma oral) siempre que su contenido quede registrado, ni tampoco tiene que estar firmado por las partes.<sup>42</sup>

También prevé que la exigencia de la escritura pueda ser cumplida por medios electrónicos de comunicación, siempre que la información consignada en ella sea accesible para su ulterior consulta, entendiéndose por “comunicación electrónica” cualquiera que las partes hagan por medio de mensajes de datos, expresión que debe ser interpretada como comprensiva de información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros sin limitarse, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. (artículo 7.4).

*También prevé que la exigencia de la escritura pueda ser cumplida por medios electrónicos de comunicación, siempre que la información consignada en ella sea accesible para su ulterior consulta.*

Finalmente, se mantienen las otras formas admitidas por la versión anterior: por medio de intercambio de escritos de demanda y contestación en los que exista un acuerdo, sin que éste sea negado por la otra parte. (artículo 7.5), y la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato (artículo 7.6).<sup>43</sup>

La Opción II para el mismo artículo simplemente define al “acuerdo de arbitraje” como un acuerdo entre las partes para someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no, omitiendo todo requisito de forma.

En base a estas últimas modificaciones, la Ley Modelo de UNCITRAL se aleja de los formalismos necesarios para la validez del acuerdo arbitral establecidos por la Convención de Nueva York, lo cual podría interpretarse como un foco de conflicto para la ejecución de laudos arbitrales que no consten por escrito.

## Verónica Sandler Obregón

A ese respecto, UNCITRAL adoptó en el año 2006, una recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York. La recomendación insta a los Estados a que apliquen el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York “*reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas*” y los alienta a adoptar el artículo 7 revisado de la Ley Modelo UNCITRAL, ya que en las dos opciones de este artículo se establece un régimen para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales más favorable que el previsto en la Convención de Nueva York. En virtud de la disposición relativa a la ley más favorable enunciada en el párrafo 1) del artículo VII de dicho instrumento,<sup>44</sup> en la recomendación se aclara que debería permitirse “*a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje*”<sup>45</sup>.

Cabe señalar que el párrafo 1º del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje original de UNCITRAL adoptado en 1976 estaba calificado por el requerimiento de la forma escrita para pactar el compromiso arbitral y para sus modificaciones sucesivas, y que en el año 2010 se modificó el texto original, a los fines de adaptarlo a los cambios que se habían producido durante los últimos años en la práctica arbitral.

De esta forma, las nuevas reglas de 2010 eximen al acuerdo arbitral de la formalidad escrita, manteniendo silencio sobre la forma del acuerdo arbitral,<sup>46</sup> sujetando la validez del acuerdo arbitral al derecho aplicable al arbitraje, y de si éste permite la existencia del acuerdo arbitral no escrito, con lo cual la forma del acuerdo arbitral es una cuestión que no debe ser tratada en las reglas de arbitraje, porque dependen de lo que mande el derecho local aplicable a la validez del acuerdo.<sup>47</sup>

Por último, cabe precisar que la versión de 1976 establecía que la cláusula arbitral que llevaba la aplicación del Reglamento UNCITRAL debía ser parte de un contrato.<sup>48</sup> En la modificación de 2010 se elimina la referencia a “una relación contractual” de manera de que en el futuro la aplicación del Reglamento UNCITRAL no se limitaría a relaciones contractuales.<sup>49</sup>

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

### 1.3.3. Tratamiento en instrumentos y leyes regionales

#### *1.3.3.1. El Caso de la República Argentina*

En Argentina, el arbitraje es regulado básicamente como una materia procesal<sup>50</sup> y carece de una ley de arbitraje interna. Cada código procesal provincial contiene una regulación propia de la materia, toda vez que en Argentina la legislación procesal constituye materia no delegada en el Gobierno Federal, y por ello reservada a las provincias.<sup>51</sup> Es decir que al desorden lógico que esta circunstancia genera, debe añadirse que las legislaciones locales son insuficientes y a veces enemistadas al arbitraje,<sup>52</sup> como es el caso del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante “CPCCN”), que rige sólo para procedimientos que se desarrollan en tribunales federales de todo el país –con competencia de excepción- y ante los tribunales nacionales con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El CPCCN contiene disposiciones sobre la posibilidad de someter cuestiones a arbitraje<sup>53</sup> y la ejecución de laudos extranjeros,<sup>54</sup> y dedica una extensa literatura normativa al tratamiento de los distintos tipos de procedimientos arbitrales.<sup>55</sup>

Con respecto a la cuestión que nos convoca, el CPCCN presenta normas relativas a la cuestión del compromiso arbitral, justamente siendo éstas la base de las principales críticas a la legislación argentina. El CPCCN prevé que la cláusula compromisoria no es suficiente por sí, pues es exigencia legal que las partes suscriban el compromiso arbitral, el que debe formalizarse una vez surgido el conflicto, por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa o ante aquel a quien hubiese correspon-

*El derecho argentino, por el momento, requiere la suscripción de un documento adicional, que el código denomina “compromiso”, cada vez que se suscita una controversia específica que deba someterse a arbitraje conforme la cláusula arbitral.*

## Verónica Sandler Obregón

dido su conocimiento (artículo 742 CPCCN). El derecho argentino, por el momento, requiere la suscripción de un documento adicional, que el código denomina “compromiso”, cada vez que se suscita una controversia específica que deba someterse a arbitraje conforme la cláusula arbitral, implicando este compromiso un documento que deben firmar las partes y aceptar los árbitros como paso preliminar a la iniciación del arbitraje ante una disputa concreta aunque ya exista una cláusula compromisoria.<sup>56</sup>

En conclusión, la cláusula compromisoria no es suficiente, necesitándose que las partes firmen el compromiso arbitral, el que debe formalizarse una vez surgido el conflicto conforme los requisitos de forma establecidos anteriormente, y conteniendo los elementos mencionados en el artículo 740 del CPCCN.<sup>57</sup>

En la práctica, la falta de acuerdo para formalizar el compromiso genera la intervención de tribunales locales, atentando contra el espíritu del arbitraje. Las partes se enfrentan de esta manera a complejos trámites judiciales que atropellan la sencillez y celeridad que tuvieron en miras las partes al suscribir la cláusula arbitral. En efecto, la parte que pretenda la suscripción del compromiso arbitral deberá promover una demanda dirigida a la constitución del tribunal arbitral y –en su caso– a la determinación del compromiso arbitral (artículo 742 CPCCN).

Más allá del tratamiento dado al arbitraje en la norma interna descrita, deben tomarse en consideración los efectos que ha producido sobre el ordenamiento jurídico argentino la ratificación de tratados internacionales que prevén una solución diferente con respecto al acuerdo arbitral. Argentina ha suscripto la Convención de Nueva York (ley 23.619), la Convención de Panamá de 1975 (ley 24.322), los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo 1889 y 1940, la Convención de Montevideo de 1979 (ley 22.921), el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa en el marco del MERCOSUR (ley 24.578) y el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias - Convenio CIADI (ley 24.353) entre otros tratados internacionales relativos a la materia. En el país prevalece la supremacía de los tratados internacionales respecto de la legislación interna, ya que la propia Constitución Nacional establece que “*los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*”.<sup>58</sup>

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

Frente a esta circunstancia, los efectos más importantes consecuencia de haber ratificado estas convenciones son que los jueces argentinos no podrán aplicar el artículo 740 del CPCCN para denegar el reconocimiento de un laudo arbitral dictado en el extranjero sin que se haya celebrado el compromiso arbitral.<sup>59</sup> Vale decir, entonces, que la omisión de celebrar el compromiso no es causal que habilite a denegar el reconocimiento de un laudo extranjero.<sup>60</sup>

Consideramos que el requisito establecido en la legislación procesal local del compromiso arbitral no tiene de ordinario que ser considerado obligatorio cuando se trata de arbitrajes internacionales, y que en caso de invocarse ante los tribunales argentinos un acuerdo arbitral que comprenda una controversia planteada ante un tribunal arbitral internacional por prórroga de jurisdicción, el tribunal argentino no exigirá el pronunciamiento de un compromiso arbitral como requisito previo para remitir la controversia a los árbitros extranjeros. Lo mismo se sostiene cuando se sitúa en Argentina un arbitraje en base a un acuerdo arbitral en el que una de las partes participantes del acuerdo no tiene domicilio en el país, o se hace referencia a controversias emanadas de relaciones jurídicas internacionales, y las partes pautaron reglas de procedimiento que no requieren la emisión de un compromiso, solo siendo obligatorio el requisito de compromiso previo para casos puramente locales.<sup>61</sup>

*Consideramos que el requisito establecido en la legislación procesal local del compromiso arbitral no tiene de ordinario que ser considerado obligatorio cuando se trata de arbitrajes internacionales, y que el tribunal argentino no exigirá el pronunciamiento de un compromiso arbitral como requisito previo para remitir la controversia a los árbitros extranjeros.*

Verónica Sandler Obregón

### 1.3.3.2. *Acuerdo MERCOSUR sobre Arbitraje Comercial Internacional*

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (en adelante el “Acuerdo MERCOSUR”) y el Acuerdo (paralelo) sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, fueron aprobados por Argentina por medio de la ley 25.223.

Se denomina en el artículo 2.e al acuerdo arbitral como “*convención arbitral*” y es considerado como el “*acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de relaciones contractuales*”. Este acuerdo debe otorgarse por escrito (artículo 6.1) y puede resultar del intercambio de cartas o de telegramas con recepción confirmada. Si las comunicaciones entre las partes se realizan por fax, medios electrónicos o equivalentes, deben ser confirmadas por un documento original, lo que limita la contratación electrónica (artículo 6.3).<sup>62</sup> Por otro lado, se dispone que si no se hubiesen cumplido los requisitos de validez formal exigidos en el derecho del lugar de celebración, la convención arbitral se considerará válida si cumpliera con los requisitos formales del derecho de alguno de los Estados con el cual el contrato base tiene contactos objetivos jurídicos o económicos (artículo 6.5).

En base a esta normativa, se puede sostener que para el derecho argentino es válido un acuerdo arbitral estipulado bajo la forma de una cláusula compromisoria, aun para arbitrajes con sede en Argentina, siempre que exista algún contacto objetivo –del acuerdo arbitral o del contrato base- con algún otro estado parte del MERCOSUR.<sup>63</sup>

En suma, el ámbito en que sería exigible el compromiso arbitral ha quedado notoriamente restringido y limitado en materia de arbitraje internacional.

### 1.3.3.3. *Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Argentino 2012*

El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial enviado recientemente por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso Nacional (en adelante “el Proyecto”)<sup>64</sup> incluye la modificación o derogación de numerosas leyes del ordenamiento jurídico argentino que afectan a la materia arbitral en par-

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

ticular. La reforma en general busca resolver la ausencia de la tan resistida y demorada ley de arbitraje, abordando muchas de las cuestiones reclamadas y planteadas por la doctrina, presentes tanto en la Ley Modelo UNCITRAL como en las legislaciones arbitrales de los países más desarrollados.

En el marco de esta reforma se incorpora la regulación del contrato de arbitraje en el Capítulo 29 (Arts. 1649 a 1665) dentro de los contratos en particular.<sup>65</sup> Es decir que la novedad es la regulación del contrato de arbitraje (que incluye tanto el celebrado por las partes como el que resulta entre aquellas y los árbitros).<sup>66</sup> Es importante señalar que el Proyecto parece legislar la figura del arbitraje sin distinguir su carácter nacional o internacional,<sup>67</sup> pero sí podemos precisar que la regulación abarca el arbitraje privado o comercial dentro del ámbito del derecho privado, dejando de lado los arbitrajes de inversión, toda vez que el contrato se presume celebrado entre particulares no comprendiendo al Estado, cuya capacidad para someter una controversia a árbitros requiere de una ley que expresamente lo autorice, conforme ratificara la Corte Suprema hace ya varias décadas.<sup>68</sup>

Esta concepción contractualista del instituto viene de la mano de consagrada y reconocida doctrina nacional e internacional,<sup>69</sup> y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, la cual ha reconocido el origen contractual del arbitraje en varias oportunidades,<sup>70</sup> contraponiéndose con una aproximación jurisdiccional. En este sentido, el Proyecto considera al acuerdo arbitral como un contrato cuyo objeto es someter la controversia a arbitraje.

Así el artículo 1649 del Proyecto establece:

*“Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.*

Su definición legal del contrato de arbitraje es consistente con la plasmada en la Ley Modelo UNCITRAL (artículo 7) y el artículo II.1 de la Convención de Nueva York, adecuándose de esta manera la legislación interna a la práctica arbitral contemporánea.

## Verónica Sandler Obregón

En cuanto a la *forma* de este acuerdo arbitral, nuevamente el Proyecto sigue las recomendaciones de la Ley Modelo UNCITRAL, reproduciendo la llamada “Opción 1” de su artículo 7 modificado en 2006:<sup>71</sup>

*“El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”*

Uno de los avances más importantes sin duda tiene que ver con el tratamiento equivalente que hace el proyecto entre la cláusula arbitral ( contenida en el contrato) y el compromiso arbitral (producida la controversia). El Proyecto exige que el acuerdo arbitral conste *por escrito* sin especificar la modalidad ni el contenido –como sí lo requiere el CPCCN actual–.<sup>72</sup>

Por el otro lado, la amplitud de medios establecida en este artículo también es la sugerida por el artículo II.2 de la Convención de Nueva York, y razonablemente, se podría decir, acorde con el Acuerdo MERCOSUR. Esta incorporación del acuerdo arbitral *por referencia* ayuda a zanjar las controversias complejas que se suscitaban en los casos en donde la cláusula arbitral se encontraba inserta en un documento por separado al contrato que daba lugar a la controversia, y a veces suscripto por partes disímiles.

Hoy en día –al igual que lo establece la Ley Modelo UNCITRAL– en la medida en que no existan dudas acerca de la voluntad de las partes en cuanto a la sujeción al arbitraje, ellas quedan vinculadas por este acuerdo.

Finalmente, el Proyecto por medio de los Arts. 1653 y 1654 consagra dos de los principios más significativos del arbitraje: el de *autonomía* (separabilidad) de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros para decidir disputas sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), permitiendo por medio de estos tradicionales conceptos proteger la autonomía del proceso arbitral sin la interferencia de los tribunales locales, con lo que, en cualquier caso, la validez o invalidez de la cláusula arbitral será decidida por el tribunal arbitral, lo mismo que sus alcances y las materias arbitrales.

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

A modo de conclusión, si bien el Proyecto deja de lado el tratamiento de ciertas cuestiones esenciales de las consecuencias del arbitraje, como ser el proceso de ejecución de laudos arbitrales y los efectos centrales de los laudos (carácter de cosa juzgada, ejecutividad como sentencia, auxilio judicial y recursos posibles), dándoles un tratamiento parcial en la eventual reforma – proyectada de manera contemporánea con el Proyecto– de la Ley de Sociedades Comerciales,<sup>73</sup> no puede ser negado el avance en la decisión política legislativa favorable al arbitraje por medio de la incorporación de normas necesarias para su adecuación a la práctica arbitral. Las normas proyectadas no tienen precedente en la legislación local, salvo por las convenciones internacionales suscriptas por el país.<sup>74</sup>

*En la práctica las partes no siempre cumplen voluntariamente el laudo arbitral, razón por la cual existen mecanismos por medio de los cuales hacen valer su fuerza de ejecución.*

Tal vez hubiera sido más favorable trabajar en una ley federal de arbitraje, que permitiera la unificación de las distintas normativas de los códigos procesales provinciales y nacional en materia de arbitraje, logrando una regulación integral del instituto con sustento en la Ley Modelo UNCITRAL.

## **2. Efectos del Acuerdo Arbitral y su relación con la ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros**

### **2.1. El Acuerdo Arbitral y el carácter obligatorio del laudo**

Teniendo como premisa la naturaleza contractual del arbitraje, el primer e inmediato efecto del acuerdo arbitral es el nacimiento de una obligación recíproca entre las partes intervenientes en la constitución del vínculo jurídico de cumplir lo estipulado; es decir cumplir con el compromiso contraído de someter las controversias a la decisión de un tercero o terceros y acatar la misma,<sup>75</sup> lo que equivale a decir que los laudos arbitrales son obligatorios y ejecutables para las partes.<sup>76</sup>

Asimismo, los instrumentos internacionales en la materia también reconocen esta relación entre el compromiso efectuado entre las partes y laudo dictado en base a la jurisdicción optada, estableciendo que los Estados deberán reconocer la autoridad

## Verónica Sandler Obregón

dad de la sentencia arbitral y conceder su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada.<sup>77</sup>

Por supuesto, en la práctica arbitral se evidencia que las partes no siempre cumplen voluntariamente el laudo arbitral, razón por la cual existen mecanismos por medio de los cuales hacen valer su fuerza de ejecución. En caso de que el laudo se intente hacer valer en el mismo Estado donde se dictó, las leyes no suelen exigir más que su condición de estar “consentido o ejecutoriado”,<sup>78</sup> no siendo sometidos a otra revisión más que un recurso o acción de nulidad en su caso. En este panorama, el laudo adquiere calidad de *cosa juzgada*, su ejecución se torna obligatoria, siendo el mecanismo a seguir para llevarla a cabo el establecido en los procedimientos internos de cada Estado para las sentencias judiciales –a los que queda asimilado–. En este procedimiento, las defensas admisibles son generalmente muy limitadas, consecuencia de haber adquirido la decisión calidad de definitiva.<sup>79</sup>

En el contexto internacional, por el contrario, cuando se pretende hacer valer el cumplimiento extraterritorial de un laudo, se requiere una nueva revisión por vía del trámite previsto para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.<sup>80</sup> Las decisiones tomadas por jueces o árbitros investidos de jurisdicción gozan los atributos de cosa juzgada y fuerza ejecutoria. Pero a los fines de poder tenerlas por eficaces en otro Estado, se debe obtener una declaración de “conformidad” de las autoridades con facultades de ejecución en ese Estado, reconociéndole a esa sentencia extranjera los mismos efectos que se le reconocen en ese estado a las sentencias nacionales, verificando el cumplimiento de ciertos recaudos que provienen de normas internas o tratados internacionales en vigor.

Es decir que, cuando la ejecución del laudo arbitral se procura en un país distinto del que fue dictado, el trámite de *exequátur* previo al que se ve sometido, implicaría a fin de cuentas una *nueva* instancia de control, sin que este control implique la revisión del fondo del laudo como si fuera un tribunal de apelación o de casación.<sup>81</sup>

El control que autoriza la Convención de Nueva York es limitado y versa sobre cuatro aspectos fundamentales. La Convención establece que los estados contratantes reconocerán la autoridad de la sentencia arbitral y considerarán

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

su ejecución conforme las normas de procedimiento vigentes en su propio territorio, con arreglo a esa Convención, sin que puedan imponerse condiciones o requisitos rigurosos, ni honorarios o costas más elevadas de las que se aplican al reconocimiento o ejecución de los laudos arbitrales nacionales.<sup>82</sup>

Uno de los avances y aportes más significativos de la Convención de Nueva York consiste en invertir la carga de la prueba sobre la conformidad del laudo, abandonando la tesis de que quien solicita la ejecución debe probar que se reúnen los requisitos formales establecidos (Convención de Ginebra). La Convención de Nueva York toma un criterio ágil, práctico y expeditivo: se presume la fuerza obligatoria del laudo, dejando la carga de probar cualquier impugnación a cargo del ejecutado. Es decir que además de limitar los motivos de denegación oponibles al laudo extranjero, la Convención de Nueva York establece una regla de la carga de la prueba de gran trascendencia práctica, ya que sólo la arbitrabilidad y el orden público pueden ser controlados de oficio por jueces nacionales; el resto de los motivos deben ser alegados y probados por la parte que los invoca.

Las causales de denegación de ejecución del laudo previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York son las siguientes:

(a) incapacidad de alguna de las partes susceptible de invalidar el acuerdo arbitral, juzgándose esta circunstancia en función de la ley aplicable al acuerdo que las partes hayan pautado o en su defecto, por la ley del país donde se ha dictado el laudo;

*Además de limitar los motivos de denegación oponibles al laudo extranjero, la Convención de Nueva York establece una regla de la carga de la prueba de gran trascendencia práctica, ya que sólo la arbitrabilidad y el orden público pueden ser controlados de oficio por jueces nacionales; el resto de los motivos deben ser alegados y probados por la parte que los invoca.*

Verónica Sandler Obregón

- (b) que la parte contra la que se invoca el laudo no hubiese sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o que no haya podido por cualquier razón hacer valer sus medios de defensa;
- (c) que el laudo estuviere referido a una diferencia no sometida al arbitraje conforme el acuerdo arbitral entre las partes, o contuviere decisiones en exceso de los términos de este acuerdo;
- (d) que la constitución del tribunal o procedimiento arbitral no se hubiese ajustado al acuerdo celebrado por las partes o a la ley del país donde se llevó a cabo el arbitraje; y
- (e) que la sentencia no fuere aún obligatoria o hubiese sido anulada o suspendida por autoridad competente del país donde se dictó el laudo.

Asimismo dentro de los requisitos que mencionamos pueden ser evaluados de oficio por los jueces nacionales, encontramos: (a) que el objeto del difendo resuelto por árbitros no sea susceptible de ser sometido a arbitraje conforme la ley del país de ejecución y (b) que el reconocimiento o ejecución contrarién el orden público del país donde se lleva a cabo la ejecución.

Finalmente, es relevante señalar que la Convención de Nueva York plasma el principio de la “eficacia máxima”, permitiendo y dando preferencia a la aplicación de normas (internas o convencionales) que tengan presupuestos de reconocimiento y de ejecución más favorables, liberales o procedimientos más simplificados, fijando sólo un estándar mínimo internacional al efecto,<sup>83</sup> con miras de obtener una mayor eficacia de los laudos extranjeros.

## 2.2. La causal de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en base a la afectación del Acuerdo Arbitral

Se ha dicho que el acuerdo arbitral es la piedra angular del arbitraje<sup>84</sup> ya que de estar mal diseñado, o posiblemente ser “patológico”, el arbitraje se desmorona.<sup>85</sup> Así lo prevé el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York al contemplar como causal de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral: “*Que... el acuerdo [arbitral]... no sea válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia...*”.

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

La solución adoptada por la Convención de Nueva York para analizar los requisitos de validez de un acuerdo arbitral tienen que ver con el derecho que le es aplicable, que en efecto es: (a) aquel que las partes hayan designado (sea en el contrato en el cual el acuerdo arbitral está contenido o en el acuerdo arbitral mismo); o (b) en ausencia de dicha designación, lo será el derecho de la sede del arbitraje. Es decir que desde el punto de vista de la regulación internacional, la Convención establece la posibilidad de juzgar la validez de la cláusula arbitral, no solo por el vicio del consentimiento o falta de capacidad de las partes, sino por cualquier otra causa aplicable según la ley a la que las partes hayan sometido dicho acuerdo.

Igualmente, la invalidez del acuerdo arbitral puede tornar inejecutable el laudo arbitral por no existir una inequívoca voluntad de las partes de solucionar sus controversias a través del arbitraje, ya sea porque el convenio arbitral no cumple con las prescripciones del legislador o estemos en presencia de un convenio defectuoso, válido en lo esencial pero que presente imprecisiones provocando la ineficacia del propio acuerdo arbitral.<sup>86</sup>

Paralelamente la Convención de Nueva York contiene un régimen de validez del acuerdo arbitral dentro del contexto de su ejecución<sup>87</sup>, estableciendo que:

*“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”* [énfasis añadido].

Como se puede advertir, la Convención hace referencia a los términos *nulidad*, *ineficacia* o *inaplicabilidad* como términos similares o equivalentes, a pesar de que los mismos no necesariamente son compatibles en la legislación local de cada país. Se ha entendido que la terminología utilizada es intencionalmente amplia y obedece al deseo de lograr una aplicación homogénea de la Convención de Nueva York en diferentes jurisdicciones abarcando las doctrinas y principios nacionales que puedan generar la “invalidez” del acuerdo arbitral.<sup>88</sup>

Es importante señalar que los antecedentes de la Convención de Nueva York no dan una explicación clara al significado de las palabras *nulo*, *ineficaz* e *inaplicable*, y es escasa la doctrina o jurisprudencia que ofrece una opinión acerca del alcance de las mismas.<sup>89</sup>

## Verónica Sandler Obregón

Por lo anterior, se debe ser muy minucioso al diseñar la cláusula arbitral, máxime en cuanto a la selección de la sede del arbitraje (por ser en su caso la ley aplicable en caso de silencio de las partes), recomendándose el previo análisis de la legislación interna relacionada con el tema, a fin de evitar sorpresas al momento de requerirse, en su caso, la ejecución del acuerdo arbitral.

La invalidez del acuerdo arbitral como causal de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo es tan interesante como compleja, ya que la concurrencia de múltiples leyes, aunada a la diversidad de soluciones que el derecho comparado arroja, multiplicado por la aproximación por la Convención de Nueva York, hace que el tema sea atractivo de explorar y considerar en su entera dimensión a los fines de contar con un acuerdo arbitral válido y ejecutable.

Finalmente, creemos que el régimen delicadamente articulado por los creadores de la Convención de Nueva York ha mostrado ser correcto desde el punto de vista técnico, ya que la partición de regímenes, por un lado el aplicable para la ejecución de *acuerdos* arbitrales y por el otro el de la ejecución de *laudos* arbitrales, aseguran que los acuerdos arbitrales reúnan ciertos requisitos de “mínimo” para poder ser ejecutados, y posibilitar un análisis exhaustivo de validez del acuerdo arbitral bajo su régimen local.<sup>90</sup>

### 2.3. Ventajas en el reconocimiento y ejecución de laudos con Acuerdo Arbitral válido y ejecutable

Frente a lo mencionado en las secciones anteriores, podemos concluir que la ejecutabilidad de un laudo arbitral se podría encontrar íntimamente relacionado, a la claridad y precisión con que se exprese la voluntad de las partes en el acuerdo arbitral, ya que cuanto más puntual y detallada pueda ser, mayor éxito obtendremos en el análisis correspondiente de su validez conforme los parámetros mencionados.<sup>91</sup> Más allá de la ayuda proporcionada por las distintas instituciones arbitrales en la elaboración de *cláusulas modelos* probadas, debemos complementar las mismas con un análisis específico de la legislación aplicable en cuanto a su validez y los requisitos por ésta exigidos.

De esta manera podremos obtener mayor garantía de un acuerdo arbitral válido que permita su inmediata ejecución, ya que los laudos basados en un

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

acuerdo de voluntades que permita claramente evidenciar la intención de las partes a someterse a arbitraje delegando la jurisdicción natural son generalmente mejor recibidos por los tribunales nacionales, permitiendo una tramitación más expeditiva y sin dilación en su reconocimiento y ejecución.

### **3. Conclusiones**

Es importante cerrar este tema haciendo hincapié en la forma que debe ser concebida y aplicada la causal de denegación descrita en base a la invalidez del acuerdo arbitral, y de las causales en general previstas por los ordenamientos internacionales relativos a la materia.

Si bien los motivos de denegación de reconocimiento y ejecución se encuentran previstos en instrumentos internacionales, la revisión de fondo exhaustiva por parte de los tribunales nacionales del laudo no es viable; si bien puede producirse un control formal (por ejemplo de la validez del acuerdo arbitral), el control de fondo debe consistir simplemente en considerar su producción e implementación para luego dar el paso a la ejecución.

Las causales no implican que el juez local ejecute un análisis exhaustivo. El nivel de revisión al momento de ejecución del acuerdo arbitral debe ser mínimo. Con respecto al caso puntual del análisis del acuerdo arbitral, generalmente este punto es analizado minuciosamente por el tribunal arbitral, previo a declarar su competencia (justamente la naturaleza del principio *Kompetenz-Kompetenz*) con lo que será este tribunal quien lo analice con detenimiento la cuestión, y no los tribunales nacionales. En el caso de que esta causal sea considerada aplicable, la misma debe ser evidente y manifiesta. En caso contrario, las partes deberán recurrir a los tribunales nacionales habiendo acordado acudir al arbitraje para dirimir sus conflictos, sería *contra natura*.

Ni la efectividad del arbitraje ni el reconocimiento y ejecución de sus laudos deben estar sujeto a fronteras jurídicas, y deben contar con el apoyo de los jueces locales y participantes del mercado. De esta manera, por supuesto dentro de un marco de legalidad, los tribunales nacionales no deben ver sus poderes limitados por las fronteras nacionales y deben ajustar sus conductas a favor del acuerdo de voluntad de las partes facilitando la ejecución del resultado de su elección y obligación.

## Verónica Sandler Obregón

<sup>1</sup> Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral—Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.20. No obstante ello, por cierto, las raíces históricas del arbitraje no demuestran un progreso lineal y constante, habiendo sufrido el arbitraje la interferencia de los tribunales “ordinarios”. Por ejemplo, los tribunales norteamericanos bajo el *common law* se rehusaban hasta comienzos del siglo pasado a ejecutar cláusulas de arbitraje. *Home Ins. Co. Morse*, 87 U.S. 445, 1874, pp.457-58; Jones, Sabra A., *Developments in Commercial Arbitration*, 21 Minn. L. Rev., 1927, 240; Wolaver, Earl S., *The Historical Background of Commercial Arbitration*, 83 U. Pa. L. Rev., 1934, 132. La misma actitud hostil era evidente en el Reino Unido y en Francia aun a fin del siglo XIX, aunque la situación en Alemania era por cierto diferente. Born, Gary B., *International Commercial Arbitration* (en adelante «Born»), Kluwer, 2009, p.49; De Boisséson, M., *Le droit français de l'arbitrage. Interne et international*, Paris, 2a ed. 1990, ¶¶8-12. El cambio de actitud judicial aun en los Estados Unidos se plasmó a raíz de los esfuerzos de comerciantes del estado de Nueva York, quienes en 1920 lograron que ese estado adoptara una ley de arbitraje que por primera vez obligaba a los tribunales a reconocer la validez de acuerdos de arbitraje: *Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.*, 2d. Cir. 1942, 126 F.2d 978 (resumiendo la actitud histórica de los tribunales norteamericanos con respecto a los acuerdos arbitrales). Eventualmente, el congreso (federal) adoptó el *Federal Arbitration Act*, la ley norteamericana de arbitraje, en 1925, que establece la obligatoriedad del reconocimiento de los acuerdos arbitrales, y aun así después de su adopción, los tribunales norteamericanos continuaron con una oposición cultural al arbitraje que vemos replicada hoy en muchas jurisdicciones en la América Latina y en otras latitudes también. Este proceso en los EE.UU. al comienzo del siglo XX se extiende también a similares procesos a favor del arbitraje en Europa, también motivados por motivos de necesidad comercial. En ese contexto, cabe mencionar el Tratado de Montevideo de 1889, el Protocolo de Ginebra de 1923 (que, como observamos más abajo, se reconoce como la raíz de la convención de Nueva York y la Ley Modelo CNUDMI), y la Convención de Ginebra de 1927. Mezger, Ernst, *Zur Auslegung und Bewertung der Genfer Schiedsabkommen von 1923 und 1927*, Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 1959, p.222.

<sup>2</sup> Un estudio citado por la Cámara de Comercio Internacional sostiene que: “*Businesses choose arbitration over litigation because of its neutrality, finality, enforceability, procedural flexibility, and the ability to choose the arbitrators. A survey undertaken by Queen Mary University Law School in London and first published in 2006 concluded that, for the resolution of cross-border disputes, 73% of respondents prefer to use international arbitration, either alone (29%) or in combination with Alternative Dispute Resolution (ADR) mechanisms in a multi-tiered dispute resolution process (44%), and that the top reasons for choosing international*

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

*arbitration are flexibility of procedure, the enforceability of awards, the privacy afforded by the process and the ability of parties to select the arbitrators.”* Fuente: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/>; Fecha de captura: 14 de enero de 2013. Hay, por supuesto, esferas especializadas de aplicación - por ejemplo en el arbitraje marítimo y el de ciertas industrias especializadas, como el seguro - en las que el arbitraje tiene historia milenaria y donde este constituye casi el exclusivo mecanismo habitual para la resolución de controversias: Marrella, F., *Unity and Diversity in International Arbitration: The Case of Maritime Arbitration*, American University International Law Review 20, No. 5, 2005, pp.1055-1100.

<sup>3</sup> Marzorati, Osvaldo, *Los límites del acuerdo arbitral*, La Ley 2010-B-946, 17 de marzo de 2010, p.1; *United States Steelworkers of America v. Warrior and Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574, 1960, 582 (“*arbitration is a matter of contract and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed to so submit*”).

<sup>4</sup> Kleinheisterkampf, Jan, *International Commercial Arbitration in Latin America*, Oceanía, 2005, pp.225-226.

<sup>5</sup> “*The content of an arbitration agreement can have an enormous impact upon the rights of contracting parties. First, on agreement to arbitrate eliminates the parties’ right to have recourse to courts. Parties thereby forego the protection of judicial procedures*” Carbonneau, Thomas E., *The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreement*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36, Vol. 4, 2003, p.1189 y ss.

<sup>6</sup> “*The fact that the basis of arbitration is contractual is not disputed: an arbitrator’s power to resolve a dispute is founded upon the common intention of the parties to that dispute.*” Gaillard, E. and Savage J. (eds.), *Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, Part 1, Section I, #44. Queda también más allá del alcance de este trabajo un tratamiento de la llamada “doctrina de separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral”, una ficción jurídica que “separa” la cláusula arbitral del contrato comercial en el que dicha cláusula queda típicamente inserta. Se dice, entonces, que la cláusula arbitral es “separable” del contrato comercial subyacente, de modo de asegurar que la determinación de su validez es independiente de las impugnaciones que pudieran llevarse contra la validez o carácter vinculatorio del contrato en su totalidad o aun sus aspectos comerciales. Petrus, Herrera, *Spanish Perspectives on de Doctrine of Kompetenz-Kompetenz and Separability: A Comparative Analysis of Spain’s 1988 Arbitration Act*, 2000, 11 Am. Rev. Int’l Arb. 397; Born, pp.852-907.

<sup>7</sup> “*The contract between the parties is the fundamental consent of international arbitration. It is the parties’ common intention which confers powers upon the arbitrators*”. Gaillard, E. and Savage J. (eds.), *Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, Part 1, Section I, #46.

## Verónica Sandler Obregón

<sup>8</sup> Fernández Arroyo, Diego P. (coordinador), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Editorial Zavalía, 2003, p.213.

<sup>9</sup> Rivera Neutze, A. Guillermo y Gordillo Rodríguez, R. Armando, *Curso práctico de arbitraje comercial internacional*, Editorial Edifolsa, Guatemala, 2001, p.3 y ss.

<sup>10</sup> Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.23. Estas dificultades, como se observa más arriba, no se limitaban sólo a los sistemas continentales, ya que eran parte de la actitud negativa del *common law* hasta hace no muchas décadas. Sayre, Paul, *Development of Commercial Arbitration Law*, 37 Yale L. J., 1927, 595.

<sup>11</sup> Ver §1.3.3.1 *infra* para una discusión más acabada de este requisito en la legislación argentina.

<sup>12</sup> Zaldivar, Enrique, *Arbitraje*, La Ley 1997-D, p.1049.

<sup>13</sup> Por ejemplo: Protocolo de Ginebra de 1923, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Naciones Unidas, Nueva York, 1958 (en adelante, “Convención de Nueva York”) y Convención de Panamá 1975 (CIDIP I), Ley modelo de UNCITRAL, Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia No. 1.770, Ley sobre Arbitraje Comercial internacional de Chile No. 19.971, Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, Decreto legislativo No. 914, Ley de Arbitraje de Perú No. 25.935, entre otros. La problemática histórica en ese sentido en América Latina y otras jurisdicciones está ampliamente cubierta y queda más allá de este trabajo. Grigera Naón, H., *Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility*, 5 Arb. Int'l 137, 1989, pp.141-143; Burghetto, María Beatriz, *Current Status of Arbitration Legislation in Argentina*, 21 J. Int'l Arb. 479, 2004.

<sup>14</sup> “These two traditional types of arbitration agreement have now been joined by a third. This is an ‘agreement to arbitrate’ which is deemed to arise under international instruments”, Blakaby, Nigel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan and Hunter, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Investment Claims, 2009, IC-MN 011, DOI: 10.1093/law:iic/9780199557189.001.1,#1.40.

<sup>15</sup> Ver interpretación de la cláusula compromisoria como “ley para las partes” y su alcance en el caso *Bear Service S.A. c. Cervecería Modelo S.A. de C.V.*, Corte Suprema de la Justicia de la Nación Argentina, 5 de abril de 2005. La tendencia moderna claramente nos muestra una presunción pro-arbitraje, la que efectivamente tiene de a hacer desaparecer las dificultades formales y de otra naturaleza que todavía se manifiestan en ciertas jurisdicciones en cuanto al reconocimiento y ejecución de los acuerdos arbitrales. Born, p.572 (“...the clear and decisive trend over the past several decades has been away from these sorts of [contractual and formalistic] exceptions [to

## El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros

*the validity of arbitration clauses] and towards the effective, efficient enforcement of arbitration agreements”.*

<sup>16</sup> Aguilar, Fernando, *Los efectos de la cláusula arbitral y su interpretación*, pp.201-208 en Soto Coaguila, Carlos, *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2008.

<sup>17</sup> Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.28. Precisamente cuales son los requisitos probatorios de dicho consentimiento y en nivel de prueba necesaria para establecer la existencia de un acuerdo arbitral queda más allá de la esfera de este trabajo. Observemos sólo que se puede distinguir aquellos tribunales que requieren prueba clara o manifiesta de su existencia (*Lepera v. ITT Corp*, 1997 WL 535165, E.D.Pa. 1997, Sentencia del 6 de octubre de 1998, *Delta Cereales de España SL v. Barredo Hnos. SA*, XXVI Y.B. Comm. Arb. 854, 2001, (Tribunal Supremo)), aquellos que son neutrales al respecto (*Bridas SAPIC v. Turkmenistan*, 5th Cir. 2003; 345 F.3d 347, 354 n.4, *EEOC v. Waffle House, Inc.*, 534 U.S. 279, 2002, pp.291-292 (Corte Suprema de los EEUU)), y aquellos para los que la carga de la prueba es mínima (o reducida) en ese sentido (*Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Co.*, 9th Cir. 1991; 937 F.2d 469, 478).

<sup>18</sup> Es importante señalar que en algunas legislaciones propias al arbitraje se requiere expresamente de las partes capacidad para “disponer” o “transigir”, mientras que otras más genéricas se exige simplemente la capacidad de “contratar” o “de obligarse”.

<sup>19</sup> Generalmente se hace referencia en las legislaciones a “derechos patrimoniales disponibles”, utilizando conceptos de “transigibilidad” o “disponibilidad de los derechos” para definir cuando una materia es arbitrable. El tema también se relaciona íntimamente con los límites del “orden público” en cuanto a limitar en base a este que controversias pueden someterse al arbitraje y en ciertas jurisdicciones, como los EEUU., con la problemática de si ciertos derechos constitucionales o de naturaleza “pública” pueden someterse a la justicia “privada”. E. Gaillard and J. Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, ¶¶ 5-59; Lew, J., Mistelis, L. & Kroll, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, ¶¶9-35, Arfazadeh, H., *Ordre public et arbitrage international a l'épreuve de la mondialisation*, 2005, pp.79-110.

<sup>20</sup> Ver §1.3.1. y §1.3.2.; Born pp.535-552 (requisitos formales bajo la Convención de Nueva York).

<sup>21</sup> Grigera Naón, Horacio A., *Ratificación por la Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y extranjeros*, La Ley 1989-C, 881, p.4.

## Verónica Sandler Obregón

<sup>22</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Naciones Unidas, Nueva York, 1958. La distinción entre la anulación del laudo y su no ejecución en una jurisdicción extranjera continúa siendo motivo de debate y confusión. Este tema está más allá de este trabajo, pero será suficiente observar que las bases de anulación de un laudo arbitral en la jurisdicción donde se lauda no es tema que la Convención de Nueva York estipule. Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd, 1999, 1 All E.R. (Comm.) 315, pp.330-331. Este tema queda al alcance de las normas arbitrales en dicha jurisdicción. Craig, W. Laurence, Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration, 30 Tex. Int'l L.J. 1, 1995, p.11 (“The [New York] Convention provides no restraint whatsoever on the control function of local courts at the seat of arbitration”). No obstante ello, la tendencia actual es de reconocer en la Convención de Nueva York un efecto limitante implícito al poder de anulación que pudieran ejercer los tribunales del lugar del arbitraje, ya que de otra manera el requisito esencial en el Artículo II de dicha Convención – de que se reconozcan obligatoriamente aquellos acuerdos por escrito que estipulen la obligación de arbitrar – dejaría de tener efecto práctico. Born, pp.2556-2560. Observemos que, a su vez, los “excesos” que se pudieran percibir en la potestad de los tribunales locales de anular laudos por motivos no reconocidos internacionalmente, han llevado a lo que se ha dado por llamar “el problema Chromalloy”, en función de un temprano fallo norteamericano al respecto, en las que tribunales extranjeros optan por dar efecto a laudos anulados en su jurisdicción de origen. Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt, 939 F Supp, D.D.C., 1996, 907, 909; Drahota, R. C., Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach, 11 Am. R. Int'l Arb. 451, 2000.

<sup>23</sup> Toda vez que muchos países en donde los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, se aplicó el Protocolo sobre las disposiciones internas relativas a la materia al entrar en vigencia.

<sup>24</sup> Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Law and practice of international commercial arbitration*, Sweet&Maxwell, Londres, 2004, p.157 y ss.

<sup>25</sup> Virgós Soriano, Miguel, *Arbitraje Comercial Internacional y la Convención de Nueva York de 1958*, pp.483-502 en Soto Coaguila, Carlos A. (director), *Convención de Nueva York de 1958: Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2009; Born, p.95 (*[d]espite its brevity, the [New York] Convention is now widely regarded as the ‘cornerstone of current international commercial arbitration’*). La Convención de Nueva York fue más allá del régimen del Protocolo de Ginebra y de la Convención de Ginebra, ya mencionados. Particularmente importantes fueron sus requisitos de que la carga de la prueba sobre la

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

validez (o invalidez) del laudo recayese en aquella parte que quisiera objetar al reconocimiento de este (no en el que lo propusiera), en su respeto a la autonomía de la voluntad de las partes al contrato arbitral de establecer reglas arbitrales de común acuerdo, y por sobre todo la eliminación del “doble *exequatur*”, el requisito de que un laudo antes de ser reconocido en el extranjero debía ser confirmado en la jurisdicción en la que se lo emitió. *Summary, Record of the Twenty Fifth Meeting of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration*, UN Doc. E/CONF. 26/SR. 25, 2 (1958), accesible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>26</sup> Born, p.97 (*the Convention established for the first time a comprehensive international legal framework for international arbitration agreements, arbitral proceedings, and arbitral awards*).

<sup>27</sup> Norberg, Ch., *General Introduction to Inter-American Commercial Arbitration*, International Handbook on Commercial Arbitration, Suppl. 7, 1987, p.3 citado en van den Berg, A. J., *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975, Redundancy or Compatibility?*, Arbitration International, Vol. 5, No.3, 1989, p.215.

<sup>28</sup> Treviño Meixueiro, Julián, Notas sobre la coexistencia de las convenciones de Nueva York y Panamá en material de arbitraje comercial internacional, ponencia presentada el 9 de abril de 2008 en el seminario “50 años de la aplicación de la Convención de Nueva York: Acuerdos Arbitrales y Ejecución de Laudos”, organizado por el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional (ICC México).

<sup>29</sup> Medalie, Richard J.(ed), *Commercial Arbitration for the 1990s*, American Bar Association, Chicago, 1991, p.123 y ss.; House Rep. No. 501, 101st Cong., 2d Sess. 4, 1990 (material legislativo pertinente a la adopción en los EE.UU. de la Convención de Panamá), *reimpreso en 1990 U.S.C.C.a.N. 675, 678 (“The New York Convention and the Inter-American Convention are intended to achieve the same results, and their key provisions adopt the same standards...”)*.

<sup>30</sup> A pesar de que la Convención de Panamá está abierta a la ratificación de países fuera del continente Americano, ningún país fuera de la OEA la ha ratificado. (Ver Artículo 9 de la Convención de Panamá). La Convención de Panamá introduce algunos conceptos ausentes de la Convención de Nueva York. Por ejemplo, si las partes de un acuerdo arbitral no hubieran acordado reglamento arbitral alguno, las reglas de la Comisión Inter-Americana de Arbitraje Comercial –moldeadas sobre las reglas de CNUDMI– serían aplicables. También contempla la libertad contractual de designar árbitros sin distinción de nacionalidad, y la presunción de validez de los laudos, sujeta siempre a causales de impugnación similares a las de la Convención de Nueva York.

<sup>31</sup> Ver [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

## Verónica Sandler Obregón

<sup>32</sup> Notas explicativas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparadas por la Secretaría de UNCITRAL de 1985, en su versión enmendada en 2006, #5. La bibliografía al respecto es amplia: Alvarez, H., Kaplan, N., & Rivkin, D.W., *Model Law Decisions: Cases Applying the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 2003; Binder, Peter, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Sweet & Maxwell, 2a ed., 2005; Broches, Aron, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990; Herman, G., *The UNCITRAL Model Law- Its Background, Salient Features, and Purposes*, 1 Arb. Int'l 6, 1985.

<sup>33</sup> Notas explicativas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparadas por la Secretaría de UNCITRAL de 1985, en su versión enmendada en 2006, #2. No es nuestro propósito tratar la ley UNCITRAL en extenso, y basta con observar que consiste de 36 artículos que cubren la amplia esfera del arbitraje y su regulación. Contiene cláusulas sobre el reconocimiento de acuerdos arbitrales (Arts. 7-9), designación e impugnación de árbitros (arts. 10-15), poderes de los árbitros (artículo 16), medidas cautelares (artículo 17), el procedimiento arbitral, su conducta y procedimientos (Arts. 18-26), evidencia (artículo 27), sobre el efecto de los laudos (Arts. 29-33), impugnación de laudos (artículo 34), y sobre el reconocimiento y efectividad de los laudos, como así también las causales de no-reconocimiento (arts. 35-36). Es sin duda, con la Convención de Nueva York, una de las dos piedras basales del arbitraje comercial internacional moderno. Born, p.119 (“*the Model Law and its revisions represent a significant further step, beyond the New York Convention, towards the development of a predictable “pro-arbitration” legal framework for commercial arbitration*”). Más de 50 países han adoptado legislación arbitral interna que toma la ley UNCITRAL como su modelo, cuyo listado actual puede consultarse en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>34</sup> Ver §1.3.2.1.

<sup>35</sup> Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.145. Los materiales legislativos de la ley modelo demuestran claramente que su intención era de asegurar la presunta validez y efectividad de los acuerdos arbitrales internacionales, sujetos sólo a causales contractuales de nulidad o inefectividad de aplicación general (no particular a los “contratos” de arbitraje). Holtzman, H. M., and Neuhaus, J., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1989, pp.258-303; Nota Explicativa de la Secretaría de UNCITRAL sobre la Ley Modelo, ¶ 21, accesible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org); Binder, P., *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2a ed. 2005, ¶2-079.

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

<sup>36</sup> González de Cossio, Francisco, *La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo*, pp. 209-223 en Soto Coaguila, Carlos, *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2008.

<sup>37</sup> Alterini, Atilio A., *Contratos Civiles, Comerciales, De Consumo: Teoría General*, Abeledo Perrot, 2da. Edición, 2009, p.183. Este requisito en el contexto de los acuerdos arbitrales es objeto de una vasta bibliografía: Aguilar Alvarez, Guillermo, *Report: Article II(2) of the New York Convention and the Courts*, pp.67-81 en van den Berg, A. J.(ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, 1999; Habegger, Ph., *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories and Requirements of Form*, ASA Bulletin 2004, p.398 y ss.; Kaplan, Neil, *Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?*, 12 Arb. Int'l 27, 1996; Wang, Jing, *International Judicial Practice and the Written Form Requirement for International Arbitration Agreements*, 10 Pac. Rim L & Pol'y J. 375 (2001).

<sup>38</sup> Caivano, Roque J., *Forma y prueba de los contratos*, Rev. Jurisprudencia Argentina (JA) 1996-II-128.

<sup>39</sup> En particular ver artículo II, parte 1 y 2, de la Convención de Nueva York, y artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL. El requisito de que el acuerdo arbitral fuese por escrito se remonta, en muchos casos, a un antiguo pasado. *An Act for Determining Differences by Arbitration*, William III, 1697-98, Cap. 15; *Walters v. Morgan*, 1792, 2 Cox Eq. 369; Código Procesal Frances, 1806, artículo 1005. Nótese que el Protocolo de Ginebra y la Convención de Ginebra, a las que nos referimos más arriba, no contienen este requisito. No es objeto de este estudio ahondar sobre la justificación de dicho requisito. Se dice, por ejemplo, que es necesario para que las partes entiendan de la importancia de su elección y de su decisión de separarse de la esfera judicial. ILC, *Draft of an Arbitral Procedure Prepared by the International Law Commission at its Fourth Session*, 1952, UN Doc. A/CN.4/59, II YB I.L.C. 60, artículo 1, comentario 2 (“*In view of the fundamental importance of the undertaking to arbitrate...the undertaking may not be based on a mere verbal agreement?*”); van den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention of 1958*, 1981, p.171 (*The purpose of this [written form requirement] is to ensure that a party is aware that his is agreeing to arbitration?*”); Otra justificación se basa en la necesidad de asegurar evidencia idónea de dicho contrato. *Report of the Secretary-General on the Revised Draft Set of Arbitration Rules, UNCITRAL, Ninth Session*, UN Doc. A/CN.9/112/Add. A, VII UNCITRAL YB 166, 167, 1976 (“*writing is required in order to avoid uncertainty as to whether the Rules have been made applicable?*”).

<sup>40</sup> González de Cossio, Francisco, *La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo*, pp. 209-223 en Soto Coaguila, Carlos, *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2008.

## Verónica Sandler Obregón

<sup>41</sup> Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.327. Estas nuevas modalidades comerciales han llevado a intensos debates en ciertas jurisdicciones sobre la necesidad de eliminar el requisito de que el acuerdo arbitral fuese por “escrito”. U.K. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1996, *Report on the Arbitration Bill (February 1996)*, disponible en 13 Arb. Int'l 275, 1997; Código Francés de Procedimiento Civil, Título V - sobre arbitrajes internacionales - (no contiene requisitos formales para los acuerdos arbitrales). Propuestas similares han sido objeto de discusión en Hong Kong, los Países Bajos, y Suecia.

<sup>42</sup> Ley Modelo UNCITRAL, Opción I, artículo 7.3: “Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”. Como es obvio, la problemática en este tema escapa los alcances de este trabajo. Observemos sólo que cuestiones como la falta de firma o firmas (no de un “escrito”), los acuerdos arbitrales contenidos en intercambios de correspondencia, las aceptaciones “tácitas” a un acuerdo arbitral escrito, la problemática de las comunicaciones electrónicas, y temas de ese tipo han creado una vasta jurisprudencia que otros autores han tratado acabadamente. Born, pp.589-599 (citando jurisprudencia y fallos).

<sup>43</sup> Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.345. *Dixie Aluminum Prod. Co. V. Mitsubishi Int'l Corp.*, 785 F.Supp. 157, N.D. Ga. 1992, (falta de firma no deshabilita un acuerdo arbitral mientras que sea por escrito); *Judgment of 8 June 1967*, II YB Comm. Arb. 234 (Landgericht Bremen), 1977, (propuesta escrita a la que se responde por escrito es suficiente); *Judgment of 5 November 1985*, *Tracomin SA v. Sudan Oil Seeds Co.*, XII Y.B. Comm. Arb. 511 (Tribunal Federal Suizo). Fallos similares existen en todas las jurisprudencias comerciales avanzadas. El proceso de eliminar los pocos requisitos de “firmas” de su manifestación física continua indefectiblemente. *Note of the Secretariat on the Possible Future Work in the Area of International Commercial Arbitration*, UN Doc. A/CN.9/460, ¶¶ 20-31, XXX UNNICTRAL Y.B. 395, 1999, pp.398-399.

<sup>44</sup> Artículo VII de la Convención de Nueva York: “1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.”

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

<sup>45</sup> Notas explicativas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparadas por la Secretaría de UNCITRAL de 1985, en su versión enmendada en 2006, #20.

<sup>46</sup> Perales Viscasillas, Pilar y Torterola, Ignacio (directores), *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010 anotado y comentado por materias y antecedentes legislativos*, Legis Argentina, 2011, p.3 y ss.

<sup>47</sup> González de Cossio, Francisco, *La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo*, pp. 209-223 en Soto Coaguila, Carlos, *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2008.

<sup>48</sup> Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (1976), artículo 1: “1. Cuando las partes en un contrato hayan acordado por escrito que los litigios relacionados con ese contrato se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito”.

<sup>49</sup> Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (2010), artículo 1: “1. Cuando las partes hayan acordado que los litigios entre ellas que dimanen de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar”.

<sup>50</sup> Rivera, Julio C., *El Arbitraje en Argentina*, Revista de Derecho Comparado No. 11, Rubinzel Culzoni, Santa Fe, 2005, p.1.

<sup>51</sup> Constitución Nacional de la República Argentina, artículo 121. Esto no es privativo de la Argentina, sino que es habitual en todo sistema “federalista” como el de los EE.UU., donde la validez contractual (incluso la de los “contratos de arbitraje”) se determina en base a la “ley de contratos” de cada estado (provincia), y en el que la ley federal de arbitraje (*Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C. §§1-16 (con respecto a arbitrajes domésticos), §§201-108 (con respecto a la Convención de Nueva York), y §§301-307 (con respecto a la Convención de Panamá) co-existe con leyes de arbitraje doméstico establecidas por cada uno de los estados. Born, pp.140-144; 485-497. Con respecto a la problemática de derecho público (“choice of law” o “selección de derecho”) ver Blessing, Marc, *Comment: The Law Applicable to the Arbitration Clause*, en van den Berg, A. J. (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, p.174 ss., ICCA Congress Series No. 9 1999; y Weintraub, R., *Commentary on the Conflict of Laws*, 3<sup>a</sup> ed. 1986, p.371.

<sup>52</sup> Aguirar, Fernando, *Para qué sirve una ley nacional de arbitraje?*, La Ley, 19/1/05, p.2, Cai-vano, Roque J., *Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje*, La Ley, 1994-A-994; Morello, Augusto M., *Los abogados y el arbitraje*, Jurisprudencia Argentina (JA), 1992-IV-707; Cueto Rua, Julio C., *El arbitraje y los abogados*, Jurisprudencia Argentina (JA), 1991-I-945.

## Verónica Sandler Obregón

<sup>53</sup> El artículo 1 del CPCCN establece como regla general que la competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable, agregando “sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el artículo 12, inc.4 de la Ley 48 exceptuándose la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de las partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prorroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prorroga está prohibida por la ley”.

<sup>54</sup> Dentro del tratamiento de los Procesos de Ejecución, el CPCCN contempla la conversión en título ejecutivo de las sentencias extranjeras, lo que se rige en primer lugar por los tratados existentes con el país de que provenga, y en el caso de no existir compromisos internacionales, se establece un procedimiento de *exequátrur* para que el mismo pueda ser ejecutado en el país. Los requisitos se encuentran establecidos en el artículo 517 del CPCCN: “que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada, que emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional, que sea consecuencia de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble si éste ha sido trasladado a la República, que la demandada haya sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa, que la sentencia reúna los requisitos para ser considerada tal en el lugar que se hubiese dictado, y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional; que la sentencia no afecte el orden público del derecho argentino y que no sea incompatible con otra sentencia pronunciada con anterioridad o simultáneamente por un tribunal argentino”. A estos requisitos hay que sumarle que la prorroga de jurisdicción sea admisible conforme el artículo 1 del CPCCN, y que las cuestiones objeto del arbitraje sean pasibles de transacción.

<sup>55</sup> El CPCCN dedica el Libro VI al Proceso Arbitral y dentro del mismo incluye los títulos sobre Juicio Arbitral, Juicio de Amigables Componedores y el de Pericia Arbitral.

<sup>56</sup> Grigera Naón, Horacio A., *La Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional y el derecho argentino*, Revista La Ley, 1989-A-1021.

<sup>57</sup> El compromiso deberá contener, bajo pena de nulidad: 1) fecha, nombre y domicilio de los otorgantes, 2) Nombre y domicilio de los árbitros, 3) Las cuestiones que se sometan al juicio arbitral con expresión de sus circunstancias, 4) La estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejara de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.

<sup>58</sup> Artículo 75, inciso 22, párrafo primero de la Constitución Nacional Argentina.

<sup>59</sup> Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.71.

<sup>60</sup> Ver las causales establecidas por el artículo V de la Convención de Nueva York y el artículo 5 de la Convención de Panamá para denegar la ejecución del laudo

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

extranjero, en cuanto limitan las relativas a la falta de validez del acuerdo a las que sean tales “conforme la ley aplicable al acuerdo arbitral” que será el que las partes hayan elegido, o en su defecto la del lugar de a sede del arbitraje.

<sup>61</sup> Grigera Naón, Horacio A., *Ratificación por Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros*, Revista La Ley, 1989-C-881.

<sup>62</sup> Fernández Arroyo, Diego P. (coordinador), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Editorial Zavalía, 2003, p.221.

<sup>63</sup> Batista Martins, Pedro A., *Observaciones sobre el texto del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur*, Revista Foro del Derecho Mercantil, Legis, Bogotá, No. 12, julio-septiembre 2006, p.7.

<sup>64</sup> [www.codigocivil.argentina.ar](http://www.codigocivil.argentina.ar); <http://www.nuevocodigocivil.com>

<sup>65</sup> Título IV del Libro Tercero (De los Derechos Personales).

<sup>66</sup> Si bien en los fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se reconoce como fuente del articulado al Código Civil de Quebec, la Ley Modelo UNCITRAL y la reciente regulación francesa de enero de 2011, es palpable la influencia del Proyecto de la Ley Española de Arbitraje de 2003, reformada en 2011 frente a la aproximación contractualista al acuerdo de arbitraje.

<sup>67</sup> Guiaia, Carlos I., *El arbitraje en el proyecto de unificación legislativa*, <http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id15/el-arbitraje-en-el-proyecto-de-unificacion-legislativa.pdf>, Fecha de captura 9 de enero de 2013.

<sup>68</sup> Ver, por ejemplo, las decisiones publicadas en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), Vol. 152, 347; Vol. 160, 133; Vol. 194, 105 y Vol. 235, 940, en las que se ha establecido que “según tiene dicho esta Corte, no existe obstáculo constitucional alguno para que el Estado Nacional someta a jurisdicción arbitral sus controversias con particulares, siempre que exista una ley que así lo establezca”.

<sup>69</sup> Rivera, Julio C., *Arbitraje Comercial Doméstico e Internacional*, Editorial Lexis Nexis, 2007, p.62; Caivano, Roque J., *Arbitraje*, Editorial Ad Hoc, 2002, p.91; Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Ed. Thompson, Londres, 2004, p.13; nota 3, *supra*.

<sup>70</sup> *Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ Tribunal Arbitral*, CSJN, 11.11.1997, Fallos 320:2379; *J.C. Roca c/ Consultara S.A.*, CSN, 31.05.1999, Fallos 322:1100.

<sup>71</sup> Ver comentarios en §1.3.2.1.

<sup>72</sup> Ver comentarios en §1.3.3.1.

<sup>73</sup> La reforma del Código Civil y Comercial incluye la modificación de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 por medio de la incorporación de tres artículos, 15 *bis*, 15 *ter* y 15 *quater* que legislan sobre la cláusula compromisoria, la sede del arbitraje y los recursos que pueden interponerse contra el laudo.

<sup>74</sup> Ver comentarios en §1.3.3.1.

## Verónica Sandler Obregón

<sup>75</sup> Calvo Corbella, Juan Carlos, *Eficacia impeditiva de la actuación de los tribunales como consecuencia de convenio o cláusula arbitral*, Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión, T.2, 2009, p.249 en Soto Coaguila, Carlos A., *Convención de Nueva York de 1958: Reconocimiento y Ejecución de sentencias Arbitrales Extranjeras*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2009. El concepto de *pacta sunt servanda* es tan aplicable a los “contratos de arbitraje” como a toda otra modalidad contractual: ILC, *Draft on Arbitral Procedure Prepared by the International Law Commission at its Fourth Session*, 1952, UN DOC. A/CN.4/59, II Y.B. I.L.C. 60 artículo 1(3), 1952 (“*The undertaking [to arbitrate] constitutes a legal obligation which must be carried out in good faith...*”); Berger, B. y Kellerhals, F., *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Bern, 2006, ¶¶1044 y ss. (obligación de cumplir con el acuerdo arbitral de buena fe). Los fallos en jurisdicciones arbitrales avanzadas en su mayoría aceptan ampliamente este punto de vista. Born, pp.1010-1014.

<sup>76</sup> “*An arbitral award will bind the parties to the arbitration. Arbitration can therefore be easily distinguished from other procedures where the intervention of a third party does not culminate in a binding decision*”, Gaillard E. y Savage J. (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, Kluwer law International, pp. xxxv – xxxviii.

<sup>77</sup> Artículo II.1 y III de la Convención de Nueva York, artículo 4 de la Convención de Panamá.

<sup>78</sup> Ver por ejemplo artículo 499 del CPCCN Argentino.

<sup>79</sup> Ver en general, Caivano, Roque J., *La ejecución de los laudos arbitrales*, Revista Jurisprudencia Argentina, 1998-II-30.

<sup>80</sup> Fouchard, Phillippe, Gaillard, Emanuel y Goldman, Berthold, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Litec, París 1996, p.899. La doctrina y jurisprudencia acuerdan que la Convención de Nueva York tiene como objetivo el facilitar la ejecución de laudos internacionales sin que medien obstáculos más allá de las causales de no-reconocimiento establecidas en la Convención u obstáculos procesales extraordinarios. *Fallo del 18 de enero de 1990*, XVII Y.B. Comm. Arb. 503, 1992 (Bundesgerichtshof alemán) (el reconocimiento de laudos internacionales es sujeto a los requisitos de la Convención de Nueva York, que pueden ser menores que los requisitos de reconocimiento domésticos); *Int’l Standard Electric Corp. v. Bridas Sociedad Anónima Petrolera*, 745 F.Supp. 172, 176 (S.D.N.Y. 1990) (“*the thrust of the New York Convention was to limit broad attacks on foreign arbitral awards?*”); *Fallo del 14 de marzo de 1984*, XI Y.B. Comm. Arb. 536, 1986 (Tribunal Federal Suizo) (el objetivo de la Convención de Nueva York es de evitar el doble exequátor como lo era requerido bajo la Convención de Ginebra). Fallos en los EEUU, el Reino Unido, Alemania, Francia, y la gran mayoría de los centros comerciales con experiencia arbitral avanzada son generalmente similares. Born, pp.2715-2716.

## *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros*

<sup>81</sup> Virgós Soriano, Miguel, *Arbitraje Comercial Internacional y la Convención de Nueva York de 1958*, pp.483-502 en Soto Coaguila, Carlos A. (director), *Convención de Nueva York de 1958: Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2009. No nos referimos, por supuesto, a la anulación del laudo en su jurisdicción de origen, una temática que, como observáramos más arriba, no está comprendida en los límites de la Convención de Nueva York. Born, pp. 2553-2700 (tratando el tema de anulación de laudos en su jurisdicción de origen). Y en cuanto al reconocimiento de laudos internacionales, es claro que la Convención de Nueva York establece un régimen totalmente en favor del reconocimiento, no contrario a éste. Convención de Nueva York, artículo III; *Norsk Hydro ASA v. The State Property Fund of Ukraine*, 2002, All E.R. (D) 269 (Court of Appeal) (“*an important policy interest ...[is to ensure] the effective and speedy enforcement of [New York Convention] international arbitration awards?*”); *Fallo del 10 de Julio del 2002*, XXVIII Y.B. Comm. Arb. 821 (Tribunal de Ejecución de Vardo), 2003 (“el laudo fue otorgado por un instituto internacionalmente reconocido y sería contrario al derecho internacional de Noruega que tal laudo fuese no ejecutado salvo circunstancias extraordinarias”).

<sup>82</sup> Artículo III de la Convención de Nueva York.

<sup>83</sup> Cabe recalcar que la jurisprudencia en las jurisdicciones más avanzadas en materia arbitral concluye que las causales indicadas son excluyentes; es decir, no admiten causales adicionales más allá de lo que establece el artículo V de la Convención de Nueva York. *Karah Bodas Co. V. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274, 288, 5th Cir. 2004, (“*while courts of a primary jurisdiction country may apply their own domestic law in evaluating a request to annul or set aside an arbitral award, courts in countries of secondary jurisdiction may refuse enforcement only on grounds specified in Article V*”); *Dardana v. Yukos Oil Co.*, 2002, 1 Lloyd’s Rep. 225, ¶32 (Q.B.) (“*Article V makes it clear challenges...can only be made as provided in Article V*”); Fallo del 25 de enero de 1996, *Inter-Arab Inv. Guarantee Corp. v. Banque Arabe et Internationale d’Investissements*, XXII Y.B. Comm. Arb. 643, 647, 1997, (Tribunal de Primera Instancia de Bruselas) (el artículo V enumera limitativamente las bases por las que se puede rehusar el reconocimiento de un laudo arbitral internacional); Born 2720-2726.

<sup>84</sup> Ver §1.1.

<sup>85</sup> González de Cossío, Francisco, *Validez del Acuerdo Arbitral bajo la Convención de Nueva York: Un ejercicio conflictual*, en <http://www.imarbitraje.org.mx/estudios/Validez%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf>, fecha de captura 20 de diciembre de 2012. La expresión “cláusula patológica” ha permeado la cultura arbitral para designar aquellas que no se ajustan siquiera a lo necesario para asegurar la efectividad del arbitraje que las partes suponían habían acordado. Eisemann, F., *La Clause d’arbitrage pathologique*, Commercial Arbitration: Essays in Memoriam Eugenio Minoli, 1974, p.129, 1974.

## Verónica Sandler Obregón

<sup>86</sup> Artuch Iribarri, E., *El convenio arbitral defectuoso*, RCEA, T.XI, 1995, pp.415-421; Born, pp.655-661 (discutiendo las modalidades de cláusula patológica, entre las cuales se incluyen aquellas que ni hablan del consentimiento, las que son inconsistentes, las que son imposibles de cumplir, las que no indican cómo elegir a los árbitros, las que están en “blanco”, y las que carecen de ámbito de aplicación).

<sup>87</sup> Artículo II.3 de la Convención de Nueva York.

<sup>88</sup> Broches, Aron, *A Commentary on The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1990, pp.45-46.

<sup>89</sup> Lamentablemente, el texto de la Convención no declara o define los términos de este artículo, que se incluyó en los últimos momentos de negociación, lo que es notable en comparación con la detallada articulación de los principios de no reconocimiento de un laudo extranjero establecidos en su artículo V. (van den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention of 1958*, 1954, p.154). Se supone que los estados firmantes de la Convención no debieran establecer normativas contractuales que dificultasen la efectividad contractual, y que pudieran expandir las limitaciones implícitas en los Arts. II.1 y II.3 de la Convención, como por ejemplo requisitos formales extraordinarios, cargas de pruebas inusuales, o limitaciones en los ámbitos de arbitrabilidad. Es por ello que la doctrina generalmente reconoce que el concepto de “nulidad” en el artículo II.3 se refiere a situaciones en las que el acuerdo arbitral es defectuoso *ab initio*, como en casos de fraude, ilegalidad, o error mutuo. En cuanto a la referencia a contratos no operativos en el artículo II de la Convención, la doctrina reconoce que esta debiera referirse a aquellos acuerdos que, habiendo sido efectivos en su momento, dejaron de serlo, como por ejemplo casos revocatoria, repudio, o prescripciones temporales. Finalmente, los acuerdos no capaces de ser cumplidos debieran limitarse a aquellos que contemplan procedimientos imposibles o indefinidos. Born, pp.709, 711.

<sup>90</sup> González de Cossío, Francisco, *Validez del Acuerdo Arbitral bajo la Convención de Nueva York: Un ejercicio conflictual*, en <http://www.imarbitraje.org.mx/estudios/Validez%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf>, Fecha de captura 20 de diciembre de 2012.

<sup>91</sup> Ver §2.2.

## Verónica Sandler Obregón

*Profesora y abogada. Socia del Estudio Jurídico Sandler Abogados y profesora de la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Argentina de Empresa (UADE) y el Instituto Latinoamericano de Arbitraje (ILdeA), además de haber sido entrenadora académica de los equipos de arbitraje de ambas universidades en competencias internacionales en Europa y los Estados Unidos.*

*Previamente se desempeñó como Directora Jurídica de la empresa Bellavision Entertainment y como abogada en los estudios jurídicos Remaggi, Pico, Jessen & Asociados y De Dios & Goyena, centrándose en la práctica de arbitraje comercial internacional, arbitraje de inversiones y litigio nacional e internacional. La Dra. Sandler es egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y obtuvo un postgrado en la Escuela de Negocios de la Universidad de Palermo.*