

EJECUCIÓN DE LAUDOS ANULADOS: HACIA UN ESTÁNDAR ANALÍTICO UNIFORME

INTRODUCCION

Existe un cuerpo robusto de análisis sobre la posibilidad de ejecutar un laudo arbitral que ha sido anulado en la sede. No es mi deseo repetirlo. En este ensayo busco abordar exclusivamente una cuestión que deriva de dicha posibilidad: suponiendo que se concluye que es posible ejecutar un laudo anulado, el análisis a seguir por el juzgador nacional al que se le presente la petición. Para ello, resumiré y comentaré los casos que han analizado el tema (SI), para luego comentar el análisis seguido (SII).

I. EJECUTANDO LAUDOS ANULADOS

Son diez los casos en que se ha discutido la posibilidad de ejecutar un laudo anulado, de los cuales ocho fueron exitosos y dos no.¹ Estos casos son:

1. Norsolor: *Société Pablak Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A., Corte de Casación, Francia, 9 de noviembre de 1984 (Arrêt n° 730) ("Norsolor").*

2. Hilmarton: *Société Hilmarton Ltd. v. Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV), Corte de Casación, Francia, 23 de marzo de 1994 (Arrêt n° 484 P) ("Hilmarton").*

3. Chromalloy: *Chromalloy Aeroservices, a Division of Chromalloy Gas Turbine Corporation v. Arab Republic of Egypt, Corte de Distrito, Distrito de Columbia, 31 de julio de 1996 (939 F.Supp. 907). ("Chromalloy").*

4. Baker Marine: *Baker Marine (NIG.) LTD. v. Chevron (NIG.) LTD and Chevron Corp., Inc. v. Danos and Curole Marine Contractors, Inc., Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 12 de agosto de 1999 (191 F.3d 194) ("Baker Marine").*

5. Karaha Bodas: *Karaha Bodas Co., L.L.C Plaintiff v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, Corte de Apelación del Quinto Circuito, Estados Unidos de América, 23 de marzo de 2004 (364 F.3d 274) ("Karaha Bodas").*

6. Termorio: *Termorio S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC v. Electranta S.P., et al., Corte de Apelación de Estados Unidos, Distrito de Columbia, 25 de mayo de 2007 (487 F.3d 928, 376 U.S.App.D.C. 242) ("Termorio").*

7. Putrabali: *Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices, Corte de Casación francesa, 29 de junio de 2007 (Arrêt n° 1021 FP-P+B+I) ("Putrabali").*

8. Yukos: *Yukos Capital S.A.R.L., v. Oao Rosneft, Tercera Corte de Apelación de Amsterdam, sección civil, 28 de abril de 2009 (200.005.269/01) ("Yukos").*

9. Castillo Bozo: *Juan Jose Castillo Bozo, v. Leopoldo Castillo Bozo and Gabriel Castillo Bozo, Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito del Sur de Florida, 23 de mayo de 2013 (1:12-cv-24174-KMW) ("Castillo Bozo").*

* González de Cossío Abogados, SC (www.gdca.com.mx) Árbitro y representante de partes en arbitrajes nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje de diversas instituciones, incluyendo Universidad Iberoamericana, Escuela Libre de Derecho y Universidad Panamericana, México. Comentarios bienvenidos a fgcossio@gdca.com.mx

1. Salvo *Baker Marine* y *Termorio*, todos decidieron ejecutar el laudo. Uno de ellos (Commisa) aún no es definitivo por ser una decisión de primera instancia cuya apelación está pendiente.

10. *Commisa:* *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito del Sur de New York, 27 de agosto de 2013 (1:10-cv-00206-AKH) ("Commisa").*

Partiendo del análisis seguido, los casos son genéricamente catalogables en tres especies: (a) los que ejecutan conforme a derecho local, (b) los que ignoran la decisión de nulidad, y (c) los que aquilatan la decisión de nulidad para determinar si merece deferencia. A continuación los resumo.

A. EJECUTANDO CONFORME A DERECHO LOCAL

1. Los casos

La visión francesa sobre el tema es que los laudos arbitrales son "sentencias de la justicia internacional" que pueden ser ejecutados en Francia conforme al Derecho francés, como lo permite el artículo VII de la Convención de Nueva York.² Esta visión ha sido reiteradamente sostenida por la Corte de Casación francesa en tres casos: *Norsolor*, *Hilmarton* y *Putrabali*.

Comencemos siguiendo un orden cronológico. El primer caso fue *Norsolor*, donde la Corte de Casación francesa, enfrentada con la nulidad de laudo por la Corte de Apelación de Viena, fundada en la preocupación que la motivación del laudo en *lex mercatoria* propiciaba falta de certeza, sostuvo que ello violaba el derecho del demandante a hacer valer un laudo arbitral conforme al derecho de Francia (como país donde se invoca), conforme al artículo VII de la CNY. Como resultado, casó y anuló la sentencia de la corte de apelación de París que negada ejecución.

Hilmarton continúa con la misma línea. Enfrentada con un laudo arbitral y una sentencia de nulidad proveniente de Suiza, la *Cour de Cassation* razonó que la ejecución en Francia era dable pues (i) el

laudo arbitral no era un fallo 'integrado en el orden jurídico de Suiza'; (ii) el artículo VII de la Convención de Nueva York permite hacer caso omiso ("écartée") de la no ejecución de un laudo anulado (conforme al artículo V(1)(e) de la CNY) cuando el derecho del país donde la ejecución se solicita lo permite; y (iii) el orden público francés no se veía afectado. En sus palabras:³

... la sentencia suiza era una sentencia internacional que estaba incorporada al orden jurídico de dicho Estado, de manera que su existencia se mantuvo establecida pese a su anulación, y el que su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional;

...se desprende del artículo 7 de la Convención de Nueva York...que el juez puede negar la ejecución de un laudo extranjero cuando su derecho nacional lo autorice; y que las disposiciones del artículo 5-1,e, de la Convención, que establecen la negativa para la ejecución de un laudo anulado en su país de origen, deben ser excluidas cuando el derecho del país en donde se solicite la ejecución de la sentencia permita dicha ejecución; que en la especie, la anulación de la sentencia emitida en Ginebra no constituye, de conformidad con el artículo 1502 del Nuevo Código de Procedimientos Civiles, un caso de negación de las reglas francesas de arbitraje Internacional para solicitar en Francia la ejecución de un laudo; de un laudo emitido en materia de arbitraje internacional anulado en el extranjero conforme a derecho local, no es contrario al orden público internacional...

En *Putrabali* el razonamiento conforme al cual se ejecutó un laudo anulado en el extranjero puso el acento sobre el carácter internacional del laudo, considerándolo una "decisión de la justicia internacional" ("*décision de justice internationale*")

2. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958 ("Convención de Nueva York" o "CNY").

3. Mi traducción de "la sentence Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet Etat, de sorte que son existence demeurait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n'était pas contraire à l'ordre public international; ...il résulte de l'article 7 de la Convention de NEW-YORK ... que le juge ne peut refuser l'exequatur d'une sentence étrangère lorsque son droit national l'autorise; que des lors, les dispositions de l'article 5-1, e, de la Convention, qui prévoient le refus d'exequatur d'une sentence annulée dans son pays d'origine, doivent être écartées lorsque le droit du pays ou l'exécution de la sentence est requise permet cette exécution; qu'en l'espèce, l'annulation de la sentence rendue à GENEVE ne constitue pas, aux termes de l'article 1502 du Nouveau Code de procédure civile, un cas de refus des règles françaises de l'arbitrage International pour demander l'exequatur en France de la sentence; d'une sentence rendue en matière d'arbitrage International, annulée à l'étranger par application de la loi locale, n'est pas contraire à l'ordre public international" (Hilmarton, p. 3).

y que conforme a derecho francés la nulidad por otro país no es motivo para rehusar ejecución de un laudo. En palabra de la *Cour de Cassation*:⁴

Mientras que el laudo internacional, que no se ligado a orden jurídico estatal, es una decisión de la justicia internacional cuya alguna regularidad se examinará en relación con las reglas aplicables en el país en donde se solicite su ejecución y reconocimiento; que en aplicación del artículo VII de la Convención de Nueva York del 10 de enero de 1958, la sociedad Rena Holding podía presentar en Francia el laudo emitido en Londres el 10 de abril de 2001, de conformidad con la convención de arbitraje y con el reglamento de IGPA, y acoger las disposiciones del derecho francés del arbitraje internacional que no proporciona la anulación del laudo en su país de origen, como causal de rechazo de reconocimiento y ejecución del laudo emitido en el extranjero.

2. Comentario

El corazón del razonamiento contenido en los tres casos resumidos consiste en considerar que, aunque es cierto que un laudo anulado puede no ser ejecutado conforme a la Convención de Nueva York, también es cierto que el artículo VII del mismo instrumento contempla la posibilidad de ejecutar cuando existe un derecho más favorable local u otro. Ante dicha posibilidad, los juzgadores franceses miran su derecho local y analizan si, conforme al mismo, puede ejecutarse el laudo anulado. Si no detectan un motivo para no hacerlo, ejecutan. Y al hacerlo, ponen hincapié en el hecho que la sentencia de nulidad extranjera es un fallo que tiene fuerza en un sistema jurídico extranjero, no el francés. Por ello, cuando enfrentado con dos fallos que compiten—un lado y una sentencia que lo anula—se opta por ejecutar el laudo. Después de todo, mientras que la sentencia extranjera no es nada en Francia, el

laudo es producto de la "justicia internacional".

La visión no sólo tiene mérito técnico, sino que propicia un resultado laudable. El *mérito* consiste en destreza en la concepción y mérito de la Convención de Nueva York, que fue disociada en un instrumento "abierto" que hace las veces de una "ley de mínimos", un piso, conforme al cual pueda ejecutarse laudos. Pero si existe otro derecho que sea aplicable, será conforme a este que pueda ejecutarse un laudo. El resultado plausible deriva del resultado: un acreedor conforme a un laudo arbitral tiene un derecho que deriva de un mecanismo internacionalmente aceptado de solución de disputas. Puede por ello utilizar el sistema internacional, y subsistemas locales, para hacerlo valer. Visto así, el sistema arbitral internacional procura formas diversas, y mutuamente reforzantes, de hacer valer los derechos de crédito conferidos en el laudo.

B. IGNORANDO LA DECISIÓN DE NULIDAD

Han existido casos donde el análisis seguido consiste en ignorar la decisión de nulidad, concentrándose en lo sostenido en el laudo.

1. Los casos

En *Karaha Bodas* un laudo anulado en Jakarta, Indonesia, fue ejecutado en Texas puesto que la decisión de nulidad no provenía de la sede o "*primary jurisdiction*" (como la llamó dicho tribunal de apelación).⁵ El laudo tuvo como sede Suiza. Argumentando que el laudo había sido hecho conforme a derecho de Indonesia, Pertamina aducía que existían dos sedes: Suiza y Jakarta, por lo que la decisión de nulidad debía ser respetada. El tribunal de apelación tejano sostuvo que la verdadera sede era Suiza.⁶ En la medida en que la nulidad no provenía de Suiza, no se actualizaba la causal contenida en el artículo V(1) (e) de la Convención de Nueva York, por lo que se procedió a ejecutar.

4. Mi traducción de "Mais attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées ; qu'en application de l'article VII de la Convention de New-York du 10 janvier 1958, la société Rena Holding était recevable à présenter en France la sentence rendue à Londres le 10 avril 2001 conformément à la convention d'arbitrage et au règlement de l'IGPA, et fondée à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international, qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger".

5. Aunque una digresión, no deseo dejar de apuntar que la alusión a "*primary jurisdiction*" invita confusión. Aunque como forma de facilitar explicación es entendible, invita una suposición inconsciente que puede invitar errores analíticos más adelante: que una jurisdicción tiene primacía sobre otras. No existe tal primacía en el régimen de la Convención de Nueva York. La "*secondary jurisdiction*" no es '*secundaria*' en importancia. Es una jurisdicción más a la par de cualquier otra, incluyendo la de la sede.

6. No sólo porque la alusión a derecho aplicable no implicaba derecho arbitral aplicable, sino también porque Pertamina misma solicitó (sin éxito) la nulidad en Suiza.

En *Castillo Bozo* la Juez de Distrito hizo un análisis de tres pasos. Primero, decidió ignorar la decisión de nulidad por no provenir de la sede,⁷ diciendo:

La corte determina que la orden de anulación venezolana en estudio en este caso no califica como una sentencia de un "tribunal competente", y como tal, no debe concedérsele cortesía

[The Court finds that the Venezuelan annulment order at issue in this case does not qualify as a judgment of a "competent court," and thus should not be afforded comity]

Luego pasó a analizar los motivos de nulidad y concluyó que no existían motivos para anular. Finalmente, analizó si la ejecución violaría su orden público. Sostuvo que:

La corte determina que el reconocimiento de la decisión arbitral no violará el orden público de los Estados Unidos, y por lo tanto la corte no tiene motivos para denegar el reconocimiento del laudo arbitral conforme al Art. 5(2)(b) de la Convención.

[the Court finds that recognition of the arbitral decision will not violate the public policy of the United States, and thus the Court does not have grounds to refuse to recognize the arbitration award under Art. 5(2)(b) of the Convention.]

En *Yukos* la Corte de Apelación de Amsterdam decidió ejecutar el laudo anulado en Moscú considerando que):⁸

... la Convención de Nueva York de 1958 deja margen para ejecutar un laudo arbitral que ha sido anulado por una autoridad competente del país en donde el laudo fue emitido, el tribunal holandés no está obligado a denegar ejecutar un laudo arbitral anulado si la sentencia extranjera de nulidad no puede ser reconocida

en los Países Bajos. Lo anterior, aplica particularmente si la manera en la que dicha sentencia fue obtenida no satisface los principios de debido principio, y por dicha razón, su reconocimiento conllevaría un conflicto con el orden público de los Países Bajos. Si la sentencia de nulidad de laudo del tribunal civil de Rusia no debe ser tomada en cuenta al evaluar no pueden ser reconocidas en los Países Bajos, de tal manera que cuando se evalúe la solicitud de ejecución del laudo arbitral.

Planteó la cuestión jurídica a así:⁹

Si la decisión del Tribunal Ruso que anulara el laudo arbitral puede ser reconocida en los Países Bajos, especialmente, si dicha sentencia fue emitida por una instancia judicial imparcial e independiente.

[Whether the decision of the Russian Civil Court to set aside the arbitral award can be recognised in the Netherlands, more in particular whether said judgments were rendered by a judicial instance that is impartial and independent.]

Considerando (a) la cercanía¹⁰ de Rosneft y el Estado Ruso; (b) indicadores internacionales diversos que aludían a (i) la falta de independencia del poder judicial ruso, (ii) que el poder judicial recibe instrucciones del poder ejecutivo;¹¹ (iii) que el poder judicial es usado por el ejecutivo como instrumento político; y (c) que la parcialidad y dependencia por su naturaleza tienen lugar 'tras las escenas'; la corte de Apelación de Amsterdam concluyó que es plausible que la sentencia de nulidad de la Corte Civil Rusa que anuló el laudo sean resultado de un proceso parcial y carente de independencia. Por ello, no merecen ser reconocidos en los Países Bajos.¹² Por lo que, al valorar la solicitud de Yukos Capital para ejecutar los laudos arbitrales, las decisiones de nulidad fueran ignoradas.

7. Siendo que la sede era Miami, y la nulidad provenía de Caracas.

8. Mi traducción del párrafo 3.5 de la versión en inglés que dice: "the New York Convention 1958 otherwise leaves scope for granting leave to enforce an arbitral award that has been set aside by a competent authority of the country where the award was granted, the Dutch court is in any rate not compelled to refuse the leave to enforce a set aside arbitral award if the foreign judgment under which the arbitral award was set aside, cannot be recognised in the Netherlands. This particularly applies if the manner in which said judgment was brought about does not satisfy the principles of due process and for that reason recognition of the judgment would lead to a conflict with Dutch public order. (No fue posible obtener una mejor traducción al inglés.)

9. Id., 3.9.

10. "Close interwovenness" fueron sus palabras.

11. Fenómeno conocido como "supine pozvonochnost": las sentencias siguen instrucciones telefónicas ('zvonok').

12. Id., 3.9.4.

2. Comentario

Aunque en la misma canasta, es de admitirse que los casos son analíticamente distinguibles. Mientras que *Karaha Bodas* y *Castillo Bozo* ignoraron la decisión de nulidad por no provenir de la sede, *Yukos* lo hizo cuestionando al órgano emisor. Mientras que el primero hizo lo que tenía que hacer conforme a la Convención de Nueva York, el segundo esquivó la incógnita. Sin embargo, los tres guardan similitud en que escogieron no dejar de ejecutar por existir una decisión de nulidad. El que la jurisprudencia internacional despliegue dicha opción como solución al dilema abordado por este ensayo justifica que se considere para lograr nuestra finalidad: ¿qué método seguir?

C. ANÁLISIS DE DEFERENCIA DE LA DECISIÓN DE NULIDAD

1. Los casos

Existen casos donde el ejercicio analítico seguido consiste en aquilatar la calidad de la sentencia de nulidad para decidir si merece 'deferencia'. De merecerla, se niega ejecución. De no merecerla, se ordena ejecución.

En *Baker Marine*, se negó ejecutar un laudo arbitral anulado en la sede (Nigeria) razonando que si el laudo fue hecho en Nigeria, de conformidad con las leyes (incluyendo arbitrales) de Nigeria, el que un juez de Nigeria hubiera anulado justifica que no pueda ser ejecutado en Estados Unidos. Al llegar a dicha conclusión, hizo dos observaciones que evidencian un análisis de deferencia:¹³

... *Barker Marine* no ha aseverado que las cortes Nigerianas hayan encontrado en forma contraria a derecho Nijeriano.

... Es respuesta suficiente que *Barker Marine* no ha demostrado razones suficientes para reconocer las sentencias de la corte Nigeriana.

[... *Baker Marine* has made no contention that the Nigerian courts acted contrary to Nigerian law. It is sufficient answer that *Baker Marine* has shown no adequate reasons for refusing to recognize the judgments of the Nigerian Court]

Ad contrario —uno infiere— si hubieran habido aseveraciones o pruebas que las cortes nigerianas actuaron en forma contraria a su derecho, o 'razones adecuadas' para rehusar reconocimiento de las decisiones de nulidad, el juez neoyorquino hubiera ejecutado.

En *Chromalloy* un laudo anulado en El Cairo fue ejecutado en Estados Unidos. Al decidir sobre el tema, el Juez de Distrito realizó dos pasos analíticos. Primero, determinó si, para efectos de derecho estadounidense, el laudo no podía ser ejecutado. Segundo, determinó si no se debe ejecutar dada la existencia de una decisión de nulidad. Con respecto al primer paso, el Juez de Distrito razonó que:¹⁴

Mientras que el Artículo V establece un estándar discrecional, el Artículo VII de la Convención establece que, "Las disposiciones de la presente Convención no deberán...privar a ninguna parte interesada de ningún derecho que pueda tener a un laudo arbitral en la manera y grado permitidos por la ley...del país en el que dicho laudo sea dictado o esté basado." ... En otras palabras, bajo la Convención, CAS mantiene todos los derechos para ejecutar este Laudo Arbitral que tendría en ausencia de esta Convención. Por consiguiente, el Tribunal encuentra que si la Convención no existiera, el Acto Federal de Arbitraje proporcionaría a CAS con un derecho legítimo para ejecutar este laudo arbitral...

[While Article V provides a discretionary standard, Article VII of the Convention requires that, "The provisions of the present Convention shall not ... deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law ... of the count[r]y where such award is sought to be relied upon." ... In other words, under the Convention, CAS maintains all rights to the enforcement of this Arbitral Award that it would have in the absence of the Convention. Accordingly, the Court finds that, if the Convention did not exist, the Federal Arbitration Act ("FAA") would

13. Id., p. 197.

14. Id., p. 909. Notas omitidas.

provide CAS with a legitimate claim to enforcement of this arbitral award. ...]

Tras analizar el Juez de Distrito si, conforme a la *Federal Arbitration Act*, se actualizaba algún motivo para no ejecutar, concluyó que "as a matter of U.S. law, the award is proper". Con respecto al segundo paso analítico, razonó¹⁵ que no ejecutar el laudo implicaría permitir:

...repudiar la promesa solemne de atenerse a los resultados del arbitraje

[...repudiate its solemn promise to abide by the results of the arbitration]

Replanteó el *issue* así: ¿debe la corte dar efecto de cosa juzgada a la decisión de nulidad de la Corte de Apelación Egipcia? Rechazando el planteamiento sobre si la Corte de Apelación decidió correctamente el punto conforme a Derecho egipcio, concluyó que:

el laudo ... es válido conforme al derecho de Estados Unidos. El Tribunal concluye que no necesita otorgar efecto de res judicata a la decisión del Tribunal de Apelaciones Egipcio de El Cairo. ...

[the award ... is valid as a matter of U.S. law. The Court further concludes that it need not grant res judicata effect to the decision of the Egyptian Court of Appeal of Cairo. ...]

Como resultado, reconoció el laudo arbitral no obstante su nulidad.

Termorio sigue una estela similar. Desde el comienzo de la lectura del caso uno encuentra en la reseña inicial del mismo (*Syllabus*) la siguiente explicación:

Al no haber nada en el expediente que indique que los procedimientos llevados a cabo frente al Consejo de Estado era **cuestionable**, o que la sentencia del tribunal no es mas que auténtica, el Juez de Distrito estaba, como lo sostuvo, obligado a respetarlo...Por consiguiente,

sostenemos que, dado que el laudo arbitral fue legalmente anulado por el país en el que fue realizado, los apelantes no tienen acción en Estados Unidos para solicitar la ejecución del laudo bajo el FAA o bajo la Convención de Nueva York.

[Because there is nothing in the record here indicating that the proceedings before the Consejo de Estado were **tainted** or that the judgment of that court is other than authentic, the District Court was, as it held, obligated to respect it. ... Accordingly, we hold that, because the arbitration award was lawfully nullified by the country in which the award was made, appellants have no cause of action in the United States to seek enforcement of the award under the FAA or the New York Convention.]

(énfasis añadido)

En este caso la ejecución se resistía por existir una decisión de nulidad del laudo por el Consejo de Estado de Colombia. El motivo de nulidad fue que el arbitraje debía ser de conformidad con derecho Colombiano, y el derecho colombiano no contemplaba expresamente el uso del Reglamento ICC para arbitrajes con entes públicos. En forma interesante, bajo rubro "Validity of Foreign Judgment Vacating an Arbitration Award" dijo:¹⁶

...un Estado Contratante secundario normalmente no ejecutaría un laudo arbitral que ha sido anulado por una "autoridad competente" en el Estado Contratante primario. Lo anterior porque el Consejo de Estado es sin duda, una "autoridad competente" en Colombia (el Estado primario), y porque **no hay nada en el expediente que indique que los procedimientos frente al Consejo de Estado fueran cuestionables** o que la decisión de dicho tribunal no sea auténtica, los apelados manifiestan que los apelantes no tienen acción bajo el FAA o bajo la Convención de Nueva York para ejecutar el laudo en un Estado Contratante fuera de Colombia. Del expediente existente, estamos de acuerdo.

15. Dando eco a Scherk, donde, en el contexto del acuerdo arbitral, se hizo eco de la preocupación de los delegados que elaboraron la Convención de Nueva York que los tribunales de los países no deben permitir que se incumpla la promesa de arbitrar. (Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506, 519, 94 S.Ct. 2449, 2457).

16. Id., p. 935.

[...a secondary Contracting State normally may not enforce an arbitration award that has been lawfully set aside by a "competent authority" in the primary Contracting State. Because the Consejo de Estado is undisputedly a "competent authority" in Colombia (the primary State), and because **there is nothing in the record here indicating that the proceedings before the Consejo de Estado were tainted** or that the judgment of that court is other than authentic, appellees contend that appellants have no cause of action under the FAA or the New York Convention to enforce the award in a Contracting State outside of Colombia. On the record at hand, we agree.]

(énfasis añadido)

Se sumó a razonamiento de *Baker Marine*, donde, actualizada la causal de nulidad de laudo, por *comity* se negaron a ejecutar. Explicó:¹⁷

...Para que nosotros avalemos lo que buscan los apelantes deberíamos socavar el principal precepto de la Convención de Nueva York: un laudo arbitral no puede ser ejecutado en otro Estado Contratante si ha sido "anulado" legalmente por una autoridad competente en el Estado en el que se realizó el laudo. Este principio es dispositivo en este caso.

[... For us to endorse what appellants seek would seriously undermine a principal precept of the New York Convention: an arbitration award does not exist to be enforced in other Contracting States if it has been lawfully "set aside" by a competent authority in the State in which the award was made. This principle controls the disposition of this case.]

Y con respecto a si la decisión del Consejo de Estado Colombiano le merecía deferencia, concluyó que:¹⁸

El Consejo de Estado, el tribunal administrativo más alto de Colombia, es el expositor final del derecho colombiano, y no estamos en la posición de decir que la decisión de dicho tribunal es equivocada.

[The Consejo de Estado, Colombia's highest administrative court, is the final expositor of Colombian law, and we are in no position to pronounce the decision of that court wrong.]

Como resultado, se negó ejecución del laudo arbitral por haber sido anulado en la sede.

Recientemente, en *Commisa* el Juez de Distrito comienza planteando la cuestión jurídica a resolver así: ¿cuándo enfrentado a un laudo y una decisión que lo anula, cuál debe prevalecer?¹⁹ Concluyó que,²⁰ dadas las circunstancias, la decisión no merecía deferencia pues:²¹

Sostengo...que la decisión del Décimo Primer Tribunal Colegiado violó las nociones más básicas de justicia al aplicar una ley que no existía al momento en el que se celebró el contrato entre las partes y dejó a COMMISA sin una habilidad aparente para litigar sus demandas. Por lo tanto, me niego a aplazar la decisión del Décimo Primer Tribunal Colegiado y confirmo el Laudo y el juicio al respecto.

[I hold ... that the Eleventh Collegiate Court decision violated basic notions of justice in that it applied a law that was not in existence at the time the parties' contract was formed and left COMMISA without an apparent ability to litigate its claims. I therefore decline to defer to the Eleventh Collegiate Court's ruling, and I again confirm the Award and grant judgment thereon.]

La premisa detrás de la conclusión fue retroactividad. Una (supuesta) aplicación *ex post facto* de una ley posterior a hechos anteriores. Ante ello, declinó deferir a dicha decisión, pues, en su opinión:²²

17. Id., p. 936.

18. Id., p. 939.

19. *Commisa*, p. 1, primer párrafo.

20. El análisis seguido hace surgir la duda si la decisión era una expresión de principio o una solución basada en las peculiares circunstancias del caso.

21. *Commisa*, p. 2.

22. Id., p. 31.

The decision ... violated basic notions of justice, ... I hold that the Award in favor of COMMISA should be confirmed.

[La decisión ... violó nociones más básicas de justicia, sostengo que el laudo a favor de COMMISA debe ser confirmado.]

Para llegar a dicha conclusión, analizó el contenido de la decisión de nulidad.²³ Ello incluyó determinaciones sobre derecho mexicano, particularmente si había existido una aplicación *ex post facto* de una ley posterior. Y concluyó:²⁴

I find that ... the decision vacating the Award violated "Basic notions of justice", and that deference is therefore not required.

[Encuentro que...la decisión de rechazar el Laudo violó "nociones más básicas de justicia" y por lo tanto no se requiere deferencia.]

Como resultado, se concedió la solicitud de "confirmación del laudo". A la fecha de esta nota, la apelación estaba pendiente.

2. Comentario

La solución estadounidense al dilema de la posibilidad de ejecutar un laudo anulado consiste en analizar la decisión de nulidad con miras a determinar si merece "deferencia". Aunque el estándar ha variado,²⁵ por lo que existe posibilidad de *forum shopping*, tal parece que si hay algo "mal" con la decisión de nulidad, no se deferirá a la misma. Mientras que *Baker Marine* toma un estándar mediano —que la decisión no sea cuestionable²⁶— *Termorio* toma uno alto: que se violen nociones básicas de justicia. Y *Commisa* dio eco a este último, haciendo suyo el estándar de otro circuito.²⁷

II. ¿EXISTE UNA MEJOR PRAXIS?

Las tres prácticas descritas involucran no sólo formas distintas de resolver un dilema que ha ocupado desde hace tiempo a diversos pensadores y expertos, sino soluciones que reflejan un rigor analítico disímulo, que propician consecuencias distintas, tanto positivas como negativas.

Mientras que el *análisis de deferencia* tiene por efecto que un poder judicial pase juicio sobre lo que ha hecho otro poder judicial, el *ignorar* el fallo de nulidad tiene por efecto cerrarse los ojos a la realidad. Peor aún, lo dictado por la Convención de Nueva York: un laudo puede ser rehusado ejecución si ha sido anulado.²⁸ Por contra, la visión francesa es estimulante en lo intelectual, no detona fricciones con otras jurisdicciones, y manda un mensaje saludable.

El análisis de deferencia genera fricciones que no sólo pueden ser serias, sino que son lamentables en que podían ser evitadas. Para ilustrar los problemas que genera, tomemos el último caso comentado (*Commisa*), y volteemos el tablero de los hechos. ¿Qué sucedería si un juez mexicano de primera instancia analizara una sentencia de nulidad proveniente del tribunal de apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos, y concluyera que éste mal-aplicó su propio derecho, por lo cual no le merece "deferencia"?²⁹

Sin duda, el lector se habrá quedado boqui-abierto sólo de considerar las implicaciones.³⁰ Pregunto: ¿es sano seguir un método que propicia dicho tipo de resultados? Aceptémoslo: el análisis de deferencia es subóptimo.

Por su cuenta, los casos que simplemente ignoran la decisión de nulidad en esencia están dejando de cumplir la Convención de Nueva York. No faltará quien diga que ello viola la Convención de Nueva York. En mi opinión, la conclusión no es obligada: el proemio del artículo V contiene una verbo que implica una facultad potestativa ("podrá").³¹ Pero

23. Pp. 24 a 31.

24. P. 25. La conclusión es re-expresada en la página 31.

25. Y algunas jurisdicciones están en vías de crear su estándar.

26. "Tainted" es la palabra utilizada.

27. Sin embargo, siendo que a la fecha de este ensayo el caso estaba en apelación, el impacto de la decisión en el (actualmente fluido) estándar del segundo circuito está por verse. Como se sabe, no son los tribunales de primera instancia los que crean los precedentes, sino los de segunda (aceptando o rechazando el razonamiento de los tribunales de primera instancia).

28. Artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York.

29. Recuérdese además que el juez de primera instancia de Nueva York calificó la decisión de tribunal de apelación (Décimo Primer Tribunal Colegiado de Circuito) como "violatoria de nociones básicas de justicia". (pp. 2 y 31).

30. Y es ello lo que explica que algunos jueces mexicanos estén molestos por la sentencia del juez de Nueva York en *Commisa* - máxime los errores de derecho mexicano que se incurren en las páginas 24 a 31 de la sentencia.

31. Máxime la discreción de no ejecutar (artículo V) enfrenta una obligación positiva de ejecutar (artículo III) y una posibilidad de hacerlo aún en casos más liberales que lo contenido en la Convención de Nueva York (artículo VII).

la solución de simplemente ignorar la sentencia de nulidad —que actualiza la hipótesis contenida en el artículo V(1)(e) de la Convención— es el equivalente a intentar tapar el sol con un dedo. Lo que es más, no da una solución al dilema suscitado bajo la Convención de Nueva York, sino que lo esquiva. ¿Cómo? Sin ningún motivo de principio. (Y lo que es más, si se sigue lo hecho en *Yukos*, el resultado es peor: se ignora después de pasar juicio sobre de la sentencia de nulidad;³² es decir, se ignora después de denostar.)

Es por lo anterior que postulo que la visión más sofisticada y plausible es la solución francesa. Conforme a la misma, el derecho francés es poroso. Está abierto a recibir y ejecutar laudos como fallos producto de la 'justicia internacional'. Negará ejecución sólo si hay un motivo conforme a derecho local para negar — no porque otro juez así lo dijo. Es ello lo que lo hace más sofisticado y plausible. Reconoce el sistema arbitral internacional —'orden jurídico arbitral'³³— y lo acoge. Conforme a dicha visión, el derecho local es una pieza —un engrane— más del (complejo) sistema internacional que tiene por efecto facilitar la solución internacional de disputas. Y entendido así, el efecto será que un acreedor de un laudo arbitral puede confiar en el sistema internacional para que se respeten sus derechos. Si una pieza se atora, existirán otras. El motor internacional no se atrofiará porque uno de los pistones no esté debidamente aceitado. Y gracias a que nadie pasa juicio sobre nadie, no habrá ofendidos.³⁴

32. No faltará quien considere que, más que pasar juicio, se denotó al poder judicial emisor de la decisión de nulidad.

33. Emmanuel Gaillard, Emmanuel Gaillard, *ASPECTS PHILOSOPHIQUES DU DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL*, Academie de droit international de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008.

34. Mi preocupación sobre esto no deriva de tener la piel delgada, sino de entender que nada se gana cuando se insulta a un vecino. A un socio comercial. Y en cambio se puede mermar el capital de buena disposición para cooperar para que las cosas salgan bien. Y si el texto jurídico permite ambas interpretaciones, ¿por qué no mejor optar por la solución que evita problemas, que la que los genera?