

Estudios

Arbitraje, vol. II, nº 1, 2009, pp. 15–27

Antisuit injunctions* y reconocimiento de laudos arbitrales anulados: una “*liaison dangereuse*”

Sixto SÁNCHEZ LORENZO

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Granada

Sumario: I. Introducción. II. Las *antisuit injunctions* y sus efectos negativos. III. El reconocimiento de laudos arbitrales anulados por la jurisdicción primaria: 1. El planteamiento formalista francés. 2. El planteamiento sustantivista norteamericano. 3. Una aproximación crítica.

I. Introducción

Las *antisuit injunctions* funcionan como una intromisión *a priori* en la competencia jurisdiccional o arbitral. Particularmente eficaz y controvertida puede ser la *antisuit injunction* ordenada por los tribunales del lugar de ejecución eventual de un laudo (jurisdicción secundaria) contra la competencia del tribunal arbitral o de la jurisdicción nacional dispuestos a ejercer su competencia en el Estado en que radica la sede arbitral (jurisdicción primaria¹). La Sentencia de la *Court*

* Este texto tiene su origen en una comunicación presentada en el XXV Congreso del Instituto Hispano-luso-americano de Derecho internacional celebrado en Villa General Belgrano (Córdoba – Argentina) del 22 al 26 de septiembre de 2008.

¹ Se asocia a la jurisdicción primaria, además del Tribunal correspondiente a la sede arbitral, el Tribunal coincidente con la ley rectora del procedimiento arbitral, en el sentido del art. V.1º.e) CNY. Aunque de una importancia relativa, puede darse el caso de que el arbitraje se despliegue en una sede diferente a la ley elegida por las partes para regir el procedimiento arbitral.

of Appeal (5th Circuit) de 18 de junio de 2003 en el asunto *KBC v. Pertamina* ha formulado una proposición consistente en minimizar o eliminar estas órdenes conminatorias —indudable fuente de inseguridad e ineficiencia en la solución de controversias comerciales transnacionales— a través de una suerte de compensación consistente en el reconocimiento flexible de la eficacia del laudo arbitral dictado en el país de la sede, independientemente de su anulación o de la suerte que haya corrido dicho laudo en el sistema jurídico correspondiente a la jurisdicción primaria.

La fórmula *Pertamina* ha sido aplaudida en Europa por autores de indudable prestigio, como E. Gaillard² o J.C. Fernández Rozas³, y desde luego parece reconfortante para sistemas, como el francés, que se han caracterizado por admitir el reconocimiento de laudos arbitrales anulados por la jurisdicción primaria a partir de una interpretación igualmente flexible del Convenio de Nueva York de 1958 (CNY). Sin embargo, en esta contribución pretendemos hacer una aproximación crítica a esta tesis, poniendo de relieve sus consecuencias negativas para la seguridad del comercio internacional y para la propia función que un texto tan relevante como el CNY de 1958 cumple en este contexto.

II. Las *antisuit injunctions* y sus efectos negativos

Una *antisuit-injunction* es una orden conminatoria que se dirige a una o varias partes con el fin de impedir que interpongan una demanda arbitral o judicial o que desistan de ellas, pretendiendo así garantizar la propia competencia o el foro que se considera apropiado. Su fundamento es el carácter “vejatorio y opresivo” de un procedimiento extranjero. La eficacia de estas medidas depende de la posibilidad de ejecutar contra los “infractores” las consiguientes sanciones económicas o, incluso, penas graves, como la privación de libertad. Entre jurisdicciones estatales, esta coerción, aunque no afecte al juez cuya competencia se ataca, puede ser suficiente para provocar el desistimiento de las partes, poniendo en marcha el principio dispositivo de los procedimientos civiles y la terminación del proceso correspon-

² Vid. “*Antisuit injunctions* et reconnaissance des sentences annulées au siège: une évolution remarquable de la jurisprudence américaine”, *Journ. dr. int.*, 2003, pp. 1.105–1.114.

³ Vid. “*Anti-suit injunctions* et arbitrage commercial international: mesures adressées aux parties et au tribunal arbitral”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional (Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo)*, Sevilla, 2005, pp. 585–586.

diente. Sin embargo, en el marco europeo han sido objeto de una limitación relevante a partir de la STJCE 27 de abril de 2004 (as. C-159/2002: *Turner*), al considerarla una intromisión en la competencia del órgano jurisdiccional extranjero contraria al principio de confianza mutua y al propio efecto útil de las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968 (hoy Reglamento 44/2001) que contemplan instrumentos como la litispendencia y la conexidad.

En el ámbito del arbitraje, las *antisuits injunctions* han cumplido tradicionalmente una función tuitiva del procedimiento arbitral, buscando garantizar la eficacia del convenio arbitral y la abstención de jurisdicciones estatales intervencionistas o contrarias a dicha cultura arbitral. No debe olvidarse, sin embargo, que el propio art. II.3º CNY desacredita esa intervención en la medida en que habilita a la jurisdicción estatal a mantener su competencia si considera que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable⁴. Sin embargo, cada vez con más frecuencia son utilizadas en un sentido contrario, para evitar el desarrollo del procedimiento arbitral, al ser planteadas por una de las partes ante una jurisdicción intervencionista, habitualmente coincidente con su nacionalidad. En este sentido, la práctica ha desbordado con mucho la cultura anglosajona y nos proporciona ejemplos desde las jurisdicciones de las más diversas latitudes (Pakistán, Brasil, Indonesia...).

Una de las consecuencias negativas de las *anti-suit injunctions* consiste en su efecto multiplicador, pues promueve la concurrencia de contramedidas en forma de *anti-antisuit injunctions* por parte de la jurisdicción afectada por la primera orden conminatoria, dejando a las partes en situaciones verdaderamente complicadas. Por lo demás, se trata de una fórmula que tiende a “publicar” las relaciones internacionales, convirtiendo una disputa privada en una controversia internacional larvada entre órganos jurisdiccionales de distintos Estados, en una suerte de protección diplomática judicial, absolutamente negativa para el comercio internacional.

En la sentencia *Pertamina*, la *Court of Appeal* del quinto circuito refleja estos inconvenientes, sentenciando contra la indicación de las *anti-suit injunction* que tratan de evitar un recurso de anulación del laudo arbitral en una jurisdicción primaria, incluso si la justificación de su consideración como tal es dudosa. La contrapartida, sin embargo, consiste en una intervención diferente: prescindir de los efectos de

⁴ Ciertamente, esta lectura es menos pacífica en sistemas, como el francés, que parten de una lectura extensiva del principio competencia-competencia de los árbitros, proclive a una competencia exclusiva y no compartida con la jurisdicción nacional.

la sentencia anulatoria, mediante el reconocimiento del laudo en la jurisdicción secundaria, donde se solicita su ejecución.

III. El reconocimiento de laudos arbitrales anulados por la jurisdicción primaria

En el caso *Pertamina* el laudo arbitral se había dictado en Suiza y su anulación se había producido en Indonesia. El tribunal norteamericano no necesitaba analizar si realmente la jurisdicción indonesia se correspondía, ya que no con la sede arbitral, con la correspondiente a la ley aplicable al procedimiento arbitral. Esta cuestión resultaba hasta cierto punto superflua, si se parte de que la posibilidad de reconocer un laudo anulado en el mismo país de la sede arbitral. Y esta interpretación se ha dado tanto en la jurisprudencia francesa como en la norteamericana, incluso por referencia al mismo procedimiento arbitral, como aconteció en el caso *Chromalloy*, relativo a un laudo arbitral que fue anulado en la sede arbitral por la jurisdicción egipcia⁵.

Los fundamentos jurídicos de esta postura se amparan en primer término, en una interpretación del art. V.1^o.e) CNY, en cuya versión inglesa el empleo del verbo *may* sugiere un margen de discrecionalidad en la decisión o facultatividad en la denegación del reconocimiento cuando concurre alguna de las causales señaladas en dicho precepto. Dicha discrecionalidad —predicable asimismo de la versión española (“sólo se podrá denegar el reconocimiento”)— no se deduce de otras versiones del Convenio, singularmente en francés (*la reconnaissance et l'exécution... ne seront refusées... que si...*), pero una interpretación histórica y el hecho de que la versión inglesa fuera la base de la negociación del convenio apoya la interpretación favorable a la facultatividad⁶.

El segundo argumento tiene que ver con el principio de la aplicación del régimen más favorable al reconocimiento (*favor recognitionis*), singularmente cuando la legislación interna del Estado requerido no contempla la anulación del laudo por la jurisdicción extranjera como un obstáculo al reconocimiento y la ejecución de dicho laudo en el foro, tal y como acontece en la legislación francesa (arts. 1502 del Código de procedimiento civil y art. 1.723 del Código judicial). Este argumento aparecería debilitado si se mantiene la necesidad de una

⁵ Sentencia *Cour d'Appel* de París de 14 de enero de 1997 (*Journ.dr.int.*, 1998, pp. 750–753); *Chromalloy Aeroservices / Arab Republic of Egypt*, [939 F.Supp. 907 (DDC 1996)].

⁶ *Vid.* en este sentido G. Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, 2004, pp. 301 ss.

aplicación “en bloque” del régimen de reconocimiento —o al menos de sus condiciones— del Derecho nacional⁷.

1. *El planteamiento formalista francés*⁸

La jurisprudencia francesa ha utilizado el *favor recognitionis* como único motivo para reconocer laudos arbitrales anulados en el país de la sede, al descartar una aproximación discrecional al art. V CNY. Aunque el art. VII CNY sugiere que el régimen más favorable sólo opera a instancia de parte —como ocurre, por ejemplo, en Alemania o en los Países Bajos— la jurisprudencia francesa parece más inclinada a una aplicación de oficio, que reduce a la nada el art. V.1º.e) CNY.

Tomando como precedente el caso *Norsolor*⁹ y, especialmente, desde el célebre caso *Hilmarton*, uno de los postulados de esta jurisprudencia es que el laudo arbitral no se integra ni pertenece a ningún sistema nacional, ni tampoco en el de la jurisdicción primaria. De ahí que la anulación del laudo no implique su desaparición o ineficacia extraterritorial. Este postulado —que suscribirían, entusiastas, muchos *illuminati*¹⁰— se manifestó curiosamente paradójico en el propio asunto *Hilmarton*¹¹. Los tribunales suizos habían anulado el laudo arbitral dictado en Suiza, que exoneraba al demandado de indemnizar por daños y perjuicios al demandante. El laudo anulado fue reconocido en Francia y la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 23 de marzo de 1994¹² estableció el principio señalado. Lo absurdo del caso es que, siguiendo ese mismo principio, el laudo reconocido tampoco se integra en el país de la jurisdicción secundaria que procede a su reconocimiento y ejecución. Cuando en Suiza, tras la anulación, se dicta un segundo laudo contradictorio con el primero y se pretende su recono-

⁷ En este sentido, *vid.* J. Van der Berg, *The New York Arbitration Convention*, 1988, pp. 333–334.

⁸ Para una defensa en el sistema francés del reconocimiento de decisiones arbitrales anuladas en la jurisdicción de la sede arbitral, *vid.* por todos E. Gaillard, “L’exécution des sentences annulées dans leur pays d’origine”, *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 645–674. *Vid.* asimismo Ph. Fouchard, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, *Rev. arb.*, 1997, pp. 329 ss; P. Mayer, “Revisiting ‘Hilmarton’ and ‘Chromalloy’”, *International Arbitration and International Courts: the Never Ending Story*, La Haya, 2001, pp. 165–176.

⁹ Sentencia *Cour de Cassation* de 9 de octubre de 1984 (*Journ. dr. int.*, 1985, pp. 679–681).

¹⁰ Feliz expresión cuya etimología y aplicabilidad al caso analiza B. Ancel en “L’arbitrage commercial international au Pays des Lumières”, (en prensa).

¹¹ *Vid.* M^{av}. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 161–166.

¹² *Journ. dr. int.*, 1994, p. 701–702 y nota de E. Gaillard, pp. 702–710.

cimiento en Francia, el principio señalado abocaba asimismo a su reconocimiento, como entendió la Sentencia *Cour d'Appel* de Versailles de 29 de junio de 1995¹³. La grave incongruencia del doble reconocimiento hubo de ser resuelta finalmente por la *Cour de Cassation*¹⁴, invocando el principio de *res iudicata* y traicionando, en cierto modo, el propio principio que había justificado el reconocimiento del primer laudo. Semejante incongruencia conlleva su propia moraleja, pues en definitiva más allá de las cuestiones de dogmática jurídica debe prevalecer una interpretación que confiera congruencia, no sólo local, sino internacional, a un texto convencional que pretende proporcionar un cierto espacio arbitral internacional, como más abajo precisaremos.

Otros precedentes de la jurisprudencia francesa han abundado en la doctrina *Hilmarton*¹⁵, singularmente en el reciente asunto *Putrabali* resuelto por la *Cour de Cassation* en sentencia de 19 de junio de 2007¹⁶. En este asunto se acentúa el carácter internacional del laudo arbitral, “no vinculado a ningún sistema jurídico estatal” — expresión, cuya “majestad” ha demudado y casi hecho casi levitar a los autores más iluminados— así como el fundamento relativo a la ausencia de la anulación del laudo como causa de denegación del reconocimiento en el sistema interno francés. La decisión, que sigue otros precedentes como la Sentencia París de 10 de junio de 2004 (*Bargues Agro Industries*), confirma la denegación por razones de congruencia o inconciliabilidad de un segundo exequátur del segundo laudo contradictorio dictado en Inglaterra tras la anulación del primero.

Por el momento, queda evidenciado que decisiones como *Hilmarton* o *Putrabali* socavan gravemente, cuando menos, la armonía internacional de soluciones, e invitan a un auténtico vaivén judicial —como señala B. Ancel—, cuando una de las partes, obligada a pagar en el país de la sede, en exonerada en el país de ejecución, e invitada a intentar recuperar en el segundo lo que hubo de pagar en el primero¹⁷. En un caso como *Putrabali*, que pone en conflicto dos jurisdicciones

¹³ *Journ.dr.int.*, 1996, p. 120.

¹⁴ Sentencia 10 de junio de 1997 (*Journ. dr. int.*, 1997, p. 1.034). Vid. el lúcido análisis de G. Petrochilos, *op. cit.*, pp. 313–317.

¹⁵ Vid. referencia y análisis en J.C. Fernández Rozas, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 1.196–1.199.

¹⁶ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008/1, pp. 109–112 y nota de S. Bollée, pp. 112–125.

¹⁷ Cf. asimismo S. Bollée, *loc. cit.*, pp. 122–123; R. Goode, “The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration”, *Arb. Int.*, 2001, p. 34; G.C. Petrochilos, “Enforcing Awards Annulled in their State of Origin under the New York Convention”, *ICLQ*, 1999, p. 884.

del espacio Bruselas (Inglaterra–Francia) — o en el caso Hillmarton del espacio Lugano (Suiza–Francia)— contrasta esta consecuencia con la armonía que proporciona el espacio judicial europeo evitando tales conflictos. A la luz de esta comparación, cabe preguntarse si esta interpretación es la más propicia para garantizar la seguridad de las transacciones internacionales, si se compadece con un auténtico concepto de internacionalidad o transnacionalidad de la jurisdicción, en este caso arbitral.

2. *El planteamiento sustantivista norteamericano*

En EE.UU. el reconocimiento de los laudos arbitrales anulados en la sede no se ha reconocido de forma unánime por la jurisprudencia, pues únicamente de forma aislada, y especialmente en el asunto *Chromalloy*, aparece tal doctrina, con un alcance más flexible en todo caso que el que se desprende de la jurisprudencia francesa. En contrapartida, existen precedentes contrarios a esta fórmula flexible de reconocimiento de laudos anulados en la sede. Así, en el asunto “*Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig) Ltd.*”, la *Court of Appeal (2th Circuit)* en sentencia de 12 de agosto de 1999 rechazó el reconocimiento de dos laudos anulados en Nigeria, toda vez que las partes habían sometido inequívocamente el procedimiento arbitral al Derecho nigeriano. Lo interesante de este caso es que la justificación no está en una lectura objetiva del art. V.1^o.e) CNY, sino en una evaluación del peso de la autonomía de la voluntad de las partes. Según E. Gaillard, se infiere de la decisión que el resultado podría haber sido diferente si las partes hubiesen llevado a cabo dicha sumisión con un compromiso de no recurrir el laudo ante los tribunales locales¹⁸. Del mismo modo, cabría pensar en una posibilidad de reconocimiento en todos aquellos casos en que la determinación de la sede arbitral o de la ley rectora del procedimiento arbitral se dilucidan a través de mecanismos objetivos ajenos, en realidad, a la auténtica voluntad de las partes —como podría ser, simplemente, por decisión de los árbitros—, que darían lugar a una “jurisdicción primaria débil”.

De la jurisprudencia norteamericana se infiere, de hecho, una fórmula que interrelaciona el art. V.1^o.e) y VII CNY desde un punto de vista no formal, sino sustancial o materialmente orientado, como acredita la jurisprudencia más reciente. Así, siguiendo la senda de la

¹⁸ *Cf. loc. cit.*, p. 1.113. Para E. Gaillard, el hecho de condicionar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral anulado en la sede a la manifestación de la voluntad de las partes, especialmente según lo que se desprenda de la cláusula compromisoria, implica la introducción de una distinción bizantina e injusta.

decisión de la *Court of Appeal (9th Circuit) de 9 de diciembre de 1997*, en el asunto *Lapine Technology Corp. / Kyocera Corp.*, que se refiere a un laudo completamente irracional o desaprensivo con la ley¹⁹, la Sentencia *Court of Appeal* del Distrito de Columbia de 25 de mayo de 2007 en el asunto *Termorío S.A. E.S.P. and Leaseco Group, LLC / Electranta S.P., et al.*²⁰ rechaza el reconocimiento del laudo, al considerar que no se detectaba ninguna contaminación o corrupción por las autoridades colombianas que habían procedido a su anulación. Ciertamente puede discutirse *in casu* –sobre todo en *Termorío*– si los criterios de anulación de los tribunales de origen respondían verdaderamente a estándares internacionales, pero lo relevante de esta jurisprudencia son los principios sobre los que se asienta. Para el reconocimiento del laudo anulado en la sede parece relevante el hecho de que el recurso de revisión o anulación esté sometido a un tipo de acción estricta que no vulnere *de facto* la sumisión al arbitraje ni incorpore mecanismos groseros de control de fondo, incluso sospechosos “políticamente”. Este tipo de control se convierte, a su vez, en un motivo de orden público para desconocer el efecto de cosa juzgada de la decisión de anulación y justifica el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo anulado²¹.

La base del reconocimiento en la jurisprudencia norteamericana no es, pues, un *a priori*, como en el caso de la jurisprudencia francesa, inspirada en criterios dogmáticos sobre el alcance objetivo y la transnacionalidad del arbitraje, sino que deriva de un análisis *a posteriori* del fundamento de la intervención de la jurisdicción primaria. En este sentido, no se hallan analogías entre ambas jurisprudencias. La fórmula norteamericana se inscribe en cierto modo en el criterio de corrección sugerido con cierto éxito por J. Paulson²², inspirándose en la limitación prevista en el art. 9 de la Convención Europea sobre arbitraje comercial internacional, hecha en Ginebra el 21 de abril de 1961. Este precepto restringe la eficacia de la anulación del laudo arbitral al cumplimiento de las causales señaladas en el propio Convenio, coincidentes con las contenidas en el art. V.1º CNY, pero excluyendo la inarbitrabilidad o el orden público²³ como causas de anulación “reconocibles”. Sobre esta idea, J. Paulsson propone un control de fondo de

¹⁹ Cf. J.C. Fernández Rozas, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 1.200.

²⁰ *Yearbook Comm. Arb.*, vol. XXXI, 2006, pp. 1457–1473.

²¹ Cf. G. Petrochilos, *op. cit.*, pp. 317–319.

²² “L’exécution des sentences arbitrales en dépit d’une annulation en fonction d’un critère local”, *Boletín CCI*, vol. 9, nº1, 1998, p. 14.

²³ P. Sanders muestra, empero, cierto escepticismo sobre esta limitación: cf. *Int. Ency. Com. L.*, vol. XVI (*Civil Procedure*), chp. 12 (*Arbitration*), 1996, p. 146, nº. 211.

la anulación en la jurisdicción primaria, con el objeto de analizar si responde a estándares de anulación locales o internacionales. La propuesta es sugerente, incluso en su formulación flexible, pues no debe descartarse que un motivo de anulación razonable y de efectos extra-territoriales pueda fundarse, por ejemplo, en razones de orden público transnacional²⁴. En contrapartida, presenta el riesgo de una cierta indeterminación inherente a cualquier control de esta índole.

3. Una aproximación crítica

La posibilidad de reconocer laudos anulados en el Estado de la sede arbitral pone en tela de juicio la lógica del CNY y, lo que es más relevante, su eficacia internacional como un instrumento de transnacionalidad del arbitraje. La jurisprudencia francesa es una buena muestra de que esta práctica no redundaría en la seguridad jurídica transnacional de las operaciones comerciales, sino que provoca lamentables episodios de *forum shopping executionis*, característicos de un espacio internacional “nacionalizado” y no “transnacionalizado”. El reconocimiento internacional de los efectos de la anulación pronunciada por los órganos jurisdiccionales del país de la sede debería ser un principio clave para alcanzar una auténtica transnacionalidad del arbitraje y del comercio, entendida como “desnacionalización” y “universalidad”. Admitido este postulado, la cuestión estriba en establecer las condiciones y límites para el funcionamiento de este principio saludable para la transnacionalidad del arbitraje y del comercio, en el que se inscribe el CNY como pieza clave.

En efecto, además de un convenio de reconocimiento de laudos arbitrales, el CNY es un convenio sobre arbitraje, y afecta de algún modo a la competencia judicial internacional (art. II). En la lógica del CNY hay una clara distinción entre la jurisdicción primaria y la jurisdicción secundaria, y resulta claro que se atribuye un papel directo a las autoridades judiciales de la sede arbitral o de la legislación rectora del procedimiento arbitral en el control de nulidad del laudo. Esta coordinación de decisiones judiciales es imprescindible para alcanzar una suerte de espacio arbitral internacional que dote de previsibilidad y eficacia al arbitraje comercial internacional²⁵. De ahí que la denegación del reconocimiento de laudos arbitrales anulados en la sede de-

²⁴ *Vid.* en este sentido, S. Bollée, *loc. cit.*, pp. 118–119.

²⁵ *Vid.* en este sentido M. Virgós Soriano, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *La Ley*, n.º 6679, 26 de marzo de 2007, pp. 9–10.

bería ser la regla, y la excepción tendría que ser sometida a criterios objetivamente razonables y debidamente justificados²⁶.

Es cierto que el principio del *favor recognitionis* contenido en el art. VII del Convenio deja poco lugar a dudas, pero también que se trata de un principio que no estaba pensado, en realidad, para el supuesto de laudos anulados en el país de la sede²⁷. De hecho, tanto el CNY como el Convenio de Ginebra de 1927 parten de una asunción implícita del laudo arbitral dictado en el país de la sede como “sentencia” de origen, y en este entendimiento el principio *favor recognitionis*, al igual que se formula en muchos convenios bilaterales y multilaterales de reconocimiento recíproco de sentencias, no pretende habilitar el reconocimiento de una decisión carente de validez y eficacia en origen, lo que explica la propia causal del art. V. 1º.e).

En consecuencia, parece lo más razonable para la seguridad del comercio internacional, e incluso para una suerte de espacio arbitral universal fundado en el CNY, que la posibilidad de proceder al reconocimiento de laudos anulados en el país de la sede se restrinja a supuestos verdaderamente excepcionales²⁸. A tal efecto, una primera cuestión a tener en cuenta es la propia voluntad de las partes en la elección de la sede arbitral (jurisdicción primaria fuerte). Como se suele advertir, en el arbitraje las partes no son contrarias por definición a todo control estatal²⁹. Es posible que, por razones precisamente de justicia o de seguridad jurídica, prefieran optar por una sede arbitral que garantice una cierta tutela jurisdiccional del arbitraje. Así —como indica S. Bollée al hilo del asunto *Putrabali*³⁰— es muy plausible que si las partes designan a Londres como sede arbitral tengan

²⁶ A nuestro modo de ver, predicar “La muerte programada del Estado sede del arbitraje” (vid. L. Pereznieta & James A. Graham, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. VI, 2006, nº 2, pp. 197–208) viene a poner de manifiesto una tendencia hacia la desvirtuación del sentido del propio CNY.

²⁷ Vid. B. Leurent, “Réflexions sur l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr (1994–1995)*, París, Pédone, 1996, pp. 192–193.

²⁸ En palabras de M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez debe considerarse una “anomalía” (vid. *Derecho procesal civil internacional (Litigación internacional)*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2007, p. 771).

²⁹ A este respecto, conviene traer a colación las advertencias de M. Virgós Soriano sobre un modelo de no-control: “Este modelo fue ensayado en Bélgica. Con la intención declarada de convertir a este país en un “paraíso del arbitraje internacional”, en el año 1985 el legislador belga eliminó la acción de anulación de laudos dictados en Bélgica en arbitrajes internacionales cuando ninguna de las partes fuera belga. El efecto de la eliminación de la acción de anulación no fue el esperado por ese legislador, pues la posibilidad de corregir judicialmente posibles abusos o excesos de los árbitros incentiva un autocontrol por éstos. Por eso en 1998 se modificó la norma...” (*ibid.*, p. 7).

³⁰ *Loc. cit.*, pp. 122–123.

en buena consideración la posibilidad de recurso (*appeal on point of law*) prevista en el art. 69 de la Ley, y cuya exclusión es facultativa para las partes³¹. El *favor recognitionis* no debe servir para eludir una causa de oposición al reconocimiento del laudo arbitral que, en realidad, implica desconocer y traicionar la voluntad de las partes en la designación de la sede arbitral y el propio principio que sustenta la eficacia del convenio arbitral. Semejante conducta atenta de forma desproporcionada al principio de autonomía que sustenta la institución arbitral y su propia función económica en el marco de la seguridad internacional del tráfico.

Una jurisdicción primaria débil, en que la elección de la sede arbitral sólo haya sido determinada de forma indirecta por la voluntad de las partes o con total ausencia de dicha voluntad, debería permitir más fácilmente un reconocimiento del laudo anulado sobre la base del *favor recognitionis*. Pero aún en estos casos deben ponderarse los riesgos ya señalados de conflictos o incongruencias derivados de la diversa eficacia del laudo o de sucesivos laudos según en qué jurisdicción secundaria se traten de ejecutar. En realidad, el mecanismo debe operar de forma contenida o materialmente orientada, según el modelo norteamericano (*a posteriori*) y no conforme al modelo formalista francés (*a priori*), ponderando la “injusticia”, “carácter vejatorio” o contrariedad con el orden público internacional (mejor aún, “transnacional”) de una anulación claramente arbitraria o partidista. La actuación de este límite vendría a significar el planteamiento de un (no) reconocimiento —cuando menos incidental— de la decisión de anulación dictada por la jurisdicción primaria³², en el sentido expuesto por

³¹ Apurando el razonamiento, S. Bollée repara en que el laudo arbitral en el caso *Putrabali*, conforme al Reglamento de la IGPA, respondía a un modelo de procedimiento institucional en que la decisión de un árbitro es revisada por un colegio de cinco árbitros. Con razón, se pregunta S. Bollée ¿por qué no considerar ese recurso institucional asimismo como una anulación del laudo que no impida el reconocimiento del laudo del árbitro único? (*Ibid.*, p. 123).

³² S. Bollée concluye planteando esta convincente opción (*loc. cit.*, p. 125). En realidad, este planteamiento está bastante claro en la *Sentencia Court of Appeal (Third Circuit)* de 14 de agosto de 2006 (*Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XXXII, 2007, pp. 810–821) en que se admitía la corrección, incluso invocando razones de *comity*, de una decisión del Tribunal de Instancia denegando el reconocimiento de un laudo anulado por un Tribunal de Apelación de Sudáfrica, lugar de la sede arbitral, estando aún pendiente una decisión definitiva del Tribunal Supremo sobre dicha anulación, y habilitando la reposición del reconocimiento una vez que dicha decisión hubiera recaído. Por el contrario, la Sentencia de la *Cour d'Appel* de París de 29 de septiembre de 2005 (*Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XXXI, 2006, pp. 629–634) llega a afirmar el carácter estrictamente territorial de los efectos de una sentencia definitiva de anulación de un laudo arbitral dictada por los Tribunales de

J. Paulson. Este reconocimiento puede denegarse si existen motivos de orden público internacional, habilitando en consecuencia un reconocimiento del laudo cuya anulación es manifiestamente contraria al orden público internacional valorado por la jurisdicción secundaria. Este esquema no contradice un principio básico de reconocimiento eficiente de los laudos arbitrales en un espacio universal, pues se sustenta en una motivación material que es seña común a cualquier sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones, incluso en espacios integrados³³.

Si admitimos la bondad de este análisis, el juego de las *antisuits injunctions* para restringir los procedimientos judiciales de anulación de laudos arbitrales no puede hacerse depender, obviamente, de un reconocimiento futuro puramente aleatorio del laudo arbitral anulado en origen. En el momento en que la medida procede no hay posibilidad de prejuzgar si el tribunal de la sede arbitral va a enfocar un recurso de anulación con criterios internacionales o locales, con fundamentos vejatorios, injustos o meramente partidistas de la parte nacional. Justificar la *antisuit injunction* como una especie de medida preventiva (trasunto de una “legítima defensa preventiva” en el Derecho internacional público) sería incurrir en el mismo vicio que se trata de evitar, provocando situaciones injustas, vejatorias y nacionalistas. Pero la alternativa o contrapartida tampoco puede ser un principio de reconocimiento del laudo anulado o una simple omisión de la sentencia anulatoria de índole puramente formal, a la francesa. En el supuesto que nos ocupa, es indudable que la mejor y definitiva solución sería contar con estándares internacionales de anulación de laudos arbitrales. Pero a falta de ello, si el arbitraje comercial internacional debe atender a razones de eficiencia económica, la intervención estatal en la forma de resolver la controversia por las partes debe limitarse a los justos términos de lo excepcional, de la corrección *a posteriori* fundada en el orden público internacional como límite a un principio de libre circulación y eficacia transnacional de los laudos. A este modelo —y no a otra cosa— sirve precisamente el Convenio de Nueva York de 1958, cabalmente entendido.

RESUMEN: El presente artículo analiza críticamente la relación establecida en el asunto Pertamina entre la limitación de las medidas anti-proceso y la posibilidad de reconocer

Dubai, y su no reconocibilidad por tribunales extranjeros, como los franceses, en un procedimiento indirecto.

³³ Vid. J.D. Lew, L.A. Mistelis y S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 2003, p. 720.

laudos arbitrales anulados en el país de origen. Se pone de relieve, por un lado, la aproximación formal de la jurisprudencia francesa favorable al reconocimiento de los laudos arbitrales anulados en la sede, enfatizando el principio de transnacionalidad del arbitraje. Por otra parte, se señala la aproximación sustantivista de la jurisprudencia norteamericana, que exige analizar el fundamento y las circunstancias de la anulación en origen, procediendo al reconocimiento del laudo sobre la base excepcional del orden público internacional. Sobre la base de la función específica del Convenio de Nueva York y de las exigencias de la seguridad del tráfico internacional, el trabajo propone argumentos que se alinean con la aproximación norteamericana, partidaria de limitar el reconocimiento de laudos anulados en origen a supuestos estrictamente excepcionales.

PALABRAS CLAVE: MEDIDAS ANTIPROCESO – LAUDOS ARBITRALES ANULADOS EN LA SEDE ARBITRAL – RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES.

SUMMARY: From a critical point of view, this article analyses the relation – derived from the case “Pertamina” – between the limitation of anti-suit injunctions and the possibility of recognition of arbitral awards annulled in their State of origin. Firstly, the article points out the formal approach of French case-law, favouring the recognition of arbitral awards set aside in the country of origin and emphasizing the principle of transnationality of arbitration. By contrast, it shows the substantive approach in the American case-law, characterized by an analysis of the grounds and circumstances of the setting aside in the State of origin and by the recognition of the award on the exceptional ground of international public policy. Weighing the specific function of N.Y. Convention of 1958 and the requirements of security in international trade, the author presents arguments aligned with the American approach in favour of restricting the recognition of arbitral awards set aside in the country of origin.

KEY WORDS: ANTISUIT INJUNCTIONS – ARBITRAL AWARDS SET ASIDE IN THE STATE OF ORIGIN – RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS.