

El acuerdo arbitral como la *Grundlegung* de la existencia objetiva del laudo arbitral *The Arbitration Agreement as the Grundlegung of the Objective Existence of the Arbitration Award*

James Graham*

RDP

RESUMEN

Respecto al acuerdo arbitral internacional, el autor refiere la discusión sobre la separación de los sistemas jurídicos internacionales, desde diversos puntos de referencia doctrinal. Se concentra en la postura objetiva del laudo y su existencia, en cuanto legalidad y poder coercitivo. Se desprende el tema arbitral internacional como una discusión actual de los esquemas legales de mercado y de capitales que se someten a arbitraje; contemplando la figura garantista de la *Grundlegung*.

PALABRAS CLAVE: acuerdo arbitral internacional; laudo; *Grundlegung*.

ABSTRACT

Regarding the international arbitration agreement, the author refers to the discussion about the separation of international legal systems from various points of doctrinal reference. It focuses on the objective position of the award and its existence, both from a legal and enforcement power standpoint. The international arbitration subject emerges as a current discussion of legal market and capital schemes which are subject to arbitration; taking into account the guarantee-based concept of *Grundlegung*.

KEYWORDS: international arbitration agreement; award; *Grundlegung*.

* Socio, 3CT. Profesor titular, UANL. Contacto graham@3-ct.com.

JAMES GRAHAMM

Sumario

1. Las representaciones tradicionales del arbitraje: el orden jurídico
 - A. El postulado del Estado sede
 - B. El postulado del Estado de ejecución
 - C. El postulado del Tercer orden jurídico
2. Nuestra representación: la *Grundlegung*
 - A. La juridicidad del acuerdo arbitral en virtud de su propia *Grundlegung*
 - B. La juridicidad del laudo

Hoy en fecha, la esencia del debate doctrinal en materia de arbitraje internacional es alrededor de su desvinculación de los órdenes jurídicos. La dogmática gira alrededor de las “representaciones”, según la formulación de Gaillard, que uno tiene del arbitraje internacional, y de manera general del deber y poder del Estado *vis à vis* de los particulares en materia internacional. Según la visión, hay varias consecuencias prácticas, como si se puede ejecutar un laudo anulado en el Estado sede del arbitraje en otro país; si un tribunal estatal puede ordenar a otro tribunal a suspender un arbitraje; si un acuerdo arbitral es siempre válido o no. Tres tendencias pueden ser identificadas, que lógicamente son cronológicas: el arbitraje tiene que ser anclado en el orden jurídico de un Estado, a saber el Estado sede del arbitraje; el arbitraje no tiene que ser exclusivamente anclado en el Estado sede del arbitraje y puede también ser localizado en los Estados donde se ejecute el laudo; el arbitraje no es anclado en el Estado sede, sino en un tercer orden, independiente de los órdenes jurídicos de los Estados. La última visión tiene nuestra preferencia, pero nos parece que las explicaciones dadas no siempre convencen plenamente. Estamos de acuerdo que el laudo tiene una existencia objetiva, independiente de los órdenes jurídicos estatales. Sin embargo, su juridicidad no proviene de un supuesto orden arbitral, sino de la clausula arbitral (III), la cual tiene a su vez una existencia objetiva afuera de las leyes estatales, porque constituye su propia *Grundlegung*, quiere decir no necesita de ninguna norma exterior a ella para ser válida y obligatoria (II). Sin embargo, la demostración

requiere primero una breve presentación de las teorías evocadas que giran siempre alrededor del concepto del orden jurídico (I).

1. Las representaciones tradicionales del arbitraje: el orden jurídico¹

Las últimas décadas fueron marcadas por lo que se llamó en aquella época la guerra entre el “libro verde” y el “libro rojo”, quiere decir entre la doctrina “*lexmercatorista*” de Fouchard-Gaillard-Goldman,² y la del Estado de sede de Redfern & Hunter,³ también defendida por Poudret & Besson.⁴ A la cual, se debe agregar una tercera representación que es la de la *lex executionismo* defendida por Pierre Mayer.⁵ Sin embargo, en los últimos años se desarrolló una nueva corriente, especialmente bajo la pluma de Jean-Baptiste Racine⁶ y promovido por Emmanuel Gaillard, que es la que proclama la “autonomía” de un orden arbitral internacional, y que en realidad es nada más que un *relooking* de la teoría de la *lex mercatoria*, aunque sus defensores lo nieguen.

Para resumir esquemáticamente, el debate es si el arbitraje internacional está preso en las leyes de los Estados o si el arbitraje internacional es libre e independiente. El caso *Salini Costruttori*⁷ es ilustrativo. Un arbitraje entre una empresa italiana y el Estado etíope tuvo su sede en Addis Ababa, Etiopía. Una de las partes inició un litigio paralelo ante los tribunales de este país, los que a su vez —de buena o mala fe— emitieron una orden de suspensión del procedimiento arbitral. Sin embargo, el tribunal arbitral la rechazó, con base en los siguientes motivos:

¹ Gaillard, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Limusa, 2012; “Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international”, *RCADI*, 2007, p. 49; Oppetit, *Théorie de l’arbitrage*, PUF, 1998.

² *Traité de l’arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

³ *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2a. ed., Sweet & Maxwell, 1992.

⁴ *Comparative Law of International Arbitration*, 2a. ed., Sweet & Maxwell, 2007.

⁵ “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, *RCADI*, 1989, p. 327.

⁶ “Refléxions sur l’autonomie de l’arbitrage comercial international”, *Rev. Crit.*, 2005, p. 305.

⁷ *Salini Costruttori vs. Etiopia*, laudo sobre jurisdicción, 7 de diciembre de 2001 (Gaillard; Berdardini, Bunnì).

JAMES GRAHAMM

The Arbitral Tribunal accords the greatest respect to the Ethiopian courts. Nevertheless, for the reasons set out below, the Tribunal considers that it is not bound to suspend the proceedings as a result of the particular injunctions issued by the Federal Supreme Court and the Federal First Instance Court and that, in the particular circumstances of the case, it is under a duty to proceed with the arbitration.

This tribunal is an ICC arbitral tribunal, constituted under the ICC Rules. Pending the decision of the Arbitral Tribunal on the question of jurisdiction, which is given below, it must be assumed that the parties have agreed to resolve their disputes through ICC arbitration with a seat in a particular country, namely, Ethiopia.⁸

...

An international arbitral tribunal is not an organ of the state in which it has its seat in the same way that a court of the seat would be. The primary source of the Tribunal's powers is the parties' agreement to arbitrate. An important consequence of this is that the Tribunal has a duty vis à vis the parties to ensure that their arbitration agreement is not frustrated. In certain circumstances, it may be necessary to decline to comply with an order issued by a court of the seat, in the fulfilment of the Tribunal's larger duty to the parties.⁹

...

To conclude otherwise would entail a denial of justice and fairness to the parties and conflict with the legitimate expectations they created by entering into an arbitration agreement. It would allow the courts of the seat to convert an international arbitration agreement into a dead letter, with intolerable consequences for the practice of international arbitration more generally.¹⁰

Si el arbitraje está anclado en el orden jurídico estatal, es obvio que el tribunal arbitral tiene que obedecer a las órdenes judiciales; si es autónomo o independiente, entonces a lo mejor no hay lugar a hacer caso a los tribunales estatales. El fallo del tribunal arbitral, que por casualidad fue presidido por Emmanuel Gaillard, fue explicado por la noción de orden jurídico arbitral, más que en realidad expresa nuestra

⁸ Folios 124 y ss., del laudo.

⁹ Folio 128 del laudo.

¹⁰ Folio 143 del laudo.

representación:¹¹ todo está anclado en el acuerdo arbitral, lo que hace acrónica la noción de Estado sede del arbitraje.

A. *El postulado del Estado sede*

Durante décadas, se consideró que el arbitraje estaba localizado en el Estado sede del arbitraje,¹² y aún en la actualidad la gran mayoría de las legislaciones arbitrales lo considera así. La idea principal es que no pueden existir actos fuera de la esfera soberana del Estado, y que necesariamente tienen que ser localizados en el territorio de un Estado. Consecuentemente, las partes tienen que decidir en cuál territorio el tribunal arbitral tiene que establecerse y consecuentemente es su legislación la que tiene que aplicarse. Muchos argumentos pueden considerarse a favor de la localización del arbitraje en el orden jurídico del Estado sede del arbitraje, siendo el más importante el de la competencia exclusiva del juez de la nulidad del laudo, eso en virtud de la Convención de Nueva York. Sin embargo, este último punto ha perdido mucho valor desde que los tribunales aceptan ejecutar laudos anulados en el Estado sede.¹³ La ejecución de un laudo anulado conlleva a considerar que el anclaje jurídico del arbitraje se ubica en realidad en el Estado de ejecución.

B. *El postulado del Estado de ejecución*

¿Cómo explicar la posibilidad de ejecutar en un Estado un laudo anulado en otro Estado, sede del arbitraje? Pues por el hecho de que el arbitraje en realidad no está anclado en el Estado sede.¹⁴ En realidad, el arbitraje es plurilocalizado en varios Estados: en el de la sede y en todos

¹¹ “The primary source of the Tribunal’s powers is the parties’ agreement to arbitrate” (folio 128 del laudo).

¹² Mann, “Lex Facit Arbitrum”, *Mélanges Domke*, 1967.157; Sauser-Hal, Informe, *An- nIDI*, 1957, p. 394.

¹³ *Infra*.

¹⁴ Mayer, “Le mythe de l’ordre juridique de base (ou Grundlegung)”, *Mélanges Gold- man, Litec*, 1987, 199.

JAMES GRAHAMM

aquellos donde se puede buscar la ejecución del laudo. Es decisión de cada Estado de ejecución considerar las actuaciones arbitrales que han llevado al laudo y en qué condiciones es posible de aceptar este laudo y ejecutarlo. La juridicidad del laudo se obtiene entonces en el Estado de ejecución. Esta teoría ha sido parte de nuestras consideraciones en el transcurso de los años, y creemos firmemente que no es completamente falsa porque corresponde a la realidad de los hechos de la práctica. Sin embargo, su defecto consiste en no poder explicar por qué el arbitraje en sí mismo es obligatorio. En la práctica, no tiene sentido decir que el arbitraje se rige por todas las leyes de los Estados de ejecución (aunque en teoría así tendría que ser), visto que en el momento del arbitraje, es imposible saber dónde las partes piensan buscar la ejecución del laudo, en particular en un mundo globalizado. Lo que da pauta a pensar que si ni el Estado sede ni el Estado de ejecución permite localizar el arbitraje, su ubicación debería de ser en un tercer orden jurídico.

C. El postulado del Tercer orden jurídico

En 1979, en su famoso artículo “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage international: réalités et perspectives”,¹⁵ Goldman afirmó que la *lex mercatoria* es un nuevo orden jurídico, con sus principios y usos; y sus órganos jurisdiccionales que serían los tribunales arbitrales. Para cimentar su demostración, Goldman invocó a Santi Romano, y su teoría del “pluralismo jurídico”.¹⁶ Vehemente combatido por Lagarde¹⁷ y Kassis,¹⁸ la *lex mercatoria* no duró mucho como idea de un nuevo orden jurídico, y tuvo que ceder ante la “Nueva *lex mercatoria*”, definida por Emmanuel Gaillard, como un método de derecho comparado.¹⁹

¹⁵ *JDI*, 1979, 475.

¹⁶ *L’Ordinamento giuridico*, 3a. ed., Florencia, 1977.

¹⁷ “Approche critique de la *lex mercatoria*”, *Mélanges Goldman*, París, 1987, p. 125.

¹⁸ *Théorie générale des usages de commerce*, París, 1984, pp. 454 y ss.

¹⁹ “Trente ans de *lex mercatoria*”, *JDI*, 1995, 5.

La jurisprudencia francesa dio pauta a la renovación del debate doctrinal con su decisión *Hillmarton*,²⁰ en la cual la Corte de Casación estableció: “un laudo arbitral no está integrado en ningún orden jurídico nacional”.

Autores, como justamente Emmanuel Gaillard, intentaron explicar que el laudo tiene una existencia objetiva en un “orden jurídico autónomo”, constituido por la “comunidad de todos los Estados” y a cada Estado corresponde subjetivamente reconocer o no tal orden jurídico.²¹ Años después, al parecer la Corte suprema francesa adoptó en su decisión *Putrabali*,²² el punto de vista de la existencia de ese tercer orden jurídico al establecer que el laudo es una “decisión de justicia internacional”. Jean-Baptiste Racine sostiene que se trata de un “orden arbitral”, un paradigma, según el autor, distinto del de la *lex mercatoria*. Se trataría de la autonomía del arbitraje frente a los Estados y no sobre la cuestión de saber si existe o no un tercer orden jurídico.²³ Sin embargo, no explica cuál es la *Grundlegung*, o sea, si las normas de referencia otorgan la juridicidad al laudo arbitral, por ejemplo. Si la teoría seduce y estamos de acuerdo con ella hasta cierto punto, es de constatar que sufre del mismo vicio que en su época sufrió la *lex mercatoria*: el postulado de una “comunidad”. En efecto, según Gaillard, el arbitraje está enraizado en la “comunidad de los Estados”, mientras que Racine habla de un “orden arbitral” sin más, dando pauta al debate alrededor de lo que es un orden jurídico. En realidad, no se requiere un orden jurídico o arbitral, sino simplemente identificar la *Grundlegung* del acuerdo arbitral, quiere decir el sistema normativo que confiere a la cláusula arbitral su legalidad y obligatoriedad, que a su vez confiere la juridicidad al laudo. Intentaremos demostrar que la cláusula compromisoria es un contrato sin ley, salvo voluntad contraria de las partes, que constituye su propia *Grundlegung*.

²⁰ Primera sala civil, 23 de marzo de 1994.

²¹ “The Representations of International Arbitration”, *New York Law Journal*, 4 de octubre de 2007.

²² Primera sala civil, 29 de junio de 2007.

²³ “Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international”, *Rev. Arb.*, 2005, p. 305.

JAMES GRAHAMM

2. Nuestra representación: la *Grundlegung*

En la teoría estatalista, es obvio que el acuerdo arbitral y el subsecuente arbitraje con su ley aplicable tiene que tener su *Grundlegung* en un orden jurídico, sea el del Estado véase un “tercer” orden jurídico, de allí la necesidad de construir por ejemplo la *lex mercatoria* como un orden jurídico. El problema es que tales construcciones fueron vehemente combatidas.

Sin embargo, desde muchos años está aceptado que al fondo, salvo pacto en contrario, y según el reglamento arbitral, el tribunal puede aplicar las normas jurídicas que considere apropiadas,²⁴ sin referencia a un orden jurídico. En particular, pueden constar esas normas en las estipulaciones contractuales. Entonces, si se pueden identificar normas jurídicas en un contrato sin referirse a un orden jurídico, ¿por qué el contrato no pudiera tener una *Grundlegung* que no sea la de un orden jurídico? En otras palabras, ¿por qué el contrato —en este caso el acuerdo arbitral— no pudiera ser válido por sí mismo? ¿No es eso también la percepción que tienen los practicantes, que en 99% de los contratos no estipulan una ley aplicable al acuerdo arbitral?

A. La juridicidad del acuerdo arbitral en virtud de su propia Grundlegung

Como dijo Verdross, cada orden jurídico llamado positivo postula una norma meta-positiva al origen,²⁵ que es el famoso *pacta sunt servanda*, base de cualquier orden jurídico, incluyendo el de los Estados. Quiere decir por ejemplo que un contrato es válido en función de un orden jurídico, que a su vez es válido en virtud de una meta-norma, que es el *pacta sunt servanda*, que a su vez ¡no! requiere otra referencia de

²⁴ Por ejemplo: artículo 21 CCI, artículo 31ICDR, artículo 33, reglas suizas. *Contra*: artículo 16 LCIA, que prevé expresamente que la ley aplicable al acuerdo arbitral es la ley de las partes o en su defecto la ley de la sede arbitral.

²⁵ Verdross, “Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1958, pp. 635-641.

validez por ser una meta-norma, la famosa “norma fundamental”. Por lo tanto, ¿por qué entonces hubiera necesidad de pasar por un orden jurídico, y no simplemente validar el contrato directamente en función de la meta-norma? Batiffol criticó en su tiempo este punto de vista, diciendo que desde el inicio del contrato se requiere de reglas de derecho nacional aplicables para saber si existe un acuerdo y en qué medida éste obliga jurídicamente a las partes.²⁶ En el mismo sentido, Vincent Heuzé sostiene que “la fuerza obligatoria del contrato no proviene de la promesa, sino del valor atribuido a esta promesa. Este valor depende de una norma exterior que sólo tiene los medios propios para garantizar la ejecución”.²⁷ En otras palabras, según esta corriente doctrinal, no hay contratos si no hay una ley para conferirles su validez, como lo afirmó en su época la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional: “Todo contrato que no es un contrato entre Estados como sujetos del derecho internacional, tiene su fundamento en una ley nacional”.²⁸

Sin embargo, lo que en otra época se afirmó, ya no sigue necesariamente vigente. En efecto, recordemos que quienes defendieron al positivismo partían de una jerarquía de normas donde cada una deriva su validez de una norma superior. Al extremo de la pirámide se encuentra una norma ficticia —la famosa *Grundnorm* kelseniana—, que no es nada más que un postulado teórico para evitar un *regressio in infinitum*. No se requiere que “el intercambio de los consentimientos sea civilmente obligatorio por sí mismo”²⁹ para de ahí derivar que necesariamente una ley positiva se aplica al contrato.³⁰ El intercambio es obligatorio en razón de una norma meta-positiva! La *Grundnorm* constituye la base del orden jurídico positivo; el *pacta sunt servanda* es el fundamento del contrato. El “argumento apodíctico” de Heuzé, según el cual si la voluntad es tan poderosa en un primer lugar al querer ligarse, nada podría impedirle en un segundo lugar, a no ser más vinculada³¹ no funciona. Se olvida que la obligatoriedad de todo orden jurídico, sea

²⁶ *Aspects philosophiques du droit international privé*, París, 1956, p. 32.

²⁷ Heuzé, *La réglementation française des contrats français*, París, 1990, pp. 115 y ss.

²⁸ *Emprunts serbes et brésiliens*, série A, núm. 20/21, pp. 41 y 42.

²⁹ Heuzé, *La réglementation...*, cit., p. 116.

³⁰ *Ibidem*, p. 132.

³¹ *Ibidem*, p. 131.

JAMES GRAHAMM

internacional o nacional, no nació de un *vacuum*,³² sino a partir de un encuentro de voluntades para luego someterse a un *corpus juris*.³³ Es esta autolimitación el fundamento de la *pacta sunt servanda* y de su obligatoriedad.

Con respecto a la exigencia de prescripciones precisas, señalada por Batiffol,³⁴ nada impide a un contrato prever de manera detallada varias hipótesis, y que las hipótesis que falten serán resueltas por vía de interpretación. Por cierto, ¿podremos decir que el Código Civil por ejemplo a pesar de sus 3,074 artículos ha previsto todas las dificultades susceptibles de presentarse en materia contractual? ¡Seguramente que no! Y es por interpretación de las disposiciones existentes que el juez va a buscar la solución. ¿Por qué no pensar en el mismo método en el contrato sin un derecho aplicable? Como lo subraya Pierre Mayer, “las reglas son útiles, pero cuando de todas maneras se debe inventarlas, es indiferente que sea en el nombre de un orden jurídico o de manera autónoma”.³⁵ Asimismo, como remarca Pierre Mayer, el árbitro no necesita preguntarse de dónde las partes tienen el derecho de elegir las reglas aplicables; en otras palabras, no tiene que buscar la *Grundlegung*. Es suficiente para él constatar que ellos eligieron un derecho,³⁶ porque él tiene, en ausencia de un *forum*, su poder de la voluntad de las partes y debe aplicar las reglas que ellos le piden aplicar. La *Grundlegung* de la misión del árbitro, como dice el Tribunal en *Salini*, no reside enton-

³² Al menos de considerar que los órdenes jurídicos derivan de un derecho natural establecido por un poder superior a los hombres... pero esto es otro debate.

³³ Según Hobbes, en el estado de naturaleza nadie es *per se* sometido a la autoridad del prójimo y cada uno tiene derecho sobre todo —*natura dedit omnia omnibus* (*De Cive*, I §10)—. Sin embargo, el teorema de la razón hace comprender a los individuos de no hacer cualquier cosa que dañe a su vida (*Léviathan*, XIV). De esto se deduce un cálculo pragmático que conduce los individuos a celebrar entre ellos un convenio previendo que cada quien traspasa su derecho sobre todo para fundir una sociedad civil representada por el Estado. Véase Angoulvent, *Hobbes et la morale politique*, París, 1999, p. 2867; Derathé, *Rousseau et la science politique de son temps*, 2a. ed., París, 1995. Y consecuentemente por su orden jurídico. Este convenio inicial se basa sobre el *pacta sunt servanda* y la autolimitación es respetada por una necesidad social. Es así también para la hipótesis del contrato sin derecho.

³⁴ *Ibidem*, p. 33.

³⁵ Mayer, *op. cit.*, p. 25.

³⁶ *Le mythe*, *cit.*, p. 215.

ces en la ley, sino en la voluntad de las partes; voluntad obligatoria en virtud de la promesa que conlleva la autolimitación de la voluntad a no deshacerse de aquella promesa.

El acuerdo arbitral no está sometido a ninguna ley, sino a sí mismo (salvo si las partes han optado para designar expresamente una ley aplicable). Eso explica el principio de la autonomía del acuerdo arbitral y la presunción de validez. Los Estados no tienen que buscar la ley aplicable, y deben proceder, como Francia, con una regla material según la cual la cláusula compromisoria siempre es válida, salvo si va en contra del orden público del país en donde se quiere ejecutar el laudo. Se trata no de conferir una jurisdicción, sino de reconocer eficacia o no a algo que existe de manera objetiva, independiente de cualquier ley u orden jurídico. Si hay por ejemplo vicios de consentimiento o si el objeto del acuerdo arbitral es ilícito, es obvio que en virtud del *pacta sunt servanda* las partes no han podido querer un contrato viciado,³⁷ mas la cuestión no es problema de los Estados porque ellos no confieren la jurisdicción. La cuestión podrá ser objeto de un arbitraje, en el cual los árbitros deciden si la cláusula arbitral es nula o no. Los Estados sólo tienen que decidir si dan eficacia o no a tal contrato arbitral; en otras palabras, si tal situación viola o no el orden público internacional del Estado ejecutor del laudo, eventualmente corregido por las leyes de policía.³⁸

Y eso se demuestra también con el hecho que en realidad, hoy en día ya no se requiere un “intercambio de consentimientos” para que el acuerdo arbitral sea válido: ¡el simple conocimiento de la existencia de una cláusula compromisoria es suficiente! Es así que por la decisión *Jaguar*, la Corte de apelación de París enunció que,

en el derecho del arbitraje internacional, los efectos del acuerdo arbitral se extienden a todas las partes directamente implicados en la ejecución del contrato desde el momento que su situación y sus actividades hacen presumir que tuvieron conocimiento de la existencia y

³⁷ Lo que, a propósito, explica también las reglas de finalidad material que buscan a validar los contratos nulos, como el artículo 9o. de la Convención de México de 1994.

³⁸ Sobre el tema, véase Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, LGDJ, 2008.

JAMES GRAHAMM

del contenido del acuerdo arbitral, y permitiendo así al árbitro conocer de todos los aspectos económicos del litigio.³⁹

Esta jurisprudencia manifiesta la inquietud de una buena administración de justicia y su principal interés es de no subestimar una realidad económica al detrimento de una observancia estricta de las formas prescritas por el sistema jurídico nacional.⁴⁰ No se trata de buscar un concurso implícito de consentimientos más que hipotéticos, sino de tener una concepción material y no psicológica de la obligación convencional,⁴¹ independientemente de la ley aplicable, porque el acuerdo arbitral tiene una existencia objetiva. Y por lo tanto, para parafrasear a Hillmarton, un acuerdo arbitral internacional no está integrado en ningún orden jurídico nacional.

No obstante lo anterior, parece que los árbitros en el fallo *Salini Construttori* no estaban listos para ir tan lejos porque insisten en:

Of course, this is not to say that a contract, including an arbitration agreement, has a validity that is independent of any legal order. Indeed, a contract derives its binding force from its recognition by one or more legal orders. However, an agreement to submit disputes to international arbitration is not anchored exclusively in the legal order of the seat of the arbitration. Such agreements are validated by a range of international sources and norms extending beyond the domestic seat itself.⁴²

Tiempo después, el presidente del tribunal en el caso *Salini*, E. Gaillard escribió que no se requiere de la ley del Estado sede porque en realidad “todas las leyes son igualmente aptas para decidir sobre la validez de un acuerdo arbitral”,⁴³ defendiendo así a la “multilocalización”

³⁹ París, 7 de diciembre de 1994, *RTDCom.*, 1995, p. 401; Dubarry et Loquin; Primera sala civil, *ABS*, 27 de marzo de 2007, núm. 04-20842, sentencia 513.

⁴⁰ Cachard, *Les clauses relatives à la compétence internationale dans les connaissances: consensualisme ou formalisme?*, tesis de maestría, Universidad de París II, 1997.

⁴¹ Oppetit, “Le consentement sans l'échange: le concours des consentements”, *Rev. Jur. Com.*, 1995, p. 73.

⁴² Folio 129.

⁴³ Gaillard, *op. cit.*, p. 88.

en contra del concepto de la “des-localización”.⁴⁴ Sin embargo, ¿por qué recurrir a una ley estatal, si el acuerdo arbitral puede ser válido por sí mismo? ¿Por qué no admitir de una vez por todas su “a-localización”? Evidentemente la respuesta no es fácil porque muchas mentes, en particular en los países latinoamericanos, quedan fascinados por el mundo perfecto que les ofrece el formalismo jurídico, pese a que su realidad les dicta una dirección diferente.

Ahora bien, nos parece que a diferencia del laudo *Salini*, la idea que sostenemos fue plenamente adoptada por las jurisdicciones francesas, en particular por la Corte de Casación en el asunto *Dalico*⁴⁵ mediante la adopción de una regla material que enuncia que el acuerdo arbitral es siempre válido bajo reserva del orden público internacional. Recientemente, esta misma Corte suprema tuvo la oportunidad de precisar que: “el principio de validez consagra la licitud de la cláusula arbitral independientemente de cualquier referencia a una ley estatal”.⁴⁶

No hay más que decir. Y el mismo razonamiento se aplica a la jurisdicción del laudo.

B. La jurisdicción del laudo

Estamos de acuerdo con Emmanuel Gaillard que el laudo no es sometido a ninguna ley estatal, pero consideramos que no se requiere “inventar” un orden jurídico arbitral. En la medida que el acuerdo arbitral constituye su propio orden jurídico, el laudo tiene su *Grundlegung* en él. Y si el acuerdo arbitral es un contrato internacional, el arbitraje es internacional y por lo tanto el laudo es una decisión de “justicia internacional” como lo proclama la Corte de Casación francesa través de su fallo *Putrabali*.⁴⁷ Y como cualquier decisión de justicia, cada país es libre de ejecutarla o no según sus propios criterios. La diferencia entre nuestra conceptualización y la de Emmanuel Gaillard consiste en que el

⁴⁴ Oppetit, *Teoría del arbitraje*, Legis, 2006, p. 192.

⁴⁵ Primera sala civil, 20 de diciembre de 1993; *JDI*, 1994, p. 432; Gaillard; *Rev. Crit.*, 1994, p. 663; Mayer. También véase: Primera sala civil, *Omenex*, 25 de octubre de 2005; *Rev. Arb.*, 2006, p. 103; Racine.

⁴⁶ Primera sala civil, *Copropriété maritime Jules Verne*, 7 de junio de 2006.

⁴⁷ Primera sala civil, 29 de junio de 2007, *Rev. Arb.*, 2007, p. 507; Gaillard.

JAMES GRAHAMM

llamado orden arbitral internacional no tiene origen en sí; no se sabe de dónde proviene. Se dice que es un sistema basado sobre valores, sobre una forma de jusnaturalismo;⁴⁸ sin embargo, los valores no otorgan una juridicidad. Los valores son herramientas que dictan cómo utilizar un instrumento: así, el orden público internacional es un instrumento, y la postura moral sobre la corrupción, es la herramienta que dicta si el orden público tiene o no que rechazar el reconocimiento de un laudo que aprueba una operación de corrupción, por ejemplo. Es obvio que la postura moral no puede otorgar o negar la juridicidad del laudo, mientras que nuestra postura consiste en que es el *pacta sunt servanda*, que es justamente la *Grundnorm* de cualquier contrato, en particular en materia de arbitraje, que confiere la juridicidad al laudo. Y eso puede demostrarse a través de la problemática de los laudos anulados.

Si tomamos de modelo a la decisión judicial, es obvio que si los superiores de un tribunal de origen la anulan, esa decisión ya no existe y los países no pueden ejecutarla. Un tribunal arbitral no tiene un superior para anular su decisión (salvo si las partes pacten lo contrario).⁴⁹ Es cierto que las leyes estatales prevén un recurso en nulidad del laudo. En ese momento, pueden existir dos decisiones: el laudo que tiene una existencia jurídica objetiva⁵⁰ y *per se* por el acuerdo arbitral, así como la decisión judicial de un Estado que lo anula. Ambas decisiones existen, aunque en conflicto. En el momento de la ejecución, el juez ejecutor tiene la libertad de decidir según sus propios criterios cuál de las dos decisiones prevalece. Tal situación no es extraña, como lo demuestra el *dictum* de la Corte de Apelación de Amsterdam:

A Dutch court is not required by the New York Convention to refuse to recognize and enforce foreign arbitral awards that have been annulled by the courts of the seat of arbitration. To be given extraterritorial

⁴⁸ Gaillard, *Teoría jurídica*, cit., pp. 43 y ss.

⁴⁹ Como es el caso de los arbitrajes bajo el auspicio del CIADI.

⁵⁰ Misma conclusión: Lastenhouse, Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene, 16 *J.Int'l Arb.* 26, 1999. Vehemente en contra se expresa Van de Berg, quien considera que un laudo nulo ya no existe, y cualquier otra teoría “*is based on a unconventional (and in my opinion inconsistent) vision of international arbitration*” (Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia, 27 *J. Int. Arb.* 179, 2010).

effect, a foreign annulment judgment must meet a number of minimal requirements including due process of law, which requires that the court from which the judgment emanates has acted in an impartial and independent manner.⁵¹

De todos modos, si nos olvidamos del arbitraje, ¿cuántas veces un juez está en presencia por ejemplo de una decisión de un país que proclama el divorcio, y una decisión de otro país que confirma el matrimonio? Pues, el juez hará prevalecer una decisión sobre la otra. Lo mismo tiene que ser para el laudo y la decisión judicial que lo anule. Y por eso es posible ejecutar un laudo anulado en otro país,⁵² y se compruebe que el laudo tiene su juridicidad del acuerdo arbitral, que a su vez tiene validez *per se* y es lo que se puede desprender de *Putrabali*: no se requiere de un “orden arbitral legal”, al contrario de lo que afirma por ejemplo Philippe Pinsolle.⁵³

Como consecuencia directa, es lógico eliminar la ley aplicable al acuerdo arbitral y adoptar la regla material francesa. De la misma manera, no hace sentido continuar con el concepto de la sede arbitral y del recurso en nulidad. Su abolición, sin embargo, no constituye peligro alguno para las partes presentes. A través del recurso en ejecución, el Estado mantiene el control mínimo necesario, y las partes al arbitraje tienen las mismas causales, que hubieran tenido en el recurso de nulidad, para oponerse a la ejecución forzosa del laudo. Y el asunto *Dallah* nos da una magnífica ilustración.⁵⁴ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, empresa saudí, celebró un contrato con un trust establecido por el gobierno pakistaní, con el cual negoció los términos del negocio. Después de varias disputas, se organizó un arbitraje con sede

⁵¹ *Yukos Capital S.A.R.L. vs. OAO Rosneft*, 28 de abril de 2009.

⁵² Por ejemplo, para los Estados Unidos: *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. (COMMISA) vs. Pemex-Exploración y Producción*, 962 F.Supp.2d 642 (S.D.N.Y. 2013). Para la discusión general sobre el tema véase: Slater, “On annulled arbitral awards and the death of Chromalloy”, *Arbitration International*, 2009, p. 271.

⁵³ The Status of Vacated Awards in France: the Cour de Cassation Decision in *Putrabali*, 24 *J. Int. Arb.* 277, 2008.

⁵⁴ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company vs. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46.

JAMES GRAHAMM

en París. En ausencia de una ley aplicable pactada, el tribunal, presidido por Lord Mustill, aplicó la *lex loci arbitri*, y decidió que según la ley francesa el gobierno es parte del acuerdo arbitral. Obteniendo el favor del tribunal sobre el fondo, Dallah buscó la ejecución en el Reino Unido, donde obviamente el gobierno condenado se opuso a la ejecución con el motivo de que el tribunal estaba equivocado por haber considerado que existía un acuerdo arbitral en relación con el gobierno de Pakistán. Y la Suprema Corte del Reino Unido les dio la razón, considerando que según la ley francesa no hay acuerdo. Por cierto, la situación es deplorable por tener dos resultados diferentes en virtud de la misma ley aplicable. Sin embargo, para el tema que nos ocupa, lo que cuenta es que *Dallah* demuestra que en ausencia de un recurso en nulidad, aun así tanto las partes como el Estado quedan protegidos. Entonces, ¿por qué tener dos recursos donde uno solo es suficiente?

En definitivo, considerando el acuerdo arbitral con su propia *Grundlegung* permite *de manera práctica* rendir el proceso arbitral más sencillo—consecuentemente más expedito— y *de manera académica* da una explicación lógica del porqué de las cosas, el santo grial universitario.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año V, núm. 9, enero-junio 2016