

LA ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN FRANCIA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Por: Bingen Amezaga¹

Introducción:

En Francia existe una gran cultura de arbitraje y un gran respeto por esta institución. Por ello es lógico que se prefiera que los procesos arbitrales se conduzcan adecuadamente y que culminen en laudos que resuelvan los asuntos que fueron planteados de manera rápida, definitiva y eficaz. Estas son precisamente las expectativas de las partes cuando deciden recurrir al arbitraje como medio de resolución de sus controversias.

La posibilidad de anular las decisiones de los tribunales arbitrales es limitada y consideramos que esta característica es un dato positivo, que refleja la confianza y el respeto que las autoridades judiciales mantienen por este mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

El recurso de nulidad es el único recurso admitido en Francia contra los laudos arbitrales internacionales. No se admite la apelación, ni la oposición de terceros, y en principio tampoco la revisión, salvo casos muy excepcionales en los que la jurisprudencia ha admitido esta posibilidad².

Sin embargo, a diferencia de otros sistemas³, el derecho francés actual no contempla la posibilidad de eliminar totalmente el recurso de anulación contra los laudos. Por lo tanto, aún cuando se pueda decir que los tribunales son reacios a anular los laudos arbitrales, se reconoce la necesidad de mantener esta vía de recurso abierta, y como veremos más adelante, los jueces franceses no dudan en anular total o parcialmente los laudos arbitrales cuando se verifiquen las causas, que por su gravedad, así lo requieran.

I. Aspectos Generales

El recurso de anulación está previsto en el artículo 1.504 del Código de Procedimiento Civil ("CPC") que establece que: "El laudo arbitral dictado en Francia en materia de arbitraje internacional puede ser impugnado a través de un recurso de anulación, en los casos previstos en el artículo 1.502 CPC".

El criterio para determinar la competencia para ejercer el recurso de nulidad es entonces la sede del arbitraje. El Juez francés sólo puede anular los laudos que hayan sido dictados en Francia.

Esta es una de las razones por las que es importante elegir cuidadosamente la sede del arbitraje, ya que será según la ley y la práctica judicial de este país que se determinarán las condiciones de anulación del laudo.

¹ Bingen Amezaga es Abogado en el área arbitraje y contencioso internacional de Castaldi Moure & Partners, Paris. <http://www.castaldimoure.com>

² El Art. 1491 CPC. que reenvía al 593 y ss CPC. y permite el recurso en revisión para el arbitraje interno no se aplica al arbitraje internacional en virtud de la exclusión del artículo 1.507 CPC. Sin embargo por vía de la jurisprudencia se ha abierto esta posibilidad aunque su aplicación práctica se mantiene bastante limitada. Ver *Fougerolle c. Procofrance* C.Cass. civ. 1°, de 25 de mayo de 1992 « *nonobstant l'exclusion du recours en révision par l'article 1507 du Code de procédure civile, la rétractation d'une sentence rendue en France en matière d'arbitrage internationale doit être exceptionnellement admise en cas de fraude lorsque le tribunal reste constitué après le prononcé de la sentence (ou peut à nouveau être réuni)* ».

³ En arbitrajes en donde no participen nacionales o partes domiciliadas en dichos países: Suiza, art. 192.1 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado; Bélgica, Código Judicial, art. 1717.4; Túnez, Código de arbitraje, art. 78, II, 6; Suecia, Ley de Arbitraje de 1999, art. 51.

a) Tribunales competentes

El artículo 1.505 prevé que la jurisdicción competente para conocer los recursos de nulidad contra los laudos arbitrales serán las Cortes de Apelación del lugar en el que el laudo haya sido dictado⁴.

En Francia estas jurisdicciones disponen de una sección de magistrados especializados que son particularmente competentes en materia de arbitraje internacional.

b) Plazo

El recurso de nulidad puede intentarse desde que se dicte el laudo, y dentro del plazo de un mes a partir de la notificación de la decisión de exequátur del laudo. Entendiéndose que la simple notificación del laudo hecha por correo certificado a los abogados de las partes no cuenta como notificación en el sentido del artículo 1.505 CPC.

c) Efecto suspensivo

El recurso de nulidad tiene efecto suspensivo por lo que, en principio, el laudo no podrá ser ejecutado antes del vencimiento del plazo para interponer el recurso o antes de que la Corte de Apelación se pronuncie sobre el recurso de nulidad pendiente. Sin embargo, la Corte de Apelación también puede ordenar la ejecución provisional del laudo en determinados casos⁵.

d) Resultados posibles del procedimiento de anulación:

- i. Si la Corte niega el recurso, el laudo obtiene automáticamente carácter ejecutorio.
- ii. Si el recurso carece manifiestamente de fundamento, la Corte además de rechazar el recurso dictará una condena por procedimiento abusivo contra el recurrente⁶.
- iii. Si admite el recurso, la decisión anula el laudo, pero el juez francés no puede decidir en lugar del Tribunal Arbitral. Si la anulación no se refiere a la falta de validez de la convención de arbitraje, las partes podrán recurrir nuevamente al arbitraje para resolver su diferencia.

e) Los Principios de renuncia y de estoppel

En materia de recursos de anulación de laudos en Francia, es muy importante tener en cuenta estos dos principios, que aunque tienen ciertas semejanzas y a veces se confunden no se refieren siempre a lo mismo, y serán sistemáticamente invocados y analizados.

El principio de renuncia exige que la parte que alegue la causa de anulación haya hecho valer esta circunstancia durante el proceso arbitral desde que haya tenido conocimiento de la misma, pues de lo contrario se entiende que renunció a la reclamación y que ha habido una ratificación al respecto.

El *estoppel* por su parte, es un principio de derecho de origen anglosajón según el cual, se impide que las partes hagan valer posiciones jurídicas contradictorias, en menoscabo de la otra parte⁷.

⁴ Sobre la excepción a esta regla en materia de reglas de orden público administrativo francés, ver la reciente decisión del Tribunal de Conflictos, "*Inserm c. Fondation Letten*", de 17 de mayo de 2010.

⁵ Reenvío del art. 1.500 al art. 1.479 CPC. Art. 515 CPC: "La ejecución provisional puede ser ordenada a la solicitud de las partes o de oficio, cada vez que el Juez lo estime necesario y compatible con la naturaleza del caso, a condición que no esté prohibido por la ley".

⁶ Estas condenas que de manera general no son comunes en el contencioso francés, han ido aumentando en los últimos años, tanto en frecuencia como en el monto, para penalizar los recursos de nulidad infundados o temerarios, llegando a alcanzar cantidades bastante importantes.

⁷ Sobre la aplicación de estos principios para rechazar los recursos ver: C. Cass. civ. 1° 28/05/08 *Rev. Arb.* 2008 somm. 344; respecto de la composición irregular del tribunal: C.A. Paris de 13 de marzo de 2008, *Rev Arb* 2008, Somm. 340; respecto de la independencia del árbitro: C.A. Paris de 7 de febrero de 2008 *Rev Arb* 2008.166; sobre el respeto del contradictorio: C.A. Paris de 28 de febrero de 2008, *Rev Arb* 2008, somm. 167; sobre el respeto de la misión arbitral "*Gothaer Finanzholding c. ICDC*". C.A. Paris 1° de 17 de diciembre de 2009.

Un ejemplo evidente y emblemático de la aplicación del *estoppel* se encuentra en la jurisprudencia “*Golshani*”⁸. En este caso, la misma parte que había invocado la cláusula arbitral y que actuó como demandante en el procedimiento arbitral, sin formular ninguna objeción durante más de nueve años, al final del procedimiento, cuando se encontró ante un laudo que le resultaba desfavorable, decidió intentar la anulación del mismo alegando la ausencia o nulidad de convenio arbitral. Dicho recurso fue declarado sin lugar en aplicación del principio de *estoppel*.

Sin embargo el *estoppel* tampoco puede ser invocado indiscriminadamente y existe una decisión reciente en el caso “*Merial c. Klocke*”⁹, en la cual la Corte de Casación anula una decisión de la Corte de Apelación que había aplicado indebidamente el concepto de *estoppel*, y hace la distinción entre el *estoppel* y la renuncia, e indica que para que haya *estoppel* debe producirse un “*cambio de posición en derecho dirigido a inducir en error al adversario sobre sus intenciones*”.

f) Obligación de Motivación del Juez de la anulación

Los jueces de la anulación están obligados a motivar suficientemente sus decisiones, tanto cuando rechacen los recursos como cuando decidan la anulación del laudo.

En un reciente caso que involucraba el pago de sobornos en un contrato de compra-venta de armas, la parte que resultó vencida en el arbitraje intentó un recurso de anulación del laudo, invocando la no arbitrabilidad de la materia, así como la desigualdad de las partes en vista de que no pudo servirse de mucha de la información relevante pues estaba sometida al secreto de defensa.

La Corte de Apelación rechazó la solicitud de anulación sin entrar a analizar las cuestiones planteadas y a través de una motivación puramente formal, indicando que “el objeto de las demandas era arbitrable y podía ser decidido a través de un proceso equitativo”¹⁰.

La Corte de Casación anuló entonces esta decisión, señalando que la Corte de Apelación, al decidir mediante una fórmula de puro estilo, sin motivación precisa ni referencia a los motivos de los árbitros, impedía a la Corte de Casación ejercer el debido control sobre la decisión de dicha corte inferior¹¹.

II. Motivos de anulación / Jurisprudencia reciente

El artículo 1.504 CPC citado anteriormente remite al artículo 1.502 CPC, que enumera las causales por las cuales se puede negar el reconocimiento o la ejecución a los laudos arbitrales extranjeros en Francia. Estas causales son entonces las mismas, y únicamente las siguientes:

- 1° Si el árbitro dictó el laudo sin haber un convenio arbitral, o en base a un convenio nulo o vencido.
- 2° Si el tribunal arbitral fue compuesto de manera irregular, o el árbitro único nombrado irregularmente.
- 3° Si el árbitro decidió la causa sin conformarse a la misión que le había sido encomendada
- 4° Si no fue respetado el principio del contradictorio.
- 5° Si el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público internacional.

A continuación haremos un breve análisis de cada causal, haciendo referencia a las últimas aplicaciones que la jurisprudencia francesa ha hecho de las mismas.

⁸ “*Golshani c./ gouvernement de la République Islamique d’Iran*” C. Cass.1° civ. de 6 de julio de 2005, *Rev Arb.* 2005.993.

⁹ “*Merial c. Klocke Verpackung Service GmbH*”, C. Cass. 1°, de 3 de febrero de 2010.

¹⁰ “*Thales*” C.A. Paris, de 29 de junio de 2006.

¹¹ C.Cass. 1° civ. de 11 de febrero de 2009.

1. Ausencia de convenio, convenio nulo o convenio sin vigencia (1502-1)

La idea de esta causal es que el juez estatal pueda controlar a posteriori (pues el árbitro lo hace en primer lugar en base al principio *compétence-compétence*) la competencia de los árbitros.

Para determinar la existencia y validez del convenio se aplicarán las reglas materiales del derecho francés del arbitraje internacional.

En relación a este tema, fue dictada recientemente la decisión “Soerni”¹², en la cual, aunque no se trataba de un recurso de anulación sino de un procedimiento de reconocimiento y ejecución en Francia de un laudo inglés, la Corte francesa analizó igualmente la validez del convenio arbitral.

La parte que se oponía al reconocimiento del laudo alegaba que la persona que firmó el contrato no tenía los poderes necesarios para obligar a la sociedad según el derecho de sociedades francés por lo que no había convención de arbitraje válida.

El máximo tribunal francés decidió que “el compromiso de una sociedad para someterse a arbitraje no se aprecia en referencia a ninguna ley nacional sino en base a la aplicación de una regla material derivada del principio de validez de la convención arbitral, fundada en la común voluntad de las partes”¹³, en la buena fe y en la confianza legítima que podía tenerse sobre la capacidad de que el empleado podía comprometer a la compañía a través de un acuerdo, por lo tanto el convenio era válido y la anulación fue rechazada.

Respecto de las *Cláusulas por referencia*, una decisión de la Corte de Apelación recuerda que la cláusula compromisoria por referencia se considera válida cuando la parte a la cual se le opone “tuvo conocimiento” de la misma al momento de firmar el contrato, “y aceptó” aunque sea de manera tácita la referencia al arbitraje¹⁴.

En cuanto a los *litigios no arbitrables*, esta posibilidad cada vez es menos frecuente pues se ha ido aumentando el ámbito de materias que se pueden resolver mediante arbitraje, así como la posibilidad de oponer las cláusulas arbitrales a entes públicos y Estados.

Por último, en relación a la *Convención arbitral vencida*, ciertamente la misión de los árbitros es de origen contractual y no es ilimitada en el tiempo, por lo que una vez que se haya vencido el plazo para dictar la sentencia sin que el mismo haya sido renovado, los árbitros no tendrán el poder necesario para emitir la decisión.

Recientemente hemos visto la anulación de un laudo por este motivo, en el caso “*CFCMNE c. Banque Delubac*”¹⁵, en el cual, tratándose de un arbitraje *ad hoc*¹⁶, y a falta de acuerdo sobre el término, se aplicaba el plazo legal de 6 meses desde la aceptación de su misión por los árbitros¹⁷.

¹² “Soerni c/ société Air Sea Broker Ltd.” C.Cass, de 8 de julio de 2009.

¹³ En original en francés: “l’engagement d’une société à l’arbitrage ne s’apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en oeuvre d’une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d’arbitrage fondée sur la volonté commune des parties”.

¹⁴ C.A. Paris de 13 de septiembre de 2007.

¹⁵ “CFCMNE c. Banque Delubac”, C.A. Paris 1° de 19 de noviembre de 2009.

¹⁶ Sobre este punto, los arbitrajes sometidos a las reglas CCI son menos vulnerables a esta causal de nulidad pues el artículo 24.2 de su Reglamento permite a la Corte de la CCI prorrogar el plazo, ante la solicitud motivada del Tribunal Arbitral, o inclusive de oficio.

¹⁷ Art. 1.456 CPC.

La aplicación severa de esta causal por parte de la corte francesa posiblemente se deba al hecho de que la parte demandada no participó en el arbitraje sino que se limitó únicamente a manifestar su oposición a la constitución del tribunal arbitral, con lo cual su actitud difícilmente hubiera podido interpretarse como una aceptación tácita a la prórroga del plazo, o una renuncia a valerse de esta circunstancia.

2. Composición irregular del Tribunal Arbitral

La invocación de esta causal resulta generalmente de la inobservancia de los métodos de designación de los árbitros previstos por las partes.

El derecho francés impone al respecto, el respeto de la voluntad de las partes, el principio de igualdad de las partes en la designación de los árbitros, y el cumplimiento por parte de los árbitros de las cualidades esenciales de independencia e imparcialidad.

En cuanto a la *Independencia objetiva* y al *deber de revelación*, una decisión francesa reciente causó mucho impacto en el medio del arbitraje internacional, debido a su significación y a la notoriedad del árbitro involucrado¹⁸.

En el caso en cuestión, el despacho de abogados donde trabajaba en calidad de *of counsel* el presidente del tribunal arbitral, representaba o había representado a una de las partes así como a una sociedad matriz y una filial de ésta en varios procedimientos, (pasados y en curso), en distintos países y por los que el despacho cobró honorarios importantes.

La otra parte se fue enterando progresivamente de estos vínculos durante el procedimiento arbitral, e incluso hasta poco después de haberse terminado el procedimiento, y una vez dictado el laudo, solicitó la nulidad del mismo.

La Corte de Apelación consideró que, al ser valoradas en su conjunto, las actividades de asesoría del despacho al que pertenecía el presidente del tribunal arbitral implicaban un conflicto de intereses y una falta de independencia objetiva. Por lo tanto anuló el laudo, declarando que “la imparcialidad y la independencia son la esencia misma de la función arbitral” y que el deber de revelación es un “deber continuo [que se mantiene] durante todo el procedimiento arbitral”.

Esta decisión es una advertencia, para los practicantes del arbitraje, y en particular para aquellos que ejercen en grandes estructuras multinacionales, pues recuerda que al analizar la independencia de los árbitros se considerará la actividad global de los despachos y no sólo la de la sede en la que trabaje el árbitro. La labor de verificación de conflictos deberá entonces ser global y exhaustiva.

Igualmente se envía un mensaje a los abogados de las partes, sobre el propio interés que tienen sus clientes en nominar a árbitros independientes y verificar debidamente los posibles conflictos de intereses.

Para resaltar el carácter ejemplarizante de esta decisión, la Corte de Apelación de París además impuso una condena en base al artículo 700 del CPC por 70.000 €.

Por otra parte, también conviene señalar que las cortes francesas declararán sin lugar reclamaciones por falta de independencia e imparcialidad que carezcan de verdadero sustento, así, en otro caso también reciente, una parte solicitó la anulación del laudo en virtud de la falta de independencia del presidente del Tribunal Arbitral, basada en que dicho

¹⁸ “*Avax c. Tecnimont*”, C. Apelación de París, de 12 de febrero de 2009.

árbitro había participado en un importante coloquio sobre arbitraje, en el que también participaba un abogado de una de las partes.

La Corte, luego de recordar que “el arbitraje se caracteriza por un vínculo de confianza entre los árbitros y las partes”, y que los árbitros deben revelar a las partes “cualquier hecho que no sea notorio y que pudiera tener una incidencia, desde la perspectiva de las partes, sobre su capacidad de juzgar”, rechazó la solicitud de anulación señalando que en este caso se trataba de un hecho insignificante y que el árbitro no estaba obligado a revelar tales circunstancias de poca importancia¹⁹.

3. Violación de la misión del árbitro

Pareciera ser una causal bastante amplia, que pudiera dar lugar a la nulidad bajo casi cualquier acusación de incumplimiento de cualquier requisito de procedimiento, y quizás por ello es frecuentemente alegada por las partes recurrentes, sin embargo las cortes francesas consideran esta causal de una manera mucho mas restrictiva.

Las cortes exigen que la voluntad de las partes haya sido determinada de manera expresa y precisa para poder juzgar que el árbitro se desvió de su misión.

Al analizar esta causal, los tribunales franceses suelen recordar la imposibilidad para el juez de la anulación de revisar el laudo sobre el fondo. Los errores de hecho o de derecho que hayan podido cometer los árbitros en su decisión no son recurribles en anulación.

Una posible violación de la misión de los árbitros es la llamada *ultra petita*, que se produce cuando otorgan a una parte más de lo que ella misma había demandado, por ejemplo, intereses que corran a partir de una fecha anterior a la que solicitaba el demandante²⁰,

Respecto de las *decisiones en equidad que debían ser en derecho*, no basta que se enuncien principios de equidad en el laudo, es necesario probar que efectivamente los árbitros dejaron de lado la solución prevista por las normas legales para decidir como amigables componedores. Por otra parte, hay que distinguir también los casos en que el derecho aplicable admite y se refiere a la equidad para decidir ciertas materias.

En cierto caso reciente²¹, se intentó anular un laudo en base a que el árbitro había evaluado el quantum del daño en equidad, sin tener el poder para hacerlo, pues debía decidir según derecho.

La Corte de Apelación rechazó el recurso, señalando que el demandante no había identificado ninguna regla de derecho aplicable en materia de evaluación del monto del daño que los árbitros hubiesen ignorado.

Y yendo aún más lejos, en un *obiter dicta* la Corte agregó que “la evaluación de los daños en equidad, sobre la base de los elementos objetivos aportados, para efectuar una apreciación global, corresponde a un principio general del derecho reconocido en todos los sistemas jurídicos”²².

Sobre el caso opuesto, cuando los árbitros *deciden en derecho cuando debían decidir en equidad*, esta motivación sólo puede dar lugar a la nulidad cuando los árbitros dejen

¹⁹ C.A. París, 13 de marzo de 2008. *Rev Arb* 2008.340.

²⁰ C.A. París, 28 de junio de 1988.

²¹ “*SDMS International c. Cameroon Telecommunications*”, C.A. Paris de 17 de enero de 2008. *Rev Arb.* 2008, 333 nota de Mélin.

²² En original en francés: « *L'évaluation du dommage en équité, qui correspond d'ailleurs à un principe général du droit reconnu dans tous les systèmes juridiques, sur la base d'éléments objectifs fournis pour effectuer une appréciation globale [...] ».*

deliberadamente de lado la solución en equidad para aplicar únicamente el derecho, pero si la solución en derecho es también la más equitativa no se podrá reprochar la decisión equitativa que sea acorde a la ley.

Sin embargo, según la jurisprudencia más reciente no basta que el laudo muestre que hubo una búsqueda de la solución equitativa, sino que los árbitros llamados a decidir en equidad deberán justificar explícitamente el carácter equitativo de su solución²³.

4. Violación del principio de contradicción

El principio de contradicción forma parte de los principios de orden público internacional, por ello, otras leyes de arbitraje no lo consideran separadamente como causal de nulidad sino comprendido dentro del control del orden público. En Francia, sin embargo, el legislador ha preferido darle un tratamiento separado debido a su especial importancia.

La obligación de respetar el contradictorio implica por un lado i) que todos los escritos, documentos y argumentos de las partes se presenten de manera contradictoria a las demás partes y que el tribunal arbitral otorgue a cada parte la posibilidad de manifestarse sobre cada uno de ellos, y por otro lado ii), que el Tribunal Arbitral someta a la consideración de las partes cualquier elemento de hecho o de derecho en el que basará su decisión.

Es importante señalar que no basta con dar la posibilidad formal de responder, sino que debe dársele a las partes un plazo razonable para poder responder y presentar sus pruebas o argumentos de manera adecuada.

La Corte de Apelación de París se vio llamada a resolver un recurso de anulación en un caso en el que una de las partes, luego de las audiencias y apenas dos días antes del cierre de la instrucción, sometió únicamente al árbitro (sin enviar copia a la otra parte) un escrito que contenía nuevos alegatos.

A pesar que la demandada en el proceso de anulación alegó que el árbitro había enviado dichos documentos a la otra parte, la Corte luego de verificar los elementos de prueba producidos, constató que en tal envío ni siquiera se encontraban todos los escritos, por lo que concluyó que los nuevos alegatos no fueron discutidos de manera contradictoria, y anuló el laudo²⁴.

*Enfrentamiento entre el Principio *lura Novit Arbitrator* y el Principio del contradictorio*

El artículo 1.496 CPC, establece que “el tribunal arbitral decide el litigio de conformidad con las reglas de derecho que las partes han escogido; y a falta de tal elección, de conformidad con aquellas que considere apropiadas”.

Por lo tanto, pareciera que el árbitro tiene la facultad de invocar de oficio el fundamento jurídico necesario, dentro del derecho aplicable, para resolver el caso. Sin embargo deberá hacerlo respetando el principio de contradicción entre las partes.

Veremos a continuación que la obligación de los árbitros de no sorprender a las partes y de permitirles expresarse sobre cada motivo de derecho que utilizarán en su decisión parece intensificarse según la más reciente jurisprudencia francesa:

En el caso “*Engel Austria c. Don Trade*”²⁵ los árbitros habían anulado parcialmente un contrato bajo el fundamento de una regla de derecho austríaca que permitía la resolución del contrato en base al principio de la imprevisión.

²³ “*Odalys*”, C.Cass. civ. 1°, de 17 de diciembre de 2008.

²⁴ “*Fichtner GmbH et CO.KG c/ LKSUR*”, C.A. Paris 1° de 17 de diciembre de 2009.

²⁵ “*Engel Austria c. Don Trade*”, C.A. Paris de 3 de diciembre de 2009.

Ninguna de las partes había invocado esta regla, y además, al motivar su decisión el tribunal arbitral afirmó que este era “el único fundamento posible de anulación parcial del contrato”.

La sociedad Engel Austria interpuso un recurso de anulación en base a la violación del principio del contradictorio.

En sede de anulación, la sociedad Don Trade afirmó que el principio de imprevisión era un principio director del derecho austríaco, que era el derecho aplicable, y que por lo tanto el mismo formaba parte de la discusión del caso.

La Corte señaló sin embargo, que este principio no había sido invocado en la demanda y que por lo tanto los árbitros no podían aplicarlo sin someterlo previamente a la discusión contradictoria entre las partes y anuló parcialmente el laudo respecto de los puntos que no fueron debatidos de manera contradictoria.

Otro ejemplo, seguramente más conocido en estas latitudes, es la decisión en el caso “*Commercial Caribbean Nickel (CCN) c. Overseas Mining Investments Ltd. (OMI)*”²⁶.

En este caso, OMI había demandado a CCN en base a la rescisión de un contrato de *joint venture* para la explotación de una mina de níquel en Cuba, y el laudo arbitral determinó que CCN era responsable de la terminación y la condenó al pago de daños e intereses.

Sin embargo, mientras que OMI había solicitado una indemnización basada en el lucro cesante, el tribunal arbitral decidió otorgar una indemnización basada en la pérdida de la oportunidad de obtener el beneficio derivado del proyecto.

CCN presentó entonces un recurso en anulación, por varios motivos, entre los cuales, que el tribunal arbitral había violado el contradictorio, y el orden público procesal,

CCN reclamó que esta posibilidad de enfocar los daños como pérdida de oportunidad no había sido invocada por la demandante ni había sido sometida al debate contradictorio, con lo cual se le impidió la posibilidad de hacer valer sus argumentos al respecto.

La Corte de Apelación admitió el recurso y anuló integralmente el laudo, al señalar que el tribunal arbitral no había aplicado simplemente una modalidad diferente para evaluar el daño sino que modificaba el fundamento mismo de la indemnización concedida a OMI.

Por último, esta misma línea de jurisprudencia se confirma también a través de la muy reciente decisión de la Corte de Casación francesa en el caso *Malicorp c. República de Egipto*²⁷, en el cual el máximo tribunal francés confirmó la anulación dictada por la Corte de Apelación de París, por el motivo de que la decisión de los árbitros estaba fundada en disposiciones del derecho aplicable que no fueron invocadas por las partes.

Este interesante tema del *iura novit arbiter*, seguramente continuará provocando discusión, y aunque en la doctrina y jurisprudencia se sigue manteniendo que el tribunal arbitral no está obligado a exponer y someter su razonamiento jurídico al contradictorio, quedan todavía por definirse con mayor precisión las fronteras entre los territorios de los razonamientos, de los fundamentos jurídicos y de los motivos de derecho.

²⁶ “*Commercial Caribbean Nickel c. Overseas Mining Investments*”, C.A. París de 25 de marzo de 2010.

²⁷ “*Malicorp c. République d’Egipte*”, C.Cass. 23/06/2010, confirmando la decisión de la C.A. París de 19 de junio de 2008.

Quizás sea oportuno recordar al respecto las recomendaciones 6²⁸ y 10²⁹ de la Asociación de Derecho Internacional sobre la “determinación del contenido aplicable en materia de arbitraje internacional” adoptadas en agosto de 2008³⁰ y su informe, en los que se recomienda mucha prudencia a los árbitros al momento de invocar de oficio cuestiones de derecho no invocadas por las partes.

5. Violación del orden público internacional

Respecto de esta causal, existen 3 principios que deben seguirse para determinar la adecuación del laudo al orden público internacional.

a) carácter **internacional** del orden público

Debe tomarse en cuenta que la causal de nulidad en el arbitraje internacional se refiere específicamente a la violación del orden público “internacional”, lo cual es un concepto más limitado que el del orden público interno³¹ aplicable para controlar los laudos nacionales.

Se trata de la concepción francesa del orden público internacional. Pues el razonamiento es sobre el reconocimiento de la efectividad que se le dará al laudo en el orden jurídico francés.

b) apreciación **concreta** del orden público

Se debe hacer la apreciación concreta sobre la consecuencia que la ejecución del laudo tendrá respecto del orden público internacional, y no sobre las enunciaciones de reglas abstractas que se hagan en el mismo³².

c) **actualidad** del orden público

Las concepciones sobre el orden público evolucionan, por lo que la apreciación del orden público debe hacerse en relación al momento en el que se dictó el laudo.

¿Qué tipo de violación del orden público se controla?

Recientemente, una decisión de la Corte de Casación aprobó el reconocimiento de un laudo en el que los árbitros habían aplicado el derecho comunitario de la competencia, y estableció que “el control de la compatibilidad de los laudos con el orden público internacional por el juez de la anulación, se limita al carácter **flagrante, efectivo y concreto** de la violación alegada”³³.

Se trata entonces de un control simplemente extrínseco del laudo, es decir, que el laudo en sí mismo y su aplicación concreta no sean contrarios al interés general, y no un control sobre el razonamiento que llevó a esta decisión por parte de los árbitros.

Sobre el tema del control del orden público también existe una interesante decisión en la que la Corte de Apelación de París reafirmó el principio establecido por la jurisprudencia francesa según el cual los árbitros aprecian su propia competencia respecto de las reglas de orden público internacional, y disponen del poder de aplicarlas y de sancionar su

²⁸ “6. D'une manière générale, et sous réserve de la Recommandation numéro 13, les arbitres ne devraient pas soulever de nouvelle question juridique pouvant affecter la solution du litige que les parties n'ont pas soulevée”.

²⁹ “10. Si les arbitres entendent se reposer sur des sources qui n'auraient pas été invoquées par les parties, ils devraient porter ces sources à l'attention des parties et inviter leurs commentaires, en tout cas si ces sources vont significativement au-delà de celles que les parties auraient déjà invoquées et qu'elles sont susceptibles de mettre en cause la solution du litige. Les arbitres peuvent se reposer sur de telles sources additionnelles, sans revenir vers les parties, si ces sources ne font que corroborer ou renforcer les autres sources déjà débattues par les parties”.

³⁰ Recomendaciones adoptadas en la Resolución 6/2008, durante la 73ª Conferencia de la Asociación de derecho internacional de Río de Janeiro de 2008, disponibles en inglés y francés en la página: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>.

³¹ C.A. Paris, 27 de mayo de 2003, *Rev. Arb.* 2004.133.

³² C.A. Paris 15 de junio de 2001, *Rev Arb.* 2001.773.

³³ “SNF c. Cytec Industries BV”, C.Cass 1º civ. de 4 de junio de 2008, *Rev Arb.* 2008.473.

incumplimiento eventual, sin que el sólo hecho de que resulten aplicables reglas de orden público haga que el litigio no sea arbitrable³⁴.

Otra sentencia de la Corte de Apelaciones tuvo que decidir sobre la adecuación al orden público internacional de un laudo en el que para resolver el litigio se tuvo que decidir de manera incidental sobre la validez de cierta patente³⁵.

La arbitrabilidad de los litigios relativos a la explotación de patentes ya había sido establecida por la jurisprudencia francesa, pero este caso era más delicado pues se planteaba que el árbitro se pronunciaba sobre la validez de la patente.

Consciente de esta problemática, el árbitro se había declarado competente sobre el litigio, aunque advirtió que la solución relativa a la validez de la patente únicamente tendría efecto entre las partes en el arbitraje.

La Corte de Apelación señaló que “la cuestión de la validez de la patente, discutida de manera incidental con ocasión de un litigio de naturaleza contractual puede ser sometida al árbitro, tal como él lo decidió”, y “esta decisión únicamente tendrá efecto entre las partes, y los terceros siempre podrán solicitar la nulidad de la patente ante las jurisdicciones estatales”. Por tanto no hubo violación al orden público, y la Corte denegó la anulación.

En otro caso reciente, se invocó la causal del orden público pues al final del procedimiento uno de los árbitros se había negado a firmar el laudo y emitió una opinión disidente. Entonces una de las partes intentó la anulación del laudo, basada en que esta opinión disidente violaba el secreto de las deliberaciones.

La Corte de Apelación de París decidió que el secreto de las deliberaciones no es una causa de nulidad y que la parte recurrente no identifica en qué, la opinión disidente podría violar el orden público internacional, en la medida en que los principios de colegialidad y de deliberación, que si son fundamentales para garantizar la función jurisdiccional del arbitraje, fueron respetados³⁶.

Conclusión

Como se habrá podido percibir, luego este rápido sobrevuelo de la jurisprudencia francesa reciente en materia de anulación de laudos, resulta claro que las jurisdicciones francesas no admitirán recursos infundados, dilatorios o de mala fe contra los laudos arbitrales. Sin embargo, y a pesar de la leyenda que circula al respecto, la posibilidad de anular laudos en Francia si existe y es muy real respecto de aquellas decisiones, que por estar gravemente viciadas en su origen, construcción o efectos, deban sufrir este remedio.

Esto en definitiva no es sino la otra cara de la misma moneda de un sistema que sabe muy bien proteger la libre voluntad de las partes, favorecer el arbitraje e impedir las indeseables interferencias de las jurisdicciones estatales, pero que al mismo tiempo no deja de reconocer las potenciales imperfecciones del arbitraje en tanto que actividad humana, y permite a sus usuarios dentro de la justa medida pactada, la posibilidad de restablecer los desequilibrios de los que hayan podido ser víctimas.

³⁴ C.A. Paris 20 de marzo de 2008.

³⁵ C.A. Paris de 28 de febrero de 2008, *Rev Arb* 2008.166.

³⁶ “*Mérial*” C.A. Paris 1°, de 9 de octubre de 2008.