

## El orden público en el arbitraje

Julio César RIVERA

SUMARIO: I. Elementos caracterizantes del arbitraje. II. El contrato como fuente del poder de los árbitros. III. El orden público como límite a la convención de arbitraje. IV. Arbitrajes en los que la materia está regulada por leyes de orden público. V. Cuestiones regidas por leyes de orden público: la defensa de la competencia; jurisprudencia comparada. VI. La elección de la ley aplicable al caso. VII. Límites a la elección de la ley: orden público, normas imperativas y normas de policía. VIII. El orden público como límite a la ejecución de un laudo extranjero.

### I. Elementos caracterizantes del arbitraje

El arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos cuyos elementos caracterizantes son, en nuestro criterio, los que siguen:

- Es un método adversarial de resolución de conflictos.
- Alternativo a los tribunales estatales.
- Al cual las partes se someten voluntariamente.
- Defiriendo la solución a un tercero.
- Tercero que no forma parte de ningún poder u órgano del Estado.
- Cuya decisión es, en principio, final y obligatoria,<sup>1</sup> lo que no excluye cierto control del Estado por vía de recursos irrenunciables.

<sup>1</sup> Conf. en lo sustancial: González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, p. 19.

— Y que para su ejecución —como para otras medidas que exijan coerción— requiere la intervención de tribunales estatales.<sup>2</sup>

## II. El contrato como fuente del poder de los árbitros

De los elementos expuestos debemos resaltar inicialmente, a los efectos de este trabajo, la voluntariedad.

El sometimiento voluntario es quizás la característica esencial; el arbitraje es de naturaleza esencialmente convencional<sup>3</sup> y está fundado en la libertad de las partes. Hemos recordado anteriormente<sup>4</sup> que la Constitución española de 1812 establecía, en su artículo 280: “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferendos por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes”, y en el discurso preliminar leído en las Cortes al presentar el proyecto de Constitución se justificó la solución diciendo: “El derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros está fundado en el incontrastable principio de la libertad natural”.<sup>5</sup> Es cierto que después estos preceptos desaparecieron, pero si las partes pueden someter la solu-

<sup>2</sup> Es preciso apuntar que en una de las obras de mayor difusión y producto de autores de gran versación, los elementos que se consideran unánimemente reconocidos por los tribunales y autores son dos: la tarea de los árbitros es resolver una disputa; la fuente de esta función jurisdiccional es el contrato; el poder de los árbitros para resolver el conflicto proviene de la intención común de las partes; entonces, el arbitraje comprende un elemento jurisdiccional y un elemento contractual: Fouchard, Philippe; Gaillard, Emmanuel y Goldman, B., en Gaillard, Emmanuel y Savage, John (eds.), *On international commercial arbitration*, Kluwer, Netherlands, 1999, núm. 11, p. 11.

<sup>3</sup> Ello rige también para los arbitrajes de inversión, pues, aunque no existe propiamente un contrato, el consentimiento del Estado para sujetarse al arbitraje ha sido anticipado al suscribir y ratificar el Tratado de Protección de Inversiones que legitima al inversor privado a promover unilateralmente el procedimiento: Fouchard, Gaillard y Goldman, en Gaillard y Savage, *On international commercial...*, cit., núm. 44, pp. 29/30.

<sup>4</sup> Rivera, Julio César, *Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje*, en *Revista Internacional de Arbitraje*, núm. 5, julio-diciembre, Bogotá.

<sup>5</sup> Citado por De Castro y Bravo, Federico, *El arbitraje y la nueva “lex mercatoria”*, en ADC 1979-619; en la misma orientación la Constitución francesa del 3-9-1791 declara derecho del ciudadano el de terminar definitivamente sus controversias a través del arbitraje.

ción de sus diferendos a la suerte,<sup>6</sup> cómo no podrán hacerlo a la decisión de un tercero.<sup>7</sup>

Como se decía en el siglo XIX con motivo de la ley española de 1855: “En esa libertad tan grande, tan ilimitada, consiste una de las principales garantías del individuo: elegir el juez que nos ha de juzgar es lo mismo que constituirnos a nosotros mismos como verdaderamente soberanos, pudiendo decir si somos condenados: esa condena es por boca nuestra, nadie sino nosotros la hemos dictado, toda vez que el que la pronuncia ha recibido de nosotros mismos la investidura”.<sup>8</sup>

La libertad de las partes para convenir la resolución de su disputa futura o actual por medio de un arbitraje comprende la de pactar la ley aplicable al fondo del asunto y la de estipular el procedimiento, sea por referencia a una ley nacional (que puede ser distinta de la ley del país sede del Tribunal Arbitral) o por adhesión a un reglamento arbitral.

De este modo el arbitraje es una institución que está anclada en la libertad contractual que en el derecho argentino tiene su expresión en la Constitución Nacional<sup>9</sup> y en el artículo 1197, Código Civil.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Artículo 2706, Cód. Civ.: “Habiendo empate y no prefiriendo los condóminos la decisión por la suerte o por árbitros, decidirá el juez sumariamente...”.

<sup>7</sup> Así lo dicen los votos de dos de los jueces de la Corte Suprema argentina en la causa “Meller Comunicaciones SA UTE c/Entel”, 5-11-2002, L. L. 2003-B-906.

<sup>8</sup> Nogués, *Tratado de Práctica Forense Novísima según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855*, Madrid, 1856, cit. por De Castro y Bravo, *El arbitraje... cit.*, p. 644.

<sup>9</sup> La libertad de contratar no figura entre los derechos enumerados en la Constitución Nacional, pero su reconocimiento constitucional debe reputarse implícito: Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. II, p. 444. La doctrina y la jurisprudencia lo han derivado de los derechos de trabajar, comerciar y ejercer toda industria lícita y como una expresión natural de la facultad de usar y disponer de la propiedad. Sagüés, por su parte, afirma que en rigor de verdad la libertad de contratación es consecuencia de cada uno de los derechos personales que enuncia la Constitución, de modo explícito o implícito, cuando trata sobre temas patrimoniales o, en general, transables (Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, II, N<sup>o</sup> 1054, p. 522).

<sup>10</sup> El artículo 1197, Cód. Civ., establece que “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Este artículo es una consagración del principio de autonomía de la voluntad (Bustamante Alsina, Jorge, “La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria del contrato y el principio de la buena fe”, en *Contratos. Homenaje a Marcos Aurelio Risolía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 35), conforme al cual, siendo el hombre libre por naturaleza, no puede obligarse más que por su propia voluntad, y de ello resulta que es la voluntad la que crea

En otras palabras, la fuente del poder de los árbitros es el contrato,<sup>11</sup> por el cual las partes someten un conflicto existente o que pueda surgir en el futuro a la decisión de árbitros. De modo que es en el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad que las partes sujetan su controversia al arbitraje y ésta es la fuente del poder de los árbitros para resolver la controversia.

Nuestra Corte, muy adecuadamente ha reconocido el origen contractual del arbitraje, en muchísimas oportunidades. Así, ha precisado bien que tratándose de la función arbitral, la justificación de dirimir un conflicto debe encontrarse en una doble convención: entre las partes, por un lado, y entre el árbitro y las partes, por otro.<sup>12</sup>

### III. El orden público como límite a la convención de arbitraje

La convención de arbitraje encuentra un límite en la materia que puede ser sometida al arbitraje.

los efectos del contrato y determina su contenido. En otras palabras, es la libre voluntad del sujeto la que determina si quiere contratar o no, la elección del cocontratante y el contenido del contrato. La voluntad del sujeto establece la medida o extensión de las obligaciones que él asume (Stiglitz, Rubén S., *Contratos. Teoría general*, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 516). Esos efectos jurídicos sólo existen porque ellos han sido queridos por las partes. El principio de la autonomía de la voluntad sirve para explicar y justificar la fuerza obligatoria del contrato. Una derivación natural del principio de la autonomía de la voluntad es la libertad de conclusión o libertad de contratar. Conf. Aparicio, Juan M., *Contratos. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 89; López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, Zavalía, Buenos Aires, 1975, p. 80; Stiglitz, *Contratos... cit.*, p. 519.

<sup>11</sup> Ese contrato tiene por uno de sus efectos principales desplazar la jurisdicción judicial; al respecto la Corte Suprema argentina ha resuelto que “La garantía de los jueces naturales y el principio según el cual la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante un tribunal de justicia, no es óbice a la jurisdicción arbitral con fundamento convencional”: CSJN, 6 de noviembre de 1963, “Banco Sirio Libanés del Río de la Plata”, *Fallos*: 257:105, con cita al pie de antecedentes en *Fallos*: 250:61, 87 y 408. La posibilidad de pactar el arbitraje tiene fundamento en el artículo 1197 del Código Civil, con su cita explícita: CNCiv., sala J, 27-4-2004, “Bollini, Carlos A. c/Dunar Interiores SRL y otro”, E. D. 208-42.

<sup>12</sup> CSJN, 11-11-97, “Yacimientos Carboníferos Fiscales s/Tribunal arbitral”, *Fallos*: 320:2379; también reconociendo el origen convencional: CSJN, 31-5-99, “J. C. Roca c/Consultara SA”, *Fallos*: 322:1100.

En el derecho argentino ello se regula en las leyes procesales locales que por regla general establecen que no pueden ser sometidas a arbitraje las cuestiones que no pueden ser materia de transacción. Así, conforme al artículo 736, CPCCN, toda cuestión entre partes podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera que fuere el estado de éste, con excepción de las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción, que no podrán comprometerse en árbitros (artículo 737, CPCCN).

La excepción remite al Código Civil que dedica los artículos 842 a 849 para tratar “el objeto de las transacciones”.

La regla general es que “se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen subordinados a una condición” (artículo 849).

Excepcionan esta regla:

- Las cuestiones sobre validez o nulidad de matrimonio, salvo que sean en favor de la validez.
- Las herencias futuras.
- Las cuestiones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, sobre el propio estado de familia, sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural o legítima.

Estos casos no presentan mayores dificultades interpretativas, pues claramente en el derecho argentino no son eficaces los pactos sobre herencia futura, y es razonable la exclusión del arbitraje en materia de estado civil y familia, pues en general podría sostenerse la vigencia del orden público indisponible para las partes.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Pero el artículo 846 autoriza la transacción sobre intereses puramente pecuniarios anexos al estado de familia, siempre que este mismo no se halle afectado. En cuanto a los alimentos, el artículo 374, Cód. Civ., dispone que “La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada... ni ser objeto de transacción...”, por lo que la doctrina considera que no se admite la transacción sobre el derecho de alimentos instituido por la ley a favor de los parientes próximos; pero sólo se refiere a los alimentos futuros, por lo que nada impide transigir sobre los alimentos ya devengados ni sobre el crédito alimentario en sí mismo: modo de cumplimiento, tiempo de ejecución, garantías, etcétera (conf. Llambías, Jorge J., *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, t. II-A, comentario a los artículos 842 a 849, N° 8, p. 831).

Además, el artículo 844 del Código Civil dispone que no pueden ser objeto de las transacciones las cosas que están fuera del comercio “y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención”. En principio, esta norma es redundante, pues es obvio que, siendo la transacción misma un contrato, su objeto debe ser conforme a las reglas sobre objeto de los contratos.<sup>14</sup> Por otra parte, las reglas sobre objeto de los contratos poco agregan, pues el artículo 1167, Código Civil, que trata el punto, remite al objeto de los actos jurídicos, sobre el cual se expide el artículo 953, exigiendo que éste recaiga sobre cosas que están en el comercio o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen a un tercero.

#### IV. Arbitrajes en los que la materia está regulada por leyes de orden público

En la práctica se ha planteado si puede ser materia de arbitraje una cuestión regulada por una normativa de orden público; y ello con especial referencia a la legislación de emergencia dictada a partir de enero de 2002 con motivo de la crisis sistémica que afectó al país.

En un laudo arbitral parcial, dictado bajo reglas ICC, sostuve en mi voto que:

...el hecho de que la norma sea de orden público no habilita la defensa de incompetencia, pues ello no impide que las partes puedan transar o renunciar a los derechos patrimoniales que emergen de dicha legislación. Tan es así que la accionante hubiera podido sin dudas renunciar a los derechos patrimoniales que, según su juicio, emanan de la legislación de emergencia, sin que ello viole el orden público (de la misma forma que un deudor cuyo crédito fue pesificado por el dec. 214/2002 puede pagar el monto original del crédito en dólares o agregar el Coeficiente de Estabilización de Referencia, si así lo desea). En síntesis, la cuestión debatida en autos es puramente patrimonial y puede ser objeto de transacción. Lo dicho tiene fundamento en el artículo 19, Código Civil, en tanto éste dispone que la renuncia gene-

<sup>14</sup> Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 598.

ral de las leyes no produce efecto alguno, pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia. Esto ha sido interpretado en el sentido de que la ley autoriza la renuncia de derechos, en particular, cuando las ventajas se proporcionan mirando al solo interés del sujeto. De donde, no puede renunciarse a aquellos derechos que han sido conferidos, no para la satisfacción del interés individual del titular, sino en orden a la función que éste debe cumplir, por ejemplo como padre o madre (conf. Llambías, Jorge J., *Tratado, Parte general*, 9a. ed., N<sup>o</sup> 198, p. 165). De lo que resulta que el hecho de que la legislación de emergencia sea de orden público no impide —en el caso— calificar de patrimonial a la controversia privada entre las partes, y, por lo tanto, no excluye que sea una materia transable y como tal susceptible de ser sometida a arbitraje. Es más, la misma legislación de emergencia incentiva a las partes, cuyos contratos habían sido alcanzados por ella, a resolver las cuestiones por vía de la negociación directa (ley 25.561, artículo 11, inciso 2<sup>o</sup>). Esto desarticula la argumentación de la demandada, pues aun cuando el contrato entre [...] y [...] tuviera matices particulares o quizás no esté comprendido en “las obligaciones originadas en los contratos entre particulares no vinculadas al sistema financiero” (Cap. 3, ley 25.561), lo cierto es que las normas pesificadoras de la ley 25.561 aplicables a esas obligaciones “entre particulares” también son de orden público y sin embargo no excluyen la composición privada de los intereses de los afectados... También señalo que la argumentación de la demandada, en definitiva, pretende sostener la incompetencia del Tribunal Arbitral en la imposibilidad de someter a arbitraje la cuestión por estar ella regida por normas de orden público. Esto implica caer en una confusión entre la aplicación por el árbitro de normas de orden público y la imposibilidad de someter a arbitraje el litigio que debe resolverse por normas de orden público. El tema no es novedoso en el ámbito en que se desarrolla este arbitraje, y ha sido materia de análisis doctrinario y de varios laudos dictados en arbitrajes según el Reglamento de Arbitraje de la CCI, lo cual fue disipando, paso a paso, tal confusión. De modo de concluir que el hecho de que una cuestión entre partes esté sometida a reglas de orden público —como las normas sobre concurrencia del Tratado de Roma— no excluye el arbitraje, aunque constriñe al árbitro a aplicar tales normas de orden público (ver el comentario de Yves Derains al laudo rendido en el asunto 4604/1985, en Jarvin-Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985*, Kluwer, 1990, p. 550).

Por lo tanto, es nuestra conclusión que el solo hecho de que la materia sometida a arbitraje esté regulada por una normativa de orden público no excluye su arbitrabilidad,<sup>15</sup> en la medida en que los derechos involucrados sean disponibles para las partes,<sup>16</sup> para estar excluida debería caer dentro de algunas de las prohibiciones expresamente establecidas en la ley.

Éste es el sentido con que debe entenderse la afirmación demasiado genérica que rechaza la arbitrabilidad de las cuestiones o materias de orden público o donde se halla comprometido el orden público.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> En contra: C1ªCCom. de San Isidro, sala 2ª, 3-4-2005, L. L. B. A. 2005-521. El tribunal judicial resolvió que no era aplicable la cláusula compromisoria prevista en un contrato si lo que se discutía eran las consecuencias de la legislación de emergencia. Para fundar su resolución dijo que “el inusitado cataclismo económico sucedido con posterioridad a la celebración del contrato no permite considerar que haya sido voluntad de los contratantes dejar librado al juicio de árbitros, y enmarcada en la cláusula compromisoria, la interpretación de las leyes y normas de la emergencia dictadas en consecuencia, que ha convulsionado profundamente el esquema económico del contrato”. La sentencia peca de dogmática; no se advierte por qué interpretar la cláusula arbitral de modo que excluya hechos posteriores a la celebración del contrato y que, en definitiva, afectan las obligaciones nacidas de él. Ha sido criticada por la doctrina: ver Dioguardi, Juana, *Volver a los principios que sustentan el arbitraje*, en L. L. B. A. 2005-792; en la misma orientación: CCCom. de San Isidro, sala 2ª, 23-12-2004, “Peyras, Hernán c/Nordelta Constructora SA”, L. L. 2005-1216, con nota de Roberto Loustana; en el caso se dijo que no es posible interpretar que las partes hayan dejado librado al juicio de árbitros la interpretación de normas dictadas con posterioridad a la celebración del contrato, lo que constituye un disparate; de lo que se trata es de determinar cómo las nuevas normas inciden sobre el contrato en el cual se había incluido el convenio arbitral. De sostenerse la peregrina tesis del tribunal de la Provincia de Buenos Aires, el convenio arbitral caducaría cada vez que se sancionase una norma —posterior a la celebración del contrato— que pudiera tener incidencia sobre él. El mismo tribunal en sentencia del 4-3-2005, “Regueiro, Jorge L. c/Nordelta Constructora SA”, J. A. 2005-II-45.

<sup>16</sup> Conf. Caivano, Roque J., “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, Nº 2, p. 107, en particular Nº 3.2, p. 127.

<sup>17</sup> Caivano, *Planteos de inconstitucionalidad... cit.*, p. 133; CSJN, 16-8-37, “Cía. Ítalo Argentina de Electricidad c/La Nación s/Constitución de Tribunal Arbitral”, *Fallos*: 178:293, aunque en esta sentencia la Corte justamente sienta la doctrina que surge del texto, pues si bien afirma que no es arbitrable la materia que compromete el orden público, encontró que en el caso —en que se ventilaba el precio de la energía suministrada por una empresa del Estado al puerto de Buenos Aires— no se hallaba comprometido el poder público ni atributo alguno de la soberanía, y que el artículo 100, Const. Nac. (hoy 106) no excluye la jurisdicción arbitral para aquellos en que proceda como persona jurídica privada.

Y ello aparece confirmado por la misma jurisprudencia de la Corte Suprema, la que sobre la materia ha expresado:

...la libertad para contratar la solución arbitral en caso de diferencias tiene, sin embargo, un límite, y es el de que no pueden serle sometidas las cuestiones que afectan el orden público o social, como son las que se refieren, por ejemplo, al estado civil de las personas...

Cuando una de las partes es el Estado, tampoco pueden ser sometidas al fallo de árbitros, con prescindencia de los jueces, las cuestiones que lo afectan como poder público o las atribuciones de la soberanía.<sup>18</sup>

## V. Cuestiones regidas por leyes de orden público: la defensa de la competencia; jurisprudencia comparada

En el derecho comparado las soluciones no son diferentes.

Así, se ha planteado si es arbitrable la disputa sobre la eficacia de un contrato en función de la posible violación de leyes *antitrust*, que constituyen materia indisponible para las partes. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha aceptado la arbitrabilidad de las cuestiones causadas en la aplicación de la *Sherman Act*.<sup>19</sup>

También la jurisprudencia francesa viene sosteniendo que en materia de derecho de la competencia pueden actuar los árbitros, desde que la arbitrabilidad del litigio no está excluida por el solo hecho de que sea aplicable una reglamentación de orden público; los árbitros pueden extraer consecuencias civiles de un comportamiento juzgado ilícito con relación a reglas de orden público, pudiendo ser directamente aplicables a las relaciones de las partes.<sup>20</sup>

En la misma orientación, la jurisprudencia italiana ha calificado esto como un ensanchamiento del campo de la arbitrabilidad.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> CSJN, 16-8-37, "Cía. Ítalo Argentina de Electricidad c/La Nación", *Fallos*: 178:293.

<sup>19</sup> Sentencia dictada en el caso "Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth (1985)", *Revue de l'Arbitrage* 1986-273, con nota de J. Robert.

<sup>20</sup> Cour d'Appel Paris, 12 de septiembre de 2002, "Macron (ép. Cougoulat) et SARL International Display Design (IDD) vs. Société des Cartonages de Pamfou (SCAP)", *Revue de l'Arbitrage* 2003-173, con nota de Marie-Emma Boursier.

<sup>21</sup> Radicati di Brozolo, Luca, *L'illicéité —qui crève les yeux—: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre publique international (a propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'Appel*

Ello sin perjuicio de que existe un importante debate acerca de cómo los árbitros deben enfrentar la aplicación de las normas de orden público y cuál es la extensión del control judicial sobre cómo efectivamente los árbitros han ponderado y aplicado tales normas, punto que tratamos más adelante.

## VI. La elección de la ley aplicable al caso

Un principio esencial en el derecho del comercio internacional es el de la autonomía de las partes para elegir la ley por la cual se ha de regir el contrato internacional.

Se apunta por los autores especializados en derecho internacional privado que la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos —comprendiendo en ello a las fuentes nacionales e internacionales— acepta expresamente el principio de autonomía de voluntad, normando en forma subsidiaria sólo para el supuesto de falta de elección del derecho aplicable.<sup>22</sup>

Es conveniente aclarar que la potestad de elegir el derecho aplicable importa la de seleccionar un ordenamiento no estatal, como la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho comercial internacional o los Principios Unidroit.

En el derecho argentino las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato internacional;<sup>23</sup> en esta orientación se ha dicho que éste puede regirse por el derecho objetivamente aplicable, por el elegido por las partes, por el creado por ellas en ejercicio de su voluntad y libertad contractual, o por el integrado por las partes mediante la incorporación de cláusulas específicas y la elección de la ley aplicable, la que obviamente será suple-

*de Paris*), en *Revue de l'Arbitrage* 2005-529, citando: Cour d'Appel Paris, 19-5-93, "Labin", *Revue de l'Arbitrage* 1993-645; y Milán, 13 de septiembre de 2002.

<sup>22</sup> Weinberg, Inés M., *Derecho internacional privado*, 3a. ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 255.

<sup>23</sup> Conf. CNCom., sala E, 20 de octubre de 1981, "Banco de Río Negro y Neuquén c/Independencia Transportes Internacionales", E. D. 97-604; Malbrán, Manuel E., *Autonomía contractual y ley subsidiaria en el derecho argentino*, en E. D. 98-865; no hay posibilidad de elegir una ley extranjera en el caso del contrato absolutamente interno: Boggiano, Antonio, *Curso de derecho internacional privado*, 4a. ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 658 y ss.

toria para todo aquello que no haya sido específicamente acordado ni previsto.<sup>24</sup>

Tal atribución de las partes tiene fundamento en el artículo 1197 del Código Civil argentino, que dispone que los contratos obligan a las partes como la ley misma, consagrando así la libertad contractual que comprende la libertad de configurar el contrato, dentro de lo cual se inserta la determinación de la ley aplicable.

Sobre el punto enseña Goldschmidt que la aceptación de la autonomía interna lleva implícita la aceptación de la autonomía conflictual.<sup>25</sup> El Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la comisión designada por decreto 468/1992 preveía expresamente: “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes” (artículo 947).<sup>26</sup>

En los contratos internacionales, la autonomía material de las partes al incorporar las normas que rigen el negocio no sólo tiene virtualidad derogatoria de las normas dispositivas y coactivas del derecho legal del juez (*lex fori*), sino incluso de las normas coactivas del derecho estatal que resultarían aplicables de funcionar las normas de conflicto del derecho internacional privado argentino.<sup>27</sup>

## VII. Límites a la elección de la ley: orden público, normas imperativas y normas de policía

### 1. Algunas “imprecisiones” terminológicas

La aplicación por los jueces y árbitros de las normas imperativas y de las denominadas normas de policía es un tema sumamente complejo; complejidad a la que, de manera decisiva, contribuyen las confusiones terminológicas.

<sup>24</sup> CNCom., sala B, 7-8-2007, “Standard Bank London Ltd. c/Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland”, J. A. del 23 de enero de 2008.

<sup>25</sup> Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado*, 8a. ed., Depalma, Buenos Aires, 1992, N° 179.a), p. 191.

<sup>26</sup> *Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la comisión designada por dec. 468/1992*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

<sup>27</sup> CNCom., sala B, 7-8-2007, “Standard Bank London Ltd. c/Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland”, J. A. del 23 de enero de 2008.

En primer lugar, porque deberían distinguirse adecuadamente las normas imperativas de las normas de policía, también llamadas de aplicación inmediata, normas rígidas, normas perentorias, etcétera.<sup>28</sup>

El criterio de distinción propiciado por Boggiano es que la expresión “norma de policía” se aplica a casos internacionales típicos; “norma coactiva o imperativa” se aplica a casos internos.

En esta orientación, la norma de policía presenta la estructura de una norma de conflicto unilateral inderogable, que remite al derecho propio exclusiva e inflexiblemente, no habiendo lugar para el derecho extranjero ni para la autonomía de las partes.<sup>29</sup> Sus ámbitos son la protección de la competencia, la tutela de la parte más débil del contrato, ciertas normas de policía económica como las reglas aduaneras o de control de cambios.

## 2. Aplicación por los jueces de reglas imperativas

Es en general aceptado que los jueces deben aplicar las reglas imperativas del foro, las normas imperativas de la ley elegida por las partes en tanto no sean contrarias al orden público internacional, y —en principio— también deberían tener en cuenta las normas imperativas de otros derechos que tengan un contacto próximo con la disputa.

Así quedó plasmado en el artículo 7º, Convención de Roma de 1980, en tanto establece:

1. Al aplicar, en virtud del presente convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivaran de su aplicación o de su inaplicación.

2. Las disposiciones del presente convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Boggiano, *Curso... cit.*, pp. 277 y 278, hace una larga enumeración de denominaciones que se utilizan para identificar esta categoría de normas.

<sup>29</sup> Boggiano, *Curso... cit.*, p. 278.

<sup>30</sup> Debe tenerse en cuenta que Alemania, Luxemburgo y el Reino Unido han hecho

### 3. Los árbitros y las leyes imperativas

La cuestión tiene matices cuando los que deben resolver son árbitros.

Por empezar, éstos no tienen foro, con lo cual para ellos todas las leyes imperativas, aun las del país sede, son *foreign mandatory rules*, pero los árbitros deben aplicar las normas imperativas de la ley que las partes han elegido (la *lex contractus*), con la sola exigencia de que ellas no contraríen el orden público internacional; así, ejemplifica la doctrina, los árbitros no estarían obligados a aplicar una norma del país cuya ley rige el contrato que estableciera un boicot contra otro país fundado en razones de animosidad religiosa o racial;<sup>31</sup> en otras palabras, el árbitro estaría obligado a aplicar las reglas de orden público estatal,<sup>32</sup> además de las que pueden calificarse de orden público transnacional.

reserva excluyendo la aplicación de las reglas imperativas extranjeras. Entre nosotros, el proyecto de reformas al Código Civil elaborado por la comisión designada por dec. 468/1992 proponía en el artículo 8º:

“El ejercicio de la autonomía privada y el funcionamiento de las normas de conflicto quedan excluidos por las normas locales internacionalmente imperativas. Las disposiciones internacionalmente imperativas pertenecientes a un derecho extranjero pueden ser tomadas en consideración si la relación presenta una relación estrecha con aquel derecho. A tales efectos se tendrá en cuenta la finalidad de tal disposición, las consecuencias que se derivarían de su aplicación, su compatibilidad con los principios de la legislación argentina y la razonable previsión de las partes”.

La nota a ese artículo cita como fuentes al artículo 7º, Convención de Roma de 1980, a la Ley suiza de Derecho Internacional Privado (artículos 18 y 19) y al Código Civil de Québec. Y explicaba:

“La propuesta distingue —tal como es generalmente aceptado en doctrina, en las legislaciones extranjeras y convenciones de la última década— las normas internacionalmente imperativas locales (llamadas también normas de policía, normas de aplicación inmediata, etc.), que en razón de su objetivo particular deben ser aplicadas por voluntad del legislador cualquiera sea el derecho que normalmente rijan la relación de que se trate, y cuya presencia excluye *a priori* toda otra solución, de las normas internacionalmente imperativas pertenecientes a un derecho extranjero, estrechamente conectado con el caso, cuya aplicación se considera facultativa para el juez”.

<sup>31</sup> Fouchard, Gaillard y Goldman, en Gaillard y Savage, *On international commercial... cit.*, N° 1517, p. 848.

<sup>32</sup> Racine, Jean Baptiste, *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international*, en *Revue de l'Arbitrage*, 2005, N° 24, p. 323 y conclusiones en el N° 27, p. 326.

#### 4. Aplicación de normas de policía de sistema legal distinto a la “*lex contractus*”

El problema que provoca un profundo debate académico es si deben o no aplicar las normas de policía de un sistema legal<sup>33</sup> distinto del elegido por las partes, pero que tiene una conexión objetiva y próxima con el caso, y en concreto, cómo determinar cuáles son esas normas y el método con el cual decidir si corresponde o no aplicarlas.

La cuestión tiene relevancia porque se vincula —entre otras— con la arbitrabilidad de conflictos causados en contratos que pueden instrumentar actos de corrupción y que pueden ser válidos conforme a la *lex contractus*, pero ilícitos conforme a otra ley que tiene una conexión próxima con el contrato o con principios universalmente aceptados, como la condena del tráfico de drogas, del *apartheid* o de las conductas monopólicas.

La cuestión —como se verá— tiene una innegable importancia cuando se trata del control que ejercen los jueces llamados a intervenir en un recurso de nulidad o en la ejecución de un laudo extranjero.

Conforme a una visión, los tribunales arbitrales deberían aplicar las reglas imperativas provenientes de un sistema legal, aunque sea extraño a la *lex contractus*. Se ejemplifica con las reglas europeas sobre competencia.<sup>34</sup> Sin embargo, ello no parece ser la tesis que goza de general aceptación, y por ello se distingue entre las reglas imperativas de un sistema legal y aquellas que reflejan una *international public policy* (orden público internacional).<sup>35</sup>

Podría entonces concluirse que los árbitros están obligados a aplicar las normas que reflejan una *international public policy*, aunque sean ajenas a la

<sup>33</sup> Se usa sistema legal y no ley, porque las normas de policía pueden provenir de un Estado o de tratados o convenciones supranacionales. Así, los casos que más frecuentemente se han planteado en la realidad son relativos a la aplicación de reglas *europeas anti-trust*; y podría darse con las convenciones internacionales sobre tráfico de drogas, corrupción, etcétera.

<sup>34</sup> Racine, *Réflexions... cit.*, N<sup>o</sup> 24, p. 323 y conclusiones en el N<sup>o</sup> 27, p. 326.

<sup>35</sup> Como en muchos otros casos las confusiones son más terminológicas que de otra naturaleza; Fouchard, Gaillard y Goldman señalan que corrupción, contrabando, violación de embargos y afectación de leyes *anti-trust* son mostrados como casos de reglas imperativas y de orden público internacional; Fouchard, Gaillard y Goldman, en Gaillard y Savage, *On international commercial... cit.*, N<sup>o</sup> 1521 y 1522, p. 851.

*lex contractus*, pues, de otro modo, podría frustrarse el reconocimiento y ejecución del laudo.<sup>36</sup> En esta orientación, el International Law Institute en la resolución de Santiago de Compostela estableció: “en ningún caso el árbitro debe violar principios de orden público (*international public policy*) que tengan un amplio consenso en la comunidad internacional”.

En cambio, no tiene mayor respaldo la idea de que los árbitros tienen que aplicar simplemente una ley imperativa de otro país distinto al de la *lex contractus*, aunque tenga una conexión próxima con el contrato.

Así, la jurisprudencia arbitral muestra muchos casos en los cuales los árbitros han rechazado la aplicación de normas aduaneras o que prohíben la actuación de intermediarios, aunque fueran imperativas en los países en los cuales el contrato se cumplía.<sup>37</sup>

Esta distinción también se advierte en la saga del caso “Hilmarton”. Se trataba de un arbitraje localizado en Suiza que versaba sobre un contrato sujeto a la ley suiza que prometía el pago de cierta remuneración por actividades de intermediación para conseguir contratos de obra pública en Argelia. El árbitro único consideró que el contrato violaba la prohibición de la intermediación dispuesta por la ley argelina y que ello también era contrario a la regla moral prevista en el artículo 20.1, Código Suizo de las Obligaciones; pero el tribunal judicial suizo anuló el laudo por arbitrario, por considerar que el Código Civil helvético no prohibía la intermediación. Se apunta que si el laudo hubiese rechazado la demanda en razón de que él instrumentaba un acto de corrupción, probablemente no hubiera sido anulado, ya que su condena es virtualmente universal y por ello corresponde a una *international public policy*.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Fouchard, Gaillard y Goldman, en Gaillard y Savage, *On international commercial... cit.*, N° 1533, p. 861; argumentan los autores sobre la base del artículo V.2.b), Convención de Nueva York, que autoriza a rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo cuando ello sea contrario al orden público del país en que se pretende tal reconocimiento o ejecución.

<sup>37</sup> Fouchard, Gaillard y Goldman, en Gaillard y Savage, *On international commercial... cit.*, N° 1526 y 1527, a partir de p. 856; aunque también señalan algunos casos en que los tribunales arbitrales aplicaron normas imperativas provenientes de un sistema legal extraño a la *lex contractus*.

<sup>38</sup> Fouchard, Gaillard y Goldman, en Gaillard y Savage, *On international commercial... cit.*, N° 1523, p. 854.

### 5. La cuestión del alcance del control por el juez estatal

Una adecuada apreciación del tema conduce a concluir que el debate no gira tanto en si el árbitro debe o no aplicar las normas imperativas de un sistema extraño o las normas que reflejan una *international public policy*, sino en cuál es el alcance del control que el juez estatal tendrá sobre cómo esas normas han sido aplicadas; control que se ejerce por el juez que entiende en un recurso de anulación y por el juez que entiende en el *exequatur*.

La tesis denominada maximalista considera que los jueces de control —esto es, los que intervienen en un recurso de anulación o en el *exequatur* de un laudo extranjero— deben hacer un control efectivo y concreto de la conformidad de la solución adoptada por el tribunal arbitral con el orden público,<sup>39</sup> y afirman que exigir que la violación del orden público sea flagrante es lisa y llanamente renunciar al control,<sup>40</sup> sin que de ello se siga beneficio para el arbitraje pues éste reposa sobre la confianza de que los árbitros habrán de respetar el orden público internacional.<sup>41</sup> Si bien no es la tesis de la jurisprudencia francesa actual, goza del apoyo de autores de gran prestigio.<sup>42</sup>

Pero, como decíamos, es la denominada tesis minimalista, que aparece consagrada por la jurisprudencia francesa. En este sentido es paradigmático el caso “Thalès”,<sup>43</sup> en el que se ha establecido que el juez estatal debe comprobar que los árbitros han tenido conciencia de la existencia de las normas de orden público y las han aplicado al caso.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> V. Delanoy, Louis Christophe, *Le controle de l'ordre public au fond par le juge de l'anulation: trois constats, trois propositions*, en *Revue de l'Arbitrage* 2007-177.

<sup>40</sup> Gaillard, Emmanuel, *La jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d'arbitrage international*, en *Revue de l'Arbitrage* 2007-697, en particular N<sup>o</sup> 21, p. 714.

<sup>41</sup> Gaillard, *op. cit.* en nota precedente.

<sup>42</sup> Racine, Seraglini, Bollée, Loquin, Mayer, Gaillard; v. Delanoy, *op. cit.*, nota 7.

<sup>43</sup> Cour d'Appel Paris, 18-11-2004, “Société Thalès Defence vs. GIE Euromissile et EADS”, J. C. P. 2005-II-10.038, con nota de Chabot.

<sup>44</sup> La expresión proviene de Radicati Di Brozolo, *L'illicéité... cit.*, N<sup>o</sup> 17, p. 545, quien la toma de la sentencia de la Corte de los Estados Unidos en la causa “Mitsubishi”, en la cual el máximo tribunal estadounidense dijo que era suficiente que el juez de control compruebe que el Tribunal Arbitral tomó conocimiento de los reclamos basados en la Ley de Policía y decidió efectivamente sobre ellos, lo que no requeriría una *intrusive inquiry* contraria al principio de que la revisión sustancial sobre el laudo es mínima.

Pero el juez estatal de control debe comprobar estos extremos, sin entrar a juzgar —como si fuera el juez de una apelación— cómo se aplicó, esto es, si la norma de policía o de orden público fue *correctamente* interpretada y aplicada al caso por el Tribunal Arbitral.<sup>45</sup>

Por lo que la anulación o el rechazo del *exequatur* fundado en la excepción de orden público que la Convención de Nueva York autoriza a invocar de oficio sólo procederían cuando el razonamiento de los árbitros sobre la aplicabilidad de la ley o su aplicación concreta es manifiesto y gravemente errado, y de ello deviene un resultado evidentemente inaceptable desde el punto de vista de las concepciones fundamentales del foro.<sup>46</sup> O, como se sintetiza, el laudo sólo sería anulable (o no ejecutable bajo las reglas de la Convención de Nueva York) si se comprobase una violación flagrante, efectiva y concreta del orden público internacional,<sup>47</sup> que afectase el interés general.<sup>48</sup>

Este enfoque se considera más apropiado a la creciente extensión de la frontera de la arbitrabilidad objetiva y, como dijimos, parece tener una mayor aceptación en la jurisprudencia judicial, mientras que la tesis maximalista, que sostienen Racine y algunos otros, ha quedado limitada al ámbito doctrinal, y las pocas aplicaciones judiciales que ha tenido se justifican en circunstancias particulares del caso.<sup>49</sup>

Cabe puntualizar que la doctrina del caso “Thalès” aparece ratificada —y quizás profundizada— en el pronunciamiento dictado por la misma Cour d’Appel de Paris en la causa “SNF”. En ella también se pretendía el

<sup>45</sup> Radicati Di Brozolo, *L’illicéité... cit.*, Nº 6, p. 536; justamente este autor cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Haya, 24-3-2005, inédita, en la que el tribunal judicial se comportó como si estuviera analizando una apelación, pues nunca se detuvo en la cuestión del alcance de su control, limitándose a una referencia a la sentencia del caso “Eco Swiss” al sostener que las reglas de derecho de la competencia son de orden público.

<sup>46</sup> Radicati di Brozolo, *L’illicéité... cit.*, Nº 18, pp. 546-547.

<sup>47</sup> Cour d’Appel Paris, 18-11-2004, “Thalès vs. GIE Euromissile”, *Revue de l’Arbitrage* 2005-751; *idem*, 23 de marzo de 2006, “SNF vs. Cytec”, *Revue de l’Arbitrage* 2007-100, con nota de S. Bollée; Cour de Cassation, 21 de marzo de 2000, “André Verhoeft vs. Moreau”, *Revue de l’Arbitrage* 2001-804.

<sup>48</sup> Mourre, Alexis y Radicati di Brozolo, Luca, nota a Tribunal de 1<sup>ère</sup> Instance Bruxelles, 8 de marzo de 2007, “SNF vs. Cytec”, *Revue de l’Arbitrage* 2007-303, en particular Nº 12, p. 326.

<sup>49</sup> Derains, Yves, “Chronique de jurisprudence française”, *Revue de l’Arbitrage* 2001-805.

rechazo del *exequatur* por no haber aplicado el Tribunal Arbitral el derecho europeo de la Competencia. Dijo allí la Corte parisina que el tribunal judicial es juez del laudo y no del proceso, por lo que no ejerce más que un control extrínseco; por lo que rechazó la argumentación de la actora afirmando que ella no había provisto la prueba de una violación flagrante, efectiva y concreta del orden público internacional.<sup>50</sup>

La jurisprudencia de “Thalès” y “SNF” está fundada básicamente en que el control judicial no debe extenderse a lo resuelto por los árbitros, sino que ese control es básicamente extrínseco y no va al fondo de lo decidido. Sin embargo este fundamento es severamente cuestionado por varios autores, que lo encuentran decididamente débil,<sup>51</sup> y para demostrar lo complejo de esta cuestión bastaría con señalar que un tribunal belga anuló el mismo laudo, afirmando que “el control del respeto de las disposiciones de orden público supone que la motivación de la sentencia sea examinada, en los hechos y el derecho, no solamente desde un punto de vista formal sino también desde el punto de vista del contenido”;<sup>52</sup> por lo que examinó cómo el Tribunal Arbitral había aplicado los artículos 81 y 82, Tratado CE, y concluyó que en cierto aspecto la argumentación de los árbitros era contradictoria y con ello había aplicado mal el derecho comunitario y, como tal, el laudo resultaba contrario al orden público internacional y debía ser anulado; lo que así se resolvió.<sup>53</sup>

De modo, pues, que ésta es una cuestión abierta.

### VIII. El orden público como límite a la ejecución de un laudo extranjero

El propósito de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras —ratificada

<sup>50</sup> Cour d'Appel Paris, 23 de marzo de 2006, “SNF SAS vs. Cyttec Industries BV”, *Revue de l'Arbitrage* 2007-100.

<sup>51</sup> En esta orientación Delanoy, *op. cit.*; Bollée, Sylvain, “Chronique de jurisprudence française”, en *Revue de l'Arbitrage* 2007-97.

<sup>52</sup> Tribunal de Première Instance de Bruxelles, 8 de marzo de 2007, “SNF SAS vs. Cyttec Industries BV”, *Revue de l'Arbitrage* 2007-303, con nota de Alexis Mourre y Luca Radicati di Brozolo.

<sup>53</sup> Cabe tener en cuenta que conforme al artículo 1704.2 del Code Judiciaire belga, toda violación del orden público es sancionada con la nulidad y no sólo aquellas efectivas, concretas y flagrantes, y así lo puso de relieve el tribunal que anuló el laudo.

por la República Argentina y casi 140 países más— ha sido el establecimiento de reglas transnacionales que favorezcan la libre circulación de sentencias arbitrales y el establecimiento de otras medidas que puedan acrecentar la eficacia del arbitraje, respetando la realidad y la tradición jurídica de los Estados.<sup>54</sup>

Para esto parte de una premisa fundamental, cual es la presunción de legalidad del arbitraje y la de veracidad del laudo arbitral, circunstancias ambas que conducen a que sea aquel que pretende impedir el reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral quien deba invocar y probar algunas de las razones que autorizan al juez del *exequatur* a denegar el reconocimiento o ejecución; sin perjuicio de que, como veremos, existen también algunas cuestiones que pueden ser levantadas de oficio por el juez.<sup>55</sup>

Pero, en verdad, la Convención va más allá, pues ella consagra el principio de la autonomía del acuerdo arbitral, define la eficacia del acuerdo arbitral y, en particular, lo que se ha denominado su efecto negativo, reconoce la autonomía de la voluntad privada en la conformación del Tribunal Arbitral y en la elección del procedimiento, y reconoce el arbitraje institucional.

Sin embargo, es preciso alertar que la Convención no pretende establecer un régimen uniforme o único de ejecución internacional de sentencias arbitrales.<sup>56</sup> La Convención se limita a establecer un “piso”: los Estados contratantes no pueden establecer exigencias mayores que las previstas por la Convención, pero sí pueden disponer mecanismos más favorables que la Convención y en ese caso éstos serán los aplicables al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. De modo que los países cuyas leyes internas u otros tratados o convenciones internacionales prevean un sistema menos gravoso ejecutarán las sentencias arbitrales conforme a estos otros ordenamientos, aunque sean signatarios de la Convención de Nueva York.

<sup>54</sup> Así lo expresa el Acta Final de la Conferencia de la ONU sobre Arbitraje Comercial Internacional que aprobó la Convención.

<sup>55</sup> Chillón Medina, José M. y Merino Merchan, José F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2a. ed., Civitas, Madrid, 1991, N° 1685, pp. 1019-1020.

<sup>56</sup> Conf. Paulsson, Jan, nota a “Termorío vs. Electricadora del Atlántico”, *Revue de l'Arbitrage* 2007-3-559.

Pese a este objetivo, en cierta medida modesto, la Convención se ha constituido en una pieza vital del arbitraje internacional; a partir de ella ha habido un notable incremento del arbitraje y ha sido ratificada por una importantísima cantidad de países según informa la página web de la Organización de Naciones Unidas.

De allí que un autor reconocido haya dicho que la Convención estableció un verdadero derecho internacional del arbitraje, el cual se fundamenta en tres principios básicos:

- El arbitraje debe desarrollarse conforme lo pactado en el acuerdo arbitral.
- Las partes deben ser tratadas de manera igual y justa (debido proceso).
- El laudo no debe vulnerar los principios más fundamentales del orden público internacional.<sup>57</sup>

### 1. *Obligaciones de los Estados*

El artículo III de la Convención es el pórtico de ingreso al tratamiento de la ejecución de los laudos extranjeros. Para ello fija dos obligaciones de los Estados contratantes:

- En primer lugar, la Convención impone a los Estados contratantes la obligación de reconocer “la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes”.
- Luego agrega: “Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales”.

<sup>57</sup> Mourre, Alexis, “Perspectivas del derecho del arbitraje en América Latina”, en *Revista Athina*, N° 3, año 2, 2007, p. 193, en particular p. 199.

## 2. Aplicabilidad de la “*lex fori*”

Surge del párrafo 1º transcrito del artículo III de la Convención que es obligación de los Estados conceder la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, pero ello se hará de acuerdo con la ley vigente en el territorio del Estado requerido, o sea, la *lex fori*.

Con esto la Convención no asegura que exista un idéntico tratamiento para el mismo laudo en los distintos países en los cuales pueda requerirse su ejecución. Pero en el momento en que la Convención fue dada no parecía posible otra solución.

## 3. Límites de la “*lex fori*”

De todos modos, la *lex fori* tiene varios límites impuestos por la Convención.<sup>58</sup> En primer lugar, ella no puede establecer condiciones apreciablemente más rigurosas ni honorarios o costas más elevados que los que rigen para el reconocimiento de sentencias arbitrales nacionales.

Por otro lado, la Convención establece en los artículos IV y V las defensas que pueden ser opuestas por aquel contra quien se pretende ejecutar el laudo y las que el tribunal nacional puede levantar de oficio.

## 4. Rechazo de oficio al “*exequatur*”: causas

El artículo V.2 de la Convención dispone:

También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

- a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

<sup>58</sup> Conf. Cremades, Bernardo M., “Regulación nacional del arbitraje y el Convenio de Nueva York”, en *Congreso Internacional de Arbitraje, La Convención de Nueva York. Ámbito de aplicación y alcance*, Bogotá, abril de 2005.

5. *La afectación del orden público como causal del reconocimiento del “exequatur”*

La segunda causal que puede ser invocada de oficio por el juez del *exequatur* es que el laudo extranjero viola el orden público de su propio país.

Ello exige determinar qué se entiende por orden público del Estado requerido.

A. *No identificación con la ley imperativa*

Es muy común en ciertos derechos —entre ellos el argentino— que la noción de orden público que usan los civilistas se identifique total o parcialmente con la de ley imperativa.<sup>59</sup>

En el ámbito de la aplicación de la Convención de Nueva York esta idea debe ser descartada. La sola circunstancia de que un laudo arbitral extranjero sea contrario a una ley imperativa local no es suficiente para denegar su reconocimiento y ejecución.

Ésta es una conclusión unánime de la doctrina y de la jurisprudencia judicial de muchos países.

B. *No identificación con el orden público interno*

Del mismo modo, los autores coinciden en que el juez no debe identificar el orden público al que alude la Convención con el concepto de orden público que se aplica internamente. Es que la materia que nos ocupa está regulada en una convención internacional y debe entonces asignársele el sentido que se le quiso dar en ese texto internacional.<sup>60</sup> Este criterio, que distingue entre el orden público nacional e internacional, es cada vez más seguido por los tribunales.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Ver Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, 3a. ed., LexisNexis, Buenos Aires, t. I, N° 76, p. 120.

<sup>60</sup> Cárdenas Mejía, Juan P., “Las causales para denegar el reconocimiento de un laudo que pueden ser declaradas de oficio”, en *Congreso Internacional de Arbitraje, La Convención de Nueva York. Ámbito de aplicación y alcance*, Bogotá, 2005.

<sup>61</sup> Van Den Berg, Albert J., “Refus d’execution en vertu de la Convention de New York de 1995: quelques cas malheureux”, en *Arbitrage: regard sur la prochaine décennie, Sup-*

### C. Orden público internacional

De allí que la doctrina se orienta a sostener que el juez debe rechazar el reconocimiento o ejecución del laudo extranjero cuando encuentra en él una violación del orden público internacional.

Ahora bien, ¿qué es el orden público internacional?

Ya hemos señalado las imprecisiones de la terminología, y que con tal expresión se alude a aquellos principios o normas del Estado que deben aplicarse aun cuando se trate de una situación internacional.<sup>62</sup>

### D. Orden público internacional: sustantivo y procesal

Cuando la doctrina y la jurisprudencia se refieren al orden público internacional en el sentido de la Convención, coinciden en que se habla de él en sentido sustantivo (así, se viola el orden público cuando con el laudo se convalida una situación de corrupción) y procesal, aunque en este caso la cuestión se limita fundamentalmente al aseguramiento de la garantía del debido proceso.

### E. Fuentes del orden público internacional

Se ha señalado que el orden público internacional puede tener un triple origen: por una parte están los principios básicos del ordenamiento que no pueden ser dejados de lado ni aun en situaciones internacionales; en segundo lugar, las denominadas leyes de policía; y, por último, están las obligaciones internacionales del Estado.

*plement spécial Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, ICC, Paris, 1999, p. 86*, aunque existen algunas excepciones; el autor citado informa de una sentencia austríaca y una sentencia de Nueva Delhi que no han recibido la distinción y han anulado laudos extranjeros con argumentos de orden público nacional.

<sup>62</sup> Cárdenas Mejía, *Las causales para denegar... cit.*; en esta orientación cita una sentencia de la Cour d'Appel Paris, 15-2-92, que define el orden público internacional diciendo que son reglas y valores del derecho francés que no pueden ser desconocidos ni aun en situaciones internacionales. Cita también precedentes americanos, alemanes e ingleses que se manifiestan aproximadamente en el mismo sentido.

a. Principios básicos del ordenamiento

La determinación de cuáles son los principios básicos del ordenamiento nacional que no pueden ser dejados de lado ni aun en una situación internacional es resorte del juez del *exequatur* y ello conduce naturalmente a una gran dispersión de criterios.

En términos generales se ha dicho que la ejecución de una sentencia es incompatible con el orden público internacional material cuando han sido violados principios jurídicos fundamentales al punto que el resultado alcanzado por los árbitros es inconciliable con el sistema de valores esenciales del orden jurídico nacional.<sup>63</sup> Pero, como decíamos, lo complejo es resolver tales cuestiones en concreto.

Algunas situaciones son muy claras: el juez no debería aprobar un laudo que encerrara la aprobación expresa o tácita de un contrato que encubriera actos de corrupción, contrabando, piratería, terrorismo, genocidio, esclavitud, tráfico de drogas o pedofilia.<sup>64</sup>

Pero otras cuestiones son más discutibles, pues la misma Asociación de Derecho Internacional incluye principios tales como el abuso de los derechos, el de buena fe, el de la fuerza obligatoria de los contratos y la expropiación sin indemnización.

Sin embargo, la conclusión de que el laudo extranjero viola alguno de estos principios seguramente habrá de suponer en muchos casos una valoración de lo resuelto en ese laudo que va mucho más allá del mero control formal que el juez del *exequatur* debería ejercer.

De esta manera parecería que sólo una infracción ostensible, flagrante, intolerable, podría permitir al juez del *exequatur* invocar estos principios esenciales de su derecho interno para impedir la ejecución del laudo extranjero.

<sup>63</sup> Cour d'Appel Paris, 11 de mayo de 2006, "Société Groupe Antoine Tabet vs. République du Congo", *Revue de l'Arbitrage* 2007-101.

<sup>64</sup> Cárdenas Mejía, *Las causales para denegar... cit.*, transcribiendo el informe final de la Asociación de Derecho Internacional Público acerca del orden público como una limitación a la ejecución de laudos arbitrales internacionales.

### b. Leyes de policía

Hemos dicho que las normas de policía, también llamadas de aplicación inmediata, normas rígidas, normas perentorias, etcétera,<sup>65</sup> se distinguen de las normas coactivas o imperativas en que aquéllas se aplican a casos internacionales típicos; la norma coactiva o imperativa se aplica a casos internos.

En esta orientación, la norma de policía presenta la estructura de una norma de conflicto unilateral inderogable, que remite al derecho propio exclusiva e inflexiblemente, no habiendo lugar para el derecho extranjero ni para la autonomía de las partes.<sup>66</sup> Y sus ámbitos son la protección de la competencia, la tutela de la parte más débil del contrato, ciertas normas de policía económica, como las reglas aduaneras o de control de cambios.<sup>67</sup>

Justamente, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha dicho que el juez nacional debe anular una sentencia arbitral contraria al derecho comunitario de la competencia; lo mismo han hecho los tribunales judiciales de Alemania, Francia y Austria; y los tribunales de los Estados Unidos al aceptar que los árbitros pueden examinar cuestiones regidas por las leyes sobre esta materia señalaron que al ejercer el control sobre la sentencia se debería examinar si esas leyes fueron tenidas en cuenta.<sup>68</sup> Es-

<sup>65</sup> Boggiano, *Curso... cit.*, pp. 277 y 278, hace una larga enumeración de denominaciones que se utilizan para identificar esta categoría de normas.

<sup>66</sup> Boggiano, *Curso... cit.*, p. 278.

<sup>67</sup> Es, en general, aceptado que los jueces deben aplicar las reglas imperativas del foro, las normas imperativas de la ley elegida por las partes en tanto no sean contrarias al orden público internacional; y —en principio— también deberían tener en cuenta las normas imperativas de otros derechos que tengan un contacto próximo con la disputa.

Así quedó plasmado en el artículo 7º, Convención de Roma de 1980, en tanto establece: “1. Al aplicar, en virtud del presente convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivaran de su aplicación o de su inaplicación. 2. Las disposiciones del presente convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato”.

<sup>68</sup> Cárdenas Mejía, *Las causales para denegar... cit.*, p. 25.

ta problemática la hemos examinado al tratar de los límites a la elección de la ley.

Algunos fallos han considerado como normas de policía a las reglas sobre inversiones extranjeras, pues son disposiciones imperativas que tienden a asegurar en el interés de la colectividad el equilibrio de las relaciones económicas y financieras en el extranjero, y el control de los movimientos de capital.

Tribunales austriacos y alemanes han considerado que no debía darse reconocimiento a laudos que desconocían reglas sobre control de cambios; y, en la misma orientación, otros jueces estatales han considerado leyes de policía a las que establecen controles monetarios o sobre precios, protección ambiental, medidas de embargo, bloqueo, leyes tributarias y aun leyes para proteger a las partes débiles de la relación, como puede serlo el consumidor.<sup>69</sup>

Ahora bien, en principio, estamos planteando hipótesis en que los jueces han negado reconocimiento o ejecución del laudo por aplicación de sus propias normas de policía. Pero se señala por algún autor que en muchos casos los tribunales estatales han aplicado normas de policía de otros Estados que tienen alguna relación con el arbitraje, sea para anular el laudo, sea para negarle ejecución en su territorio. Claro es que para ello el juez estatal requerido para intervenir en la ejecución del laudo extranjero debe examinar la posibilidad de la aplicación de la Ley de Policía Extranjera a la luz de su derecho y de los principios que ella persigue; si esos principios son permanentes o universales, esa Ley de Policía debería aplicarse; tal es lo que sucede con las leyes que protegen la salud pública con relación a productos peligrosos, la protección del medio ambiente, las que combaten el lavado de dinero o la falsificación de moneda. Se advierte que en ciertas especies particulares es difícil diferenciar estas hipótesis de aquellas en las cuales el tribunal estatal requerido está aplicando sus propios principios básicos, pues, obviamente, todos los ordenamientos estatales prohíben —o deberían hacerlo— el lavado de dinero o la trata de blancas. Pero, como hemos señalado *supra*, el modo en que los jueces estatales aprecian la conformidad del laudo con normas que forman parte del orden público internacional, como las reglas europeas sobre competencia, no es uniforme. De modo que la extensión del control que ejerce el juez

<sup>69</sup> *Idem.*

del *exequatur* respecto de la conformidad del laudo con las reglas de orden público internacional depende de los criterios de los jueces estatales que pueden ir desde un mero control formal a un control sobre cómo los árbitros aplicaron esas reglas de orden público internacional, con lo que la actuación del tribunal estatal tiende a extenderse al control del mérito del laudo.

### c. Obligaciones internacionales del Estado

Con esta expresión, “obligaciones internacionales del Estado”, se alude a los compromisos que el Estado ha asumido como miembro de la comunidad internacional a través de todo tipo de tratados, convenciones u otras fuentes de compromisos internacionales. Por lo que el Estado que hubiera suscripto las convenciones sobre limitación de armas químicas, biológicas o nucleares no debería dar ejecución a un laudo que importara, por ejemplo, el reconocimiento de la eficacia de un contrato relativo a ellas.

### F. Violaciones de la garantía del debido proceso

Algunas sentencias judiciales han negado el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros que violaron algunas garantías procesales esenciales.<sup>70</sup>

Entre ellas podemos mencionar el no reconocimiento por la Corte Suprema italiana de un laudo no motivado, argumentándose que en el caso regía el convenio europeo de 1961 que exige que el laudo sea motivado si alguna de las partes lo pide; y una Corte de Apelaciones de Hong Kong rechazó la ejecución de un laudo porque el presidente del tribunal y los peritos habían hecho una inspección ocular en presencia del personal de una de las partes sin haber advertido a la otra. En esos casos se invocó la causal de orden público prevista por la Convención de Nueva York.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> “La ejecución de una sentencia es incompatible con el orden público internacional procesal cuando los principios fundamentales del proceso han sido violados, lo que sucede especialmente si los árbitros resuelven de manera contradictoria en una misma sentencia o en varias”: Cour d’Appel Paris, 11-5-2006, “Société Groupe Antoine Tabet vs. République du Congo”, *Revue de l’Arbitrage* 2007-101.

<sup>71</sup> Van Den Berg, *Refus d’execution... cit.*, p. 86 y sus citas en notas 44 y 46.

En algunas hipótesis se ha considerado que existe infracción al orden público si está en tela de juicio la imparcialidad del árbitro; tal es el caso de un contrato que preveía que todas las disputas se resolverían por decisión de un árbitro único que era a la vez quien había hecho el contrato, era abogado de una de las partes y tenía derecho a una indemnización de un millón de francos suizos si su designación era revocada. El laudo dictado por este árbitro fue confirmado por la Corte estatal de Turquía, pero los tribunales de Suiza rechazaron su ejecución en ese país.<sup>72</sup>

En la Argentina la Cámara de Apelaciones en lo Comercial rechazó el *exequatur* de un laudo extranjero al que calificó de arbitrario por cuanto imponía al vencedor las costas del proceso, las que en definitiva resultaban de mayor magnitud que el crédito que se le reconocía, con lo cual el vencedor resultaba deudor.<sup>73</sup> Si bien el caso se resolvió por aplicación del Código Procesal que exige que el laudo o sentencia extranjeros sea conforme al orden público, lo relevante es que incluye la garantía del debido proceso dentro del concepto de orden público internacional.

<sup>72</sup> Corte de Apelaciones de Zurich, 26 de julio de 1995, *cit.* por Van Den Berg, *Refus d'execution... cit.*, p. 85, nota 43. Más dudosos son los casos en que una de las partes tiene un peso determinante en la constitución del Tribunal Arbitral; una sentencia de Hamburgo hubo rechazado la ejecución de un laudo dictado por el Tribunal Arbitral de una asociación que resolvía una disputa entre un asociado y un no asociado (dos sentencias del 10 y 30-12-85); pero luego la Corte Suprema alemana dijo que no era suficiente para rechazar la ejecución del laudo que una de las partes tuviera un peso predominante en la designación del tribunal (sentencia del 15-5-86): citados por Van Den Berg, *Refus d'execution... cit.*, p. 85, notas 41 y 42.

<sup>73</sup> CNCom., sala C, 20 de septiembre de 2004, "Ogden Entertainment Services Inc. c/Eijo, Néstor E. y otro", L. L. 2005-B-21; un comentario de esta sentencia en Álvarez de Elías, Rocío y Cirio, Santiago, *El rol del orden público internacional argentino a la hora del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros*, en elDial.com.