

EL EXAMEN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL AL ACUERDO ARBITRAL INTERNACIONAL

Luis E. Sibaja Guillén*

I- INTRODUCCIÓN

El arbitraje comercial internacional se encuentra impregnado de tantos elementos del derecho internacional privado contemporáneo, que resulta difícil negar la aplicación de éste al estudio de aquél. Ciertamente, uno de los elementos que influye en el arbitraje comercial internacional es el *mecanismo de escape* conocido como *orden público internacional*. Según la doctrina del derecho internacional privado, los mecanismos de escape son institutos de los que se valen los Estados para desaplicar elementos extranjeros en su territorio. Es en este sentido que se utiliza el *orden público internacional*, como excusa para el no reconocimiento de un laudo arbitral dictado en el extranjero.

Si bien no se encuentra autorizada la aplicación del *orden público internacional* al acuerdo arbitral, en forma expresa, la extensión del instituto del *orden público internacional* al acuerdo arbitral no debe extrañar.

El presente artículo explora tal posibilidad, a la luz de conceptos generales del derecho internacional privado y dentro del contenido de la Convención del Nueva York de 1958, en especial, el Artículo II(3) de esta Convención, que trata sobre la posibilidad de desaplicar el acuerdo arbitral por considerarse éste nulo, ineficaz e/o inaplicable¹.

La pregunta que entonces nos planteamos es: ¿podrá una cláusula arbitral ser nula, ineficaz o inaplicable, si el conocimiento del asunto o el arbitraje atentara contra el *orden público internacional*?

Se advierte que el presente estudio no pretende una respuesta categórica. Máxime considerando que la intención de los redactores de la Convención de Nueva York nunca fue regular aspectos relativos a la invalidez o inaplicabilidad del acuerdo arbitral. Debemos recordar que no fue sino hasta el final de la redacción de la Convención que el tema de la invalidez e inaplicabilidad del acuerdo arbitral fue incluido, al punto de

* El autor es abogado litigante, miembro del bufete Lex Counsel, Licenciado en Derecho, con estudios de especialización en Comercio Exterior, de postgrado en Derecho Internacional Privado, y de maestría en Negocios Internacionales y Litigio Internacional.

1 De igual forma, según el artículo 8(1) de la Ley 8937 (Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la CNUDMI), de reciente aplicación en nuestro país. No obstante, siendo que por mandato constitucional y por disposición expresa de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la CNUDMI (artículo 1(1)), la Convención de Nueva York aplica sobre ésta y cualquier otra ley, la discusión central de este artículo se apoyará en lo dispuesto en el artículo II(3) de dicha Convención; pero sin perjuicio de que lo aquí indicado pueda ser igualmente extendido a la mencionada Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional.

considerarse que el Artículo II fue “*redactado en una carrera contra el tiempo*”.² De esta manera es que la interpretación de este Artículo, y en especial de las definiciones de “nulo, ineficaz, e inaplicable”, no descansa en documentos de trabajo. Esto puede complicar cualquier conclusión que sobre el tema se haga. Por ello es importante recalcar que el presente estudio no es exhaustivo.

II- EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.

1- El Orden Público Internacional como Mecanismo de Escape

Es ampliamente conocida la posibilidad de que el arbitraje comercial internacional sea restringido y limitado internamente por las cortes nacionales, no en virtud de una norma de competencia judicial exclusiva,³ sino más bien por contrariar principios y normas, a veces no escritas, del territorio donde se haga valer ese arbitraje o el laudo que de éste eventualmente emane. Estas normas y principios se encuentran en el contenido de lo que se conoce como *orden público internacional* (ver también *lois de police, ordre publique o public policy*).

El orden público, más concretamente denominado *orden público internacional*, corresponde a una de las posibles excepciones de las que se valen los Estados para excluir la aplicación de leyes y/o sentencias foráneas, o bien cualquier instituto jurídico o elemento extranjero en su territorio. A estas excepciones se les ha llamado Mecanismos o Técnicas de Escape. De esta manera, un Estado podría no aplicar ley extranjera, no reconocer una sentencia dictada en otro territorio, o bien no darle validez a un instituto jurídico de otro Estado, so excusa de que ello ofendería su *orden público internacional*.

El contenido del *orden público internacional* pretende la protección de las bases fundamentales sobre las que se asienta el ordenamiento jurídico de cada Estado. Su aplicación presupone la protección de los principios que sustentan dicho ordenamiento, ya que éstos no pueden sufrir derogación alguna por la aplicación de elementos extraños. Así, el *orden público internacional* aparece como un recurso excepcional que cada legislación establece para protegerse de la aplicación de institutos jurídicos extranjeros, cuyo contenido podría ser amenazante para el ordenamiento del Estado donde tales institutos jurídicos se quisieran hacer valer.⁴

Según Pérez Verdía la noción de *orden público internacional* es contingente y

2 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* 56, Kluwer (1981).

3 Aunque, la limitación de arbitraje, señalándole a las cortes nacionales competencia judicial exclusiva, puede responder a una limitación interna de arbitrabilidad de la controversia.

4 De la Torre, J.A.T, *Derecho Internacional Privado. Parte General, Volumen II. Técnica aplicativa de la regla de conflicto*. Segunda Edición. Servicios Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España, 1985. Pág. 328.

variable, y sufre las influencias del tiempo y del medio en que existe, estando sometida a una amplia interpretación judicial.⁵ Asimismo, Monroy Cabra lo define como un conjunto de normas tendientes a salvaguardar en general el interés comunitario y el bien común.⁶ Finalmente, para Niboyet el papel que desempeña el orden público es el de un remedio para no aplicar una ley extranjera, cuando esta aplicación perjudica verdaderamente al país a donde se quiere aplicar.⁷

Al tenor de lo descrito anteriormente, el *orden público internacional* viene a ser un límite excepcional que evita la aplicación de leyes o resoluciones judiciales (o arbitrales) extranjeras, en razón de que su contenido material es adverso a los intereses o valores de un Estado.

Según las recomendaciones sobre la aplicación del orden público como base para rehusar el reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales internacionales, emitidas en la Septuagésima Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, sostenida en Nueva Delhi, India, en abril del 2002; se incluye dentro del *orden público internacional* los principios fundamentales referentes a justicia o moralidad que un Estado desea proteger; las reglas diseñadas para servir la esencia política, o los intereses

sociales o económicos de un Estado, sean los conocidos como "*lois de police*" o "*public policy rules*"; y el deber del Estado de respetar sus obligaciones frente a otros Estados u organismos internacionales.⁸

El orden público internacional, conceptualizado por el derecho internacional privado, abarca normas o principios de carácter imperativas que atañen a ideas esenciales de la vida política, económica o social de un Estado. Como se ha dicho, éste permite la no aplicación de institutos o elementos extranjeros, siempre y cuando se verifique que ellos atentarían contra principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado donde se pretendan hacer valer.⁹ Así, se dice que el *orden público internacional* está condicionado por dos factores: la universalización del orden internacional de situaciones entre personas de comunidades nacionales o estatales culturalmente diversas, y la heterogeneidad internacional en sus manifestaciones más importantes, que son las sociales y políticas.¹⁰

2- El Arbitraje Comercial Internacional y el orden público internacional

A pesar de que la *Nueva Lex Mercatoria* contribuye en el mantenimiento y transcurso del arbitraje comercial internacional, como

5 Pérez Verdía, L. *Tratado Elemental del Derecho Internacional Privado*, Guadalajara, México, 1908. Pág. 53.

6 Monroy Cabra, M.G. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Cuarta Edición. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1995. Pág.225.

7 Niboyet, J.P. *Principios de Derecho Internacional Privado*. Editora Nacional, México, 1960. Pág. 381.

8 Artículo 1(d) de la Resolución 2/2002 sobre Arbitraje Comercial Internacional, denominado "International Law Association Recommendations on the Application of Public Policy as a Ground for Refusing Recognition or Enforcement of International Arbitral Awards".

9 Monroy Cabra. Op Cit. Pág. 227.

10 Ibidem.

fuente autónoma,¹¹ es gracias a la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Nueva York de 1958) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje (Convención de Panamá de 1975), que una gran cantidad de Estados, incluyendo Costa Rica, reconoce la importancia y la necesidad de recurrir y aceptar el arbitraje comercial internacional como alternativa para la solución de problemas de tráfico externo. No hay duda que dichas Convenciones son los pilares sobre los que descansa la regulación internacional –uniforme y armoniosa- referente al respeto que merece el acuerdo arbitral internacional y el laudo que del proceso arbitral internacional resulte.

No obstante, tanto en la Convención de Nueva York como en la Convención de Panamá (Ver artículos V. 2 y 5. 2, respectivamente), el *orden público internacional* es reconocido como una de las excepciones para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero. Y sobre este punto, existe poca controversia: el *orden público internacional* de cada Estado será siempre resguardado y protegido por las autoridades competentes, en el momento en que un laudo arbitral extranjero sea ofensivo o violatorio de éste.

Sin embargo, el *orden público internacional* influye también –a nivel interno- para limitar la arbitrabilidad objetiva y subjetiva de una cuestión en controversia. La inarbitrabilidad de la cuestión imposibilita que ésta sea objeto de sometimiento a un proceso arbitral. Por ende, normas internas podrían regular que el arbitraje de una cuestión determinada aten-

taría contra el *orden público internacional*, y por ende, la cuestión sería inarbitrable según su ordenamiento. Al respecto, el Profesor Karl-Heinz Böckstiegel ha dicho que con el fin de observar el orden público y la arbitrabilidad de la disputa en su pleno contexto, debe verse que el orden público puede llevar a limitaciones o a falta de arbitrabilidad en sus dos esferas: arbitrabilidad objetiva y arbitrabilidad subjetiva.

Por falta de arbitrabilidad objetiva, el Prof. Böckstiegel nos cita el ejemplo de las cuestiones concernientes a asuntos de libre competencia (antimonopolio o *antitrust*), y por falta de arbitrabilidad subjetiva, nos cita la falta de capacidad en defensa de protección de menores o protección de la soberanía estatal en el caso de instituciones estatales. En ambas, la abstracción de la cuestión a ser solucionada por la vía del arbitraje puede llegar a ser considerada de tal importancia, que se traslada al orden público de la ley aplicable.¹²

El arbitraje comercial internacional debe estar sujeto al cuidadoso examen por parte de los Estados que deban otorgarle el reconocimiento y vigencia deseado. Dentro de este examen se analizaría la arbitrabilidad objetiva o subjetiva de la cuestión y en general la violación o no al *orden público internacional* del Estado interesado, dentro de lo cual podríamos incluir la violación o no a normas de derecho público, o leyes imperativas o irrenunciables.

Véase que las mismas fuentes que dan origen y sustento jurídico al arbitraje comercial

11 Sibaja Guillén, L.E., Comentarios sobre el Acuerdo Arbitral Internacional en Costa Rica, en Revista Judicial No. 99 (Costa Rica, Marzo, 2011), Pág. 192.

12 Böckstiegel, K.H. Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement, en el IBA Journal of Dispute Resolution, Edición Especial 2008, La Convención de Nueva York – 50 Años. Pag. 123 y seq.

internacional, como la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, incluyen en su articulado disposiciones en este sentido. Así, el artículo V.2 de la Convención de Nueva York autoriza a los Estados a 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 de la sentencia arbitral extranjera comprueba que ésta, según la ley de su país, por la materia de la diferencia, no era susceptible de solución por vía de arbitraje o bien porque el laudo sería contrario a su *orden público internacional*. En igual sentido, la Convención de Panamá contiene exactamente la misma disposición, al indicar en su artículo 5.2:

“También, se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: (a) Que, según la ley de este Estado, 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 sean contrarios al orden público del mismo Estado.”

Sin embargo, lo antes dicho se refiere específicamente al reconocimiento y/o ejecución del laudo final, obtenido del procedimiento de arbitraje en el extranjero. Esto nos lleva a plantearnos la interrogante de si existe la facultad del Estado de extender el examen de *orden público internacional* a la arbitrabilidad de la cuestión y al acuerdo arbitral, en una etapa previa.

Para responder esta interrogante debemos considerar preliminarmente que las convenciones internacionales citadas lo que

pretenden es la unificación y armonización del instituto del arbitraje comercial internacional. Así, éstas les impone a los Estados signatarios reglas uniformes y armoniosas, no sólo respecto al procedimiento de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, sino también respecto a uniformar el criterio para darle validez al acuerdo arbitral internacional.

Esto es confirmado por la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá con la inclusión del artículo II y artículo 1, respectivamente, mediante los cuales los Estados se comprometen a reconocer la validez y vigencia de las cláusulas compromisorias. Claramente, no se lograría una total uniformidad del instituto del arbitraje –aunque el solo compromiso de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros significaría bastante– si los Estados limitaran la armonización al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, mas no asumieran un compromiso de respetar lo pactado por las partes en disputa en cuanto a recurrir a un procedimiento de arbitraje internacional.

Habiendo indicado lo anterior, podríamos decir que el punto medular de ambas convenciones lo es la armonización del reconocimiento del arbitraje comercial internacional, mediante la unificación del procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y, a su vez, mediante la obligación generalizada de los Estados signatarios a respetar la validez y vigencia de las cláusulas de arbitraje.

De esta manera, las disposiciones generales sobre la aceptación o no al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales deberían serle igualmente aplicables a la política adoptada

por los Estados signatarios, en cuanto a darle validez y eficacia al pacto entre privados para recurrir al arbitraje comercial internacional. Así, si superar el orden público internacional de un Estado constituye una condición suprema para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, pues de igual manera, debería serlo para la admisión del arbitraje, tanto respecto a cuestiones de arbitrabilidad como aspectos de aplicación del acuerdo arbitral.

3- Orden público internacional y Arbitrabilidad

Como se dijo anteriormente, encontramos dos tipos de conceptos relativos a la naturaleza arbitrable de una cuestión. Uno, el “subjetivo”, que se refiere más a la capacidad de actuar en un proceso de arbitraje. En este concepto podemos mencionar que podrán haber cuestiones NO arbitrables, en razón de la intervención de menores de edad o instituciones estatales y gubernamentales. Y el segundo, es el concepto “objetivo” de arbitrabilidad, que se refiere al fondo de la cuestión a ser resuelta.¹³ Como ejemplo de lo anterior, podemos encontrar cuestiones relativas a conflictos laborales o sobre cuestiones no patrimoniales.

La arbitrabilidad subjetiva y objetiva de la cuestión emana de la legislación interna de cada Estado.¹⁴ Así, los mismos instrumentos internacionales sobre la materia lo respetan. Pero, en un contexto internacional, que presupone el involucramiento de partes, situaciones y lugares de diferentes Estados, nos preguntamos: ¿Cuál Estado es el llamado a establecer los límites de arbitrabilidad?

Si tomamos las Convenciones de Nueva York y Panamá, debemos reconocer que, indudablemente, las leyes aplicables a la cuestión sometida a arbitraje o al acuerdo arbitral, son las relativas a solucionar la interrogante planteada. En este sentido, notamos que los artículos V(1)(a) de la Convención de Nueva York y 5.1.a de la Convención de Panamá, disponen que el laudo podrá ser desconocido (i) si existiere alguna incapacidad de las partes, según la ley aplicable, la cual puede ser la elegida por las partes, o la que los árbitros, siguiendo el método conflictual, determinen; (ii) si el acuerdo no es válido en virtud de la ley, a la que las partes lo hayan sometido; o (iii) en ausencia de acuerdo de partes, sujeto a la ley del país sede. Pero igualmente, ambas convenciones, nos remiten a la ley del país donde se vaya a ejecutar el laudo (ver artículos V(2)(a) y 5.2.a.). La doctrina, respecto a las alternativas existentes, es inclusive aún más amplia, como veremos adelante.

Las formas de delimitar el concepto de arbitrabilidad de una cuestión son diversas. Los Estados pueden establecer leyes internas estableciendo que toda cuestión patrimonial o de derechos disponibles sea objeto de ser resuelta por medio de arbitraje. O bien, puede indicar expresamente legislación en contrario, según la materia o los intereses del Estado de que ciertos aspectos NO sean objeto de arbitraje. Igualmente, una cuestión puede ser excluida del ámbito arbitrable, al establecerse claramente que las cuestiones son de competencia de las cortes nacionales, limitando así, vía ley, la posibilidad de recurrir a arbitraje para resolver dicha cuestión.

13 Hanotiau, B. *The Law Applicable to Arbitrability*, en el BOOK: ICCA Congress Series No. 9 (Paris/1999), Pags. 147.

14 Böckstigel, K-H. *Public Policy and Arbitrability*, en el BOOK: ICCA Congress Series No. 3 (New York/1986), Pags. 193 y 194. El autor comenta como difieren los distintos países en sus posiciones para limitar el arbitraje a nivel nacional.

El *orden público internacional* y la arbitrabilidad objetiva de una disputa están íntimamente ligados entre sí. Sin duda alguna, el *orden público internacional* influye en los Estados para emitir legislación respecto a las materias y cuestiones que serían o no arbitrables. Igualmente, el *orden público internacional* puede afectar la arbitrabilidad de una cuestión, no por así haberse plasmado en normas escritas, sino por el hecho de que un arbitraje en particular atente contra dicho *orden público internacional*. Así, muchas materias pueden ser excluidas del arbitraje, no por existir norma que así lo disponga, sino por el hecho de que dicha arbitrabilidad pueda comprometer el *orden público internacional* de cada Estado.

En mi opinión, la arbitrabilidad de la cuestión no sólo versa sobre la calificación de controversias permitidas por ley interna a ser sometidas a un procedimiento arbitral, sino también debe versar sobre la calificación de dichas cuestiones, aunque no prohibidas por ley interna a ser resueltas en arbitraje, a la luz los de los más fundamentales principios morales y de justicia de cada Estado. Serán, en estos casos, las cortes nacionales, a través de su competencia jurisdiccional, las que deban resolver tal calificación. Sin embargo, como veremos, tal posición puede encontrar cierta oposición.

Poco se discute sobre la alternativa de denegar la validez de la cláusula compromisoria por contenerse en ella la posibilidad de resolver asuntos o diferendos considerados no arbitrables, ya sea por

existir una norma expresa en ese sentido o porque se atente contra el *orden público internacional*. Claramente, las soluciones a los diversos casos varían según se trate de un árbitro o de un juez nacional, el que se encuentre ante la necesidad de determinar la arbitrabilidad o no de la cuestión.

Si se trata del árbitro, adicionalmente a lo indicado en las Convenciones de Nueva York y de Panamá, es aceptado en doctrina que si las limitaciones a la arbitrabilidad de la cuestión no emanan de una norma de *orden público internacional*, únicamente tendrán relevancia para él si se encuentran contenidas en: (a) la ley elegida por las partes;¹⁵ (b) la ley aplicable al acuerdo arbitral; (c) la ley aplicable al contrato principal que la contenga; (d) la ley aplicable a ambos, si fuera el caso; (e) la ley aplicable al procedimiento de arbitraje; (f) la ley aplicable a la cuestión jurídica, en general;¹⁶ o (g) la ley del lugar donde el laudo debe ejecutarse.¹⁷

Por el contrario, si el acuerdo arbitral compromete leyes que emanan del *orden público internacional*, que hacen que se limite la arbitrabilidad de la cuestión; o bien, violenta el *orden público internacional* de un Estado determinado, sea o no el Estado cuya ley sea la aplicable, el árbitro deberá analizar la situación más cuidadosamente. Lo anterior en razón de que para un árbitro no existe *lex fori* ni tampoco existe una jerarquía de leyes. Es importante mencionar que, así como es cierto que un árbitro no le debe mas respeto a una ley que a otra, es cierto también que el árbitro tiene la obligación moral de rendir

15 Hanotiau, B. *Op. cit.* *The Law Applicable to Arbitrability*, Pag 154-155.

16 Böckstigel, K.H. *Op cit.* Pág. 184.

17 Marzorati, O.J. *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2da. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1997. Pag. 758.

un laudo ejecutable, y así se podría decir que el árbitro debe revisar las normas de *orden público internacional* del Estado en donde se pretenda ejecutar el laudo arbitral a fin de asegurarles a las partes un laudo arbitral eficaz.

Lo anterior se refuerza con la intención de que el arbitraje comercial internacional no represente un mecanismo de fraude que evada normas de especial interés de los Estados, sean imperativas o irrenunciables, parte de su *orden público internacional*.¹⁸

El problema práctico es que los laudos que emanan de tribunales arbitrales internacionales pueden surtir efectos en un sinnúmero de Estados y territorios. Imponerle al árbitro la carga de anticipar donde el laudo surtirá efectos, sería iluso y poco razonable.

No obstante, ciertamente, hay casos muy particulares que tendrán efectos específicos en una jurisdicción, y ello puede ser previsible de antemano por cualquier árbitro.

No sugiero con lo anterior el deber del árbitro de revisar el *orden público internacional* de jurisdicciones específicas, sino más bien, asignarle la carga de la prueba a la parte interesada.

Por otro lado, si la cuestión es presentada ante las cortes de un Estado, tal vez la solución sea más asequible. Un juez, al que se le presente el acuerdo arbitral o cláusula compromisoria, deberá, según sus leyes internas, valorar si la cuestión es arbitrable o no.

Al hacer esta valoración, el juez deberá considerar:

- (a) La *lex fori* respecto a arbitrabilidad o de derecho público –imperativas e irrenunciables- que no se inspiren en valoraciones de *orden público internacional*;
- (b) La *lex fori* respecto a arbitrabilidad o de derecho público –imperativas e irrenunciables- que contengan valoraciones de *orden público internacional*;
- (c) Valoraciones de *orden público internacional*, según la *lex fori*.

Sin duda, en el caso de nuestro país, según la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional de reciente data¹⁹, el juez nacional aplicará ley costarricense. Lo anterior, en virtud del artículo 1 (5) de dicha ley, que dice:

“...La presente ley no afectará a ninguna otra ley de Costa Rica en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley...”

Pero nos preguntamos, ¿podrán las cortes nacionales de un Estado rehusar la eficacia del acuerdo arbitral, por cuestionar la arbitrabilidad de la cuestión según la ley extranjera de la sede foránea elegida por las partes? Ciertamente, este es un obstáculo que tendría que solventar la parte que pretenda que una corte nacional rehúse la remisión del asunto al arbitraje en el exterior.

Por otra parte, sin perjuicio de lo anterior, en referencia al *orden público internacional*,

18 Hanotiau, B. Op cit. [The Law Applicable to Arbitrability](#), Pág. 159-160.

19 Ley 8937 (Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la CNUDMI)

para determinar la arbitrabilidad o no de una cuestión jurídica, la doctrina consultada se inclina a señalar que el juez debe determinar si el asunto es de carácter internacional.

Lo anterior con el fin de discernir si el *orden público internacional* local se vería afectado de no ser aplicado, o si el *orden público internacional* que se pretende hacer valer puede circunscribirse a cuestiones locales únicamente y no deba extenderse a cuestiones de carácter internacional.²⁰ Esto encuentra asidero en la tendencia actual de establecer que el *orden público internacional* puede prohibir el arbitraje local más no el arbitraje comercial internacional, si la cuestión tiene conexiones internacionales.

Lo anterior ha generado la discusión sobre la existencia de tres tipos de *orden público internacional*:

- (a) El *orden público internacional* aplicado a cuestiones locales o nacionales, mas no aquellas con conexiones internacionales;
- (b) El *orden público internacional* aplicado a cuestiones tanto locales o nacionales como a aquellas con conexiones internacionales; y
- (c) El *orden público transnacional*, derivado en parte de éste último.

Ahora bien, si la corte nacional que conociera de este asunto pertenece a un Estado signatario de la Convención de Nueva York, no haría la solución más sencilla, pues dicha Convención no deja claro cual será el Estado que determine, por medio del *orden público internacional*, la arbitrabilidad del asunto

o la validez del acuerdo arbitral. Aunque la Convención de Nueva York y de Panamá establecen expresamente la posibilidad de excluir el acuerdo arbitral por contrariar normas internas respecto a arbitrabilidad, sea que emane o no del orden público internacional, no se establece en forma expresa la posibilidad de excluir igualmente el acuerdo arbitral porque éste ofenda el *orden público internacional* de un Estado en particular.

En estos casos, la corte nacional de un Estado signatario a la Convención de Nueva York, deberá aplicar el artículo II (1) y (3), que dice, entre otras cosas, que las cortes de los Estados signatarios reconocerán los acuerdos arbitrales concernientes a un “...asunto que pueda ser resuelto por arbitraje...” y así deberán remitir a las partes a arbitraje, a menos que se compruebe que dicho acuerdo arbitral sea “...nulo, ineficaz o inaplicable...”.

Para los profesores Bernard Hanotiau y Olivier Caprasse, aún cuando el artículo II (3) de la Convención de Nueva York no lo dice en forma expresa, ellos consideran que la arbitrabilidad de la disputa es una condición más que debe ser satisfecha por la corte nacional, para estar obligada ésta a referir a las partes a arbitraje. Así, considerándose que la arbitrabilidad se relaciona con el orden público, éste se encuentra implícitamente incluido en el mencionado artículo II, al respecto manifiestan:

“...Ciertamente, es el carácter del orden público de una regla específica,

20 Böckstigel, K.H. Op cit. Pág. 187; y Grigera Naón, H.A. *An Argentine View*. Public Policy and International Commercial Arbitration: BOOK: ICCA Congress series no. 3 (New York/1986). Pág. 333.

que gobierna la disputa, la cual puede ser, bajo la ley aplicable, un obstáculo a la arbitrabilidad de la disputa... ”²¹

Nos comenta Ramón Mullerat que cuando el asunto es presentado ante una corte nacional, ésta puede:

“...a) desechar el caso; b) aplazar los procedimientos esperando que los árbitros actúen en su jurisdicción; c) comprometer a las partes a que resuelvan la disputa por medio del arbitraje; y d) sostener el acuerdo arbitral como inválido manteniendo la jurisdicción sobre la controversia... ”²²

Al respecto continúa indicando:

“...Como el CNY nada dice, el reconocimiento de los efectos del acuerdo arbitral depende del grado de implementación de los códigos locales. Es más, no todos los jueces son conscientes de la regla de interpretación uniforme, adoptando una interpretación local, cuando son llamados a ejecutar un acuerdo arbitral. Generalmente, los tribunales aplican la regla imperativo del artículo II a la luz de su propio ordenamiento jurídico y el tecnicismo doméstico conlleva a menoscabar la uniformidad imperativa que pretende el artículo II. Para ahorrar tiempo y esfuerzos, los tribunales prefieren tratar el asunto

como un mero asunto de procedimiento doméstico, en vez de internacional, complicando la interpretación de la cláusula arbitral internacional con preceptos de jurisdicción y procedimientos innecesarios de orden jurídico local y retener la jurisdicción sobre el asunto... ”²³.

Más adelante comentaremos este artículo con mayor detalle, pero por el momento nos limitaremos a cuestionarnos: ¿Cuál ley -u orden público internacional- debe la corte nacional aplicar para determinar que el asunto sea arbitrable y/o que el acuerdo arbitral no sea nulo, ineficaz o inaplicable? Es claro que la Convención de Nueva York no estableció guía alguna en este sentido. No obstante a que en diversas legislaciones –como nuestro país, al menos respecto a las normas sobre arbitrabilidad de la cuestión, según la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la CNUDMI- si establecen una clara disposición.

Respecto a la Convención de Nueva York, el Prof. Hanotiau ha expuesto tres corrientes doctrinarias que nos ayudan a interpretar el artículo II²⁴:

a- Relación del artículo II con el artículo V de la Convención de Nueva York. Según el Prof. Hanotiau, esta posición ha sido adoptada por cortes italianas, y

21 Hanotiau, B. y Caprasse, O., Public Policy in International Commercial Arbitration, en Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention in Practice, Editors Emmanuel Gaillard y Domenico Di Pietro, Cameron (May, UK, 2009), Pag 799. Traducción no oficial de: “...Indeed, it is the public policy character of a specific rule which governs the dispute which may be, under the applicable law, an obstacle to the arbitrability of the dispute...”

22 Mullerat O.B.E, R. Los Segundos 50 años del Convenio de Nueva York: Reflexiones sobre la falta de interpretación uniforme de algunos de sus preceptos en el Spain Arbitration Review (Madrid/2008), Pág 118.

23 Mullerat, R. Op cit. Pág. 119.

24 Hanotiau, B. Op cit. The Law Applicable to Arbitrability, Pág. 162-166.

establece que en razón de que el Artículo V permite el rechazo del laudo arbitral si éste se opone a las reglas sobre arbitrabilidad según la *lex fori*, entonces, el artículo II debe ser interpretado en el sentido que la corte nacional que conozca sobre la arbitrabilidad de la cuestión, deba remitirse a su propio ordenamiento y así determinar si el acuerdo arbitral es válido o no. El Prof. Hanotiau critica esta posición en el sentido que el establecimiento de un vínculo entre el artículo II y el artículo V es “ilusorio” en razón que esta corte nacional, que conoce sobre la arbitrabilidad de la cuestión y validez del acuerdo arbitral, no necesariamente se sitúa en el Estado donde eventualmente se busque el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

- b- Según la ley aplicable al Acuerdo Arbitral. Esta es una tendencia que adquiere más fuerza entre autores y tribunales estatales. Bien esta ley podría ser la elegida por las partes o bien ser la ley propia del acuerdo arbitral, del contrato que la contiene o de la situación jurídica que se trate. Sin embargo, esta tendencia ha sido adoptada por la Corte de Apelaciones de Bélgica en asuntos donde lo que

se ha discutido es la aplicación o no de la Ley Belga del 27 de julio de 1961, respecto al término indefinido de terminación de las relaciones de distribución exclusiva. Por otro lado, nos comenta el Prof. Hanotiau, y como veremos más adelante, este criterio se encuentra dividido entre las mismas cortes belgas, pues éstas han establecido que la arbitrabilidad se determina según la *lex fori*—y por ende por su orden público internacional— es decir las de la corte nacional que conoce del asunto.

- c- Según aspectos de índole internacional. Este criterio es el adoptado por una Corte Federal de los EEUU, que estableció que para aplicar el artículo II (1) y (3) debe remitirse a una escala internacional y revisar lo establecido por las partes signatarias a la Convención. No obstante, la Corte Federal reforzó el criterio estableciendo que la cláusula de arbitraje no debe violentar el orden público del *forum*, dando referencias a parámetros locales para determinar su validez.²⁵

Ciertamente las anteriores son todas posiciones válidas para que un juez o corte

25 Hanotiau, B. Ibidem. Pág. 166. Según el autor, la corte estableció: “...the arbitration clause itself (i) is subject to an internationally recognized defense such as duress, mistake, fraud, or waiver or (ii) contravenes fundamental policies of the forum State.... The purpose of the Convention, to encourage the enforcement of commercial arbitration agreements, and the federal policy in favour of arbitral dispute resolution require that the subject matter exception of Art. II(1) is extremely narrow.”. “the delegates to the [New York] Convention voiced frequent concern that courts of signatory countries in which an agreement to arbitrate is sought to be enforced should not be permitted to decline enforcement of such agreements on the basis of parochial views of their desirability or in a manner that would diminish the mutually binding nature of the agreements...”.

nacional determine la arbitrabilidad o no de la cuestión incluida en la cláusula arbitral, o bien para determinar que ésta no sea nula, ineficaz o inaplicable. Pero, sin duda, la aplicación de una u otra variará según las circunstancias. Por ello, se presenta la siguiente interrogante: ¿Cómo respondería una corte nacional que, conociendo de un acuerdo arbitral internacional, descubra que la ejecución del convenio se dio en su territorio, que es de *orden público internacional*, pues es de interés nacional su ejecución en su territorio, y que eventualmente el laudo – independientemente donde se ejecute – desplegará efectos en su territorio? Por otro lado, ¿qué si la ley aplicable al acuerdo arbitral y al contrato que la contiene, es extranjera, y va en detrimento de una ley irrenunciable e imperativa parte del *orden público internacional* del Estado donde se sitúa la corte nacional que revisa el asunto, que además es el lugar donde se ha ejecutado el contrato? ¿Dará validez esta corte nacional al acuerdo arbitral por remitirse a ley extranjera, aún cuando según sus leyes y *orden público internacional* deba ser su ley la que rija? No existe una respuesta unívoca ante esta interrogante. Sin embargo, más adelante retomaremos el tema.

4- Orden público internacional y Normas de Derecho Público

Es ampliamente reconocido en la doctrina moderna que la influencia del *orden público internacional* en las prohibiciones nacionales de los Estados, como limitaciones a la

arbitrabilidad de cuestiones jurídicas comerciales, es cada vez más reducida.²⁶ En tiempos pasados, era universalmente aceptado que cuestiones o controversias en las que se aplicara norma de derecho público, devendría en un laudo arbitral inaplicable por ofender normas de *orden público internacional*. Sin duda, estos casos representaban el más claro ejemplo de un acuerdo arbitral contrario al *orden público internacional*, pues hacía evidente que el laudo versaría sobre aspectos regulados en normas o leyes de derecho público. En la actualidad, ese ya no es el caso.

En este punto, cabe recapacitar como países, dentro de los que destacan los Estados Unidos de América, principalmente como precursor, y posteriormente países como Nueva Zelanda, Australia, e Inglaterra²⁷, han limitado y reducido el concepto de “*arbitrabilidad*” en respuesta a una tendencia favorable al arbitraje comercial internacional, aún cuando la cuestión sometida a arbitraje estuviera regulada por su derecho público interno, o parte de su *orden público internacional*. Así, aspectos tradicionalmente reservados por los Estados a ser resueltos en cortes nacionales, por consistir en problemas en los que se vean aplicables las leyes de derecho público, imperativas o irrenunciables, han sido paulatinamente admitidos en tribunales arbitrales.

Sin duda, esta tendencia se debe a lo resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (EEUU). Mucho se ha analizado

26 Boeckstigel, K.H. Op cit. Pág. 180. El autor nos comenta: “...If we look not at the trend of development, but at the present point in time, a similar conclusion is possible: in the modern practice of courts and arbitral tribunals, public policy does not seem to be a major obstacle to international arbitration in general and to arbitrability in particular...”.

27 Beechey, J. *Arbitrability of Anti-trust/Competition Law Issues - Common Law*. Arbitration International, Vol. 12 N° 2 (1996), pp. 179 – 190.

y discutido sobre el trascendental fallo de esta Corte, en el caso *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*²⁸ En este asunto, la Corte Suprema de dicho país estableció que las cortes nacionales debían ceder su competencia judicial ante reclamos entre partes concernientes a competencia antimonopolística (*antitrust*), siempre que existiera un acuerdo de arbitraje comercial internacional, pero que el mismo fuera para controversias surgidas de la relación comercial propia.²⁹ Lo que llama más la atención es que en dicho caso el arbitraje fue pactado en Japón y la ley escogida era la ley de Suiza, y aún así la Corte presuponía la aplicación de derecho público estadounidense, irrenunciable y no arbitrable hasta ese momento; en virtud de la doctrina establecida en un caso que gobernaba hasta entonces, el cual era el caso *American Safety Equipment Corp. vs J.P. Maguire & Co.*

A primera vista, la decisión de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU puede parecer exorbitante. Inclusive desde el punto de vista de expertos como el Prof. Thomas Carbonneau, crítico de este fallo, la inarbitrabilidad en estos asuntos era indudable, por tratarse de cuestiones de derecho y orden público, y por ende la protección de la competencia judicial a favor de las cortes nacionales debió ser mantenida excluyendo las posibilidades de darle vigencia al acuerdo arbitral.³⁰

Sin embargo, parte de los aspectos a tomar en consideración en este caso

es que la Ley Federal sobre Arbitraje de los EEUU, que fue enmendada para implementar la Convención de Nueva York, establecía un concepto diferente en cuanto a las excepciones al arbitraje comercial internacional aquí analizado. Es decir, la Cortes estadounidenses podían llegar a la conclusión mencionada, en virtud de la aplicación e interpretación de su propia ley.

Igualmente, tal y como se mencionara anteriormente, es de importancia resaltar el criterio seguido por la misma Corte Suprema de Justicia de los EEUU en este caso, que presupuso y anticipó que el panel arbitral en Japón aplicaría ley estadounidense, aún cuando existía una cláusula de elección de ley a favor de las leyes de Suiza. La “presunción” de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, podría decirse, encontraba asidero en razón de: (a) el reclamo involucraba la violación de las leyes de derecho público de EEUU, sobre cuestiones concernientes a competencia monopolística o de antitrust; (b) los hechos causa de los reclamos mismos se originaban en territorio estadounidense; (c) los reclamos sobre los asuntos de competencia monopolística estaban vinculados con la relación comercial propia por la que se pactó el arbitraje y se eligió la ley de Suiza, más no constituía la pretensión principal en el mismo. Así, la Corte Suprema de Justicia de EEUU descartó la posibilidad de que fuera la ley de Suiza la que regiría dichos reclamos, aún a pesar de la cláusula de elección de ley contenida en el contrato de las partes involucradas.

28 Se puede revisar el caso en los reportes oficiales: 473 US 614, o en 105 S.Ct. 3346, o en el 87 L.Ed.2d 444.

29 En este caso los reclamos concernientes a competencia anti-monopolística se establecieron en virtud de una relación comercial, la que contenía la cláusula compromisoria.

30 Carbonneau, T.E. *Mitsubishi: The Folly of Quixotic Internationalism*. *Arbitration International*, Vol. 2 No. 2 (1986), pp. 116 – 139.

Otro aspecto que cabe mencionar en relación con este comentado fallo es que el reclamo concerniente a competencia antimonopolística, era en realidad una contrademanda presentada por el demandado, es decir una pretensión accesoria, incluida en el proceso arbitral para ser conocida junto con la demanda principal, que era indiscutiblemente regida por el arbitraje comercial internacional pactado entre las partes.

Así, contrario a lo manifestado por el Prof. Carbonneau, la posición de quienes aplaudieron la decisión de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, la han defendido en favor del arbitraje internacional y la capacidad de los árbitros a resolver asuntos, inclusive de derecho público, utilizando las leyes del Estado interesado, pero principalmente, para que las defensas o contrademandas que involucren cuestiones de derecho público no se conviertan en obstáculos contra el arbitraje válidamente pactado.³¹

En todo caso, la Corte Suprema de Justicia de los EEUU estableció claramente, que siempre quedaba a salvo el remedio de oponerse al reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, en el caso que no se hubiera resuelto correctamente o no se hubiera utilizado ley local pública, necesaria para la solución del reclamo presentado. Sin embargo, tal solución es sumamente onerosa, pues implica continuar y someter a las partes a un procedimiento, con el gasto de tiempo y recursos que ello implica, mismo que a la postre podría resultar inocuo.

No obstante, cabe reconocer que el fallo en comentario estableció que siendo competente un panel arbitral para conocer de varios reclamos entre las partes, ante cualquier otro reclamo originado de las leyes estadounidenses, el panel estaría obligado a conocer de ellos aplicando las leyes nacionales del país que dieron origen a estos reclamos. De esta manera manifiesta, mediante nota al pie, como el gobierno de los EEUU, en condición de *amicus curiae*, advirtió la posibilidad de que el panel arbitral en Japón leyera la cláusula de elección de ley a favor a las leyes de Suiza en detrimento a las leyes estadounidenses, en cuanto a que fueran éstas las que rigieran los reclamos concernientes a competencia monopolística.

Sin embargo, en una audiencia oral celebrada para este asunto, se determinó que los reclamos respecto a competencia antimonopolística serían regidos por ley estadounidense y que de esa manera se habían presentado los requerimientos ante el Panel Arbitral en Japón. A este respecto la Corte Suprema de Justicia de los EEUU manifestó que “... *en el caso eventual de que las cláusulas de elección de foro y de ley operaran asociadas como una posible renuncia de los derechos de una parte a buscar remedios legales por violaciones respecto a competencia monopolística, poco se dudaría en condenar el acuerdo como contrario al orden público...*”.³²

Evidentemente, este fallo de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU abrió el portillo para que se discutiera en procedimientos de

31 Lowenfeld, A.F. The Mitsubishi case: another view. Arbitration International, Vol. 2 No. 3 (1986), pp. 179.

32 La Corte Suprema de Justicia de los EEUU estableció literalmente que: “... *There is no reason to assume at the outset of the dispute that international arbitration will not provide an adequate mechanism. To be sure, the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states; hence, it has no direct obligation to vindicate* continúa en la siguiente página

arbitraje aspectos que inclusive implicaban la aplicación de leyes de derecho público, las cuales, como es sabido, podrían contener aspectos de *orden público internacional* de los Estados. Dicha Corte declaró la cuestión como arbitrable, pero haciendo la salvedad de que el panel arbitral debía aplicar las leyes de derecho público correspondientes.

En este sentido, se vislumbró la intención de ejercer un control “previo” por parte el máximo órgano jurisdiccional, que alertó a las partes sobre la posible ineficacia del acuerdo arbitral de no aplicarse leyes imperativas de su país.

Cabe concluir entonces, que el arbitraje de cuestiones privadas que impliquen la aplicación de derecho público podría ser

permitido, siempre y cuando se presuma la aplicación por el panel arbitral de las normas de derecho público que correspondan. La interrogante que se genera es respecto a cómo el Estado interesado podrá ejercer ese ‘control previo’, o inclusive cómo podrá controlar la efectiva aplicación de su solución, al caso concreto.

Como corolario de lo anterior, debemos afirmar que por más que a nivel internacional se fomente el arbitraje comercial, aún en posible detrimento de la vigencia de normas de derecho público, imperativas e irrenunciables, el *orden público internacional* podría ser resguardado *a priori*³³, o en otras etapas del procedimiento (*a posteriori*, como lo sería la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero).

their statutory dictates. The tribunal, however, is bound to effectuate the intentions of the parties. Where the parties have agreed that the arbitral body is to decide a defined set of claims which includes, as in these cases, those arising from the application of American antitrust law, the tribunal therefore should be bound to decide that dispute in accord with the national law giving rise to the claim. Cf. Wilko v. Swan, 346 U.S., at 433 -434. [Nota al Pie19]: In addition to the clause providing for arbitration before the Japan Commercial Arbitration Association, the Sales Agreement includes a choice-of-law clause which reads: “This Agreement is made in, and will be governed by and construed in all respects according to the laws of the Swiss Confederation as if entirely performed therein.” App. 56. The United States raises the possibility that the arbitral panel will read this provision not simply to govern interpretation of the contract terms, but wholly to displace American law even where it otherwise would apply. Brief for United States as Amicus Curiae 20. The International Chamber of Commerce opines that it is “[c]onceivable[e], although we believe it unlikely, [that] the arbitrators could consider Soler’s affirmative claim of anti-competitive conduct by CISA and Mitsubishi to fall within the purview of this choice-of-law provision, with the result that it would be decided under Swiss law rather than the U.S. Sherman Act.” Brief for International Chamber of Commerce as Amicus Curiae 25. At oral argument, however, counsel for Mitsubishi conceded that American law applied to the antitrust claims and represented that the claims had been submitted to the arbitration panel in Japan on that basis. Tr. of Oral. Arg. 18. The record confirms that before the decision of the Court of Appeals the arbitral panel had taken these claims under submission. See District Court Order of May 25, 1984, pp. 2-3. We therefore have no occasion to speculate on this matter at this stage in the proceedings, when Mitsubishi seeks to enforce the agreement to arbitrate, not to enforce an award. Nor need we consider now the effect of an arbitral tribunal’s failure to take cognizance of the statutory cause of action on the claimant’s capacity to reinstate suit in federal court. We merely note that in the event the choice-of-forum and choice-of-law clauses operated in tandem as a prospective waiver of a party’s right to pursue statutory remedies for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy. See, e. g., Redel’s Inc. v. General Electric Co., 498 F.2d 95, 98-99 (CA5 1974); Gaines v. Carrollton Tobacco Board of Trade, Inc., 386 F.2d 757, 759 (CA6 1967); Fox Midwest Theatres v. Means, 221 F.2d 173, 180 (CA8 1955). Cf. Lawlor v. National Screen Service Corp., 349 U.S. 322, 329 (1955). See generally 15 S. Williston, Contracts 1750A (3d ed. 1972). Fin de Nota al Pie 19] And so long as the prospective litigant effectively may vindicate its statutory cause of action in the arbitral forum, the statute will continue to serve both its remedial and deterrent function. [473 U.S. 614, 637-638]

33 Aunque nuestra realidad judicial no nos permita tal control previo.

El problema, sin embargo, se daría en aquellos casos en que la parte victoriosa con un laudo arbitral ofensivo del orden público del Estado interesado, no requiera de su reconocimiento y ejecución en ese Estado, como sería el caso de la parte demandante que base sus pretensiones en normas de derecho público y el tribunal arbitral las deniegue en aplicación a leyes extranjeras ofensivas de los intereses nacionales resguardados en dichas normas imperativas. De esta manera, claramente, la parte afectada perdería toda posibilidad de recurso, pues al resultar vencedor el demandado, probablemente no existiría etapa de ejecución de laudo. De esta manera, se debe concluir que el tema debe ser tratado con cuidado, en forma casuística, pues una generalización de conceptos podría ser bastante perjudicial y hasta devendría en una injusticia.

5- Orden público internacional y Acuerdo Arbitral

En cuanto a las limitaciones a la arbitrabilidad de la cuestión o del acuerdo arbitral en virtud de que se ofenda el *orden público internacional*, éstas se refieren más a una cuestión previa de determinar si la cláusula compromisoria es efectiva o si, por el contrario, su ejecución atentaría contra el *orden público internacional* de un Estado en particular.

Sin duda, el problema que mayor complejidad presenta es el referente a la posibilidad de rechazar y excluir una cláusula compromisoria por el hecho de que el laudo que se espera de su aplicación atente contra el *orden público internacional*

del país interesado (ya sea el Estado donde se celebrará el arbitraje, el Estado en donde se hará efectivo el laudo arbitral, o el Estado ante el cual se presentará el acuerdo arbitral para ser validado).

Negar la aplicación del *orden público internacional* para valorar la validez o eficacia de una cláusula compromisoria en este sentido, podría poner en desventaja a alguna de las partes, pues por un lado los Estados tendrían el derecho a no reconocer un laudo arbitral extranjero que ofenda su *orden público internacional*, pero por otro, estarían en la obligación de reconocerle validez y vigencia a una cláusula compromisoria cuyo resultado, al final del arbitraje, podría ser rechazado por la misma causa aquí mencionada. Así, es mi opinión que si el Estado se encuentra autorizado a denegar el reconocimiento del laudo arbitral –so excusa de ofender el *orden público internacional*– igual podría denegar la aplicabilidad de un acuerdo compromisorio.

En un análisis al caso *Van Hopplynus v. Coherent Inc.*³⁴ del Tribunal Judicial de Comercio de Bruselas, el reconocido jurista Jan Paulsson nos comenta la posibilidad de cortes nacionales belgas desapliquen el acuerdo arbitral, diciendo:

“...si Bélgica fuera el lugar obvio para ejecutar el laudo contra la parte que haga la objeción, y si la Ley Belga de 1961 en última instancia previniera la ejecución, en perfecta conformidad con el artículo V(2)(a), sería bastante consistente que una corte Belga hiciera tal determinación al inicio, y permitiera la acción de la corte

34 5 de octubre de 1994, 1994 Rev. Arb. 311, XXII Yearbook 637 (1997)

*Belga. Esto podría ser además en el interés de una administración de justicia eficiente...*³⁵

Claro, el punto medular ante esta situación sería el discernimiento de los motivos o fundamentos que lleven a una corte nacional a establecer, inobjetablemente, que la decisión final del panel arbitral ofendería el *orden público internacional* a la hora de pretenderse ejecutar dicho laudo en su territorio. No hay duda que lo anterior constituye el “talón de Aquiles” de cualquier razonamiento en este sentido. Definitivamente este análisis quedará para ser realizado casuísticamente, y con base en un criterio razonado y fundamentado por la corte nacional que corresponda.

Una interpretación justa del artículo II(3) de la Convención de Nueva York, y concordante con el artículo V(2)(b) de la misma, permitiría la posibilidad de cualquier Estado a someter a un examen previo el acuerdo arbitral, a la luz de factores como su mismo *orden público internacional*.

Repasando, el artículo II (3) de la Convención de Nueva York, dice:

“... El tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje,

a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable... (lo resaltado no es del original)

La posibilidad de un eventual laudo violatorio del *orden público internacional* del Estado correspondiente, según el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York, hace ineficaz e inaplicable cualquier acuerdo arbitral, pues pretende la resolución de una cuestión en franca oposición a sus máximos intereses nacionales. Si un Estado tuviera la certeza de que el laudo, resultante de un procedimiento arbitral establecido en aplicación de un acuerdo arbitral específico, devendrá en violatorio a su *orden público internacional*, el artículo II (3) de la Convención de Nueva York faculta a sus cortes para negarle validez, eficacia o aplicabilidad a dicho acuerdo.

Al respecto, los profesores Bernard Hanotiau y Olivier Caprasse, indican:

“... Es cierto que la arbitrabilidad y el orden público están mencionados en forma separada en el Artículo V(2), en lo que concierne la ejecución de un laudo, mientras que no es el caso en el Artículo II(3). Se establece que ambos motivos deben ser leídos dentro de los requisitos del Artículo II(3), como fue correctamente señalado por la Corte de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos. Adicionalmente, orden público puede ser también

35 Paulsson, J. *Arbitrability. Still Through a Glass Darkly*, en Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: Convención de Nueva York de 1958 Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Instituto Peruano de Arbitraje. 2009. Primera Edición. Tomo 2. Traducción no oficial de: “...if Belgium would be the obvious place of enforcement of an award against the party raising the objection, and if the 1961 Belgian Law would at any rate ultimately prevent enforcement in perfect conformity with Article V(2)(a), it would seem quite consistent for a Belgian court to make that determination at the outset, and to allow the Belgian court action. This may moreover be in the interest of efficient administration of justice...”, Pág 532.

considerado como dentro de la definición de “nulo”...”.³⁶

Pero inclusive, podríamos atrevernos a incluir al orden público como calificador de ineficacia e inaplicabilidad, en ausencia de una definición de dichos términos en el contexto de la Convención de Nueva York. Además, no hay que olvidar que para separarse de la aplicación de un acuerdo arbitral, por una u otra razón, son comúnmente confundidas las calificaciones de nulidad, ineficacia e inaplicabilidad³⁷.

Lo anterior nos lo comentan R. Doak Bishop, Wade M. Coriell y Marcelo Medina Campos:

“... Es posible que la confusión en este caso sea al final un aspecto académico porque las cortes frecuentemente interpretan el Artículo II(3) como un todo, en lugar de delinear claramente entre que puede hacer, por un lado, a un acuerdo arbitral ‘nulo’, y por otro, que lo puede hacer ‘ineficaz’ o ‘inaplicable’...”³⁸

En todo caso, y siguiendo la idea de que la violación al *orden público internacional*

podría definir al acuerdo arbitral como nulo (o ineficaz o inaplicable), considero importante mencionar el caso argentino que presentó el Prof. Horacio Grigera Naón, en el Congreso de 1986 de la International Court for Commercial Arbitration (ICCA), en el sentido que las Cortes argentinas no aceptarían el arbitraje de una cuestión que emane de un contrato internacional, aunque por la materia de la disputa la cuestión si lo sea, si el arbitraje derivara en:

“... a) una violación a los principios generales de moralidad y justicia compartidos por Argentina y la comunidad internacional o en forma específica respecto a la sociedad argentina o respecto a condiciones básicas del sistema legal, sociedad, o estructura y políticas económicas argentinos...”³⁹

No obstante, el propio Grigera Naón hace la salvedad que los casos en que se logre determinar *a priori* alguna violación del *orden público internacional* argentino, son poco probables o hasta imposibles. A lo cual recalca que únicamente si la incompatibilidad de la cláusula arbitral con respecto al *orden*

36 Hanotiau B. y Caprasse O., Op. Cit., pag 799. Traducción no oficial del texto: “...It is true that arbitrability and public policy are separately mentioned in Article V(2) as far as the enforcement of an award is concerned, while it is not the case in Article II(3). It remains that both grounds are to be read into the requirements of Article II(3), as was correctly pointed out by the United States Court of Appeals for the First Circuit. Furthermore, public policy can also be regarded as falling within the words ‘null and void’...”

37 O “de ejecución imposible” como dice el artículo 8(1) de la Ley 8937 (Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la CNUDMI).

38 Bishop R.D., Coriell W.M. y Medina Campos M., The ‘Null and Void’ Provision of the New York Convention en Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention in Practice, Editors Emmanuel Gaillard y Domenico Di Pietro, Cameron May, Uk, 2009, Pag 277.

39 Grigera Naón, H.A. Op. cit. An Argentine View. Págs 331 - 332. El texto literal dice: “...a.) a violation of general principles of morality and justice shared by Argentina and the international community or specific to Argentine society or concerning basic grounds of the Argentine legal system, society or economic structure and policies; (4) or b.) a violation of foreign mandatory laws which should be applied both on account of Argentine private international law (“place of contractual performance” (5) and of the interests and policies underlying such laws (fraude à la loi étrangère); (6) or c.) a violation of Argentine mandatory laws of the Argentine “place of contractual performance” imperatively requiring international application (fraude à la loi propre); (7) or d.) a violation of Argentine or foreign “direct” rules also requiring extraterritorial application(8) irrespective of the indications of traditional “indirect” conflict of law rules having the “place of contractual performance” as connecting factor...”

público internacional argentino se evidencia de la misma cláusula, de las instrucciones a los árbitros, o de las circunstancias que deriven del propio contrato donde esté incorporada la cláusula arbitral, como lo sería una cláusula de elección de ley, podría el Juez argentino denegar la validez y los efectos de la cláusula arbitral correspondiente a una transacción internacional por contrariar el *orden público internacional* argentino.⁴⁰

Coincido con las conclusiones del Prof. Grigera. No hay que perder de vista que la sanción que le aplica el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York al laudo extranjero es la falta de reconocimiento y ejecución por no ser el objeto de la diferencia susceptible de solución vía arbitraje o por contrariarse el orden público, todo ello, del país donde se pretenda el reconocimiento y ejecución del laudo. Es decir, la sanción no equivale a inaplicabilidad *erga omnes*. El laudo mantendrá su validez y podrá ser reconocido y ejecutado en otras jurisdicciones, de así decidirse. Al menos, esa es la tendencia moderna originada de las Cortes francesas. Por ello, el examen que se haga del acuerdo arbitral, según el artículo II (3), por cuestiones de orden público, debe ser muy estricto dado que lo resuelto por la corte nacional podría inhibir la aplicación del acuerdo arbitral en otras jurisdicciones e imposibilitaría que el asunto sea resuelto vía arbitral en otras sedes, y den como resultado un laudo ejecutable en las mismas. En otras palabras, mientras el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York no anula ni invalida el laudo,

la no referencia de las cortes nacionales a arbitraje, al amparo del artículo II(3) de dicha Convención, por considerarse el acuerdo *nulo, ineficaz o inaplicable* por contrariar al orden público, podría obstaculizar del todo la existencia de un eventual laudo arbitral.

Sin embargo, a la luz de lo dicho anteriormente, y siguiendo una vertiente totalmente pragmática, si las cortes nacionales denegaran la aplicación del acuerdo arbitral –por ofender su propio *orden público internacional*– obstruyendo así la posibilidad de que una parte recurra al arbitraje en sede extranjera, ello no debe ser óbice para que la parte ‘vencida’ en su pretensión busque la iniciación del arbitraje en la sede extranjera pactada. Claramente, existirían dos procesos en jurisdicciones distintas, que podrían dar como resultado decisiones contradictorias. No obstante, una de ellas sería (y hubiera sido) inejecutable de todas maneras, si como se vaticinó, el resultado ofendiera el *orden público internacional* del Estado que rechazó la aplicación del acuerdo arbitral.

En otras palabras, aún cuando la solución no es la ideal, si una Corte nacional se opone a la ‘validez, eficacia o ejecución’ del acuerdo arbitral so pretexto de que el laudo que emane del procedimiento arbitral ofendería su *orden público internacional*, ello no hace más que enviar un mensaje *a priori* a las partes, que bien puede ser de gran utilidad y provecho. Pero de ninguna manera sus efectos deben ser trasladados y extendidos a todas las jurisdicciones.

40 Grigera Naón, H.A. Ibidem. Pág. 333 y 334

III- CONCLUSIÓN

Ha quedado claramente establecido que la arbitrabilidad de una cuestión jurídica puede determinarse en virtud de normas de derecho público, imperativas e irrenunciables⁴¹ o bien en virtud de aspectos de *orden público internacional* y otros intereses nacionales.

Igualmente, es claro que la Convención de Nueva York establece expresamente la facultad de los Estados signatarios a oponerse a una cláusula de arbitraje por razones de arbitrabilidad o bien por considerarse dicho acuerdo nulo, ineficaz e inaplicable; aunque sean disímiles las posiciones en cuanto a cuál será el ordenamiento jurídico –incluyéndose su propio *orden público internacional*- encargado a asignarle al acuerdo arbitral dicha calificación o bien cómo determinar ésta.

Así, debemos responder afirmativamente la cuestión de si sería posible para una corte nacional, a la luz de la Convención de Nueva York (o de la Convención Interamericana de Panamá), desaplicar un acuerdo arbitral validamente emitido, porque el resultado final del arbitraje mismo pudiera ofender el *orden público internacional* de su país.

Aunque criticada por el Prof. Thomas Carbonneau, entre otros, la posición de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, en el caso *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, parece señalar, o por lo menos sugerir, una solución justa, razonable y proporcionada, admitida en virtud de la interpretación al artículo II (3) a la luz del

artículo V(2)(b), de la Convención de Nueva York. A pesar de que el artículo II (3) remite a la legislación interna de un Estado, que determine la validez y eficacia de la cláusula compromisoria, esta norma remite también a un aspecto genérico de “aplicabilidad”, dentro de lo cual podríamos incluir la arbitrabilidad de la controversia, ya sea por la materia o porque no se violen normas imperativas, de obligado acatamiento o irrenunciables, o bien porque no se ofenda el *orden público internacional* del país interesado. En otras palabras, una cláusula compromisoria podría ser “inaplicable” porque a juicio de la autoridad competente ésta, o el laudo final que de ella resultara, ofendería normas internas respecto a arbitrabilidad de la materia, normas imperativas e irrenunciables, o cuestiones de *orden público internacional*.

Finalmente, no podemos pasar por alto que las convenciones internacionales comentadas generan derechos y compromisos dentro del sistema y principios que inspiran al derecho internacional privado. Así, a lo interno, aunque esté admitido expresamente o no en las normas de colisión –nacionales o internacionales- los Estados podrán excusarse en los llamados *mecanismos de escape*, dentro de los cuales hemos comentado el *orden público internacional*.

De esta manera, es importante cuestionarnos ¿cuándo estaríamos ante una cláusula compromisoria ofensiva del *orden público internacional* (o bien de normas imperativas e irrenunciables)? Como hemos visto, la anterior interrogante es de compleja solución. Sin embargo, debemos suponer

⁴¹ Aunque la tendencia de que éstas llegaran a constituir un impedimento al arbitraje comercial internacional está en decadencia.

que una cláusula compromisoria ofensiva al *orden público internacional* sería aquella que esté vinculada con una cláusula de elección de ley, y que ello por sí solo anticipe un resultado fatal en contra del *orden público internacional* de un Estado involucrado. A este respecto, tomemos nota de lo dicho por el Prof. Andreas F. Lowenfeld :

*“En cerca de la mitad de los arbitrajes en los que he estado involucrado, ha habido una cláusula de elección de ley, y esa elección siempre ha sido honrada...[Dicha cláusula, esperarí yo, no sería honrada si la ley fue elegida para evadir una disposición obligatoria –irrenunciable- de la ley nacional]”.*⁴²

Ahora bien, no debemos obviar que la tendencia internacional y de países desarrollados, respecto al arbitraje comercial internacional, se inclina hacia la conservación del acuerdo arbitral y el correspondiente proceso arbitral. Mucho se ha criticado la injerencia de las cortes nacionales en los procesos arbitrales. Quienes más la critican, se sustentan en la idea de que el arbitraje internacional se encuentra apoyado en un

robusto sistema que ratifica su independencia total de los órganos jurisdiccionales. No obstante, tal posición se encuentra aún muy alejada de la realidad de nuestros países latinoamericanos.⁴³

Para quienes son defensores del arbitraje comercial internacional, las objeciones contra el acuerdo arbitral, inclusive aquellas referentes al orden público internacional que afecte la aplicabilidad, validez, o eficacia del acuerdo arbitral deberá serle sometido al tribunal arbitral, y no a las cortes nacionales; aún contrario a lo establecido por la Convención de Nueva York misma. Es posible que esa sea la solución más acorde a la teoría del arbitraje. Pero según el adagio *“el arbitraje vale lo que vale el árbitro”*, y considerando la desconfianza que ello pueda generar en el seno de una incipiente madurez judicial latinoamericana en torno a la institución del arbitraje, no es de extrañar que las cortes nacionales de Latinoamérica continúen ejerciendo un control que incluya el examen de aspectos de orden público internacional o interés público a los procesos arbitrales, y con ello, se extienda tal examen al acuerdo arbitral.

42 Lowenfeld, A.F. *The Two-Way Mirror: International Arbitration as Comparative Procedure*. En Mich. YB. Int'l Legal Studies 163 (1985), Pág.178.Traducción libre del autor.

43 Conejero Roos, C., *National Constitutions and International Arbitration in Latin America: A Dangerous Liasion*, en The Arbitration Review of the Americas 2010, Págs. 12 y 13. El autor comenta sobre la obreprotección en países latinoamericanos de sus leyes y principios constitucionales en perjuicio de los procesos arbitrales internacionales, derivado en parte de la constitucionalización del arbitraje y de la equiparación de los árbitros a los funcionarios jurisdiccionales locales.