

ENFOQUE  DERECHO
.COM

“NO COMETERÁS ACTOS IMPUROS”: EL ORDEN PÚBLICO Y EL CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO ARBITRAL*

Alfredo Bullard González**

Miembro del Comité Consultivo de THĒMIS

Hoy en día, la discusión en torno a la revisión judicial posterior de laudos arbitrales pasa por el principio del “orden público”, afirmándose que el resultado de un arbitraje que contravenga dicho principio podría no ser ejecutable. El problema es que el concepto de “orden público” es muy amplio y subjetivo. El problema es mayor en el caso de la ejecución de laudos extranjeros, en los cuales es posible su inaplicación por contravenir el orden público internacional, así como, además, por contravenir el concepto de “orden público” entendido en el lugar donde se ejecuta el laudo.

En el presente artículo, el autor critica la revisión e inaplicación judicial de laudos arbitrales extranjeros basada en la contravención del llamado “orden público nacional”. Así, propone una interpretación restringida de la Convención de Nueva York, que impida la ejecución de un laudo arbitral sólo cuando sea contrario al “orden público nacional, para efectos del Derecho Internacional”; es decir, cuando contravenga a los principios más básicos de moralidad y justicia del ordenamiento mundial. Así, se resolverá el problema de esta “dualidad” del concepto de orden público, facilitando la asimilación de laudos extranjeros en el ordenamiento nacional y otorgando seguridad jurídica.

* El autor desea agradecer la colaboración de Jose Luis Repetto en la elaboración del presente artículo. Sin su apoyo en la investigación y su aporte intelectual, este trabajo no hubiera sido posible.

** Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Profesor de Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS. Ha participado como árbitro en más de 200 arbitrajes incluyendo casos administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

I. INTRODUCCIÓN

Dice la leyenda que, cuando Moisés bajo del Monte Sinaí, llevaba bajo el brazo las Tablas de la Ley. Una vez que se encontró frente al pueblo, comenzó a leer, uno por uno, los diez mandamientos. Al llegar al sexto (“no cometerás adulterio”) el pueblo expresó su desacuerdo. Ante el disgusto y el reclamo popular, Moisés se limitó a decir: “Eso dice la Ley. Habrá que ver qué dice la jurisprudencia”.

La historia (que, como es obvio, no es la reflejada en la Biblia) nunca ha sido más cierta que cuando nos referimos al control de los laudos arbitrales por las cortes ordinarias. Sea por la vía del recurso de anulación o por la vía del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, las leyes arbitrales (usualmente parcas y de texto abierto) no dicen mucho. Será usualmente la jurisprudencia de cada corte nacional la que determinará, de ordinario y con un cierto grado de discrecionalidad, si el laudo es válido o ejecutable. Como diría Moisés, más allá de lo que diga la Ley, será la jurisprudencia lo realmente importante. Y no la jurisprudencia en abstracto, sino la jurisprudencia de cada país en particular. Y de todas las causales de nulidad, o de no reconocimiento o ejecución del laudo, la que más se presta para el rol protagónico de la jurisprudencia, es la referida al conflicto entre el laudo y el orden público; es decir, la generada por problemas de *public policy*.

El catecismo de la Iglesia Católica ha cambiado el “no cometerás adulterio”, al menos como literalmente aparece en el libro del Éxodo, y lo ha redactado de manera distinta: “No cometerás actos impuros”. Y creemos que las leyes de arbitraje y las convenciones internacionales han hecho algo parecido.

El término “adulterio” tiene un sentido más o menos cerrado y claro: Tener una relación sexual con alguien distinto a tu cónyuge. Por supuesto, podemos tener discusiones interesantes sobre qué es tener sexo y, por tanto, qué es adulterio¹. Pero existe un cierto grado de certeza. Es una fórmula relativamente cerrada. Pero el término “no cometerás actos impuros” es bastante más problemático. La

calificación de “acto impuro” dependerá del carácter más o menos conservador, más o menos liberal, del intérprete, generando una diversidad de interpretaciones mucho más amplia de la que se concibe un término como “adulterio”.

En el inventario de posibles actos candidatos a la calificación de “acto impuro” puede estar desde un inocente beso en la mejilla, hasta un acto de sadomasoquismo. Y los puntos intermedios son infinitos.

Una calificación abierta, sin contenido propio, admite casi cualquier interpretación. Quien tenga que tomar una decisión con consecuencias legales, sobre la base de un término tan amplio, está dotado de una gran discrecionalidad. Y quienes, como partes, tenemos que sentarnos a esperar la interpretación, estaremos sumergidos en una gran inseguridad e incertidumbre.

Para un buen observador, un término como “orden público” se acerca bastante a una calificación como “acto impuro”. Dependerá del carácter liberal o conservador, privatista o publicista, nacionalista o internacionalista, del intérprete para arrojar resultados bastante distintos.

El orden público es un concepto peligroso, precisamente porque define un “pecado” en base a una regla abierta y discrecional. De la misma manera como uno se puede jugar la ida al infierno con una interpretación sobre qué es un acto impuro, un tribunal arbitral puede presenciar la muerte de su laudo por un criterio dispar sobre cómo leer un concepto como el de orden público.

Lo dicho, que ya es problemático en el marco del arbitraje doméstico, se torna en mucho más complejo en el Arbitraje Internacional. Por lo menos en el arbitraje doméstico, los árbitros (usualmente de la misma nacionalidad que la corte que revisará la validez del laudo o la ejecución del mismo) están en mejor posibilidad de conocer e identificar cómo piensan los jueces a cargo del control del laudo. En términos de Moisés, pueden saber mejor “qué dice la jurisprudencia”.

¹ Fue célebre la discusión sobre si la relación entre el ex Presidente Clinton y Monica Lewinsky (sexo oral) fue un caso de adulterio, o simplemente una conducta impropia. Usualmente las normas de divorcio plantean el mismo problema.

En cambio, en el Arbitraje Internacional los árbitros suelen ser de nacionalidad distinta a la de los jueces que revisaran el laudo. Desconocen la Ley, pero sobre todo la conciencia y principios que aplican los jueces locales que controlarían el laudo. Y, en lo concerniente a la ejecución, podríamos estar hablando de muchas jurisdicciones en las que se puede intentar un reconocimiento y una ejecución de la decisión. De hecho, los árbitros podrían nunca haber imaginado que el laudo intentaría ser ejecutado o reconocido en varias de esas jurisdicciones. No se sabe si un acto que se considera un inocente besito podría, en determinada jurisdicción, ser considerado un pecado mortal.

Partiendo de esta perspectiva, este artículo analiza este problema y, en particular, las diferencias entre estar sujetos al concepto de "orden público" y estarlo al llamado "orden público internacional".

II. ¿Y QUE DICE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS "ACTOS IMPUROS"?

La mejor manera de entender el problema que plantea el control de laudos por la causal de ser contrario al orden público es revisando casos. Este inventario tiene por propósito identificar el tipo de problemas que se presentan. Algunos son casos reales, sea que hayan sido publicados o que hayan llegado a conocimiento del autor por su experiencia arbitral o profesional. Algunos son hipotéticos, aunque en todos los casos tienen alguna base en hechos reales. Como se verá hay una gran diversidad de supuestos y todos se prestan a interpretaciones muy distintas y diversas.

En Inglaterra ocurrió un caso peculiar. Una corte inglesa² se negó a ejecutar un laudo que daba cumplimiento a un contrato entre un padre y un hijo que involucraba contrabandear alfombras de Irán, en flagrante violación de las leyes de aduanas. El padre y el hijo decidieron someter la controversia a arbitraje del Tribunal del Gran Rabino de Londres, quien

aplicaba la ley judía. El laudo se pronunció a favor de hacer cumplir el contrato, sin importar que el acuerdo fuera ilegal³. Cuando este caso llegó a las cortes inglesas, éstas se negaron a reconocer la ejecución bajo el siguiente razonamiento: "The Court is in our view concerned to preserve the integrity of its process, and to see that it is not abused. The parties cannot override that concern by private agreement. They cannot by procuring an arbitration conceal that they, or rather one of them, is seeking to enforce an illegal contract. Public policy will not allow it"⁴.

Otro caso interesante es el de *Westacre Investments Inc. v. Jugoimport-SPDR Holding Co. Ltd*⁵. Esta controversia surgió de un contrato de consultoría para la venta de equipos militares en Kuwait. Westacre inició un arbitraje, reclamando el pago de sus honorarios profesionales por los servicios de consultoría. Por su parte, Jugoimport se defendió alegando que el contrato violaba la ley de Kuwait y el orden público, porque el contrato involucraba sobornos y tráfico de lobby (tráfico de influencias) a los funcionarios de esta empresa pública. El tribunal arbitral encontró que no había pruebas de corrupción y consideró que, de acuerdo a la Ley suiza (la ley aplicable al fondo de la controversia acordada en el contrato), el tráfico de influencias para obtener contratos públicos no era ilegal. Este laudo fue luego impugnado en un Tribunal Federal Suizo, que rechazó el recurso. Asimismo, en las cortes inglesas, se rechazó la anulación, tanto en primera instancia cuanto en la corte de apelaciones. Ello, sobre la base de que las imputaciones de corrupción no estaban probadas y el lobbying (tráfico de influencias) no era una actividad ilegal de acuerdo a Ley elegida por las partes⁶.

El autor de este artículo tuvo conocimiento de un caso en el que, por razones de confidencialidad, no es posible identificar a las partes. En él, dos empresas se habían asociado para ejecutar un proyecto que implicaba contratar con una entidad del Estado. Al

² Ver: Caso *Soleimany v. Soleimany*. 1999. QB 785.

³ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. "Recognition and Enforcement of Arbitral Awards". En: Redfern and Hunter on International Arbitration. La Haya: Kluwer International Law. 2009. p. 655.

⁴ Ver el ya mencionado caso *Soleimany v. Soleimany*.

⁵ Ver: Caso *Westacre Investments Inc v. Jugoimport-SPDR Holding Co. Ltd*. 1999.

⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. cit. p. 656.

momento en que una de ellas rindió cuentas sobre la ejecución del contrato, incluyó entre los gastos el pago de “comisiones” a funcionarios de la entidad para obtener la buena pro. La otra empresa se negó a pagar esos gastos, alegando que no podía reconocer gastos derivados de corrupción. Su contraparte le replicó que su representante estaba perfectamente al tanto de dichos gastos y los había aprobado.

El caso llegó a arbitraje, en el que se demandó el pago de las “comisiones”. Desconozco qué resolvieron los árbitros y si se consideraron competentes para definir si el pago se podía efectuar. Pero, de haber ordenado el pago, el caso era un perfecto candidato a ser llevado a control judicial sea por la vía de anulación, sea por la vía de oposición al reconocimiento o ejecución de laudo.

Otro caso del que tuve conocimiento fue uno en el que se había contratado para el suministro de repuestos y reparación de equipamiento militar. La fuerza militar de un país había así contratado a una empresa extranjera para tal fin. El equipamiento provenía de un país diferente a aquel al que era nacional la fuerza militar. Durante el arbitraje, se cuestionó la arbitrabilidad de la controversia. Se alegó que la celebración del contrato requería, de acuerdo a la legislación del país de origen del armamento, la aprobación previa del Ministerio de Defensa de dicho país, lo que no habría ocurrido, por lo que el contrato era nulo y la controversia no era arbitrable.

El Tribunal Arbitral, en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* se declaró competente, pues señaló que en caso de ser cierto que el contrato era nulo, por la separabilidad del convenio, dicha nulidad no necesariamente afectaba el convenio arbitral. Luego, el Tribunal declaró válido el contrato y ordenó que éste se ejecute según sus términos. Se planteó, entonces, la nulidad del laudo, la que fue desestimada por las cortes ordinarias, pues se consideró que el requisito de aprobación por el Ministerio de Defensa del país de origen del armamento no afectaba el orden público del país donde el contrato debía cumplirse.

Un cuarto caso interesante se planteó con relación al régimen cambiario de un determinado país. Una empresa nacional de un país A, era acreedora de otra empresa nacional de un país B. Durante las fechas en que los pagos debían efectuarse, el régimen cambiario del país B establecía limitaciones a la remesa de divisas para el pago de deudas a empresas extranjeras, con lo que el pago debía efectuarse en el territorio del país B. El régimen cambiario preveía que la deuda podía pagarse en moneda nacional a un tipo de cambio establecido por las autoridades del gobierno. Ese tipo de cambio era bastante desfavorable para el acreedor.

Las partes recurrieron a un arbitraje para determinar si el régimen cambiario vigente debía ser respetado en la relación contractual, alegándose que era un régimen de orden público en el lugar de pago y que, por tanto, los árbitros no podían ordenar su inaplicación. El tribunal arbitral, sin embargo, declaró que el pago debía hacerse a un tipo de cambio real (de mercado) y no al tipo de cambio establecido en las regulaciones del país B. El laudo no fue objeto de solicitud de anulación.

Lo interesante del caso es que, varios años después, las autoridades concursales del país B tuvieron que discutir el mismo problema en el procedimiento de insolvencia de la empresa deudora. A la fecha de la insolvencia de la empresa deudora, su acreedora no había cobrado todo el crédito. Sin embargo se cuestionó que el monto fijado en el laudo no podía ser reconocido por la autoridad concursal, porque el Tribunal Arbitral había violado normas de orden público y que, por tanto, no se podía perjudicar a los demás acreedores reconociendo un monto superior al que el tipo de cambio aplicable en su momento hubiera determinado. Lo cierto es que “la sangre no llegó al río” porque la autoridad concursal reconoció el carácter de cosa juzgada del laudo y aceptó el crédito según los términos establecidos en el laudo.

Otra área en donde se ha planteado el problema de vulneración del orden público en laudos es el de las normas *antitrust* o de libre competencia. Según Fouchard, Gaillard y Goldman⁷, un gran número de

⁷ FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. International Commercial Arbitration. La Haya: Kluwer Law International. 1999. p. 348. Cita: “A large number of arbitral awards have recognized the arbitrability of disputes involving issues of antitrust law”.

laudos arbitrales han reconocido la arbitrabilidad de las disputas que incluyen cuestiones del Derecho de la Competencia. En ese sentido, en el caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*⁸, la Corte Suprema de los Estados Unidos precisó que las demandas por *antitrust* pueden ser arbitradas. Sin embargo, hizo énfasis en que las cortes nacionales de Estados Unidos pueden tener una segunda mirada a estos laudos para asegurar que el legítimo interés público ha sido adoptado y protegido por el Tribunal Arbitral: “In the United States, too, the interplay between public policy and the enforcement of antitrust arbitral awards, has proved significant. The general approach was set by the US Supreme Court in the case of *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, in which it confirmed the arbitrability of antitrust claims, but emphasized that US national courts would have the opportunity to have a ‘second look’ at such arbitral awards in the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws had been addressed by arbitral tribunal. In practice, however, US Courts of Appeal have demonstrated different views with respect to their power to review an arbitral award *au fond*. For instance, in 2003, a divided Court of Appeal for the Seventh Circuit, considering the enforcement of a domestic award, quoted *Mitsubishi*, stating that a court should only confirm that the arbitral tribunal ‘took cognizance of the antitrust claims and actually decided on them’. No further review of the merits had to be carried out. However, one year later, the US Court of Appeal for the Fifth Circuit did not refrain from a substantive review of the merits of a domestic antitrust arbitral award”.

El inventario de casos cubre una diversidad enorme de situaciones que pasan por aplicación de normas concursales, reglas regulatorias, problemas de seguridad nacional, corrupción, posibilidad de tribunales arbitrales de levantar el velo societario, de reconocer un pacto de *cuota litis* prohibido por la legislación de un país, laudos contrarios a leyes de distribución y agencia, falta de motivación (alegando que la motivación de un laudo es un asunto que atañe al orden público o uso de pruebas ilícitas), entre otras.

III. INEVITABILIDAD DEL ARBITRAJE Y EL CONTROL JUDICIAL.

El control judicial del arbitraje ocurre, como regla general, *ex post* a la emisión del laudo. Ésta es una característica particular del convenio arbitral y que lo diferencia de la ejecución de otro tipo de contratos.

Del contrato para arbitrar (del convenio arbitral) se derivan diversas obligaciones. Pero la principal de todas es una de no hacer: Las partes se comprometen, en caso de un conflicto, a no recurrir a las cortes ordinarias, al menos en un inicio. Todas las demás obligaciones (incluido cumplir el laudo que se emita) se derivan de la primera. Si la obligación de no hacer no se cumple o no se ejecuta a bajo costo, las demás obligaciones pierden sentido y se vuelven inejecutables o inútiles.

La obligación de no hacer tiene dos alcances, vinculados pero distintos. El primero se refiere al fondo de la controversia. Respecto de ella, la obligación implica no recurrir ni en un principio, ni nunca al Poder Judicial. La regla general es que las cortes ordinarias jamás decidirán sobre las consecuencias del incumplimiento del contrato, su interpretación o la nulidad o ineficacia del mismo. Ese es el contenido esencial del acuerdo sobre el fondo. De existir un convenio arbitral, el fondo jamás será competencia de alguien distinto a los árbitros.

El segundo alcance se refiere a los aspectos formales del Arbitraje y, en particular, del convenio arbitral. La obligación de no recurrir a los jueces ordinarios respecto de asuntos como la jurisdicción de los árbitros, la validez o eficacia del convenio arbitral, o el cumplimiento de los acuerdos contenidos en el mismo (como la oportunidad de ejercer la defensa o designar a los árbitros de la manera pactada) es exigible en un principio, pero no en un final. Acabado el arbitraje, sí habrá control judicial, pero solo *ex post* al laudo. Ese control puede ejercerse por la vía del recurso de anulación o por la vía de las oposiciones al reconocimiento y ejecución de laudo.

Como veremos más adelante, el problema del orden público plantea una discusión difícil en

⁸ Ver: U.S. Supreme Court - *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*. 473 U.S. 614. 1985.

este contexto. Y es que orden público puede ser visto como un tema de fondo o como un tema de forma (ligado a la arbitrabilidad). Imaginemos que un laudo ordena el pago de una deuda sujeta al sistema concursal y que, de acuerdo a la ley de quiebras de un país dado, no resulta exigible. Según del lado del que se mire, podemos estar en el cualquiera de los supuestos.

Una forma de verlo es que al declarar la exigibilidad de una deuda suspendida en su cobranza por la ley concursal, el laudo ha inaplicado una norma de orden público pertinente al fondo, y, por tanto, puede ser anulada por la decisión de fondo. Con ello, la corte ordinaria podría revisar el fondo de lo decidido.

Otra forma de verlo es que el problema del orden público atañe a la arbitrabilidad de la controversia, pues al haber resuelto los árbitros sobre la exigibilidad de una deuda concursada, se han abocado a conocer una materia sobre la cual sólo las autoridades concursales son competentes porque se refiere al orden público.

Una posibilidad es, entonces, ver el problema del orden público como un asunto que se refiere a la arbitrabilidad, con lo que es de competencia exclusiva de los árbitros sólo por un tiempo (antes del laudo), y se refiere a un aspecto meramente formal. El problema es que es común que los tratados y las leyes de arbitraje contemplen la arbitrabilidad como una causal distinta a la de violación del orden público⁹.

La otra posibilidad es considerar que un laudo contrario al orden público es una excepción a la regla de que sobre el fondo del asunto sólo los árbitros son competentes. En ese caso, se aplicaría la misma regla de que el pronunciamiento judicial es *ex post* al laudo, pero el fondo (o al menos un aspecto del mismo) sí es revisable. Así, los árbitros sí pueden decidir, dependiendo del caso, sobre

un asunto de orden público, pero al hacerlo no pueden ir contra el orden público.

Y si queremos complicar el panorama, el orden público relevante puede no sólo ser el de la sede del arbitraje, el del país cuya Ley es aplicable al fondo de la controversia, sino también el de la ley del país de las partes, o el del país o países en los que el laudo será ejecutado. Como se ve, un problema bastante más complejo que simplemente determinar cuándo estamos frente a un “acto impuro” como pecado.

El problema no es sencillo. Una interpretación exageradamente amplia del concepto de orden público (como sucedería con los actos impuros) podrían llevar a una revisión judicial (siempre *ex post*) de casi cualquier aspecto de la controversia. Lo cierto es que la revisión siempre será *ex post*. Lo que hace particular la causal de que el laudo sea contrario al orden público es el que abriría la posibilidad de revisión de aspectos del fondo de la controversia por parte de los jueces ordinarios.

Siempre se podrá decir que será mejor que primero alguien dirima qué es de orden público y qué no, a fin de evitar que los árbitros “se equivoquen” al aplicar el orden público. El problema será quién debe ser ese “alguien”. Y si ese alguien es el Poder Judicial, entonces surge el conflicto con el carácter inevitable del arbitraje. Resulta que si las partes sometieron a arbitraje un asunto que atañe o podría ser relevante al orden público, ir primero a los jueces rompería el principio de inevitabilidad.

Sea cual sea el supuesto, la obligación de no hacer derivada del convenio arbitral, por su naturaleza (conseguir que una autoridad jurisdiccional se abstenga de participar, por lo menos en un inicio) es muy difícil de ejecutar, al menos bajo la concepción contractual común. Eso convierte al contrato para arbitrar en uno bastante extraño. Los esquemas de cumplimiento típicos de un contrato son inútiles y no garantizan que se cumpla el contrato para arbitrar.

⁹ Así lo establece, a título de ejemplo, la ley peruana, que regula ambas causales por separado en el artículo 61:

1. “El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...]
 - e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a Ley, son manifestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
 - f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional”.

La obligatoriedad del convenio, ¿nace del convenio mismo o se origina en la ejecución por las cortes ordinarias? Allí surge la paradoja que el sistema tiene que solucionar. Este problema explica las características especiales del convenio arbitral, y sobre todo de su forma de ejecución. Y es que si esa obligación se incumple, no es admisible, como solución, ir al Poder Judicial para que la ejecute, pues precisamente lo que las partes pactaron fue no ir, al menos en un principio, al Poder Judicial. ¿Cómo asegurar que se cumpla lo pactado sin incumplir la obligación de no hacer que se ha pactado? Si permitiéramos parar el arbitraje cada vez que se alega orden público, casi ningún arbitraje prosperaría. Por ello, el asunto del orden público, sea que afecte la arbitrabilidad, sea que afecte el sentido en el que se tiene que aplicar, es en principio competencia de los árbitros.

Ello porque el convenio arbitral es, pues, un contrato bastante extraño. Contiene una renuncia al uso del mecanismo común para hacer cumplir los contratos. La paradoja es cómo hacer cumplir un acuerdo que consiste en dejar de lado la forma usual de hacer cumplir los acuerdos.

Todo contratante aspira a que su contrato se cumpla por autoejecución, es decir, sin necesidad de acudir a una autoridad para que ordene el cumplimiento o asigne consecuencias al mismo (resolución, daños, etcétera). La intención siempre es que se cumplan sin necesidad de acudir a los jueces. Pero, igual a cuando uno se enferma y no le queda sino ir al médico (al que en principio nadie quiere ir), si no se cumple, si se presenta la patológica contractual, hay que ir al médico, y el médico de esa enfermedad suele ser un juez. Pero eso no es cierto en el convenio arbitral.

En una compraventa, si el vendedor no entrega el bien o el comprador no paga el precio, se recurre al juez para que las promesas incumplidas se cumplan o se asuman las consecuencias. La consecuencia del incumplimiento y el fracaso de la autoejecución es la ejecución judicial o la aplicación de las sanciones previstas en el ordenamiento para tal incumplimiento. Pero en el caso del convenio arbitral, así no ocurren las cosas.

En el contrato de arbitraje, la solución contractual común no es posible. El fracaso

de la autoejecución tiene que ser, paradójicamente, la autoejecución. Si alguien se niega a arbitrar o, peor aún, recurre al Poder Judicial incumpliendo su obligación de no hacer, la solución no es, por regla general, ni la ejecución forzada, ni la resolución contractual. En su esencia, es un acuerdo para no ir, precisamente, al Poder Judicial. Por ello, la autoejecución es central para que el acuerdo funcione. Si dicha autoejecución no funciona, entonces el acuerdo no opera en la práctica porque terminaríamos justo donde no queremos ir: A las cortes ordinarias.

Un contrato para arbitrar no se ejecuta en caso la contraparte se niegue a cumplirlo, demandando la ejecución forzada en el Poder Judicial, porque precisamente las partes pactaron no ir al Poder Judicial. Tampoco se recurre a la resolución del contrato ni al pago de daños y perjuicios, porque no debería irse al Poder Judicial porque se violaría la esencia del acuerdo. De no aceptarse eso, todas las demás obligaciones se derrumban y el arbitraje simplemente no funcionaría.

Es claro, en la experiencia arbitral internacional, que los sistemas arbitrales que funcionan son los que tienen un respaldo legal y contractual que permite la autoejecución sin intervención judicial. Los sistemas que no han sido fieles a este principio suelen fracasar y el arbitraje no florece.

Esto explica el fundamento del principio de inevitabilidad del arbitraje. Como indica Santistevan de Noriega: "Las partes, al pactar arbitraje, deben pensarlo debidamente pues ahora, en el Perú, es prácticamente imposible exonerarse de las consecuencias del convenio arbitral, pues todo el sistema está pensado para que el arbitraje tenga efecto, los árbitros asuman la competencia que las partes les han otorgado de acuerdo a la determinación que sobre ella (la competencia) tomen autónomamente, para que las actuaciones judiciales se lleven a cabo irremediablemente y con prevalencia sobre las actuaciones judiciales, para que las medidas cautelares dictadas por los árbitros tengan efecto, para que los laudos se ejecuten y para que el recurso de anulación funcione en los casos excepcionales previstos por la ley en el que la intervención judicial posterior cobra toda su importancia a efectos de controlar la legalidad de lo realizado por los árbitros sin que pueda el juez cuestionar

ni sustituir la decisión de fondo tomada por los árbitros”¹⁰.

Y luego, Santistevan de Noriega continúa diciendo: “Queremos destacar la inevitabilidad del arbitraje como resultado del vínculo obligacional que surge de la celebración de un convenio arbitral válido que se extiende a las partes que lo han celebrado, a los árbitros que son escogidos para llevar a cabo las actuaciones arbitrales, al sistema judicial tanto en su responsabilidad de facilitar el cumplimiento de los laudos cuanto en su funciones de garante de la legalidad, en la eventualidad que conozca de recursos de anulación contra los laudos; pero también con respecto a su función complementaria y auxiliar para el desarrollo de los arbitrajes”¹¹.

Todo esto explica la razón por la que ni siquiera una aparente violación al orden público puede justificar una intervención de las cortes ordinarias durante el desarrollo normal del arbitraje. Las reglas han trasladado ese control a ser uno *ex post* a la emisión del laudo, sea bajo la figura de la anulación o bajo la figura de la oposición al reconocimiento o ejecución del laudo. Si durante la tramitación del arbitraje una de las partes alega que amparar la posición de su contraparte sería una violación del orden público doméstico o del internacional, son los árbitros quienes, en un primer momento, deberán decidir si ello es o no correcto. Deberán abordar el tema y resolver algo que en principio parecería corresponder de manera exclusiva a las cortes comunes.

Dependiendo del caso, un primer supuesto sería que los árbitros se consideren incompetentes para conocer un asunto que atañe al orden público. El efecto del principio *kompetenz-kompetenz* será una decisión por parte de árbitros privados sobre si les corresponde o no pronunciarse. Usando el

ejemplo del contrato para la venta y reparación de armamento, en este caso, el Tribunal podría declararse o no competente para determinar si la autorización gubernamental es un requisito para la validez del contrato.

Un segundo supuesto es que, declarándose competentes, se pronuncien específicamente sobre el asunto de orden público, pero en un sentido en que lo desnaturaliza y por tanto deriva en la nulidad o inejecutabilidad de lo resuelto. En el mismo ejemplo anterior, considerándose competente para tal fin, el Tribunal debería determinar, ya como un asunto de fondo, si la falta de autorización gubernamental acarrea la nulidad del contrato.

En el primer supuesto, la nulidad del laudo se solicitará por pronunciarse sobre un tema en el que los árbitros carecen de jurisdicción (por ser una materia de orden público). En el segundo supuesto, la nulidad del laudo se solicitará por haber decidido la validez a pesar que el contrato era contrario al orden público.

Pero en cualquier caso, si se admitiera que el levantar una cuestión de orden público determinará que el asunto deba pasar a las cortes ordinarias por esa simple alegación, entonces el arbitraje no sería inevitable, pues bastaría la simple alegación de tal argumento para sustraer el caso de donde las partes pactaron verlo. Ello explica por qué se admite que árbitros privados puedan eventualmente manifestarse sobre lo público, a pesar de ser un tribunal privado.

En ese contexto se explican las dos características del recurso de anulación: (i) Se limita a una relación taxativa, limitada y vinculada a aspectos formales del arbitraje (competencia, validez del convenio, notificaciones, cumplimiento de reglas pactadas, etcétera), es decir, no involucran aspecto de fondo de la decisión¹²; y (ii) sólo puede interponerse una vez emitido

¹⁰ SANTIESTEVEAN DE NORIEGA, Jorge. “Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (Decreto Legislativo 1071)”. En: Revista Peruana de Arbitraje 8. 2009.

¹¹ *Ibid.* p. 89.

¹² Al respecto, el artículo 62 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071):

1. “Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.

Asimismo, con respecto a las causales de anulación, el artículo 63 precisa:

1. “El laudo **sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:**
 - a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

el laudo, esto es, *ex post* a la decisión de los árbitros¹³. Pero en el caso del orden público, parecería colarse a la discusión un aspecto que puede estar referido al fondo de la controversia.

Una de las causales es que la materia sometida a arbitraje no puede ser arbitrada bajo las leyes peruanas. Ello podría deberse a reconocer que, al momento de pactar el arbitraje, haciendo ejercicio de su autonomía privada, las partes no pueden ir en contra del orden público. Por ello, se legitima al juez, en caso se compruebe que la materia es manifiestamente no arbitrable, a anular el laudo arbitral. Asimismo, en el caso específico de los arbitrajes internacionales, es que el laudo arbitral viole el orden público internacional. En caso ello ocurra, el laudo puede ser anulado, o en todo caso, si se pide el reconocimiento o ejecución, éstos pueden no concederse.

Pero estas causales nos introducen el dilema de los límites a qué son **actos impuros** y su ambigüedad. Ello puede abrir la puerta a una revisión sin límites del fondo de la controversia, algo que podría acabar con la esencia del arbitraje. Estos conceptos

amplios, si es que resultan mal entendidos e interpretados, pueden abrir una puerta para que los jueces entren a analizar el fondo de la controversia y puedan incluso llegar a anular el laudo o denegar el reconocimiento. En esta problemática nos centraremos en los puntos siguientes. ¿Cómo debe entenderse ambos conceptos? ¿Cómo lo han entendido las cortes? ¿Cuál es el verdadero problema de entrar a analizar el fondo de la controversia?

IV. EL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSAL DE ANULACIÓN (O DE DENEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO)

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, Convención de Nueva York) establece que se podrá denegar el reconocimiento (y consecuentemente la ejecución) cuando la autoridad judicial del país donde se pide el reconocimiento compruebe que el objeto de la diferencia no es posible de someterse a arbitraje de acuerdo a la Ley de ese país. Otra de las causales es que el objeto de la diferencia contravenga el orden público de ese país:

- b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral" [El énfasis es nuestro].

Con respecto al artículo 62, como bien señala Avendaño: "Esta decisión del legislador peruano, además del antecedente citado, tiene una explicación lógica: Como el inciso 2 bajo comentario prohíbe al órgano revisor pronunciarse sobre el fondo de la controversia y a través de la apelación lo que se revisa es el fondo, o sea la justicia del caso concreto, ha quedado como único medio impugnatorio el recurso de anulación que revisa solamente los aspectos externos del laudo". Ver: AVENDAÑO, Juan Luis. Citado en: SOTO, Carlos y Alfredo BULLARD. "Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje". Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011. p. 685. En la misma línea, González de Cossio explica precisamente por qué el recurso de anulación se diferencia del recurso de apelación: "Existe una diferencia conceptual importante entre, por un lado, la apelación y, por el otro, los recursos existentes en relación con los laudos. Su diferente naturaleza obedece a que un recurso de apelación examina el fondo del laudo (es decir, tanto los hechos cuanto el Derecho) y el tribunal que realice dicha revisión tiene la facultad de confirmar, revocar o modificar el mismo. En los recursos de nulidad, reconocimiento y ejecución, el órgano competente tiene una jurisdicción limitada. Su nivel de análisis se limita a la determinación de la presencia de una de las causales de nulidad o no ejecución. El órgano que realiza esta revisión no determina la correcta determinación de los hechos ni la correcta aplicación del Derecho. Únicamente decide si se ha presentado un vicio en la emisión del laudo que justifique su invalidación". En: GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. "Arbitraje". Tercera Edición. México DF: Editorial Porrúa. 2011. p. 728.

¹³ Al respecto, el artículo 64 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) dispone: Artículo 64.- "Trámite del recurso.

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo".

Artículo V.-

2. “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 vía arbitraje; o
 - b. Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia sea contrario al orden público de ese país”.

La Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Ley Modelo) mantiene la misma línea de la Convención de Nueva York:

Artículo 36.- “Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: [...]
 - b. cuando el tribunal compruebe:
 - (i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - (ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.

La Ley de Arbitraje –Decreto Legislativo 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje)– dispone que, en el caso de un arbitraje nacional, el laudo podrá ser anulado cuando la materia sea manifiestamente no susceptible de someterse a arbitraje. En caso sea un arbitraje internacional, el laudo podrá ser anulado cuando el laudo es contrario al orden público internacional o de acuerdo a las leyes del Perú el objeto de la controversia no se puede arbitrar.

Artículo 63.- “Causales de anulación:

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...]
 - e. **Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje**, tratándose de un arbitraje nacional.
 - f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o **el laudo es contrario al orden público internacional**, tratándose

de un arbitraje internacional” [El énfasis es nuestro].

En el caso de laudos extranjeros, se puede denegar el reconocimiento cuando la autoridad judicial competente comprueba que la controversia no puede someterse a arbitraje de acuerdo al Derecho peruano. Asimismo, si el laudo es contrario al orden público internacional tampoco se reconocerá ni se ejecutará.

Artículo 75.- “Causales de denegación.

1. Este artículo será de aplicación a falta de tratado, o aun cuando exista éste, si estas normas son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano [...]
3. También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba:
 - a. Que según el derecho peruano, el objeto de la controversia no puede ser susceptible de arbitraje.
 - b. Que el laudo es contrario al orden público internacional”.

Como se puede apreciar, el estándar es distinto en función a la nacionalidad del arbitraje. En caso sea un arbitraje nacional, lo que importa a efectos de la anulación es que la materia no sea susceptible de arbitraje. En caso sea un arbitraje internacional, lo sustancial a efectos de la anulación es que la materia no sea susceptible de arbitraje o que se viole el orden público internacional.

Mientras, en el caso que se pida el reconocimiento de un laudo extranjero, se puede denegar el pedido cuando el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje según el Derecho peruano, o que el laudo viole el orden público internacional.

Supuesto	Nacionalidad	Causal
Anulación	Arbitraje Nacional	Materia no susceptible de arbitraje según leyes peruanas.
	Arbitraje Internacional	Objeto de la controversia no susceptible a arbitraje según leyes peruanas, o violación del orden público internacional.

Supuesto	Nacionalidad	Causal
Denegación de reconocimiento	Laudo Extranjero	Objeto de la controversia no susceptible a arbitraje según leyes peruanas, o violación del orden público internacional.

Como se puede apreciar, las referidas causales de anulación o de denegación del reconocimiento se encuentran estrechamente vinculadas a la arbitrabilidad objetiva. Ello porque si una controversia no es arbitrable, si el Tribunal Arbitral, pese a ello, decide proseguir con el arbitraje, ese laudo puede ser anulado en base a las causales de anulación anteriormente mencionadas. Lo mismo ocurrirá en caso se emita un laudo extranjero, si este resuelve sobre una materia no arbitrable en base a las leyes del Perú o si viola el orden público internacional, entonces se denegará el reconocimiento.

Sobre la arbitrabilidad, se pronuncia Pamboukis: “We can define arbitrability as the absence to contest the *rationae personae et materiae* to the power conferred to the arbitral tribunal (by the arbitration agreement) to resolve a dispute. In fact, arbitrability, along with the arbitration agreement, produces two effects (functions). One positive, which confers jurisdictional power to an arbitral tribunal, and one negative, which imposes a duty upon state courts to accept and protect the jurisdictional power of an arbitral tribunal. And of course, the last effect due to arbitrability relates to the admissibility of the arbitration agreement by other legal orders. In that sense, someone can state arbitrability does not participate in the essence of the arbitration agreement –it is an external factor that limits the effectiveness of an arbitration agreement. Arbitrability belongs to a broader category of relevance rules, which aim to recognize and give effect to external, foreign legal relations [...] Arbitrability in essence limits the power of an arbitral tribunal and the power of the parties as to what subject matter can be arbitrated. In that sense, limitations can only arise from a state law aiming to protect its own generalpage social or economic interest.

The limitations may concern either persons (subjective arbitrability) or more properly, matters (objective arbitrability). It is evident that these limitations are exclusively connected to a given state and mainly to its own specific general interest. They do not emanate from arbitration itself¹⁴.

Con respecto a la arbitrabilidad, Lew, Mistelis y Kroll señalan lo siguiente: “It involves the simple question of what types of issues can and cannot be submitted to arbitration. Party autonomy espouses the right of parties to submit any dispute to arbitration. It is the parties’ right to opt out of the normal national court jurisdiction. National laws often impose restrictions or limitations on what matters can be referred to and resolved by arbitration [...] This is ‘objective arbitrability’. Certain disputes may involve such sensitive public policy issues that it is felt that they should only be dealt with by the judicial authority of state courts. An obvious example is criminal law which is generally the domain of the national courts. These disputes are not capable of settlement by arbitration. This restriction on party autonomy is justified to the extent that arbitrability is a manifestation of national or international public policy. Consequently, arbitration agreements covering those matters will, in general, not be considered valid, will not establish the jurisdiction of the arbitrators and the subsequent award may not be enforced¹⁵.”

La regulación sobre la arbitrabilidad se encuentra recogida en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, la cual establece que:

Artículo 2.- “Materias susceptibles de arbitraje:

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho, así como aquellas que la Ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las

¹⁴ PAMBOUKIS, Charalambos. “Thoughts About the Applicable Law on Arbitrability . En: MISTELIS, Loukas y Stavros BREKOULAKIS (Editores). “Arbitrability: International and Comparative Perspectives”. La Haya: Kluwer International Law. 2009. pp. 121-122.

¹⁵ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas y Stefan KRÖLL. “Comparative International Commercial Arbitration”. La Haya: Kluwer Law International. 2003. p. 188.

obligaciones derivadas del convenio arbitral”.

V. EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO INTERNO Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Como se indicó, dado el carácter inevitable del arbitraje, el Poder Judicial no puede intervenir antes o durante el procedimiento arbitral. Justo la regla es que pueden intervenir (salvo las excepciones previstas en la Ley), pero después de emitido el laudo. Según Blackaby, Paratasides, Redfern y Hunter, es entendible que un Estado se reserve el derecho de reconocer y ejecutar un laudo arbitral que vulnere nociones propias del Estado, que son el orden público. No sólo ello, sino que no llama la atención que las cortes se pronuncien de oficio sobre las violaciones del orden público antes de ejecutar un laudo arbitral¹⁶.

Pero el concepto de orden público es ambivalente e impreciso. Así como el de “acto impuro” es un concepto amplio y un tanto ambigüo, que puede prestarse a muchas interpretaciones. Bockstiegel¹⁷, explicándonos la noción del orden público, sostiene que éste es un sistema legal no codificado que

refleja las convicciones y valores básicos de esa comunidad. Es lo que la comunidad siente como la correcta aplicación de la ley. Agrega que el orden público es relativo. En primer lugar, depende de cada sociedad. Lo que se considera parte del orden público de un Estado puede no ser igual en otro Estado con una diferente economía, política, religión o sociedad y, por tanto, sistema legal. En segundo lugar, depende de un factor tiempo. Señala que los valores o estándares de una sociedad suelen cambiar y desarrollarse y, por lo tanto, la noción de orden público suele modificarse¹⁸.

El profesor Yves Derains¹⁹ afirma que el orden público está compuesto por un conjunto de reglas que las partes, al momento de contratar, no pueden contravenir. Vienen a ser un límite a la autonomía privada. En ese mismo sentido, Pierre Lalive²⁰ señala que el concepto de orden público es usualmente utilizado para designar las normas imperativas, que las partes no pueden derogar a través de sus acuerdos.

Sin embargo, el concepto de orden público interno no es el mismo que el de orden público internacional. Lalive²¹ nos explica ello, señalando que una norma imperativa

¹⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. cit. p. 655: “It is understandable that a State may wish to have the right to refuse to recognize and enforce an arbitration award that offends that State’s own notions of public policy, and in some jurisdictions an enforcing court is required to examine the possibility of a public policy violation *ex officio*”.

¹⁷ BOCKSTIEGEL, Karl-Heinz. “Public Policy and Arbitrability”. En: SANDERS, Pieter (Editor). “Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration”. La Haya: Kluwer International Law. 1987. p. 178: “As a last resort against the application of agreements, rules and awards, which otherwise would have to be respected, its abstract role is indeed a fundamental one from the viewpoint of the respective legal system. Although in every state or other community with a separate legal system the codified and uncoded law reflects the basic convictions and values of that community, those responsible for the legal system in the community feel that even the correct application of the law [...]”.

¹⁸ Ibid. pp.178-179: “This description, in addition to the absolutely exceptional character of the principle, indicates the relativity of the very concept of public policy: First of all, public policy is dependent on the judgment of the respective legal community. What is considered to be part of public policy in one state may not be seen as a fundamental standard in another state with a different economic, political, religious or social, and therefore, legal system. In regard to our topic, what may be considered as an absolutely exclusive domain of national courts in some Latin American countries may be left to party autonomy and arbitration –if the parties so wish– in Western European countries. From this perspective it is also easier to view the widely discussed concept of an “international public policy”. Insofar as there is a regional or international community or legal system, only its common denominators in values and standards can be the basis for its eventual public policy, and they may obviously differ from those of the individual member states. A second relativity is introduced by the time factor. The values and standards of communities are not stable, they change and develop. So does public policy since it is derived therefrom”.

¹⁹ DERAIS, Yves. “Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration”. En: SANDERS, Pieter (Editor). Op. cit. p. 226: “In domestic Law, public policy forms a set of rules that parties may not contract out of”.

²⁰ LALIVE, Pierre. “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”. En: SANDERS, Pieter (Editor). Op. cit. p. 258: “The concept of public policy is often used to designate ‘imperative’ or mandatory rules, from which the parties cannot derogate”.

²¹ Ibid. pp. 259-260: “The concept of public policy in private international law is, of necessity, a different one –the functions and the purpose of these two parts (domestic law and private international law) of a given legal

doméstica no necesariamente prevalecerá en asuntos internacionales. Las normas imperativas de orden público pueden importar poco en el ámbito internacional. Ello no es más que un reconocimiento de una máxima del Derecho Internacional Privado, y que se materializa en la distinción fundamental entre las situaciones domésticas y las internacionales. Por ejemplo, bajo Ley doméstica, el principio de autonomía de la voluntad no permite pactar en contra de las normas de orden público. Sin embargo, en el Derecho Internacional el concepto es distinto, permitiéndole a las partes pactar una ley aplicable cuyo concepto de orden público puede ser sustancialmente distinto al de la Ley de los Estados de los que son nacionales las partes.

Así, en la “nube” internacional que se eleva sobre los Estados, y como ocurre cuando uno se va al cielo, las reglas son distintas. Son usualmente más permisivas y flexibles, y las reglas de orden público pierden el tono marcial que muchas tienen en sus países de origen. Los “actos impuros” terrenales no necesariamente tienen el mismo carácter que los “actos impuros celestiales”.

El problema es que las reglas celestiales tienen que bajar a la tierra y tocar piso. Ello ocurre cuando hay que recurrir a alguna corte para que resuelva la anulación de un laudo y uno se encuentra con el concepto de orden público del juez del caso. O también cuando uno requiere que el laudo se reconozca o ejecute, donde el concepto de orden público será el del juez del reconocimiento o de la ejecución.

Allí viene una situación esquizofrénica donde lo que se pensó en el “cielo” se anula o ejecuta en la tierra. La dualidad del concepto de orden público puede generar desconcierto en todos. Esa dualidad no existe para la anulación y está

atemperada en la ejecución, por el “Sistema CIADI” (del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), donde ningún juez nacional conoce de la anulación, sino es el propio Sistema CIADI quien resuelve las impugnaciones desde la nube y sin intervención de jueces estatales de ningún Estado. El gran éxito de la Convención de Nueva York fue precisamente elevar las reglas del reconocimiento y ejecución a las nubes. Su problema es que no se deshizo del concepto de “orden público” de dicho Estado, donde dejó atado el concepto de orden público a un aterrizaje terrenal y, como tal, variable de país en país y de juez en juez.

Esta distinción conceptual impacta en la diferencia entre una y otra causal de anulación o denegación del reconocimiento del laudo arbitral. Y ha conducido a considerar que ese orden público no puede ser el mismo que usa el país para sus problemas jurídicos domésticos, sino uno más restringido. Al respecto, Fouchard, Gaillard y Goldman, refiriéndose al artículo V, inciso 2 de la Convención de Nueva York, sostienen que: “The provision certainly refers to international public policy, and not domestic public policy. Not every breach of a mandatory rule of the host country could justify refusing recognition or enforcement of a foreign award. Such refusal is only justified where the award contravenes principles which are considered in the host country as reflecting its fundamental convictions, or as having an absolute, universal value”²². En otras palabras, se busca que se lea la Convención de Nueva York como si dijera “[...]contrario al orden público de dicho Estado para efectos del Derecho Internacional”.

En esa misma línea, el concepto va mutando hacia la aproximación de orden público (internacional) como la noción más básica de moralidad y justicia. En efecto, en el caso *Parsons Whittemore Overseas Co. Inc.*

order not being the same. It follows that, in the case law of many countries, a mandatory rule of domestic law does not necessarily prevail in international matters; in other words the judge need not necessarily resort to its “international public policy” in case such a rule has been violated. Such distinction reflects the nature of things and in particular the very nature of private international law, a branch of the law which is based on a fundamental distinction between ‘domestic’ situations and ‘international’ situations (i.e., those which include one or more foreign elements sufficiently relevant to call for a particular treatment and the intervention of the private international law of the State). To take another example, in domestic private law, the so-called principle of “autonomy of the will” or contractual freedom is limited by the obligation to respect mandatory rules whereas, in private international law, it is well-known to have a totally different meaning (allowing the parties by their choice of law to “dismiss the rules, mandatory or not, of the law which, in the absence of choice, would have been applicable”).

²² FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. Op. cit. p. 695.

v. *Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA)*, la Corte de Distrito de Nueva York, señaló que sólo se debe negar la ejecución de laudos arbitrales extranjeros sobre la siguiente base: “[W]here enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice”²³. Asimismo, manifestó que la Convención de Nueva York se debía interpretar de manera restrictiva.

Según un Tribunal Supremo Federal Suizo²⁴, es necesario que se trate de la violación de los principios fundamentales del orden jurídico suizo, que daña de manera intolerable el sentimiento del Derecho. Nuevamente, un concepto más restrictivo que el de orden público doméstico.

En la misma línea, la Corte Suprema Federal de Alemania²⁵, refiriéndose al orden público internacional como causal de denegación de reconocimiento de un laudo extranjero, manifestó lo siguiente: “From the viewpoint of German procedural public policy, the recognition of a foreign arbitral award can therefore only be denied if the arbitral procedure suffers from a grave defect that touches the foundation of the State and economic functions”.

Redfern²⁶ cita un caso de la Corte Suprema de la India en el que se señaló en relación al orden público internacional lo siguiente: “This raises the question of whether the narrower concept of public policy as applicable in the field of public international law should be applied or the wider concept of public policy as applicable in the field of municipal law. The Court held that the narrower view should prevail and that enforcement would be refused on the public policy ground if such enforcement would be contrary to (i) fundamental policy of indian law; or (ii) the interests of India; or (iii) justice or morality”.

El Reporte Final de Orden Público del Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association se pronunció en los siguientes términos: “The international public policy of any State includes: (i) Fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned; (ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as *lois de police* or ‘public policy rules’; and (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organizations”²⁷.

La tendencia es, por tanto, a adelgazar la cobertura del concepto. Se busca una interpretación restrictiva y favorable a la validez y ejecución de los laudos arbitrales. En ese orden de ideas, Fouchard, Gaillard y Goldman señalan: “Although the Convention refers to the host country’s conception of international public policy, that country must nevertheless exercise caution in applying it, as always with international public policy. This has been confirmed in a number of decisions of the United States Court of Appeals for the Second Circuit, which has held on several occasions that “the Convention’s public policy defense should be construed narrowly. However, courts in the United States have not always been as prudent in practice”²⁸.

En ese mismo sentido, el Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association destaca que el principio de conservación debe ser aplicado de la siguiente manera: “If any part of the award which violates international public policy can be separated from any part which does not, that part which does not violate international public policy may be recognized or enforced”²⁹.

En cualquier caso, si bien la tendencia no ha sido elevar el concepto de orden público a los

²³ Ver el caso *Parsons Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de L'Industrie de Papier*. 508 F 2d 969. 1974.

²⁴ *BGE 96 I 391, Sem.jud.* 1971, 247. Traducción libre de: “[...] il faut qu’il s’agisse de la violation des principes fondamentaux de l’ordre juridique suisse, qui heurte de façon intolérable le sentiment du droit”.

²⁵ XII Yearbook Commercial Arbitration. 1987. p. 489.

²⁶ BLACKBAY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. cit. p. 658.

²⁷ Reporte Final de Orden Público del Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association. Conferencia de Nueva Delhi. 2002. p. 6.

²⁸ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. Op. cit. p. 996.

²⁹ Reporte Final de Orden Público del Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association. p. 8.

niveles celestiales del Derecho Internacional, sí se le ha dado un baño en agua bendita, con la finalidad no de canonizarlo, pero al menos de beatificarlo y protegerlo, en algún nivel, de una calificación sencilla de los “actos impuros”. Pero como se dijo, no siempre las cortes nacionales son tan flexibles.

Y sin perjuicio de la falta de flexibilidad, se mantiene el problema de la diversidad de criterios y de las dificultades que enfrenta el tribunal arbitral para adivinar cuál concepto de orden público se le aplicará y con qué alcances.

VI. HACIA LA “CANONIZACION” DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.

Como hemos visto, la tendencia ha sido a limitar el concepto de orden público y con ello a restringir el uso de la causal para anular laudos o restringir su reconocimiento y ejecución. Al añadirse el término “internacional” se ha logrado, en parte, ese efecto, al marcar que el orden público internacional es distinto al terrenal orden público doméstico.

El término orden público internacional se entiende en el sentido que se le da en el Derecho Internacional Público. Ello quiere decir que nos estamos refiriendo a la parte del orden público doméstico que, de ser violado, impide que se invoque la ley extranjera. Ese es el concepto más aceptado.

En ese sentido, no es el orden público doméstico a secas. No es todo el orden público doméstico. No es todo orden público terrenal, pero sigue en la tierra. No sería, por tanto, un orden público transnacional, es decir un orden público común a varios Estados. Es sólo una parte restringida del orden público doméstico, pero más amplia que el orden público transnacional.

Como ya se indicó líneas arriba, es aquella parte del orden público que concierne a las nociones más básicas de moralidad y justicia.

Por ejemplo, podemos discutir si la aplicación de una norma concursal, que es en principio imperativa, o una norma de control cambiario contra la que no se puede pactar, están protegidas por el orden público internacional. No parecería que un laudo que las inaplicase afectará las nociones más básicas de moralidad y justicia de una

nación. Pero un arbitraje en el que se discute la propiedad de un esclavo o la paternidad de un niño parecería tocar las fibras de moralidad y justicia más básicas de una sociedad. En esos casos, la nulidad o la no ejecución parecen atendibles.

Tal definición está, sin embargo, rodeada de tremenda subjetividad. Al bajar a lo terrenal, el juez podrá considerar, según sus propios conceptos de moralidad y justicia (que no necesariamente son los más elementales de una sociedad) que el laudo vulnera el orden público. Así, anulará o no ejecutará un laudo por vulnerar el orden público internacional de su Estado, si considera que el régimen cambiario se encuentra sustentado en razones básicas de moralidad y justicia. Finalmente, siempre se podría decir que cumplir la Ley atañe a estos conceptos básicos. De llegarse a este punto, no podría distinguirse el orden público internacional del orden público doméstico. El concepto de orden público internacional (entendido como orden público interno concerniente a los principios más básicos de moralidad y justicia de un Estado) sigue siendo aún demasiado amplio.

Ello explica por qué varios sugieren que se entienda orden público internacional como orden público transnacional o, verdadero orden público internacional. Se apuntaría a un orden público universal, donde el concepto de nociones básicas de moralidad y justicia no dependen de una concepción nacional, sino de muchas. Sería orden público, para estos efectos, los principios básicos de moralidad y justicia comunes a las naciones civilizadas.

Y claro, es más fácil entender qué se entiende por acto impuro si se considera que es un acto que afecta las nociones más básicas de los países civilizados. Sin duda, el concepto sigue teniendo aristas de subjetividad, pero éstas se han ido restringiendo. El orden público deja de ser tan terrenal y, sin dejar de serlo, se eleva por encima de concepciones meramente domésticas, y es más exigente con la corte nacional, a la que le exige mirar las decisiones de otras cortes. El concepto se restringe aún más.

Por supuesto que un concepto como éste no está exento de críticas. Muchos lo ven como una forma de imperialismo legal, en el que la moralidad de un grupo de países influyentes se convierte en orden público internacional

porque tendrá mayor influencia transnacional. El orden público norteamericano tendrá más oportunidades de ser considerado un orden público internacional que un orden público musulmán. Pero, a pesar de ese riesgo, el efecto de forzarnos a identificar conceptos comunes a varios países contribuye a darle mayor resistencia a los laudos frente a posibles cuestionamientos.

Queda entonces fuera el hecho de que nos encontremos ante una norma imperativa. Ese mero hecho no es suficiente para convertir el principio contenido en una norma en orden público internacional (sea que usemos la idea de orden público doméstico restringido u orden público transnacional). Incluso, si no compartiéramos la idea de que debe usarse el concepto de orden público transnacional,

parece recomendable usar ese concepto como una herramienta que ayuda a identificar al orden público internacional de un Estado. Así, parecería que aquellas nociones de moralidad y justicia que son comunes a las naciones civilizadas deben ser también nociones básicas de moralidad y justicia para el ordenamiento doméstico, al margen que el juez de la anulación o el del reconocimiento pueda identificar algunos principios adicionales.

Pero, en síntesis, todo indica que debemos movernos en dirección hacia “la nube” internacional. Debemos santificar o canonizar el orden público a fin de convertirlo en un principio de aplicación cada vez más restringida. Y, como diría Moisés, lo relevante no será lo que diga la Ley, sino lo que diga la jurisprudencia.