

**GUIDO S. TAWIL
EDUARDO ZULETA
(Directores)**

El Arbitraje Comercial Internacional

Estudio de la Convención de Nueva York
con motivo de su 50º aniversario



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO



 **AbeledoPerrot®**

denegar el reconocimiento
V(2)(a) de la Convención
rara vez ha sido aplicada.
ha ampliado como resulta-
la adopción de la Conven-
embargo, a medida que el
rama de disputas que cada
es, se encontrarán límites
eterminados por el orden
íntimamente relacionada.
sumidores. Otro ejemplo
abilidad de ciertas dispu-
aíses latinoamericanos³⁵.
el arbitraje se encuentre
reservar a las cortes de los
alcanzar una protección
sultado, se puede esperar
rés y debate.

límites de la arbitrabilidad,
para resolver controversias
os. El gran éxito del arbi-
a a utilizarlo para resolver
exto distinto en el cual se
mal. Esto puede dar lugar
lo del arbitraje comercial
controversias de naturaleza
s con consumidores o los
versión. Esto puede gene-
para limitar el ámbito y la
avances alcanzados en el
ternacionales sean tenidos
del arbitraje para resolver

EL ORDEN PÚBLICO COMO CRITERIO PARA NEGAR EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

por JAN PAULSSON *

En el curso de las últimas décadas se han efectuado numerosos y muy sofisticados análisis en relación con el papel del orden público en el arbitraje internacional¹. Tal vez sea tiempo de restablecer la simplicidad en este aspecto hasta donde sea posible.

El objeto de este capítulo es el orden público en el contexto específico del art. 5.2.b, concerniente a la etapa final del proceso arbitral. Sin embargo, antes de proceder, es importante observar la estrecha relación y, en ocasiones, la identidad de los efectos del orden público, al ser invocado en diferentes estadios del proceso. Podría solicitarse a los árbitros que acepten que éste neutraliza los acuerdos contractuales, sean éstos tolerados o no bajo la *lex contractus* y la *lex arbitrii* —esta última siendo la legislación arbitral de la sede arbitraje—. Se puede pedir a los jueces —en el lugar de arbitraje o en cualquier otro lugar— aceptar que éste cancela el efecto de los acuerdos arbitrales (la referencia a “cualquier otro lugar” quiere decir una jurisdicción donde una de las partes preferiría que fuera atendida su disputa). A otros jueces —de nuevo, en la sede del arbitraje o en otra parte— podría hacerseles la solicitud de que acepten que éste cancela los efectos de los laudos arbitrales —“cualquier lugar” aquí implica la jurisdicción donde las partes desean impedir la ejecución—. Sólo el

* Jan Paulson estudió en la Escuela de Leyes de Harvard, Yale y en la Universidad de París. Es jefe del sector de arbitraje internacional de Freshfields Bruckhaus Deringer. Actuó como consejero o árbitro en más de cuatrocientos arbitrajes en Europa, Asia, EE.UU. y África bajo las normas de ICSID, ICC, LCIA, UNCITRAL y el Instituto de Estocolmo. Además, actuó en arbitrajes *ad hoc* bajo normativas nacionales y ante tribunales de derecho internacional público, incluyendo la Corte Internacional de Justicia. Fue árbitro *ad hoc* de los Juegos Olímpicos de Atlanta, Nagano y Sydney. Actualmente es presidente de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y del Tribunal Administrativo del Banco Mundial. Entre numerosas publicaciones, es autor de Denegación de Justicia en Derecho Internacional (2005) y comentarista de Cámara Internacional de Arbitraje Comercial (3ª ed., 2000).

¹ Los textos originales de igual autenticidad en inglés, francés y español de la CNY equiparan los términos *public policy*, *ordre public* y “orden público”, respectivamente. ¿Quién discutiría con las Naciones Unidas? Es útil converger. Entonces aplaudamos, no empecemos con sofismas.

juez en "cualquier lugar" de estas tres últimas hipótesis constituye el objeto específico de análisis. En todo caso, quien tome decisiones en estas cinco categorías sigue viéndose enfrentado a un problema con el mismo origen: una parte busca desestimar los efectos de un acuerdo de arbitraje.

La última frase del párrafo anterior no necesita ser corregida por la adición de la palabra "supuesto" antes de "acuerdo de arbitraje". Cuando se invoca el orden público se hace ante un acuerdo firmado por las partes y se trata de establecer si quien toma las decisiones debe permitir que una de ellas se escape del acuerdo. Esporádicamente existe una buena razón para hacerlo. Siempre hay una buena razón para sospechar del argumento de orden público. Ciertamente, el señor juez Burroughs tenía toda la razón cuando anotaba que éste "nunca se discute a menos que fallen otros puntos".

A pesar de las exóticas y fascinantes complicaciones que animan los salones de altos estudios en este campo, algunas propuestas fundamentales parecen simples. Se ganaría mucho si se perciben de esta manera.

I. EL "POTRO INDOMABLE" ES DOMADO FÁCILMENTE POR MALOS JUECES

Esta expresión se toma de las dos frases que preceden a la locución arriba citada de la decisión de Burroughs, en el caso "Richardson v. Melish", que reaparece en todos los estudios de este tema, y que dice: "*el orden público es un potro indomable y una vez [que] se logra montarlo, no se sabe a dónde lo llevará. Podría conducirlo lejos de la ley sensata*"².

Algo es cierto: para hombres y mujeres de buena fe, éste es con seguridad un ejercicio con el máximo grado de dificultad.

Pero, a los jueces que persiguen objetivos ilegítimos —sea el motivo las ganancias personales, la parcialidad, la ideología o el miedo— no los asalta la ansiedad debida a un destino impredecible. La meta está fijada. El proceso arbitral debe deshacerse. Si se trabaja desde el extremo final nada será más fácil que hacerlo hacia atrás. Las instrucciones mentales que se da a sí mismo el mal juez son poco sofisticadas: elige algún elemento del expediente a través del cual pueda pretender que me exijo a mí mismo (o si ninguno aparece fácilmente, toma un par de éstos a los cuales puedas calificar como "dudosos" y otorgarles un efecto "acumulativo" nebuloso); decóralo con un paquete de frases de alta resonancia acerca de los derechos fundamentales (no olvides la ayuda generosa de adjetivos mágicos como *inalienable, imprescriptible e irrenunciable*), y abracadabra: el incómodo laudo desaparece en una nube de humo.

En realidad, no hay nada que hacer. Cada regla procesal, tradición o formalismo familiar para cualquier juez dado tiene un propósito original, relacionado de algún modo con objetivos de la entidad política que él o ella representa: ¿Qué sería más fácil que declarar que una falla en observar una regla o tradición o formalismo de este tipo deberán ser ineludibles en materia de orden público? De hecho, nada puede detener a un juez emprendedor de seguir haciendo ratiocinios personales; siempre habrá un gancho de valores fundamentales vagamente relacionados para colgar su sombrero privado, siempre habrá aplausos de los auditorios parroquiales. Por ejem-

plo, ¿por qué no señalar los tratados internacionales que concluyen que el proceso fundamental— derecho a un juicio justo— locales albergan, en re- de ciudadanos que car tampoco deberá impor

La experiencia n aceptación judicial del público para la ejecuc sobre el art. 5.2.b al p derosos intereses o de more v. RAKTA"³ sig de ejecución en los Es el que la parte egipcia protestas del perdedo sido obligada a pagar contrato en Egipto. I de ello, no sólo por e y los Estados Unidos explícita del Departa Egipto. Argumentaba orden público ejecut políticas de su gobie Segundo Circuito (N problema: orden púb puede obstaculizar el El laudo fue ejecutad

II. EL ORDEN PÚBLICO

Algunos países África— merecen gra del comercio intern con importantes con (Para simplificar, la menor justificación Suprema de Estados casos paradigmático 1974, en el que se se mediante arbitraje e ser arbitrable en el c gunos analistas, sin portante avance inv

² 2 Bing. 229, en 303 (1824); [1824-1834] All E.R. 258.

³ 508 F.2d 969 (1974).
⁴ 417 U.S. 506.

pló, ¿por qué no señalar que un acuerdo de arbitraje supone la intervención de árbitros internacionales que trabajan por una tarifa, pagadera, tal vez, en moneda dura, y concluir que el proceso es, por lo tanto, contrario al constitucional —y, por ende, fundamental— derecho a una justicia pública gratuita? (No debe preocupar si las cortes locales albergan, en realidad, nimias expectativas de justicia para la vasta mayoría de ciudadanos que carecen de medios e influencias para hacer que ésta funcione. Y tampoco deberá importar si el demandado es una próspera empresa local.)

La experiencia nos muestra que el siguiente es un criterio excelente para la aceptación judicial del arbitraje internacional: ¿Ven los jueces las defensas de orden público para la ejecución con sano escepticismo, a lo Burroughs, o salen al galope sobre el art. 5.2.b al primer signo de que el laudo es inconveniente a los ojos de poderosos intereses o de prejuicios locales? Por esta razón, el caso “Parsons & Whittemore v. RAKTA”³ sigue siendo un faro orientador al ser uno de los primeros casos de ejecución en los Estados Unidos después de que el país adoptó la Convención, en el que la parte egipcia fue capaz de ejecutar un laudo de la CCI contra vehementes protestas del perdedor norteamericano, una compañía de constructores que había sido obligada a pagar daños por haberse rehusado a cumplir en su totalidad con el contrato en Egipto. La compañía insistía con indignación en que estaba eximida de ello, no sólo por el del rompimiento de las relaciones diplomáticas entre Egipto y los Estados Unidos desde el inicio de la guerra de 1967, sino por la advertencia explícita del Departamento de Estado de no sostener relaciones comerciales con Egipto. Argumentaba *Parsons & Whittemore* que con seguridad era contrario al orden público ejecutar un laudo que castigara por actuar acorde con las decisiones políticas de su gobierno. La respuesta de la influyente Corte de Apelaciones del Segundo Circuito (Nueva York) fue sencilla, pero atacó directamente la esencia del problema: orden público no es lo mismo que política de gobierno; esta última no puede obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones de tratados internacionales. El laudo fue ejecutado.

II. EL ORDEN PÚBLICO SIEMPRE ES DE ÍNDOLE NACIONAL

Algunos países —influidos por una notable corriente francófona en Europa y África— merecen gran crédito por haber desarrollado el concepto de “los intereses del comercio internacional”, para justificar un régimen especial, limitado, pero con importantes consecuencias concretas en un número significativo de aspectos. (Para simplificar, la idea consiste en que las peculiaridades nacionales tienen una menor justificación al ser aplicadas en transacciones transfronterizas). La Corte Suprema de Estados Unidos ha adoptado un enfoque muy similar en un número de casos paradigmáticos, siendo tal vez el más notable “*Sherk v. Alberto Culver*” en 1974, en el que se sostuvo que una disputa sobre patentes que no podía ser resuelta mediante arbitraje en relación con una transacción nacional podría, no obstante, ser arbitrable en el contexto de una relación internacional⁴. Es lamentable que algunos analistas, sin duda inadvertidamente, hayan enturbiado el brillo de este importante avance inventando mágicas historietas medievales acerca de cosas como

³ 508 F.2d 969 (1974), 1 ICCA Yearbook 205 (1976).

⁴ 417 U.S. 506.

“el orden público internacional francés”. El hecho llano es que hasta que Francia no empiece a consultar a los electorados de Somalia, Sri Lanka y Suecia antes de tomar decisiones legislativas y administrativas; el derecho francés prescribe sólo para Francia y los jueces franceses no articulan ni ejecutan políticas universales de orden público. La adopción en Francia de un enfoque internacionalista del proceso arbitral es admirable, pero *como una política francesa*. Si los jueces franceses aplican las leyes de la Unión Europea —o los Convenios de las Naciones Unidas, las Resoluciones del Consejo de Seguridad o, en su caso, de la Asamblea General— es una expresión del dominio legal de Francia dentro de su territorio nacional.

El enfático análisis del profesor Michael Reisman acerca de la confusión “internacional-nacional” marcó uno de los momentos destacados del Congreso de la ICCA en Montreal en 2006⁵. Afirmaba que cuando las partes tienen el poder de elegir la ley que regirá su transacción, la cuestión acerca de si la ley escogida es derecho internacional jerárquicamente superior o ley nacional de menor jerarquía, es irrelevante. Preguntándose posteriormente si alguna política transnacional de orden público podría llegar a imponerse sobre la que sería la ley aplicable, pasó a formular cinco “preocupaciones” (que tal vez hubiera podido llamar “objeciones”): (i) el orden público internacional es pasajero; (ii) podría tender a ser de carácter inspirativo o exhortativo más que ejecutable; (iii) el derecho internacional ha sido extraordinariamente cauteloso en crear normas perentorias o *jus cogens*; (iv) el orden público en la ley nacional es “un concepto con una historia judicial verificable”, mientras que un árbitro comercial que pretende dar efecto a lo que se percibe como una política internacional de orden público aparentemente no tiene trabas debido a la “disciplina” del análisis del derecho internacional consuetudinario que exige pruebas de la recepción de pronunciamientos de orden público como si fueran normativamente obligatorios; y (v) es dudoso que exista la necesidad de un “concepto tan escurridizo y maleable”. ¿Qué legislación nacional, preguntaba el profesor, permite sobornar a un empleado público o el comercio de esclavos? Si la legislación nacional está basada en tratados o incorpora el derecho internacional consuetudinario, las normas internacionales pertinentes deben ser aplicadas como parte esencial del derecho aplicable.

Si esto es verdad para el árbitro, ¿qué tanto más será para el juez nacional bajo el art. 5.2.b? En efecto, no es necesario que el juez realice el análisis mencionado arriba, porque el artículo es explícito, en el sentido de que el orden público en cuestión es de carácter nacional⁶.

⁵ “Law, International Public Policy (So-called) and Arbitral Choice in International Commercial Arbitration”. *International Arbitration 2006: back to basics?* 849 (publicación de ICCA, 2007).

⁶ Citado, en general, en *ILA Committee on International Commercial Arbitration, Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, 70th Biennial Conference, 2002, ps. 352/368. El art. 36 de la Ley Modelo de UNCITRAL, que define las causales para rechazar el reconocimiento y la ejecución de laudos, va en el sentido de la CNY y pone en claro que el orden público en cuestión es el del Estado en el cual se busca la ejecución.

III. LA LEGISLACION IN DEL ORDEN PUBLICO SI ES TAMBIEN MAT

Los árbitros inte
su perspectiva al vers
relevantes. Si estas d
ser aplicadas como c
cho del lugar de ejec
solutionis—, se requie
evalúa las contraven

Los jueces tien
incorrecta aplicaciór
fines del art. 5.2.b. E
alega que no se ha d
ción, o que sean part

Un contrato re
tranjera y puede orig
Ley Sherman, un es
cia comercial. La ap
norteamericanas imp
omiten referirse a ta
inaceptable para las
el art. 5.2.b (es la in

Pero ¿qué pasa
no derogable de la C
cional de mercaderí
dado por los árbitros
cortes de ese país er
dependerá, todo par
de Viena se consid
afectan de manera
ción. De otro modo
disputa contractual

En conclusión
del país de recono
CNY sólo si la ley
el caso “Parsons &
de moralidad y jus

En el caso de
lo aceptarían como
las consideraciones
lidad está a la vez e
extranjero, y (iii) e
al orden público de

⁷ “Mitsubishi Mot

III. LA LEGISLACIÓN IMPERATIVA ES CONCEPTUALMENTE DIFERENTE
DEL ORDEN PÚBLICO, Y UN IMPEDIMENTO PARA LA EJECUCIÓN SÓLO
SI ES TAMBIÉN MATERIA DE ORDEN PÚBLICO

Los árbitros internacionales deberían tener pocas dificultades en conceptualizar su perspectiva al verse confrontados con supuestas disposiciones legales imperativas relevantes. Si estas disposiciones forman parte de la ley que rige el contrato deberían ser aplicadas como cualquier otro elemento de dicha ley. Si son sólo parte del derecho del lugar de ejecución del contrato—algunas veces llamado por conveniencia, *lex solutionis*—, se requiere un examen de la ley contractual aplicable para ver cómo ésta evalúa las contravenciones a las disposiciones obligatorias de la ley foránea.

Los jueces tienen una tarea más compleja cuando consideran el efecto de la incorrecta aplicación de las normas imperativas—o su falta de aplicación— para los fines del art. 5.2.b. Existen dos hipótesis: que las normas imperativas de las que se alega que no se ha dado el efecto apropiado sean parte de la ley del lugar de ejecución, o que sean parte de la legislación de una jurisdicción extranjera.

Un contrato realizado en los Estados Unidos puede estar sujeto a una ley extranjera y puede originar un laudo dictado en otro país, a pesar del argumento bajo la Ley Sherman, un estatuto prototipo de norma no derogable que regula la competencia comercial. La aparición de este argumento no detendría a los árbitros ni las cortes norteamericanas impedirían tampoco que continuaran en su tarea. Pero si los árbitros omiten referirse a tal argumento, o si lo hacen de un modo que sea sustancialmente inaceptable para las cortes de este país, el laudo será denegado por ellos con base en el art. 5.2.b (es la importancia del emblemático caso “Mitsubishi”)⁷.

Pero ¿qué pasa si un laudo deniega la alegada aplicabilidad de una disposición no derogable de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías bajo la ley nacional aplicable al contrato? ¿Será que el manejo dado por los árbitros a tal argumento estaría sujeto a la plena revisión por parte de las cortes de ese país en el evento de que sea allí ejecutado? La respuesta a esta pregunta dependerá, todo parece indicar, de si las disposiciones imperativas de la Convención de Viena se consideran parte de las determinaciones políticas fundamentales que afectan de manera general la entidad política y no sólo de las partes en contradicción. De otro modo, no hay razón para alterar las resoluciones de los árbitros de una disputa contractual que concierne sólo a los litigantes.

En conclusión, la negativa del árbitro de aplicar una supuesta ley imperativa del país de reconocimiento y ejecución deberá crear dificultades para ella bajo la CNY sólo si la ley en cuestión se encuadra dentro del estrecho criterio articulado en el caso “Parsons & Whittemore”: “...la ejecución violaría las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado del foro”.

En el caso de presunta ilegalidad bajo una legislación extranjera, las cortes no lo aceptarían como un obstáculo para la ejecución, a menos que (i) sean sensibles a las consideraciones de cortesía internacional; (ii) estén convencidas de que la ilegalidad está a la vez establecida en principio y es ejecutada en la práctica por el Estado extranjero, y (iii) estén satisfechas de que la ilegalidad en sí misma no es contraria al orden público del lugar de ejecución—por ejemplo, con base en discriminaciones

⁷ “Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth”, 473 U.S., 614, 1985.

que hasta que Francia
nka y Suecia antes de
francés prescribe sólo
olíticas universales de
cionalista del proceso
jueces franceses apli-
Naciones Unidas, las
Asamblea General— es
itorio nacional.

ta de la confusión “in-
os del Congreso de la
tes tienen el poder de
si la ley escogida es
al de menor jerarquía,
ítica transnacional de
la ley aplicable, pasó
dido llamar “objecio-
dría tender a ser de
derecho internacional
ntorias o *jus cogens*;
una historia judicial
dar efecto a lo que se
arentemente no tiene
cional consuetudina-
orden público como
xista la necesidad de
nacional, preguntaba
ercio de esclavos? Si
derecho internacional
n ser aplicadas como

el juez nacional bajo
análisis mencionado
orden público en cues-

International Commercial
n de ICCA, 2007).
Arbitration, Final Report
10th Biennial Conference,
as causales para rechazar
ne en claro que el orden

que violan los derechos humanos⁸. La recomendación 3(a) del Informe Final de 2002 del Comité de Arbitraje Comercial Internacional de ILA se refiere al asunto de la siguiente manera:

"La violación por parte de un laudo de una mera 'regla imperativa' (por ejemplo una regla que es imperativa pero no forma parte del orden público estatal internacional como para exigir su cumplimiento en el caso en cuestión) no deberá impedir su reconocimiento o su ejecución, incluso cuando la mencionada regla haga parte de la ley del foro, la aplicable al contrato, la ley del sitio de ejecución del contrato o la de la sede del arbitraje".

Este reconocimiento no evidencia el grado de diligencia mostrado por las cortes inglesas, en cuanto a lo que podría llamarse "simple ilegalidad" bajo la ley extranjera. Podría además criticarse por diseminar la poco útil noción de "orden público nacional internacional".

En todo caso, un elemento importante para tener en consideración todo el tiempo es el hecho de que un Estado contratante de la CNY, por definición, ha adherido a una política de ejecución de los laudos extranjeros.

IV. EL RETO IRREDUCTIBLE BAJO EL ARTÍCULO 5.2.B ES UNO DE LOS QUE ENFRENTA EL ÁRBITRO

Como hemos visto, la tarea del juez es conceptualmente clara: decidir si la ejecución de un laudo deberá ser denegada en una jurisdicción particular por causa de una norma predominante de orden público, reconocida en dicha jurisdicción. Esta tarea podría generar dificultades en sí misma. El orden público nacional podría considerarse como conformado por "preocupaciones de cortesía internacional", como lo reconoció en forma explícita el juez Blackmun en el caso "Mitsubishi", "*el respeto a las capacidades de los tribunales extranjeros e internacionales y la sensibilidad frente a la necesidad del sistema comercial internacional de ser predecible en la resolución de disputas*". Pero "intereses de cortesía internacional" similares podrían llevar a la denegación de un laudo que ha pretendido dar efecto a un contrato que es ilegal bajo el derecho del lugar de cumplimiento (sin importar su validez bajo *lex contractus*). Sin embargo, en cualquiera de los casos el juez está tratando de afirmar y defender el orden público del foro).

Por el contrario, los árbitros no representan el orden público de un Estado y tienen que ver el art. 5.2.b a través de un prisma de múltiples facetas. Su cargo mismo viene, sin duda, con al menos un deber implícito de procurar emitir laudos que sean ejecutables. (Esta obligación es, con frecuencia, explícita)⁹. Frente a asuntos de orden público estarán concernidos con la legislación aplicable y, si fuera diferente, con la *lex arbitri*—debido a su potencial efecto "rebote" bajo el art. 5.1.c.

No obstante, el problema no termina acá. Esto parecería ser una laguna en la importante contribución del profesor Reisman. ¿Qué ocurre si la ley aplicable es silenciosa en la materia o aparentemente tolerante o si las partes habían acordado

reglas no nacionales, - de ser anotado) que la más de las posibles ju del aspecto faltante en remitido a normas no i crementar la dificultac tarea de aplicar el con evitar una legislación

Los árbitros pod deberían considerar c toria diferente a la le: una de las partes: "¡ costa!". Esta parte in cluso en caso de que si se concediera que los Estados Unidos, nada parecido a esta en el caso al que dic ¿Debido a qué artificio japoneses sentados e fiscales norteameric

Surge un sinfín e de cumplimiento del taría si el alegado or general amplia, perer que deben hacer los á estudio. De hecho, es profesor Pierre Maye internacional es "pre rescate" por su libert "Mitsubishi", conclu "...deberá sopesar n de presentar su deci de ellas recurriendo que reconocen la au derecho reflejan un defraudar tal confia

V. CONCLUSIONES

Debe quedar er sólo en las circunsta En la medida e sa e invariable, cual

⁸ El derecho inglés está muy desarrollado en este aspecto. Ver, por ejemplo, "Soleimany" [1999] Q.B., 785 (CA) y "Westacre Investments Inc. v. Jugoinport-SPDR Holding Co. Ltd.", [2000], Q.B. 288 (CA).

⁹ Ver, por ejemplo, Reglas de la CCI, art. 35; Reglas de LCIA, art. 32(2).

¹⁰ "Mandatory Rule (1986).

del Informe Final de
A se refiere al asunto

'imperativa' (por ejem-
en público estatal in-
n cuestión) no deberá
encionada regla haga
de ejecución del con-

mostrado por las cortes
d" bajo la ley extran-
ón de "orden público

deración todo el tiem-
definición, ha adherido

OS QUE

nte clara : decidir si
cción particular por
da en dicha jurisdic-
den público nacional
de cortesía interna-
nun en el caso "Mit-
mjeros e internacio-
ercial internacional
es de cortesía inter-
o que ha pretendido
ar de cumplimiento
en cualquiera de los
lico del foro).

o de un Estado y tie-
tas. Su cargo mismo
nitir laudos que sean
Frente a asuntos de
y, si fuera diferente,
art. 5.1.c.

ser una laguna en la
la ley aplicable es
es habían acordado

Ho. "Soleimany" [1999]
Co. Ltd.", [2000], Q.B.

reglas no nacionales, —y una parte demuestra (o el árbitro lo percibe sin necesidad de ser anotado) que la ejecución del contrato en cuestión será rechazada en una o más de las posibles jurisdicciones de ejecución? Después de todo (y he aquí el *quid* del aspecto faltante en el análisis del profesor Reisman), las partes pueden haberse remitido a normas no nacionales— "principios generales", *lex mercatoria*, o, para incrementar la dificultad, "las partes acuerdan que los árbitros deberán tener la sola tarea de aplicar el contrato en concordancia con sus términos"—, precisamente, para evitar una legislación nacional que no habría permitido el acuerdo.

Los árbitros podrían haber leído el caso "Mitsubishi" y de ahí concluido que deberían considerar cómo un contrato se mantendría bajo una legislación obligatoria diferente a la *lex contractus*. "¡Nunca en la vida!", respondería ásperamente una de las partes: "¡No forma parte de su misión buscar problemas a nuestra costa!". Esta parte insiste en que sabe todo acerca de la ley en cuestión, pero incluso en caso de que hipotéticamente ésta pudiera invalidar el contrato, e incluso si se concediera que ningún laudo que mantenga el contrato sería ejecutado en los Estados Unidos, hay todavía otros lugares para la ejecución donde no existe nada parecido a esta ley; ¿por qué, como argumentaba la Corporación Mitsubishi en el caso al que dio su nombre, tenemos que ser privados de nuestro acuerdo? ¿Debido a qué artificio están decidiendo sobre una disputa contractual los árbitros japoneses sentados en Tokio, bajo la legislación suiza, pretendiendo actuar como fiscales norteamericanos?

Surge un sinfín de preguntas. Se tiene la impresión de que importaría si el lugar de cumplimiento del contrato fuera Estados Unidos. También se percibe que importaría si el alegado orden público estuviera en consonancia con ideas de aceptación general amplia, perentoria y duradera alrededor del mundo. Sin embargo, ¿qué es lo que deben hacer los árbitros? Esta pregunta va más allá de lo permitido en este breve estudio. De hecho, es dudoso que pueda llevarse el debate más lejos de lo que hizo el profesor Pierre Mayer en su agudo examen en 1986, donde observaba que el árbitro internacional es "presionado desde diferentes direcciones" y éste es el "precio de rescate" por su libertad. Con referencia a la actitud judicial que reflejan casos como "Mitsubishi", concluye que el árbitro:

"...deberá sopesar múltiples consideraciones, algunas veces contradictorias, antes de presentar su decisión. Estas dificultades son ineluctables. Uno no puede escapar de ellas recurriendo estrictamente a la *lex contractus*. Las legislaciones nacionales que reconocen la autoridad de los árbitros para aplicar las normas imperativas de derecho reflejan un alto grado de confianza en el proceso arbitral. Sería peligroso defraudar tal confianza"¹⁰.

V. CONCLUSIONES

Debe quedar en claro que la excepción de orden público del artículo 5.2.b opera sólo en las circunstancias más excepcionales.

En la medida en que el orden público no es susceptible de una definición precisa e invariable, cualquier juez debería ser consciente de que apelar a éste para recha-

¹⁰ "Mandatory Rules of Law in International Arbitration". 2 *Arbitration International* 274, at 392 (1986).

zar un laudo arbitral es algo extraordinario, a lo que sólo debe recurrirse después de pensarlo demasiado para no lesionar el sistema de la CNY.

Esto debe quedar claro de las expresiones utilizadas para describir lo que lleva a un error ordinario al nivel del orden público. Hemos visto la referencia en el caso "Parsons & Whittemore" a la violación de "...la ejecución violaría las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado del foro". Ésta precisamente es la expresión que se repitió conscientemente veintiséis años después, en el Informe al Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la 69ª Conferencia Bienal de la International Law Association. Dicey, Morris y Collins en *The Conflict Laws* lo pusieron de una manera más discursiva, cuando afirmaron que

"...para que tenga éxito un argumento basado en el orden público tiene que demostrarse que existe algún elemento de ilegalidad o que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían claramente nocivos para el bien público, o, también posiblemente, que el reconocimiento o la ejecución serían completamente ofensivos para aquel miembro del público que es corrientemente razonable y está completamente informado y en cuyo nombre se ejercen los poderes del Estado" ¹¹.

Antes de declarar que la ejecución de un laudo extranjero es contraria al orden público, un juez doméstico deberá asegurarse de si, a conciencia, es posible decir que verdaderamente la ejecución es contraria a las *nociones más básicas* de moral y justicia y claramente nociva para el bien común, como para defenderla a toda costa (incluyendo el daño a la cortesía internacional y a los objetivos de la CNY), y sin excepción. Este autoexamen deberá llevarse a cabo, naturalmente, sin darle ningún peso al hecho de que la parte que se resiste y que alude tan emocionalmente a los principios nacionales tiene, la mayoría de las veces, la misma nacionalidad que el juez...

Existe otra razón para considerar la explicación de orden público como algo extremadamente excepcional. Es simplemente que con demasiada frecuencia ésta es innecesaria bajo la CNY, incluso cuando el laudo presenta defectos serios. Por ejemplo, un laudo proferido basándose en evidencia ocultada a la parte perdedora ofendería el orden público, pero el juez de ejecución habría rechazado el laudo incluso antes de llegar al art. 5.2, bajo el criterio mucho más específico del art. 5.1.b, que exige que se brinde a las partes la oportunidad de presentar su caso ¹².

Si se ha pedido párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de Nueva York ante la cual se aplazar la decisión si que pida la ejecución apropiadas.

¹¹ 14ª ed. (2006) p. 770, en referencia al caso "Deutsche Schachtbau v. Shell", 1990, 1 AC 295 (CA), con citas de casos de India, Hong Kong, Estados Unidos, Suiza y Nueva Zelanda como evidencia de la amplia aceptación de una aplicación restrictiva del art. 5.2.b. Si se argumenta "ilegalidad" será bajo una legislación extranjera y no bajo los *lex fori*, las consideraciones estipuladas en el texto en la nota de pie de p. 8, parecen pertinentes.

¹² La diferencia importante entre los arts. 5.1. y 5.2 reside en que el propio juez de ejecución puede declarar la denegación de ejecución bajo este último artículo. Pero con seguridad una corte será bastante reacia a identificar irregularidades procesales que no parecen molestar a la parte afectada.