

Recibido: 26 febrero 2016

Aceptado: 9 junio 2016

Arbitraje, vol. IX, nº 2, 2016, pp. 459–463

*El arbitraje y el orden público**

Mauro RUBINO–SAMMARTANO **

Resumen: El arbitraje y el orden público

La distinción entre orden público nacional e internacional no está asentada universalmente. En los ordenamientos jurídicos donde se ha efectuado tal distinción, el orden público internacional representa la parte del orden público más sagrada del ordenamiento jurídico. Aquel puede configurarse como el círculo más interno del más amplio círculo constituido del concepto general del orden público.

Palabras clave: ARBITRAJE – ORDEN PÚBLICO – ORDEN PÚBLICO SUSTANTIVO Y ORDEN PÚBLICO PROCESAL.

Abstract: Arbitration and Public Policy

The distinction between national and international public policy is not established universally. In legal systems which has made such a distinction, the international public policy represents the most sacred part of the public policy of the law. That can be configured as the circle innermost circle of the wider constituted the general concept of public policy

Keywords: ARBITRATION - PUBLIC POLICY – SUBSTANTIVE PUBLIC POLICY AND PROCEDURAL PUBLIC POLICY.

1. Mientras un ordenamiento jurídico puede tolerar que el propio orden público sea vulnerado por una norma o decisión extranjera, los elementos fundamentales de este ordenamiento jurídico (que constituyen su orden público internacional), no toleran ser vulnerado¹.

A pesar de que tales distinciones deberían generar una armoniosa repartición de los campos de influencia de dos sectores del orden público, todavía un gran juez inglés, Lord Denning, en *Football Association*², se refiere al orden público como un “*unruly horse*” añadiendo

“With a good man in the saddle, the unruly horse can be kept in control. It can jump over obstacles, it can leave the fences, put up by fictions and come down on the side of justice”.

* Comunicación presentada al X Seminario internacional de DIPr, Madrid, abril 2016.

** Presidente de la Corte Arbitral Europea (Estrasburgo).

¹ M. Rubino–Sammartano, *International Arbitration (Law and Practice)*, 3a ed., Juris 2014.

² *Enderby Town Football Club v. The Football Association Ltd.* [1971], A.C. 591, 606.

Los diferentes ordenamientos tienden a describir de forma distinta la noción de orden público. Por ejemplo, en China, éste se describe como un “*social and public interest*” y en *Abrahamsson*³ la Corte Europea de Justicia ha definido la violación del orden público como

“... a manifest breach of a rule of law regarded as essential in the legal order of the state in which enforcement is sought or of a right recognized as being fundamental in that legal order”,

mientras que en Rusia, en *Stena*⁴, se ha calificado de la siguiente manera:

“... the fundamentals of law and order in the Russian Federation comprise in addition to the foundations of morality, the major religious teachings, main economic and cultural traditions, making up Russian civil society and the basic principles of Russian law”.

2. Cabe mencionar brevemente la diversa función de las normas de aplicación inmediata y de los principios del orden público, que pertenecen ambos a la esfera del orden público, pero en la cual ejercen —como es bien sabido— una función diversa.

Las primeras pueden de hecho ser vistas como una primera barrera a la entrada en un ordenamiento de normativas o decisiones en conflicto con aquéllas.

A pesar de que logren superar la primera barrera, tienen que afrontar una segunda barrera consistente en los principios del orden público.

3. En este contexto, es posible hacer una breve alusión a la noción de derecho público extranjero, en cuanto a la necesidad de determinar en base a qué norma viene determinada la naturaleza pública o privada, es decir, en base al ordenamiento jurídico extranjero o en base a la *lex fori*.

En el caso *Ammon v. Royal Dutch*⁵ el Tribunal Federal Suizo ha firmado que, a pesar de la relevancia de la clasificación entre la normativa pública o privada en un ordenamiento jurídico extranjero, la decisión final pertenece a la *lex fori*.

Tradicionalmente, el Derecho público extranjero acostumbraba a ser plenamente rechazado. Ahora bien, en la opinión más reciente del sentido amigo profesor Pierre Lalive, un tal rechazo no puede operar automáticamente y debe distinguirse, por un lado, la disciplina penal y fiscal y, por otro, otros sectores del Derecho público.

4. Pasando a examen veloz la relación entre el orden público y el arbitraje, el papel ejercido en el mundo del arbitraje está fuera de discusión.

³ *Abrahamsson v. Fogelqvist*, Corte Europea de Justicia, 28 marzo 2000, causa n. 407/98.

⁴ *Stena RoRoAB Sweden v. Baltiysky Zavod OJSC RF*, Corte Federal de Arbitrazh del Circuito Norte Occidental, 24 abril 2009, causa n. A56.6007/2008.

⁵ *Ammon v. Royal Dutch*, Federal Tribunal de Suiza, 2 febrero 1954, ATF 8011 1953.

Así, en el asunto *Hebei*⁶, en materia de ausencia de reconocimiento de una decisión arbitral extranjera por estar en conflicto con el orden público del Estado, se ha reiterado que conviene hacer referencia a la contrariedad a los conceptos fundamentales de moral y justicia del foro del Estado.

En París, en *France Telecom*⁷ la Corte de Apelación ha afirmado que

“... el orden público internacional está formado de valores que el ordenamiento jurídico francés no puede permitirse violar”.

El vivamente sentido amigo Prof. Hans Smith ha recordado, con meridiana claridad, que el orden público puede ser violado tanto en la convención arbitral, como a lo largo del procedimiento o en la ley adoptada por los árbitros y en la ejecución de la decisión arbitral.

El Tribunal Supremo Comercial Ruso (denominado en este país con un término que puede inducir a error como la *Arbitrazh Court*) ha definido la violación del orden público por parte de un tribunal arbitral extranjero cuando la ejecución de una tal decisión produce un resultado:

- que está expresamente prohibido por ley;
- que niega la soberanía o la seguridad de Estado;
- que daña los intereses de grupos sociales importantes;
- que es incompatible con los principios económicos, políticos o legales del ordenamiento jurídico;
- que viola los derechos constitucionales y la libertad de los ciudadanos
- que contradice los principios fundamentales del derecho civil, la igualdad de las partes, la inviolabilidad de los bienes y la autonomía contractual.

5. La distinción entre orden público sustantivo y procesal no es siempre sencilla contrariamente a su apariencia y su aplicación puede dar lugar a tres tipos muy diversos. Basta resaltar la falta de voz común sobre la calificación de la disciplina de la presunción y la prescripción.

Ciertos autores han mantenido en varias ocasiones que no serían arbitrables las demandas de nulidad o que requieran la aplicación de normas imperativas. Una tal opinión no merece ser compartida por cuanto el árbitro quedaría obligado, al igual que un juez ordinario, a respetar la normativa en materia de nulidad y las normas inderogables, sin que ello pueda dar lugar a una no arbitrabilidad.

Un precedente interesante en materia de orden público es el pronunciamiento americano en *Sun Oil*⁸, el cual trata de una cuestión singular. La so-

⁶ *Hebei Import & Export v. Polytek Engineering* 1999 (2 Hong Kong Court) por Sir Anthony Mason.

⁷ *Sté de Télécommunications Internationales du Cameroun c. SA France Telecom*, Corte de Apelación, París, 14 junio 2001, *Rev. arb.* 2001, 773.

⁸ *National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Corp.* 733 Supp. 800 (Del. 1990).

ciudad americana Sun Oil suscribió con una sociedad pública Libia un contrato para la realización de exploraciones en búsqueda de petróleo. Tras unos años, el gobierno de los Estados Unidos obligó a los propios ciudadanos a no consentir la transferencia del personal técnico en Libia. Sun Oil cesó de cumplir con el contrato. Al mismo tiempo, el embargo impuesto por los Estados Unidos en el conflicto con Libia se intensificó. Sun Oil, frente a las acusaciones por incumplimiento de contrato, argumentó la fuerza mayor. La sociedad pública libia contestó a una tal argumentación reclamando daños y perjuicios y sometió la controversia al arbitraje.

Los árbitros sostuvieron que otras sociedades americanas habían continuado a prestar los servicios en Libia, empleando personal no americano y que Sun Oil poseía una sociedad controlada canadiense que era particularmente idónea para proseguir con el cumplimiento del contrato. Sun Oil impugnó la decisión arbitral frente a un Tribunal americano que todavía no ha rechazado la impugnación bajo el motivo que el conflicto de la decisión arbitral con el orden público americano argumentado por Sun Oil no se sostenía.

El Juez, haciendo referencia al precedente pronunciado en el caso *Parsons*⁹, afirmó que el orden público puede ser invocado

“... solamente en el caso de que el cumplimiento (N.B. de la decisión arbitral) entre en conflicto con el significado moral más profundo y de justicia de la *lex fori*”.

El tribunal americano mantuvo que los casos en que no se retuviese el orden público es distinto de la cuestión de política de Estado.

A su vez el orden público procesal viene a menudo invocado como oposición al reconocimiento y ejecución de una decisión arbitral. Es posible que no coincidan el orden público procesal de la sede del arbitraje con el orden público del ordenamiento jurídico en el que se requiere la ejecución del laudo. La coexistencia de ambos órdenes públicos puede dar lugar, según las circunstancias, a la aplicación de aquél que es más riguroso de los dos. La aplicación de varios órdenes públicos ha sido por ejemplo objeto de discusión en *Regazzoni*¹⁰.

La violación del orden público procesal viene a menudo referido como la violación del *due process*.

Entre aquellas violaciones figuran la falta de respeto al plazo para constituirse, el derecho de cada una de las partes a oponerse a las demandas y argumentos de otra parte y el derecho de hacer valer sus propios argumentos, así como el requisito de imparcialidad del árbitro, la paridad de armas para el nombramiento de los árbitros (el cual ha dado lugar al precedente interesante creado por *Dutco*¹¹ en Francia). La falta de motivación de una decisión arbitral extranjera ha dado lugar a diversas decisiones sobre la violación del

⁹ *Parsons Whittmore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de l'Industrie du Papier* 508, F. 2nd 969 (2d Cir. 1974).

¹⁰ *Regazzoni v. Sethia* 1957 (3) All. ER 286.

¹¹ *BK MI and Siemens c. Dutco*, Corte de Casación Francia, 7 enero 1992, *Rev. arb.* 1992, 470.

orden público de las cuales, según algunos, el ordenamiento jurídico atiende sólo al orden público interno.

Ha pasado largo y tendido desde que la Corte de Apelación de París se opuso a aplicar en el caso *Banque Ottoman*¹²

“... los principios de un asentado orden público internacional, la existencia del cual no es reconocido en ningún sistema jurídico y en particular en el Derecho francés”.

Aún más distantes de la visión actual de la cuestión son las decisiones arbitrales adoptadas en el caso *Créole*¹³, el cual llegó a afirmar que

“... el derecho de propiedad sobre los esclavos durante el transporte de aquéllos amontonados sobre la nave Créole debe reconocerse a pesar de ser calificado como odioso”.

El Tribunal arbitral afirmó acerca de los esclavos que

“... dado que está regulado en varios ordenamientos jurídicos, no puede ser contraria la ley de las Naciones”,

mientras que en la decisión *María Luz*¹⁴

“El Zar de Rusia, en su cualidad de árbitro, ha declarado que Japón, acusado de haber liberado los esclavos transportados en la nave María Luz, no ha violado normas generales del Derecho de las Naciones por cuanto ha actuado conforme a las normas que acostumbraban aplicarse en la época”.

Nada de nuevo bajo el sol si no recordar la atención que se debe al orden público, en ocasiones definido como un *unruly horse*.

La clara diversidad ha dado lugar a demandas de ejecución en países de derecho civil de sentencias americanas que habían otorgado los *punitive damage*. Así se juzgó en algunos ordenamientos jurídicos tales como en las decisiones *P.J. c. Fimez SpA*¹⁵ e *C.E.P. c. Roma Capitale*¹⁶, como contrarias al orden público del Estado solicitado, por cuanto la indemnización debe ser siempre igual al daño efectivamente sufrido.

¹² *Bakaljan and Hadjthorear c. Banque Ottoman*, Corte de Apelación de París, 19 marzo 1966, *Clunet* 1968, 137.

¹³ *Créole*, Decisión arbitral adoptada por la Comisión mixta en Londres, 15 enero 1955, citada da Lalive, *Public Policy and Arbitral Procedures*, ICCA Congress, New York 1986, p. 49.

¹⁴ *María Luz*, Arbitraje adoptado por el Zar de Rusia, 17 mayo 1865, citado también en Lalive, p. 49.

¹⁵ Corte de Casación, Italia, Sez. III, 19 enero 2007, n. 1183, en *Giur. it.* 2008, I, 395.

¹⁶ Corte de Casación, Italia, Sez. VI, 30 noviembre 2012, n. 21570, *Rep. Foro it.* 2012, Voce Spese Giudiziali, n. 54.