

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Internacional Público



**LAS NORMAS IMPERATIVAS Y EL ORDEN PÚBLICO EN
EL ARBITRAJE PRIVADO INTERNACIONAL**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Marta Gonzalo Quiroga

Bajo la dirección del doctor

José Carlos Fernández Rozas

Madrid, 2001

ISBN: 84-669-2316-0

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**NORMAS IMPERATIVAS Y ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE
PRIVADO INTERNACIONAL**

Tesis doctoral
Presentada por

MARTA GONZALO QUIROGA

Dirigida por

Prof. Dr. D. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS
(Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense)

MADRID, 2000

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	11
INTRODUCCIÓN.....	18
METODOLOGÍA.....	34

CAPÍTULO I

ORDEN PÚBLICO Y NORMAS MATERIALES IMPERATIVAS EN EL MARCO ARBITRAL INTERNACIONAL: ANÁLISIS CONCEPTUAL

I.	Orden público: acepciones y tipología característica.....	43
	1. CARACTERIZACIÓN GENERAL.....	43
	2. ACEPCIONES EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	50
II.	Orden público y normas materiales imperativas en el DIPr. Admisibilidad en las distintas fases del proceso arbitral.....	72
	1. DELIMITACIÓN FUNCIONAL.....	72
	2. ORDEN PÚBLICO (<i>ORDRE PUBLIC</i>) Y <i>PUBLIC POLICY</i>	79
	3. EL ORDEN PÚBLICO EN LA CRISIS DEL PARADIGMA NORMATIVO DEL DIPr.....	83
	A) Normas materiales imperativas.....	84
	B) Leyes de policía.....	91
III.	Normas de intervención y orden público en el Arbitraje Privado Internacional.....	94
	1. AUTONOMÍA CONCEPTUAL Y ÁMBITO DIFERENCIAL....	94
	2. NACIONALIDAD E INTERNACIONALIDAD DEL ORDEN PÚBLICO.....	104

IV. Problemática actual del orden público en el arbitraje internacional.....	109
1. GLOBALIZACIÓN, DESLOCALIZACIÓN Y ORDEN PÚBLICO.....	109
A) Situación creada por la globalización. Panorámica general	109
B) Perspectiva arbitral.....	114
a) <i>Globalización comercial y arbitraje internacional.....</i>	114
b) <i>Deslocalización y orden público en el marco arbitral</i>	120
c) <i>Orden público en el arbitraje electrónico.....</i>	125
2. ORDEN PÚBLICO TRANSNACIONAL.....	129
A) Concepto.....	129
a) <i>Aproximación doctrinal.....</i>	129
b) <i>Balance jurisprudencial.....</i>	133
B) Funciones.....	138
C) Contenidos.....	140
a) <i>Democratización de los contenidos.....</i>	140
b) <i>Principios y jerarquía.....</i>	142

-FASE NEGOCIAL-

ORDEN PÚBLICO EN LA ARBITRABILIDAD DE LA CONTROVERSA INTERNACIONAL

CAPÍTULO II

DELIMITACIÓN DE CRITERIOS Y DERECHO APLICABLE A LA ARBITRABILIDAD

I. Relaciones entre orden público y arbitrabilidad: cuestiones previas	156
1. EL ORDEN PÚBLICO EN LA FASE NEGOCIAL.....	156
2. PRECISIONES EN TORNO AL PRESUPUESTO MATERIAL: ACEPCIONES DE LA ARBITRABILIDAD.....	162
A) Arbitrabilidad en sede judicial y arbitral.....	163
B) Arbitrabilidad y ámbito de aplicación del convenio arbitral....	165
C) Exclusión de la arbitrabilidad subjetiva.....	168

3.	ENTENDIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO EN LA ARBITRABILIDAD.....	171
	A) Marco legislativo.....	171
	B) Marco doctrinal.....	176
	C) Marco jurisprudencial.....	178
II.	El orden público en los criterios de determinación de la arbitrabilidad.....	183
1.	CRITERIOS DE DETERMINACIÓN.....	183
2.	PROPUESTA DE DELIMITACIÓN.....	188
3.	CONDICIÓN NECESARIA DE LA ARBITRABILIDAD.....	192
	A) Reagrupación de criterios.....	192
	B) El trinomio de la arbitrabilidad.....	196
	a) Disponibilidad.....	196
	b) Patrimonialidad o “Financial Interest”.....	199
	c) Atribución imperativa de jurisdicción.....	202
4.	CONDICIÓN SUFICIENTE DEL ORDEN PÚBLICO.....	206
	A) Criterio tradicional del interés del orden público.....	207
	a) Pasividad en la adecuación legislativa.....	207
	b) Evolución jurisprudencial.....	212
	B) Criterio actual del orden público.....	220
III.	El orden público en el Derecho aplicable a la arbitrabilidad.....	222
1.	DETERMINACIÓN DE LA INARBITRABILIDAD POR EL JUEZ ESTATAL.....	225
	A) Panorama normativo.....	226
	a) Aplicación de los Convenios internacionales de arbitraje..	226
	b) Principio de eficacia en los Reglamentos internacionales de arbitraje.....	237
	B) El orden público en la excepción de incompetencia arbitral....	240
2.	DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA ARBITRABILIDAD POR EL ÁRBITRO INTERNACIONAL....	245
	A) Carencia de método.....	245
	B) Recurso a la analogía judicial: localización de la ley aplicable en un ordenamiento estatal.....	248
	a) Criterio de la autonomía de la voluntad.....	253
	b) Criterio geográfico. Principio de territorialidad.....	257
	a. Ley de la sede.....	258
	b. Ley del exequátur.....	262
	c) Criterio intervencionista: orden público y leyes de policía	265

C) Orden público transnacional y criterios de validez material.....	270
D) El orden público en el principio de validez del convenio de arbitraje internacional: discrepancias en cuanto a su alcance realmente internacional.....	273
IV. Los rangos del orden público en los principios de validez material	278

CAPÍTULO III

ORDEN PÚBLICO DE DIRECCIÓN Y DE PROTECCIÓN EN LA ARBITRABILIDAD

I. Justificación de la selección material.....	286
II. Arbitrabilidad y orden público económico de dirección en el Derecho de la competencia.....	290
1. ARBITRAJE Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	290
A) Imperatividad del poder estatal <i>versus</i> autonomía privada.....	290
B) Modelo Comunitario y <i>Antitrust</i> norteamericano.....	301
a) <i>Exclusión de la diferenciación.....</i>	301
b) <i>Treble Damages y Punitive Damages.....</i>	304
2. LÍMITES A LA ARBITRABILIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA.....	308
A) Condición necesaria. Patrimonialidad, disponibilidad y especial referencia a la atribución imperativa de jurisdicción...	308
B) Obstáculos a la arbitrabilidad. Arbitrabilidad “condicionada” y orden público internacional.....	321
C) Imperatividad de las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad.....	331
III. Arbitrabilidad y orden público de protección en las cláusulas compromisorias insertas en condiciones generales de contratación.....	339
1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN INTERNACIONAL DEL ORDEN PÚBLICO DE PROTECCIÓN.....	339
A) La condición necesaria del orden público en la arbitrabilidad...	345
a) <i>Perspectiva general: criterios conexos a la arbitrabilidad mediatizados por el orden público.....</i>	345
b) <i>Autonomía de la voluntad y disponibilidad. Proyección en la arbitrabilidad.....</i>	347
c) <i>La renuncia a la jurisdicción en CGC.....</i>	354
B) La condición suficiente del orden público.....	357

2.	ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE CONSUMO	359
	A) Marco imperativo de protección en el sistema arbitral de consumo español.....	359
	a) <i>Aproximación genérica</i>	359
	b) <i>Normativa Comunitaria en materia de consumo</i>	362
	c) <i>El sistema arbitral de consumo español</i>	364
	B) Orden público transnacional de protección al consumidor.....	368
	a) <i>Función y contenido del orden público</i>	368
	b) <i>El orden público en la práctica arbitral internacional de los contratos de consumo</i>	371
	C) La condición suficiente en el arbitraje internacional de consumo.....	379
	a) <i>Concreción de la condición</i>	379
	b) <i>Alternativas de solución</i>	382
3.	NORMAS DE INTERVENCIÓN Y ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE DE SEGUROS	384
	A) Arbitrabilidad y orden público en los contratos de seguros.....	384
	B) El arbitraje de seguros desde la perspectiva española.....	389
	C) Condición suficiente: identidad con el supuesto de consumo...	393
4.	ORDEN PÚBLICO DE PROTECCIÓN SOCIAL EN EL ARBITRAJE LABORAL INTERNACIONAL	395
	A) Contrato de trabajo internacional y arbitrabilidad.....	395
	a) <i>Del recelo a la exaltación de la arbitrabilidad de la controversia laboral</i>	395
	b) <i>El arbitraje laboral desde la perspectiva española</i>	402
	c) <i>Análisis comparado de la arbitrabilidad laboral</i>	407
	B) Orden público en la práctica laboral internacional y compromiso arbitral.....	412
	C) La condición suficiente del orden público en la arbitrabilidad laboral internacional.....	423

- FASE ARBITRAL-

CAPÍTULO IV

EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

I.	El árbitro ante el Derecho aplicable a la controversia.....	429
1.	ORDEN PÚBLICO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: TENSIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.....	429
A)	Consideraciones previas. Exclusión del orden público procesal.....	429
B)	El orden público en el alcance del <i>ius dispositivum</i>	440
a)	<i>Balance entre intereses públicos y privados</i>	440
b)	<i>Los rangos del orden público en el Derecho aplicable</i>	448
2.	LEY APLICABLE A LA CONTROVERSIA POR EL ÁRBITRO INTERNACIONAL. PERSPECTIVA GENERAL....	452
A)	Libertad arbitral en la determinación del Derecho aplicable.....	452
a)	<i>Planteamiento y análisis positivo</i>	452
b)	<i>Diversidad del alcance dispositivo entre árbitros y partes</i>	459
B)	Análisis comparativo entre jueces y árbitros.....	466
a)	<i>Métodos de determinación</i>	466
b)	<i>Incidencia de las reglas no estatales en el Derecho aplicable</i>	476
C)	Libertad imperfecta.....	483
II.	Normas de intervención y orden público en el Derecho aplicable..	489
1.	INTERVENCIÓN EN LA <i>LEX CONTRACTUS</i>	489
A)	La <i>lex contractus</i> es elegida por las partes.....	490
B)	La <i>lex contractus</i> es determinada por el árbitro.....	508
a)	<i>Arbitraje de Derecho</i>	513
b)	<i>Arbitraje de equidad</i>	516
C)	Excepciones a la aplicación del orden público de la <i>lex contractus</i> : a vueltas con la prevalencia de los rangos.....	520
2.	NORMAS DE INTERVENCIÓN Y ORDEN PÚBLICO AJENOS A LA <i>LEX CONTRACTUS</i>	527
A)	Orden público y normas imperativas de terceros Estados.....	529
a)	<i>Aproximación genérica. Criterios territoriales</i>	529

b) Criterios de la “toma en consideración” y posterior “aplicación” del orden público.....	538
B) Leyes de policía.....	553
a) Leyes de policía versus orden público transnacional.....	555
b) Leyes de policía ajenas a la <i>lex contractus</i>	559

-FASE POST-ARBITRAL-

CAPÍTULO V

EL ORDEN PÚBLICO EN EL CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL

I. La cláusula de orden público como mecanismo de control al laudo.....	571
1. FASE POST-ARBITRAL.....	571
A) Orden público: confianza entre justicia pública y privada.....	571
B) Delimitación del control.....	574
a) <i>Nacionalización del control: estereotipos.....</i>	<i>574</i>
b) <i>Incidencia real del control.....</i>	<i>578</i>
2. LIBERALIZACIÓN ARBITRAL VERSUS CONTROL ESTATAL.....	583
A) Desplazamiento del control a la fase judicial.....	583
B) Necesidad de control del orden público.....	586
3. EL IMPACTO DE LA LIBERALIZACIÓN.....	593
A) <i>Favor arbitrandum versus Principio de eficacia.....</i>	<i>593</i>
B) Los riesgos del desplazamiento del control.....	599
a) <i>Riesgo de ineficacia y principio de actualidad del orden público.....</i>	<i>599</i>
b) <i>Riesgo de injusticia: ejecución espontánea del laudo internacional contrario al orden público.....</i>	<i>601</i>
c) <i>Riesgo de deslocalización.....</i>	<i>605</i>
II. Constatación del orden público por el juez nacional del control...	607
1. VALORACIÓN DE LA CONFORMIDAD DEL LAUDO ARBITRAL CON EL ORDEN PÚBLICO DEL FORO.....	608
A) Métodos de valoración del contenido del orden público.....	608
B) Orden público en la apreciación de la arbitrabilidad de la controversia internacional por el juez de control.....	614
C) Contrariedad de la sentencia arbitral al orden público estatal...	621
a) <i>Violación del orden público interno e internacional.....</i>	<i>621</i>

b) <i>Atentado material al orden público: violación a las leyes de policía</i>	625
c) <i>Atentado moral a los principios fundamentales del foro</i>	628
2. VALORACIÓN DE LA CONFORMIDAD DEL LAUDO ARBITRAL CON EL ORDEN PÚBLICO EXTRANJERO.....	630
III. El orden público en las modalidades de control	638
1. ORDEN PÚBLICO EN EL RECURSO DE ANULACIÓN.....	638
A) Anulación del laudo internacional en España.....	638
a) <i>Ausencia de regulación y orden público</i>	638
b) <i>Entendimiento jurisprudencial del orden público</i>	645
B) El orden público en el recurso de anulación de la sentencia arbitral internacional.....	655
a) <i>Desplazamiento del control del orden público: de la anulación a la ejecución</i>	655
b) <i>Reducción de los causales de anulación: supresión del causal del orden público</i>	657
c) <i>Renuncia a los recursos: irrenunciabilidad al orden público</i>	662
2. ORDEN PÚBLICO EN EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL....	665
A) Entendimiento del control del orden público.....	665
a) <i>El orden público en la homologación de laudos arbitrales internacionales en el sistema español</i>	666
b) <i>¿Exige el orden público la modificación del Convenio de Nueva York?</i>	674
B) Mimetismo en su aplicación.....	679
C) Aspecto globalizador del orden público.....	688
IV. Orden público en la prohibición de revisión del fondo del asunto ..	691
1. PLANTEAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN Y ORDEN PÚBLICO.....	691
A) Inatacabilidad teórica del principio de base.....	691
B) Laxitud en su aplicación práctica.....	694
a) <i>Orden público como excepción a la prohibición</i>	694
b) <i>Conflicto de intereses en su apreciación</i>	697
2. ORDEN PÚBLICO EN EL CONTROL DE HECHO Y DE DERECHO DEL LAUDO: LA QUIEBRA DE LA PROHIBICIÓN.....	700
A) El control del resultado de la sentencia arbitral.....	700
a) <i>Modalidades de control</i>	700

b) Arbitraje de Derecho y de Equidad: motivación del laudo arbitral.....	702
B) Extensión del orden público en el principio de prohibición.....	707
a) Concepción minimalista.....	707
b) Concepción maximalista.....	713
3. EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL: CONTROL PARCIAL DE ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL.....	720
 CONCLUSIONES	 725
 BIBLIOGRAFIA	 746
I) MONOGRAFÍAS Y LIBROS HOMENAJE.....	747
II) PUBLICACIONES PERIÓDICAS.....	758
JURISPRUDENCIA SOBRE EL ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	775
1. ESPAÑOLA.....	776
2. COMUNITARIA.....	782
3. EXTRANJERA.....	784
LAUDOS ARBITRALES SOBRE EL ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	801
1. CORTE DE ARBITRAJE DE LA CCI.....	802
2. CENTRO INTERNACIONAL PARA LA REGLAMENTACIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES.....	812
3. OTRAS INSTITUCIONES DE ARBITRAJE Y ARBITRAJES <i>AD HOC</i>	812

ABREVIATURAS

<i>Aba Jour</i>	Aba Journal
<i>ADC</i>	Anuario de Derecho civil
<i>ADI</i>	Anuario de Derecho internacional
<i>A.C.</i>	Actualidad Civil.
<i>A.E.DIPr</i>	Anuario español de DIPr, tomo 0, 2000
<i>Afr. J.Int.Comp.Law</i>	African Journal of International and Comparative Law
<i>AHLADI</i>	Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional
<i>A.I.</i>	Arbitration International
<i>AJ</i>	Actualidad Jurídica
<i>AJCL</i>	American Journal of Comparative Law
<i>A.J.I.L.</i>	American Journal of International Law
<i>Am. Bank. L. J.</i>	American Bankruptcy Law Journal
<i>Am. Rev. Int. Arb.</i>	American Review of International Arbitration
<i>Am. Soc. Int. L.</i>	American Society of International Law
<i>Ann. fr.dr.int</i>	Annuaire française de Droit internacional
<i>Arbitration</i>	The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators
<i>Archives Phil. Dr.</i>	Archives de la Philosophie du Droit
<i>Arb.Jour</i>	Arbitration Journal
<i>Australian. L. J.</i>	Australian Law Journal
<i>BAEA</i>	Boletín de la Asociación Española de Arbitraje
<i>BJC</i>	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
<i>Boston Un. Int. L. J.</i>	Boston University Law Journal
<i>Bull. CIA/CCI</i>	Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la Chambre commerce internationale CCI
<i>Bus.Lawyer</i>	The Business Lawyer
<i>Cal. L.R.</i>	California Law Review
<i>Cahiers dr.eur</i>	Cahiers de droit européen
<i>Can. Bus. L. J.</i>	Canadian Business Law Journal
<i>Can. YB. Int. L.</i>	The Canadian Yearbook of International Law
<i>Case West. Res. Journ. Int.L.</i>	Case Western Reseve Journal of International Law
<i>CCI</i>	Cámara de Comercio Internacional con sede en París
<i>CE</i>	Comunidad Europea
<i>CG</i>	Convenio Europeo sobre arbitraje comercial Internacional firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961 (BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975)

<i>Civ. Jus. Q.</i>	Civil Justice Quarterly
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>CNY</i>	Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958 (BOE núms. 162 y 164, de 9 y 11 de julio de 1977)
<i>Col. Jour. Trans. L.</i>	Columbia Journal of Transnational Law
<i>Column.L.R.</i>	Columbia Law Review
<i>Com.Stu</i>	Comunicazione e studi
<i>Comp.L.Yb.</i>	Comparative Law Yearbook
<i>CR</i>	Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993)
<i>Cornell. Int. L. J.</i>	Cornell International Law Journal
<i>Corr. Giur</i>	Il Corriere Giuridico
<i>CW</i>	Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, suscrito en Washington, el 18 de marzo de 1965 (BOE núm. 219, de 13 de septiembre de 1994)
<i>Defense Counsel J.</i>	Defense Counsel Journal
<i>Derecho de los negocios</i>	Derecho de los negocios
<i>Detroit College l.R.</i>	Detroit College Law Review
<i>Dir. com. int.</i>	Diritto del Commercio Internazionale
<i>Dir. Mar.</i>	Il Diritto Marittimo
<i>Dir. U.E.</i>	Il Diritto dell'Unione Europea
<i>Disp. Res. J.</i>	Dispute Resolution Journal (anteriormente era el Arb. Jour)
<i>Disp. Res. J.</i>	Dispute Resolution Journal
<i>Drake L.R.</i>	Drake Law Review
<i>Dr. com. Sca .Int</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>Dr.mar.fr.</i>	Le Droit Maritime Française
<i>Dr.pr.Com.Int</i>	Droit et Procédure Commercial International
<i>E.J.I.L.</i>	European Journal of International Law/ Journal européen de droit international
<i>E.L.R.</i>	England Law Reports
<i>European L. Rev</i>	European Law Review
<i>Fordham Int. L. J.</i>	Fordham International Law Journal
<i>Forum Int.</i>	Forum Internationale
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>Georgia Journ. Int & comp. L.</i>	Georgia Journal of International and Comparative Law
<i>Giur. It.</i>	Giurisprudenza Italiana

<i>Gius. Civ</i>	Giustizia Civile
<i>Harvard Int. L. J</i>	Harvard International Law Journal
<i>H.R.L.J</i>	Harvard Review Law Journal
<i>I.A.R.</i>	International Arbitration Report
<i>ICLQ</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>ICLR</i>	International and Comparative Law Review
<i>I.D.I.</i>	Annuaire de l'Institut de Droit international
<i>ICSID Rev.</i>	International Centre for Settlement of Investments Disputes
<i>Indiana. L. J.</i>	Indiana Law Journal
<i>Inst. Est. Jur.</i>	Instituto de Estudios Jurídicos (Granada)
<i>Inst. Est. Pol.</i>	Instituto de Estudios Políticos (Madrid)
<i>Int. Arb. Rep.</i>	International Arbitration Reports
<i>Int. bus. Lawyer</i>	International Business Lawyer
<i>Int. Const. L. R.</i>	International Construction Law Review
<i>Int. L.</i>	International Law
<i>Int. Lawyer</i>	The International Lawyer
<i>Int. L. T.</i>	International Law and Trade
<i>Int. T. Bus. L.</i>	International Tax and Business Law
<i>Iowa L. R.</i>	Iowa Law Review
<i>JBL</i>	The Journal of Business Law
<i>J.W.T.</i>	Journal of Word Trade
<i>J.-Cl. dr. Int.</i>	Juris-classeur de droit international
<i>Jnl. Publ. Pol.</i>	Journal of Public Policy
<i>Jour. mar. L. C.</i>	Journal of Maritime Law and Commerce
<i>Jour. comp. bus. cap. m. l.</i>	Journal of Comparative Business and Capital Market Law
<i>Jour. cont. L.</i>	Journal of Contemporary Law
<i>Jour. int. Arb.</i>	Journal of International Arbitration
<i>Journ. dr. Int.</i>	Journal du Droit international
<i>Jour. Soc. Leg. Comp.</i>	Journées de la Société de Legislation Comparé
<i>Jour. Trib.</i>	Journal des Tribunaux
<i>Jur. arb. CCI. Y. Derains</i>	Jurisprudencia arbitral de la Camara de Comercio Internacional por Y. Derains, Fundación Española de Arbitraje, Madrid, 1985
<i>L. Fac. Un. Basel</i>	Law Faculty of the University of Basel
<i>L & P. Int. Bus.</i>	Law & Policy in International Business
<i>L. Q. Rev.</i>	Law Quarterly Review
<i>La Ley</i>	Revista Jurídica Española, la Ley
<i>Labor L. J.</i>	Labor Law Journal
<i>Labor L.</i>	Labor Lawyer
<i>LA</i>	Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje (BOE n.º 293, de 7 de diciembre)

	de 1988; corrección errores en BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1989)
<i>Lawton L. R.</i>	Lawtton Law Review
<i>LAP</i>	Ley de arbitraje privado de 22 de diciembre de 1953
<i>Law. Arb. Let.</i>	Lawyers' Arbitration Letter
<i>LCIA</i>	London Court of International Arbitration
<i>Leiden jour. Int. L.</i>	Leiden Journal of International Law
<i>Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL</i>	Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil el 21 de junio de 1985
<i>L Neth. Year. Int.</i>	Netherlands Yearbook of International Law
<i>Lloyd's mar. com. L. Q.</i>	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
<i>Lloyd's Arb. Rep.</i>	Lloyd's Arbitration Reports
<i>LOPJ</i>	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial(BOE núm. 272, de 12.X.88)
<i>Lousiana L. R.</i>	Louisiana Law Review
<i>Loyola of los Angeles L. R.</i>	Loyola of los Angeles Law Review
<i>LSDIP</i>	Ley federal suiza de Derecho Internacional privado de 18 de diciembre de 1987
<i>Maryland Jour. int. L. Tr.</i>	Maryland Journal of Internatiofial Law and Trade
<i>Mc Gill L.J.</i>	Mc Gill Law Journal
<i>Michigan Bar Jour</i>	Michigan Bar Journal
<i>Minnesota L.R.</i>	Minnesota Law Review
<i>NCPC</i>	Nuevo Código de Procedimiento Civil francés de 5 de diciembre de 1975
<i>N.I.L.R.</i>	Netherlands International Law Review
<i>New York Univ. Jour. Int. Tr. Pol.</i>	New York University of International Trade and Politics
<i>North. Jour. Int. L. B.</i>	Northwestern Journal of International Law and Business
<i>Noticias U. E.</i>	Noticias de la Unión Europea
<i>Pace L. R.</i>	Pace Law Review
<i>R. AAA</i>	Reglas de arbitraje comercial de la Asociación Americana de Arbitraje, en vigor a partir del 1 de abril de 1985
<i>RAJ</i>	Repertorio Aranzadi de jurisprudencia
<i>R. CAMCA</i>	Reglas de mediación y arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediacion Comercial Para las Américas, en vigor desde el 15 de marzo de 1996
<i>Rass. Arb.</i>	Rassegna dell'Arbitrato

<i>R. CCI 1988</i>	Reglamento de conciliación y Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en vigor a partir del 1 de enero de 1988 (Ya derogado)
<i>R. CCI 1998</i>	Reglamento de Arbitraje actual de la Cámara de Comercio Internacional, vigente a partir del 1 de enero de 1998
<i>R.C.D.I.</i>	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
<i>R.C.G.P.J.</i>	Revista del Consejo General del Poder Judicial
<i>R. CIAC</i>	Reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, en vigor a partir del 1 de enero de 1978
<i>R. CIADI</i>	Reglamento y Reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), de 7 de septiembre de 1984
<i>R. CNUDMI/UNCITRAL</i>	Reglamento de arbitraje de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil del 15 de diciembre de 1976
<i>R.D.Pr.</i>	Revista de Derecho privado
<i>R.D.Proc.</i>	Revista de Derecho Procesal
<i>RDAI/IBLJ</i>	Revue du Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal
<i>RCEA</i>	Revista de la Corte Española de Arbitraje
<i>RDM</i>	Revista de Derecho Mercantil
<i>RDPC</i>	Rivista di Diritto Processuale civile
<i>Rec. CCI. I</i>	Recueil des sentences arbitrales de la CCI Collection of ICC Arbitral Awards: 1974-1985, por S. Jarvin e Y.Derains, Kluwer, 1990.
<i>Rec. CCI. II</i>	Recueil des sentences arbitrales de la CCI Collection of ICC Arbitral Awards: 1986-1990, por S. Jarvin, Y.Derains y J.J Alnaldez, Kluwer, 1994.
<i>Rec. CCI. III</i>	Recueil des sentences arbitrales de la CCI Arbitral Awards 1991-1995, J.J. Alnaldez, Y.Derains y D. Hascher, Kluwer 1996
<i>Rec. Proc. CCI</i>	Recueil des décisions de procédure dans l'arbitrage CCI Collection of Procedural Decision ICC Arbitration, 1993-1996, por D. Hascher, Kluwer, 1998
<i>Rec.</i>	Recopilación de Jurisprudencia Comunitaria
<i>REDA</i>	Revista española de Derecho Administrativo

<i>REDI</i>	Revista Española de Derecho Internacional
<i>REDT</i>	Revista Española de Derecho del Trabajo
<i>RES</i>	Revista Española de Seguros
<i>RJC</i>	Revista Jurídica de Cataluña
<i>R.U.D.Proc</i>	Revista Universitaria de Derecho Procesal
<i>Rev. Arb</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. Bar</i>	Revue du Barreau
<i>Rev. belge dr. Int</i>	Revue belge du droit international
<i>Rev. crit. dr. int. pr</i>	Revue critique de Droit international privé
<i>Rev. crit. jur. bel</i>	Revue critique de Jurisprudence Belge
<i>Rev. Dr. C. E</i>	Revista de Derecho Comunitario Europeo
<i>Rev. dr. Comp</i>	Revue du Droit Comparé
<i>Rev. dr. int. dr. comp</i>	Revue de Droit international et Droit Comparé
<i>Rev. dr. Suisse</i>	Revue du Droit Suisse
<i>Rev. ec. soc</i>	Revue économique et sociale
<i>Rev. est. Inv. C. E</i>	Revista de Estudios e Investigación de las Comunidades Europeas
<i>Rev. Fac. Cs. Jcas.(Caracas)</i>	Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas
<i>Rev. Fac. D. U. C. M</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
<i>Rev. Fac. D. U. Gr</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
<i>Rev. Fac. D. U. Méx</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México
<i>Rev.Gen. Leg. Jur</i>	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
<i>Rec. int. dr. comp</i>	Revue internationale de Droit Comparé
<i>Rev. J. Liège. Mons. Bruxelles</i>	Revue de jurisprudence de Liège, Monset Bruxelles
<i>Rev. suis. dr. int. conc</i>	Revue Suisse de Droit Internationale de la Concurrence
<i>Rev. trim. Dr. comm</i>	Revue trimestrelle de Droit Commercial
<i>RGD</i>	Revista General de Derecho
<i>RIDI</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>Riv. Arb</i>	Rivista dell'Arbitrato
<i>Riv. dir. civ</i>	Rivista di Diritto Civile
<i>Riv. dir. int. pr. proc</i>	Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale
<i>Riv. dir. int</i>	Rivista di Diritto Internazionale
<i>Riv. dir. proc</i>	Rivista di Diritto Processuale
<i>Riv. it. per le scienze giur</i>	Rivista italiana per le scienze giuridiche
<i>Riv. tri. Dir. proc. Civ</i>	Rivista trimestrali di Diritto e Procedura Civile
<i>RJC</i>	Revista Jurídica de Cataluña

<i>RSDIE/SZIER</i>	Revue suisse de droit international et de droit européen / Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht
<i>RVDPA</i>	Revista vasca de derecho procesal y arbitraje
<i>Saint Louis Uni. L.J.</i>	Saint Louis University Law Journal
<i>South Af. L. J.</i>	South African Law Journal
<i>South Carol. L.R.</i>	South Carolina Law Review
<i>St. Mary's L.J.</i>	St. Mary's Law Journal
<i>Stanford Jour. Int. l.</i>	Stanford Journal of International Law
<i>Stetson. L. R.</i>	Stetson Law Review
<i>Temple L. R.</i>	Temple Law Review
<i>Texas int. L. J.</i>	Texas International Law Journal
<i>Texas L. R.</i>	Texas Law Journal
<i>TJCE</i>	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
<i>Travaux Com. fr. dr. int .pr.</i>	Travaux du Comité Français de droit international privé
<i>Tulane L. R.</i>	Tulane Law Review
<i>UCLA L. R.</i>	University of California/Los Angeles Law Review
<i>Un. Cincinnati L.R.</i>	University of Cincinnati Law Review
<i>Un. Miami. L. R.</i>	University of Miami Law Review
<i>Un. Penn. Jour. Int. bus. L.</i>	University of Pennsylvania Journal of International Business Law
<i>Un. Pitt. L. R.</i>	University of Pittsburgh Law Review
<i>Un. Rich. L. R.</i>	University of Richmond Law Review
<i>Vand. Jour.trans.L.</i>	Vanderbilt Journal of Transnational Law
<i>Villanova L. R.</i>	Villanova Law Revue
<i>Virginia Jour. Int. L.</i>	Virginia Journal of International Law
<i>Willanette L.R.</i>	Willamette Law Review
<i>Yale L. Journ.</i>	The Yale Law Journal
<i>Year. Comm. Arb.</i>	Yearbook of Commercial Arbitration
<i>Year. Stockholm. Ch. com.</i>	Yearbook of the Stockholm Chamber of Commerce

INTRODUCCIÓN

1. El hecho de que en los cinco últimos años se hayan sucedido en España diversos trabajos doctrinales, en materia de arbitraje internacional, que han tenido por origen memorias doctorales y ejercicios de titularidad no es fruto de la mera casualidad¹. La superposición de todos ellos en apenas el vencimiento del s. XX, y ya en el umbral del s. XXI, confirma que la importancia y la actualidad de la temática de base relativa al arbitraje es incuestionable, al tiempo que evidencia la necesidad de aportar soluciones científicas específicas ante la falta de atención que a la problemática del arbitraje privado internacional se le ha prestado en nuestro país, desde un marco teórico-práctico de conjunto, como sector autónomo del DIPr. Nuestro sistema arbitral se resiente al comprobar, con la vista puesta en la evolución contemporánea de la institución arbitral, cómo seguimos relegados a un segundo plano en la resolución de controversias privadas internacionales². Situación que de haberse tratado de una opción

¹ Herederos de la imprescindible línea de investigación científica que se abrió en nuestro país con el trabajo de J.D. González Campos, "Sobre el convenio de arbitraje en Derecho internacional privado español", *ADI*, 1975, vol. II, pp. 3-52, y, especialmente, tras la entrada en vigor de la Ley 36/1988, que motivó, entre otros, los trabajos de J.C. Fernández Rozas, "La situación del arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro", *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 29-53, y "El largo camino hacia la ley 36/1988 de Arbitraje", *RCEA*, vol. V, 1988-89, pp. 29-50; B.M. Cremades, "España estrena nueva Ley de Arbitraje", *RCEA*, vol. V, 1988-1989, pp. 9-29 y *Arbitration in Spain*, Madrid, Butterworths-La Ley-Carl Heymans Verlag, 1991; J.C. Fernández Rozas, S. Alvarez González, R. Arroyo Montero, C.A. Esplugues Mota, "Títulos IX y X", *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord), Madrid, Tecnos, 1991, pp. 794-913; E. Verdera y Tuells, "Un giro copernicano en el régimen de arbitraje en España", *La Ley*, núm. 4000, 1996, pp. 11-12; J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, Civitas, 1991, etc. Se ha de destacar que la primera memoria de investigación doctoral que vio la luz en España en materia de arbitraje privado internacional data de 21 de febrero de 1996. Fecha en la que fue defendido por E. Artuch Iriberrí el proyecto de tesis que más tarde se publicaría bajo el título, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997. Valiosa aportación científica, gracias a la cual se facilitó el camino a sucesivos trabajos de investigación que, motivados por las grandes ausencias en cuanto a un tratamiento de conjunto del arbitraje internacional, se volcaron en la necesidad de fomentar su estudio ante la amplia problemática asociada a la institución arbitral desde la perspectiva de nuestro ordenamiento estatal. Desde entonces, el testigo de la materia arbitral ha ido pasando, en nuestra doctrina, de uno a otro de los más recientes proyectos de investigación científica. Así, de entre los ejercicios de titularidad, éste fue retomado por M^a.V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997. Y, de entre los proyectos de tesis doctorales, el relevo lo han protagonizado, desde distintas modalidades, S. Gaspar Lera, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Pamplona, Aranzadi, 1998; M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000; e, H. Aguilar Grieder, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, en el proyecto de tesis defendido en Santiago de Compostela el 30 de marzo de 2000. Nuestra intención es recoger el testigo del estudio de la institución arbitral en el presente proyecto de memoria doctoral.

² La sospecha de que la *lege data* no marcha en absoluto pareja a nuestra situación de *lege ferenda* se ha hecho más que manifiesta. Si bien, por un lado, existe un considerable impulso por parte de nuestros empresarios que incluyen cláusulas compromisorias en los contratos internacionales, hay una

así querida por voluntad propia habría ya dejado de ser objeto de debate³. Lejos de ser de esta manera, el problema se plantea porque nuestro sistema sí tiene por objetivo sumarse a la línea de fomentar el arbitraje dentro y fuera de nuestras fronteras.

Habiendo ya sido experimentada la desilusión inicial, en la que se habían puesto todas las esperanzas en la anterior reforma legislativa, se ha asimilado que la solución no llegará únicamente con una nueva reforma de la actual Ley de Arbitraje que, no obstante, sí debe ser defendida como principal problema de base⁴. También, debe venir desde la firme convicción de instalar definitivamente en el foro una auténtica cultura arbitral que exige ser constantemente alimentada, revitalizada y puesta al día, con un entusiasmo similar al vivido por las últimas reformas de arbitraje operadas en todo el mundo, como las acontecidas en Europa: en Grecia⁵, Suecia⁶, Alemania⁷ y Bélgica⁸; en

aceptación generalizada del arbitraje por nuestros prácticos y juristas, y se observa una buena marcha en la actuación de la jurisprudencia en lo que respecta a la homologación de los laudos arbitrales internacionales; por el otro lado, nuestro ordenamiento adolece de graves problemas de base. España no dispone de un sistema adecuado de arbitraje internacional, no es sede de arbitrajes internacionales y no lo será hasta que se modifique la situación legislativa actual. La disfunción entre la práctica del arbitraje y su formulación legislativa, carente de un tratamiento de conjunto, provoca que a pesar de que en los últimos tiempos el arbitraje haya recibido un impulso importante por parte de una decidida línea jurisprudencial, liderada por nuestro Tribunal Constitucional, favorable al arbitraje internacional, refrendada por la confianza otorgada por parte de nuestros juristas y hombres de negocios a la justicia privada, ello no haya sido suficiente para hacer realidad el deseo de colocar a España en una buena posición de salida de cara a su situación internacional, debiendo encargarse la práctica de suavizar y adaptar la legislación actual a la internacionalidad de la situación, *cf.*, B.M. Cremades, “El arbitraje en el siglo XXI”, *La Ley*, núm. 2642, 1990, p. 1184.

³ Ya que para cada sistema es una opción tan legítima como cualquier otra el querer adherirse o distanciarse de las reglas de juego que exige la institución de arbitraje internacional, *cf.*, E. Artuch Iriberrí, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 39.

⁴ El primer paso que se ha de dar es el de adaptar nuestra base jurídica al arbitraje internacional, para lo cual ya se cuenta con una innovadora propuesta de Ley española de arbitraje, *vid.*, J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberrí, “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje elaborada por la Corte Española de Arbitraje (diciembre 1996)”, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 303-359. A la que hay que añadir la elaboración de un nuevo Reglamento de la Corte Española de Arbitraje, en ciernes.

⁵ *Vid.*, la nueva Ley de arbitraje griega 2735/1999, en la *Rev. arb.*, 1999, núm. 4, p. 893, con el comentario a la misma de A. Dimolitsa, “Les points de divergence entre la nouvelle loi grecque sur l’arbitrage et la Loi-Type CNUDCI”, *Rev. arb.*, 2000, núm. 2, pp. 227-247. Como tendremos ocasión de comprobar, la mayoría de las nuevas legislaciones de arbitraje, tanto en Europa como en el marco universal, han tomado como modelo la Ley Tipo de la UNCITRAL, *vid.*, con más detalle, los países que la han adoptado en <http://www.un.or.at/uncitral>.

⁶ *Vid.*, el comentario a la Ley sueca de 1 de abril de 1999 de S. Jarvin, “La nouvelle loi suédoise sur l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 2000, núm. 2, pp. 27-85.

⁷ *Vid.*, la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998 en la *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 339-353, con los comentarios a la misma de M. Checa Martínez, “La armonización del derecho de arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje”, *ibid.*, pp. 353-362; M. Gómez Jene, “La nueva regulación del arbitraje en Alemania”, *ibid.*, pp. 363-373; R. Lapiedra Alcami, “Comentario a la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998”, *REDI*, vol. L, 1998, núm. 2, pp. 312-317; y P. Schlosser, “La nouvelle législation allemande sur l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1998, núm. 2, pp. 291-305.

los Países Arabes⁹; en Africa¹⁰ y, especialmente, en América Latina, donde se ha apostado por una normativa flexible y adaptada al arbitraje internacional resolviendo muchos de los problemas que hoy por hoy no tenemos solucionados en España¹¹.

En consonancia con las tendencias observadas, de lo que se trata es de procurar un seguimiento sereno y constante que persevere en la senda ya iniciada con el objetivo de prevenir y abordar, sin complejos, los retos que continuamente emergen a raíz del dinámico ritmo impuesto por la internacionalidad del arbitraje¹². Razones, todas éstas, asentadas en las exigencias implícitas impuestas por el arbitraje de estar al día, que justifican, en definitiva, el porqué de una nueva tesis doctoral en materia de arbitraje internacional.

⁸ *Vid.*, G. Horsmans, “La loi belge de 19 mai 1998 sur l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1999, núm. 3, pp. 475-541.

⁹ En general, *vid.*, un estudio de las nuevas legislaciones de arbitraje en los países islámicos y los peculiares avances y reformas en ellas indicadas por A.H. El-Ahdab, *Arbitration with the Arab Countries*, (2ª ed.), La Haya-Boston-Londres, Kluwer, 1998. Al que hay que añadir, el nuevo arbitraje iraní, *vid.*, H. Gharavi, “Le nouveau droit iranien de l’arbitrage commercial international”, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 35-45, y el Código de arbitraje de Túnez, *vid.*, M. Ammar, “L’arbitrage en Tunisie depuis l’édiction du Code de l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 2000, núm. 2, pp. 247-267.

¹⁰ *Vid.*, los prometedores Proyectos de un Acta Unica Uniforme para el Arbitraje en los países africanos en el seno del Tratado de la Organización para la Armonización en Africa del Derecho de los negocios (OHADA), tratados por F. Camera, “Le nouveau droit de l’arbitrage au Sénégal: du libéral et de l’éphémère”, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 45-57, y por Ph. Leboulanger, “L’arbitrage et l’harmonisation du droit des affaires en Afrique”, *Rev. arb.*, 1999, núm. 3, pp. 541-593.

¹¹ Baste citar que las numerosas reformas acaecidas en los últimos años en los países latinoamericanos han superado todas las previsiones que se podían esperar. México reformó su legislación arbitral en 1993, donde la reforma del Título IV, libro IV, del Ccom, de 22 de julio de 1993, dedicada al arbitraje comercial, se erigió como punto de partida en América Latina para desarrollar el arbitraje internacional, al adoptar casi de manera literal la Ley Modelo de la UNCITRAL. Guatemala en noviembre de 1995, mediante el Decreto 67-95 del Congreso de la República. En Perú, la Ley General de Arbitraje, de 3 de enero de 1996, Ley núm. 26572, derogó a la anterior Ley núm. 26572. Lo mismo ocurrió en Brasil, con la Ley de Arbitraje núm. 9.307 de 23 de septiembre de 1996, que entró en vigor el 23 de noviembre de 1996. Una nueva y moderna Ley de Arbitraje y Mediación rige en Ecuador desde el 4 de Septiembre de 1997, reemplazando a una ley especial que estuvo vigente desde el 28 de octubre de 1963. En Bolivia, la Ley de Arbitraje y Conciliación, Ley núm. 1770 de 10 de marzo de 1997, donde el arbitraje internacional debe estar referido al marco de Acuerdos y Convenios Internacionales. En Costa Rica, la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social. Ley núm. 7727 de 1997. Y, en Paraguay, la Ley de Mediación y Conciliación, presentada el 6 de mayo de 1997. En Colombia, por el Decreto núm. 1818 de 1998, de 7 de septiembre, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. La nueva Ley de Arbitraje Venezolana, publicada en la Gaceta Oficial número 36.430, de 7 de abril de 1998, contiene las normas jurídicas que rigen en la actualidad el arbitraje en Venezuela. La reforma en Panamá, tuvo lugar, gracias al Decreto Ley núm. 5, el 8 de julio de 1999; *vid.*, nuestro trabajo al respecto, “Hacia la consolidación de una cultura arbitral en América Latina: la colaboración entre jueces y árbitros”, *RCEA*, vol. XV, 1999, *en prensa*.

2. La particularidad del objeto concreto, centrado en el orden público y las normas materiales imperativas en el marco arbitral internacional, deriva de que, una vez superado con creces el desafío original, cual era el de justificar la legitimidad de la propia institución arbitral, el reto actual del arbitraje como forma autónoma de justicia es el de precisar los contornos de su autonomía, siendo al orden público al que le corresponde la difícil misión de definir los límites de la institución arbitral¹³, equilibrando el lugar que ésta ocupa en armonía con la justicia estatal¹⁴. Criterio un tanto confuso, dado que existe una gran reticencia a afrontar la cuestión del orden público en el arbitraje en su conjunto, motivo del tratamiento casuístico al que se le ha relegado a través de la jurisprudencia¹⁵ y consecuencia de la impresionante cantidad de trabajos que abordan tangencialmente el tema, motivados por la necesidad de algún comentario puntual de jurisprudencia o de un tratamiento parcial, en el mejor de los casos, de un determinado aspecto procesal o material en lo tocante al orden público en la institución arbitral¹⁶. No obstante, su actualidad es tal, que cabe destacar cómo en las últimas decisiones del TJCE relacionadas directamente con el orden público en la justicia arbitral, en el asunto *Eco Swiss Benetton*¹⁷, o a partir del orden público en su

¹² Ritmo que para muchos autores más que dinámico es vertiginoso y trepidante, *cf.*, A. Plantey, "Une politique générale de l'arbitrage internationale est-elle possible?", *Bull. CIA/CCI*, vol. 7, 1996, núm. 1, p. 18.

¹³ Subrayando que el principal desafío del arbitraje internacional contemporáneo como forma autónoma de justicia es el de la necesidad de precisar sus contornos a través del orden público, *cf.*, R.J. Sever, "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy Checks on U.S. and Foreign Arbitration: Arbitration out of Control?", *Tulane L.R.*, vol. 65, 1990/1991, p. 1697. Punto de partida corroborado por el prestigioso trabajo de J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, París, LGDJ, 1999, a partir de un planteamiento que reitera que la principal problemática contemporánea del arbitraje internacional se debe al entendimiento, los límites y la conformidad del orden público con la institución arbitral.

¹⁴ Así afirmado en la práctica arbitral desde los supuestos más tradicionales a este respecto, *vid.*, el laudo de la CCI núm. 1397/1966, *Journ. dr. int.*, 1974, núm. 4, pp. 878- 884. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 61-65, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 65-67.

¹⁵ *Cf.*, H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond et l'annulation des sentences arbitrales internationales en Suisse", *RSDIE/SZIER*, 1995, núm. 3, p. 236.

¹⁶ En este sentido, no hay más que revisar someramente la bibliografía que consta en el anexo final para comprobar la gran cantidad de trabajos que abordan las relaciones entre el arbitraje y el orden público desde un aspecto parcial del mismo. A excepción de la obra de I. Fadlallah, "L'ordre public dans les sentences arbitrales", *R. des. C.*, vol. V, 1994, pp. 369-430, que adopta, no obstante, una perspectiva casuística a partir de la fase post-arbitral, y la monografía de J.B. Racine, *op. cit.*, que fue el primero en abordar a través de un tratamiento integral el tema, mereciendo el premio de investigación *Jean Robert* otorgado por la Asociación Francesa de Arbitraje, al cual ya se le ha rendido, por nuestra parte, un merecido tributo en la reseña de la *RCEA*, vol. XV, 1999, *en prensa*.

¹⁷ *Vid.*, la Sent. TJCE de 1 de junio de 1999, As. C-12/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, *Rec.* 1999; con nota de S. Alvarez González, "Arbitraje Comercial Internacional, orden público y derecho comunitario de la competencia", *La Ley*, año XX, núm. 4895, 1999, pp. 1-4; y nota de L. Idot, "L'arbitre et l'ordre public communautaire: prise de position de la Cour de Justice, note sous

acepción general, en los asuntos consecutivos *Krombach* y *Renault*¹⁸, se deja fuera de toda duda cómo las cuestiones en torno al orden público han adquirido un protagonismo esencial en la etapa globalizadora actual.

De otro lado, es habitual encontrar al arbitraje en el punto de mira de la doctrina que lo considera susceptible de ser un mecanismo a través del cual los operadores económicos internacionales pueden lograr la huida de la normativa, en especial orden público y normas imperativas, y de la jurisdicción de los ordenamientos estatales¹⁹. Aspectos que nos enfrentan a la necesidad de analizar el papel que desempeñan o deberían desempeñar las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional. Desde esta perspectiva, frente a las tendencias contemporáneas de desregularización y armonización normativa de los contratos internacionales en los que se encuentran insertas las cláusulas arbitrales²⁰ y lejos de las ideas de supranacionalidad que invaden las actuales concepciones de la justicia arbitral como principal instrumento de resolución de controversias en las relaciones privadas transfronterizas²¹, se ha

CJCE, 1 Jun 1999”, *Rev. arb.*, 1999, núm. 3, pp. 631-653, *vid.*, también, el comentario de S. Perruzzetto Poillot, “L’ordre public international en droit communautaire. A propos de l’arrêt de la Cour des justices des Communautés du 1er juin 1999 (*affaire Eco Swiss China time Ltd*)”, *journal. dr. int.*, 2000, núm. 2, pp. 299-315.

¹⁸ *Vid.*, la Sent. TJCE de 28 de marzo de 2000, As. C-7/98, *Krombach c. Bamberski*, *Rec.* 2000; con comentarios de M.A. Rodríguez Vázquez, “Los Derechos de la Defensa y el orden público en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968”, *La Ley*, año XXI, núm. 5043, de 28 de abril de 2000; L. Carballo Piñeiro, “Orden público comunitario, derechos fundamentales e interpretación del art. 27. 1 del Convenio de Bruselas”, *ibidem*; y, especialmente, en cuanto al arbitraje, el comentario de M. Gómez Jene, “Convenio arbitral y orden público europeo (A propósito de la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000 en el asunto *Krombach c. Bamberski*)”, *Gac. jur. UE. comp.*, 2000, núm. 209, *en prensa*. Y, la Sent. TJCE de 11 de mayo de 2000, Asunto: C-38/98: *Régie nationale des usines Renault S.A. y Maxicar SpA, Orazio Fomento*, comentada por S. Alvarez González, “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjera: límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario”, *La Ley*, año XXI, núm. 5108, de 31 de julio de 2000, pp. 1-4. Destacando, por el carácter de inmediatez de ambas, la relevancia del concepto de orden público comprendido en el art. 27. 1 del Convenio de Bruselas de 1968, cuya acepción, entendemos, que a partir del marco comunitario es fácilmente extrapolable al arbitraje.

¹⁹ En éste contexto puede afirmarse, en consonancia con nuestra doctrina más acreditada, que “*el fenómeno de huida de los operadores económicos de los ordenamientos y las jurisdicciones estatales lo ha protagonizado el recurso a la lex mercatoria y al arbitraje comercial internacional*”, *cf.*, J.D. González Campos, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, *Derecho Civil y Derecho Público*, Madrid, Cívitas, 1996, p. 5269.

²⁰ *Vid.*, la propensión a la desnacionalización, el impulso en la aplicación de los Principios de la UNIDROIT y, en general, la pérdida de interés de la participación estatal directa en la contratación internacional, tratada por P.A. de Miguel Asensio, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Dir. com. int.*, 1998, año XII, fasc. 4, pp. 859-883.

²¹ Ideas de la supranacionalidad de la justicia arbitral como mejor respuesta necesaria a la globalización comercial contemporánea expuestas en el trabajo publicado a título póstumo por B. Oppetit, *Théorie de l’arbitrage, Droit, Ethique, Société*, París, Presses Universitaires de France (Puf), 1998,

considerado conveniente, en aras de la mejor comprensión introductoria de la situación actual, viajar en el tiempo, de forma retrospectiva, tomando como punto de partida los orígenes de la relación entre los dos elementos de base referidos, el arbitraje y el orden público.

3. De manera tradicional, las relaciones entre el arbitraje privado internacional y el orden público de los Estados se han caracterizado por ser especialmente conflictivas²². La mayor parte de la doctrina y la práctica jurisprudencial y arbitral las han venido considerando dentro de un clima permanente de enfrentamiento dual dotado de una inconcreción y relatividad práctica y conceptual que dificulta sobremanera su aprehensión jurídica²³. El mutuo recelo que ambas instituciones parecen prodigarse encuentra sus raíces en el origen, no tanto del arbitraje privado, sino del orden público, entendido como tal en su acepción originaria, vinculado al nacimiento del Estado²⁴. Lógicamente hasta la aparición del Estado moderno no podemos hablar con propiedad del antagonismo entre el orden público estatal y la institución arbitral. Fue, precisamente, la instauración de la maquinaria judicial estatal la que inauguró la suspicacia de los Estados hacia el arbitraje privado. No sólo por ser éste un método alternativo de resolución de controversias susceptible de competir y arrebatar al poder público el monopolio judicial para resolver los conflictos que se pudieran plantear, con

comentado por C. Reymond, “Une réflexion fondamentale sur l’arbitrage: la Théorie de l’arbitrage de Bruno Oppetit”, *Rev. arb.*, 2000, núm. 1, pp. 3-9.

²² En la práctica arbitral, *vid.*, la Sent. de la *Cour d’appel de Grenoble (Ch. Soc.)*, de 13 de septiembre de 1993, *Société CFTE c. J. Dechavanne*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 336-342, con nota de M.A. Moreau, *ibid.*, pp. 342-347, que se refiere específicamente a la hostilidad permanente entre ambas instituciones, estatal y arbitral, identificándose el orden público con la primera, p. 345.

²³ La dificultad se alimenta, de un lado, por la relatividad del orden público, y de otro, por el dinamismo de la institución arbitral. Evidenciando la ya de por sí relatividad del orden público que se dota de una particularidad especial en el arbitraje, tanto interno como internacional, *vid.*, los comentarios de Ph. Fouchard y L. Boy en el prólogo de la obra de J.B. Racine, *op. cit.*

²⁴ Hasta entonces, y desde el Derecho romano, donde se establecieron las bases doctrinales y jurídicas sobre las que se asentó el arbitraje tal y como lo conocemos hoy en día, como precedente de la potestad jurisdiccional, el arbitraje convivía perfectamente con el “sistema oficial” de justicia, sin dañar en ningún sentido la “ordenación pública” de la comunidad, *cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado...*, *op. cit.*, pp. 45-55. Para un examen en profundidad de los antecedentes de la institución arbitral en la etapa comprendida entre el Derecho Romano y la segunda mitad del siglo XIX, pasando por los orígenes del Estado, *vid. ibid.*, pp. 27-49. *Vid.*, también, Y. Jeanclos, “La pratique de l’arbitrage du XII au XV siècle (éléments d’analyse)”, *Rev. arb.*, 1999, núm. 3, pp. 417-475 y, J. Hilaire, “L’arbitrage dans la période moderne (XVI-XVIII siècle)”, *Rev. arb.*, 2000, núm. 2, pp. 187-227.

carácter interno o internacional²⁵, sino también, debido al daño que la permisividad de una justicia privada pudiera ocasionar a los “intereses generales”, orden público en sentido amplio, de la comunidad²⁶.

Para salvar esta situación de rivalidad, en la que el orden público identificado extensamente con la soberanía nacional tenía todas las de ganar, las relaciones entre las dos instituciones se erigieron sobre la base de una especie de pacto implícito basado en la confianza. Pacto donde, por un lado, los Estados cedieron el compartir su poder judicial con el arbitraje, estableciendo, en principio, considerables prohibiciones y reservas en determinados ámbitos materiales protegidos por el orden público y la normativa imperativa, al ser éstos especialmente delicados para su soberanía nacional²⁷, mientras que, por el otro lado, los árbitros tendrían que respetar las normas fundamentales que bajo la rúbrica del orden público, en general, y de las normas imperativas, en particular, configuraban el orden social y económico del Estado en causa y el de aquel o aquellos que pudieran verse afectados por la actuación arbitral.

Si, por una parte, la intención de los Estados era clara y perfectamente visible a la hora de permitir en su foro la introducción de la justicia privada en su vertiente interna e internacional, a lo que se añadía la permisividad potencial de arbitrar en materias protegidas por el orden público; por otra parte, el compromiso de los árbitros de respetar las normas imperativas y el orden público no es tan fácil de asegurar en el arbitraje, y por supuesto, *a priori*, mucho menos perceptible. En este sentido, la clásica prohibición de la revisión judicial del fondo del asunto que convertía en una auténtica quimera, desde el plano estrictamente teórico, la verificación del respeto de las normas

²⁵ Rechazando explícitamente el monopolio judicial del Estado gracias a la incorporación del arbitraje como forma privada de justicia, *cf.*, M. Requejo Isidro, “Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional”, *RCEA*, vol. XI, 1995, p. 44.

²⁶ De hecho, la historia del arbitraje demuestra como con la aparición del Estado comienza la merma progresiva del arbitraje hasta su caída prácticamente en desuso como vía voluntaria de resolución de conflictos alternativa a la estatal. Declive reflejado con especial intensidad en la etapa codificadora española, *cf.*, S. Gaspar Lera, *El ámbito de aplicación...*, *op. cit.*, p. 23 y pp. 40-42.

²⁷ En un primer momento los Estados cedieron al arbitraje la potestad para arbitrar sobre determinadas materias especialmente intervenidas por la normativa imperativa y el orden público, pero la cesión de los ámbitos materiales de orden público a la arbitrabilidad fue haciéndose poco a poco a medida que los Estados iban ganando confianza en el arbitraje, *vid.*, T. Bernd von Hoffmann, “International Mandatory Rules of Law Before Arbitral Tribunal”, K.H. Böckstiegel (ed.), *Acts of State and Arbitration*, Berlín, Sonderdruck, 1999, pp. 3-28.

imperativas y el orden público en el arbitraje llevado a cabo, unido a que no todos los arbitrajes precisan ser controlados, hacía más difícil la verificación de un auténtico control de la instancia arbitral, con el consiguiente aumento del recelo y la desconfianza estatal hacia aquella. Esta aparente falta de equilibrio en el pacto inicial, donde una de las partes ostentaba el mando indiscutible de la potestad jurisdiccional “permitiendo” un arbitraje subordinado judicialmente a ella que, a su vez, se sentía continuamente bajo sospecha, dependiendo de la mayor o menor confianza en él depositada, asentó, sobre la base del orden público, la desconfianza originaria entre ambas formas de justicia calificada, desde entonces y hasta nuestros días, en clave de enemistad²⁸.

4. Sin embargo, las relaciones originarias sufrieron un vuelco difícil de predecir en sus inicios. El motivo no es otro que la liberalización del comercio unida a la propia liberalización y autonomía del arbitraje internacional en los más diversos ámbitos del sector privado. El espectacular incremento del tráfico privado externo, especialmente significativo en el desarrollo de las transacciones comerciales internacionales, ha empujado el liderazgo indiscutible del arbitraje con el fin resolver las controversias que de él se derivan. Ello explica que el arbitraje internacional resurgiera del primer choque frontal que tuvo con la organización de justicia estatal, a la par que el nuevo orden normativo, económico y social instaurado tras 1945²⁹. A partir de ese momento y en aras de satisfacer la nueva configuración del orden mundial en torno al comercio internacional, el arbitraje se preocupó de reafirmar a toda costa su propia autonomía como método de justicia privada, desligado de cualquier vinculación anterior³⁰. Factor

²⁸ J. García de Enterría ha recogido tal caracterización y acusa a la excepción de orden público de ser el “enemigo” del arbitraje internacional, *cf.*, “The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration”, *L. & P. Int. Bus.*, vol. 21, 1990, p. 405.

²⁹ *Vid.*, un estudio de las diferentes etapas en la evolución del comercio internacional, así como las caracterizaciones de las mismas en J.C. Fernández Rozas (ed.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, *Eurolex*, 1996, pp. 35-37, sin perjuicio de otras muchas delimitaciones que se puedan realizar del comercio internacional, en atención a otros factores como los geográficos o de integración regional, *vid.*, P. Krugman, *Geografía y Comercio, (Geography and Trade)*, Barcelona, Bosch, 1992. Y, el desencadenante de la globalización del comercio internacional a partir de la década de los ochenta, analítica y estadísticamente constatada, en tono crítico, por N. Fligstein, “Is Globalization the Cause of the Crises of Welfare States?”, EUI, Florencia, *Working Papers*, SPS, núm. 98/5, pp. 1.58, esp. p. 10.

³⁰ Consecuentemente, al igual que desde la perspectiva histórica y sociológica se divide, a grandes rasgos, el comercio internacional en dos etapas tomando como referencia el final de la Segunda Guerra Mundial, el presente trabajo también tiene en cuenta esta delimitación temporal a la hora de afrontar el estudio del arbitraje privado internacional, intrínsecamente ligado al desarrollo de ese nuevo ámbito universal y la actuación que en relación con el mismo se deriva del orden público. A partir del resurgir del arbitraje internacional el devenir de los años no ha hecho sino consolidar su carácter

que implica a un tiempo su autonomía respecto al orden público y las normas imperativas como último lastre que le limita en sus ansias de liberalización como forma autónoma de justicia.

5. La autonomía del arbitraje no sólo debe su fuerza al comercio internacional sino que, de modo general, se ha convertido en el modo más recurrido y usual para solucionar sus controversias en el tráfico de bienes y servicios trasfronterizos. Tráfico que no es sólo comercial, aunque sea éste el más habitual, sino también de las transacciones privadas internacionales. Es por ello que el título del proyecto de tesis no se circunscribe específicamente al aspecto comercial del arbitraje sino también al resto de controversias privadas que surgen de la libertad de pactos internacionales. Se deja, pues, la puerta abierta a una interpretación generosa del arbitraje privado internacional y no estrictamente comercial³¹.

autónomo como método de resolución de controversias. En otras palabras, la institución de arbitraje ha sufrido un cambio notable desde sus inicios en relación con el orden público adscrito a los Estados. Ha pasado de tener que “pedir permiso” para ocupar un lugar equivalente al de la justicia pública, a reclamar su propia autonomía como método privado de resolución de controversias cuyo hábitat de actuación natural es el comercio internacional.

³¹ Se precisa realizar una aclaración relativa a la terminología que se va a emplear en el trabajo. Es cierto, que desde algunos foros se ha puesto de manifiesto que el enunciado del “arbitraje comercial internacional”, está hoy pasado de moda y no se adapta a la realidad. Ello se ha planteado desde dos perspectivas. Por un lado, desde una perspectiva universal, señalada en el piso de arriba, donde se argumenta que el marco que engloba al arbitraje no es estrictamente el comercio internacional sino también el Derecho internacional Económico, proponiendo que la expresión más adecuada sería la de “Arbitraje Económico Internacional”, *vid. per ognis*, el indicativo título de la obra de K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993. De otro lado, desde una perspectiva interna, en España, también se ha apuntado, en relación con la arbitrabilidad de la controversia, la impropiedad del término “Arbitraje comercial internacional”, debido a que, si bien, la declaración de comercialidad de la materia tiene sentido en la normativa Convencional, no ocurre igual en el ordenamiento interno habida cuenta de que España no realizó en su momento las reservas de comercialidad, y no restringe el ámbito de aplicación material siguiendo el criterio de comercialidad de la materia objeto de arbitraje, sino el de su privacidad. De esta manera, deberíamos utilizar mejor la expresión de “Arbitraje privado internacional”, que sustituye a la expresión acogida en la LM de la UNCITRAL de “arbitraje comercial internacional”, lo cual no es óbice para que también nos refiramos a ésta última por entenderse que está incluida en el carácter más amplio de la primera y por respeto a la uniformidad derivada de su utilización mayoritaria en el contexto internacional, *cf.* E. Artuch Iriberry, *Derecho del comercio Internacional*, J.C. Fernández Rozas (ed), Madrid, Eurolex, pp. 478-479. Expresión reivindicada por J.C. Fernández Rozas, “El arbitraje privado internacional”, XI Curso europeo sobre *Arbitraje Comercial Internacional*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 15 de julio de 1999, p. 1. En éste mismo sentido, B. Goldman estima que el término comercial debe ser interpretado con un criterio amplio, con el objetivo de abarcar todas aquellas cuestiones que tengan relación con el carácter comercial, contractual o no contractual, de una determinada materia, *cf.*, "Arbitrage Commercial International: Convention d'arbitrage. Formation. Objet. Arbitrabilité", *J.-Cl. dr. int.*, Fascículo 586-3, 1989, núm. 3, pp. 16-17. Concepción amplia también destacada por J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, 1ª ed., Madrid, Cívitas, 1999, p. 272. Admitiéndose mantener en la práctica la utilización más consolidada de la comercialidad del arbitraje internacional, *vid.*, el

6. La liberalización del mercado exige una institución de arbitraje desvinculada de cualquier reminiscencia anterior de carácter estatal. Para garantizar la autonomía de la voluntad de las partes, pilar axial de la institución de arbitraje, se puso un mayor énfasis -en principio nada criticable- en reconocer una mayor libertad reflejada en la arbitrabilidad, en la organización del procedimiento y en la elección del Derecho aplicable al fondo, junto con la extensión del principio de la autonomía de la voluntad, que garantiza un procedimiento alejado de las jurisdicciones estatales, erigido como principio regulador esencial en el arbitraje privado internacional³². Libertad, en general, a las reglas de juego de la institución arbitral, que de otra parte se presentaba como una amenaza, aún mayor que en sus orígenes, para las distintas normas imperativas y el orden público internacional de los Estados que pudieran verse afectados³³. El aumento de la independencia del arbitraje internacional respecto a toda ley estatal y su incremento en materias antes prohibidas a la justicia privada, por estar concernidas por el orden público y la normativa imperativa, da lugar a plantear si el control del orden público también debe aumentar de manera directamente proporcional a la liberalidad alcanzada³⁴; o si, por el contrario, la proporcionalidad es inversa y debería marchar de forma paralela a aquella³⁵.

7. La problemática se ha acentuado en la última década del s. XX con el despegue de la denominada globalización de la economía de mercado que, en un grado mucho mayor al de la liberalización comentada³⁶, parece posibilitar soterradamente un aumento de la desvinculación total del arbitraje internacional de cualquier orden público

apartado dedicado al "Arbitraje comercial internacional", en el *Anuario español de DIPr*, J.C. Fernández Rozas, (coord), Madrid, Iprolex, 2000, pp. 681-710.

³² Junto con otras tendencias que sistemáticamente se han ido imponiendo en el arbitraje internacional, sobre todo, a través de la práctica jurisprudencial, *vid.*, Y. Derains, "Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale", *Journ. dr. int.*, núm. 4, 1993, pp. 829-855.

³³ *Cf.*, O. Chukwumerije, "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", *African Journ. Int. Comp. L.*, vol. V, 1993, p. 561.

³⁴ El orden público se erigiría así como la principal contraprestación a la liberalidad arbitral, *cf.*, Ph. Fouchard, E. Gaillard, y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996, p. 939; y E. Loquin, en la nota a la Sentencia de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 3 de junio de 1998, *A. c. X., Y. y Z.*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 78.

³⁵ *Cf.*, B. Goldman, "Conclusions", *Competition and Arbitration Law, Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, p. 339.

³⁶ Sobre la globalización en el arbitraje, *vid.*, en líneas generales, B.M. Cremades, "El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada", *La Ley*, 1998, 5, D-233, pp. 1535-1537.

o normativa imperativa que le pueda estorbar³⁷. La exaltación de la libertad llevada al extremo nos lleva a encender el dispositivo de alarma del orden público relevante cuando se exige una independencia de los árbitros de cualquier ley nacional y de cualquier mecanismo de control judicial que corresponda al lugar donde se haya desarrollado el arbitraje, o donde el laudo tenga que ser reconocido o ejecutado³⁸. El árbitro internacional no tiene foro por lo que no se ha de vincular a ningún orden público estatal ni a las normas imperativas de ningún ordenamiento en concreto. Es el juez el que se erige como guardián principal del orden público estatal de un determinado Estado, tanto en su faceta interna como internacional. De lo contrario, el árbitro internacional se distancia en su deber de guardar ningún orden público interno ni internacional de carácter estatal. Su lealtad, en principio, sólo es debida a los “intereses privados” de las partes que lo legitiman. Aspecto del que deriva la preocupación correlativa de cómo conjugar la necesidad del respeto al orden público si nada ata al árbitro en el desarrollo de su autonomía a no ser las propias directrices de las partes³⁹.

8. En consecuencia, el orden público pone de relieve el conflicto entre la doble naturaleza del arbitraje. La inquietud de los poderes públicos por el verdadero alcance del *ius dispositivum* -naturaleza contractual- causa y presupuesto de la propia institución arbitral y fundamento de la libertad en el arbitraje, ha desembocado también en el replanteamiento del límite que siempre ha estado latente, el del orden público, vinculado a la –naturaleza jurisdiccional- de la institución arbitral. Al tratar el orden público en el arbitraje privado internacional nos estamos preguntando hasta dónde puede llegar la jurisdicción arbitral, la extensión y los límites de la libertad que implica la elección del arbitraje internacional. Si éstos debieran perdurar, o si, por el contrario, no deben existir límites y la total autonomía del arbitraje debe reclamar que éste puede desarrollarse por sí mismo⁴⁰. En efecto, la tensión que acompañará el conjunto de la investigación que

³⁷ Vid., L.Y. Fortier, "International Arbitration on the Eve of the Millennium", *Int. Arb. L. R.*, vol. I, 1997, pp. 1-8.

³⁸ En definitiva, se ha disparado lo que ya, desde hace tiempo, se conoce por el término de procedimiento de arbitraje deslocalizado o desnacionalizado, *vid.*, la deslocalización “judicial” del laudo, M^a.V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, pp. 33-37, 114-119.

³⁹ “*The arbitral Tribunal is the guardian of the interests of private parties on the difference to State Courts it is not the guardian of public interests*”, *cf.*, T. Bernd von Hoffmann, “International Mandatory Rules of Law Before Arbitral Tribunal”, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁰ *How free is the choice to Arbitrate?*, *cf.*, “A Commercial Way to Justice”. *International Arbitration Conference. Boston, MA, USA, september, 1996*. Conferencia Internacional de arbitraje de

aquí se presenta pone en evidencia la necesidad de delimitar el papel del orden público en el actual desarrollo del arbitraje privado internacional, ante la amplia liberalidad alcanzada por éste último en los últimos años. Urge, pues, reflexionar sobre la relación entre la justicia pública y la privada, donde el orden público es el punto de inflexión entre ambas y la principal clave de encuentro entre su naturaleza contractual y jurisdiccional, sin primar ni renegar una a costa de la otra.

9. Llegados al momento actual en el devenir de las relaciones entre el orden público y el arbitraje privado internacional se hace más comprensible plantear la disyuntiva a la que nos enfrentamos. De un lado, la carga histórica que acompaña al orden público en relación con la institución arbitral lo describe como una clara manifestación de la soberanía nacional que, en último extremo, nos recuerda a la antigua forma de autarquía, en este caso jurisdiccional, reminiscencia del imperialismo estatal. De otro lado, puede que el orden público sea el garante del exceso de poder de la justicia privada en un mundo globalizado, dominado por los intereses particulares que suscitan las transacciones comerciales en el ámbito internacional⁴¹. En ambos casos, el concepto de orden público, bien como límite, bien como garantía, está dotado de un importante componente de relatividad, inconcreción y ambigüedad. De ahí, que sea tan importante la delimitación que de los conceptos de orden público se haga en las distintas fases del arbitraje, a modo de capítulos, que conforman el armazón de la presente memoria doctoral.

10. Con el ánimo de delimitar la estructura, desde una perspectiva que descienda desde lo general hasta lo particular, se procederá, en el primer capítulo, a hacer un rápido repaso de la tipología genérica del orden público a través de sus acepciones más características en los distintos ámbitos jurídicos en los que participa, sin ánimo de exhaustividad, para detenernos, a continuación, en la función y en el contenido de su noción en el arbitraje. Se pretende determinar si procede o no una autonomía conceptual del orden público y de las normas de intervención dentro del campo específico del

Boston, 26, 27 y 28 de septiembre de 1996. Publicación de dicha Conferencia en: *The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators –Arbitration-*, vol. 3, 1997, núm. 1, pp. 11-25, esp. p. 23.

⁴¹ Así presenta J.B. Racine, la cuestión central de su tesis doctoral, *cf.*, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, p. VII.

arbitraje internacional que posibilite la existencia de un orden público propiamente arbitral. Tratando, en definitiva, de averiguar el papel que juega el orden público en el desarrollo actual del arbitraje internacional en el sentido de comprobar hasta qué punto puede influir el primero en limitar o contribuir a expandir el segundo. De manera, que seamos capaces de identificar qué orden público se aplica en la práctica arbitral, o mejor aún, qué orden público se debiera aplicar, si acaso, con carácter de exclusividad, en el arbitraje privado internacional, en aras de la posibilidad de un orden público auténticamente internacional⁴². Con esta finalidad debe entenderse la importancia del primer capítulo conceptual como guía de consulta básica e imprescindible sobre la que habremos de retornar en el estudio de cada una de las fases que conforman el trabajo, de donde se debe destacar, con un interés especial, el apartado relativo a la problemática actual del orden público en el marco arbitral internacional, marcada por las nuevas tecnologías, el arbitraje electrónico y por la situación creada por la globalización.

Superado el escollo inicial de la relatividad conceptual, el corazón de la investigación gira en torno a un criterio cronológico que describe un movimiento circular. El desarrollo temporal recorrerá las distintas fases del arbitraje mediatizadas por las diversas intervenciones del orden público⁴³.

11. El segundo y el tercer capítulo coinciden con la primera fase del arbitraje. Nos centramos en la arbitrabilidad de la controversia internacional. La mediatización del orden público contemplada en la fase negocial actúa fundamentalmente a través de

⁴² Guiados por la técnica expositiva de la mayoría de los trabajos doctrinales que afrontan parcialmente la cuestión del orden público en el arbitraje, se parte de un previo análisis conceptual que pretende precisar el ya de por sí complejo hilo conductor del orden público a través de sus diversas acepciones y características, *vid.*, las cuestiones sobre la autonomía y la función del orden público en el arbitraje formuladas por W.P. Graham, "International Commercial Arbitration and International Public Policy", *Am. Soc. Int. L.*, 1987, pp. 372-373.

⁴³ El orden público opera no sólo en la última etapa del procedimiento de arbitraje, fase judicial o post-arbitral, sino que se manifiesta y mediatiza de manera distinta y particular, en todas y cada una de ellas. Frente a la idea del orden público como obstáculo al arbitraje se prefiere la adopción del concepto "mediatizador" del mismo. En el sentido en que el arbitraje sigue su curso particular y sólo en muy determinadas ocasiones es alterado por la actuación del orden público que puede influir para modificar el comportamiento de las partes y de los árbitros en la determinación del ámbito de aplicación y la eficacia del laudo arbitral en la fase de reconocimiento y ejecución. La idea de la mediatización del orden público en el arbitraje fue introducida por J.D. González Campos, *cf.*, "Sobre el convenio...", *loc. cit.*, pp. 21-25, donde se manifestaba como el orden público interno inducido por la antigua Ley de Arbitraje Privado de 1953, LAP, ejerce una "mediatización" sobre los aspectos conflictuales del arbitraje, debido a que al

diversos factores, por lo que lo correcto, en principio, sería hablar no de una intervención del orden público sino de varias, una por cada ámbito material. Sobre la base de éste criterio y la imposibilidad de realizar un estudio exhaustivo de cada una de las materias que pueda presentar problemas de imperatividad normativa internacional se ha optado por dividir el conjunto de la fase negocial en dos capítulos. El primero, está reservado a la determinación de los criterios generales de la arbitrabilidad en un contexto internacional y su relación con el orden público. Cuestiones a las que ha sido necesario dedicar un estudio más dilatado por la amplitud de posibilidades que ofrece el referido binomio, arbitrabilidad-orden público, y la problemática asociada a la ley aplicable en el mismo. No así, en el capítulo tercero que recoge a modo ejemplificativo un análisis más exhaustivo del orden público en ámbitos materiales más concretos. Uno, relativo al orden público económico de dirección, en el ámbito tradicional por excelencia del Derecho de la competencia y, el otro, relativo al orden público de protección en las cláusulas compromisorias insertas en condiciones generales de contratación⁴⁴.

12. La fase arbitral, abordada en el capítulo cuarto, es el terreno más vulnerable a la autonomía de la voluntad y, por tanto, el más susceptible de sufrir alteraciones en cuanto a la aplicación por los árbitros de normas imperativas y de orden público. Los árbitros deben tener en cuenta una serie de condicionantes a la hora de ejercer su libertad. Es en el papel que juegan los mismos y la amplia libertad a ellos concedida a la hora de determinar el Derecho aplicable, así como en el alcance de sus poderes y atribuciones, donde la preocupación de los Estados nacionales obedece a unos intereses generales que por su magnitud e importancia no hay que desdeñar. Intereses que aparecen, en la mayoría de las ocasiones, bajo la caracterización jurídica de las normas imperativas y la cláusula genérica del orden público. Obviamente, el alcance del *ius dispositivum* en el Derecho aplicable al fondo de la controversia es altamente significativo y sus repercusiones se harán notar en el resto de las fases del proceso arbitral. Sobre todo en atención a la actuación de las normas imperativas y el orden

considerarse la propia LAP de orden público y no reconocer ésta al arbitraje internacional la consecuencia mediata era que éste último se considerara prohibido en España.

⁴⁴ *Vid., infra.*, la explicación del porqué se han escogido éstos ámbitos materiales más concretos en la justificación de la selección material, Cap. III. I.

público como límites o como condicionantes en la aplicación normativa de determinados derechos que pueden ser de necesaria aplicación en una controversia y que, sin embargo, las partes hayan excluido expresamente con el objeto de escapar a su cumplimiento. El árbitro tiene que sopesar todas éstas posibles restricciones a su libertad guiado por su deber de procurar la ejecutabilidad del laudo arbitral, teniendo en cuenta, en todo momento, la problemática específica existente a este respecto en el arbitraje de Derecho y en el arbitraje de equidad.

La libertad de los árbitros en el Derecho aplicable y el respeto a la elección de ley aplicable, si la hubiere, por las partes, nos hará indagar en la cuestión de si los árbitros están obligados a asegurar el orden público y las normas imperativas de un ordenamiento nacional y en cómo dicha normativa puede influir en el complejo proceso de elección de ley por un árbitro internacional que no dispone de un mecanismo propio de selección de ley aplicable a la controversia y tampoco se encuentra obligado por la aplicación de ningún orden público interno ni internacional de los que, en principio, no es guardián. Tampoco existen para el arbitraje diferencias entre normas de policía internas ni internacionales. La única distinción que *a priori* le obliga es su deber de aplicar las normas imperativas y el orden público de la *lex contractus*, sin determinar si el árbitro puede o debe dar efecto a normas imperativas de terceros Estados ajenos a la *lex causae* y los criterios de conexión o de cualquier otro tipo para que ello sea posible. Análisis del que se seguirá un criterio comparativo entre los jueces privados y la actuación de los órganos jurisdiccionales estatales en el Derecho aplicable.

13. El movimiento circular que describe el proyecto de tesis doctoral se debe a que en la fase post-arbitral, dedicada al papel del orden público en el control judicial en el capítulo quinto, se cerrará el círculo, volviéndose a conectar con muchos de los aspectos esenciales vistos en el resto de las etapas circunscritas desde la diferente perspectiva que se adopta a través de su contemplación en sede judicial y en sede arbitral. Aunque el arbitraje internacional sea independiente y autónomo de cualquier sistema estatal, el laudo arbitral internacional debe desplegar sus efectos en uno o varios ordenamientos jurídicos determinados, y aquí es donde se demuestra realmente la confianza otorgada a la institución arbitral y donde el orden público que estime el juez

que decide la anulación o el reconocimiento y la ejecución tiene la última palabra. El órgano jurisdiccional es el que supervisa en último lugar la práctica arbitral y las normas imperativas y el orden público en las que se basa la decisión arbitral.

Mientras la cláusula de reserva proporciona a los Estados una herramienta útil en sus relaciones externas, para así precisar los límites de las relaciones que éstos juzguen convenientes, también suministra el mecanismo para articular la libertad necesaria para que se lleven a cabo las transacciones internacionales privadas⁴⁵. Es aquí donde el principio de prohibición de revisión de fondo del asunto y su virtualidad práctica en relación con el orden público cobra una considerable importancia. Ambos se convierten en el verdadero talón de Aquiles entre la justicia pública y la privada. La clave que determina hasta dónde llega la confianza en el arbitraje, a través de los contornos entre el respeto que implica la prohibición de la revisión del fondo del laudo arbitral internacional por los órganos jurisdiccionales estatales y la verificación de la no-vulneración del orden público del que éstos son guardianes. En definitiva, hasta dónde se puede llegar en la revisión de la sentencia arbitral internacional por motivos de orden público sin por ello llegar a desnaturalizar la institución arbitral internacional⁴⁶.

14. Las diferentes perspectivas descritas revelan cómo el análisis de la normativa imperativa y el orden público en el arbitraje privado internacional, más que tratar de una problemática general compleja, atiende a un complejo de problemas que exigen ser examinados de forma individualizada en cada una de las fases estructuradas. De ahí, la pretensión de exhaustividad que se ha perseguido con el objetivo de abarcar, en la medida de lo posible, un adecuado ensamblaje final a través del mayor número de puntos de contacto del orden público con el arbitraje privado internacional.

⁴⁵ Cf. M.A. Buchanan, "Public Policy and International Commercial arbitration", *Am. B. L. Jour.*, vol. 26, 1988, p. 513.

⁴⁶ Cuestionando y fijando así los límites entre ambas formas de justicia, cf., J.M. Magee, "The Public Policy Exception to Judicial Deferral of Labor Arbitration Awards –How far Should Expansión Go?", *South Carolina L.R.*, 1988, vol. 39, p. 480.

METODOLOGÍA

15. La metodología empleada en el desarrollo de la presente memoria doctoral se encuentra condicionada tanto por el objetivo de la misma, el estudio del papel que desempeñan las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional, como por las características de los enunciados observacionales en este entorno, los laudos arbitrales y la jurisprudencia asociada a los mismos.

16. La concepción habitual del método científico considera que las teorías se derivan de los hechos, de la experiencia adquirida mediante la observación y la experimentación, donde las opiniones y preferencias personales no tienen cabida⁴⁷. La objetividad de la ciencia prestaría al conocimiento su vitola de fiabilidad. Esta concepción *inductivista* permite construir leyes y teorías, enunciados universales, a través de la observación de las características comunes de los hechos adquiridos mediante la observación, enunciados singulares. Una vez se disponga de tales leyes y teorías, el razonamiento *deductivo*, aplicando las reglas de la lógica, permitirá realizar predicciones y aportar explicaciones. Ello nos lleva, en un primer momento, a una primera toma de contacto metodológica que se centra en el análisis de numerosos laudos arbitrales y decisiones judiciales relacionadas con el orden público y las normas imperativas en el arbitraje privado internacional⁴⁸. El ánimo de exhaustividad jurisprudencial al respecto ha sido perseguido desde el inicio de la recopilación de los materiales, aunque también, desde la consciencia de la imposibilidad material de

⁴⁷ Vid., A.F. Chalmers, *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 1991, obra genérica en la cual, sin ceñirse a un campo estrictamente jurídico, se proporciona una amplia revisión de las diferentes teorías en relación con la naturaleza de la ciencia y el método científico.

⁴⁸ Método inductivo, que fue seguido por I. Fadlallah en su estudio dedicado al orden público referido mayoritariamente a la fase judicial o post-arbitral. La metodología del trabajo se basaba exclusivamente en una disección casuística de las principales sentencias internacionales en las que aparecía el orden público como motivo de anulación o de rechazo al reconocimiento y la ejecución, *vid.*, "L'ordre public...", *loc. cit.*, pp. 369-430. De otro lado, M. Buchanan, basa su método en que la aplicación del orden público al arbitraje internacional se examina realizando un examen de los contratos internacionales y la elección de ley aplicable en los mismos, *cf.*, "Public Policy ...", *loc. cit.*, pp. 511-531.

abarcar por completo un tema en constante evolución práctica y cuyo auge ha superado con creces todas las previsiones que de él se podían esperar.

En la Filosofía de la Ciencia podemos encontrar múltiples razonamientos que cuestionan la validez del *inductivismo*, expuesto en el párrafo anterior en su versión más sencilla, como metodología científica que conduce al conocimiento fiable e incluso verdadero. Las críticas más habituales se refieren a dos aspectos. El primero, se centra en que la observación de un número *finito* de hechos en los que se corrobora una circunstancia, aquí jurisprudencia arbitral y judicial sobre el orden público, no proporciona ninguna garantía lógica de que la ley o teoría *universal* inductivamente obtenida de los mismos sea verdadera; lo que en nuestro campo equivaldría a deducir una teoría universal sobre el orden público a partir de unos “casos concretos” que, a parte de encontrarse muchas veces contrapuestos entre sí, nunca llegarían a ser exhaustivos⁴⁹. Más aún, en un ámbito internacional, donde es difícil armonizar, cuanto menos aunar, las particularidades de las distintas culturas jurídicas en un mundo cada vez más supranacional al que va encaminado el arbitraje internacional⁵⁰. El segundo de los aspectos reprochables, deriva de que los enunciados observacionales, esto es, la expresión pública por parte del investigador de la realidad observada, están influidos por las teorías que guían la observación y la experimentación, también disímiles en los distintos entornos jurídicos⁵¹.

Estas críticas son especialmente relevantes en nuestro ámbito de estudio, ya que incluso los autores que defienden la utilización del método inductivo para el estudio de la realidad del ordenamiento internacional se desvían de la interpretación más ingenua del mismo⁵². La realidad configurada por los laudos arbitrales y la jurisprudencia

⁴⁹ En el arbitraje internacional se ha llegado a afirmar que la coherencia es aun más sorprendente que la contradicción, *cf.*, Y. Derains, "Les tendances de la jurisprudence...", *loc. cit.*, p. 831.

⁵⁰ Sobre la dificultad para elaborar una doctrina del arbitraje en un mundo donde los cambios empresariales y de las relaciones transfronterizas se suceden a un ritmo trepidante, a lo que hay que añadir las dificultades que acompañan la heterogeneidad empresarial, política y económica mundial, *cf.*, A. Plantey, "Une politique générale...?", *loc. cit.*, pp. 15-27, esp. pp. 17-18.

⁵¹ Un intento clásico y complejo de sistematizar el razonamiento inductivo puede encontrarse en John Stewart Mill, *A System of Logic*, Londres, Longman, 1961. Un resumen más sencillo de las opiniones más modernas se recoge en Wesley C. Salmon, *The Foundations of Scientific Inference*, Pittsburgh, Pittsburg University Press, 1975.

⁵² Como es el caso de G. Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law*, Londres/N.York, 1965, pp. 37-38, quién en su defensa del método inductivo se preocupa por establecer

conexa a los mismos presenta importantes dificultades a la hora de realizar la observación, lo cual limita la eficacia del proceso inductivo de generalización a partir de los hechos individualmente observados. Por otra parte, la misma materia prima de la observación, constituida por la mediatización del concepto de orden público en su aplicación efectiva de delimitación y control en el arbitraje internacional, se encuentra influida por las teorías y construcciones doctrinales imperantes en cada momento histórico y/o ámbito de aplicación.

No sólo los enunciados observacionales, esto es, la expresión pública de los hechos, la jurisprudencia y los laudos arbitrales, estarán influidos por las teorías que guían al investigador, sino que la realidad en si misma, la actividad de los árbitros, esta sujeta a la influencia de los Estados, las partes, el comercio y del mundo empresarial, que puede resultar a veces contrapuesto con las normas de intervención y el orden público que el árbitro deberá tener en cuenta a la hora de estatuir sobre su propia competencia en el reconocimiento de la arbitrabilidad de la controversia y en su actuación en el Derecho aplicable al fondo. Conscientes de que las conclusiones alcanzadas serán tan válidas como lo sea el procedimiento de análisis de la realidad arbitral, se habrá de extremar el cuidado en este punto, intentando salvar las evidentes dificultades derivadas de las limitaciones a la publicidad de los laudos, cada vez más superadas gracias al “levantamiento del velo arbitral”⁵³ y a la tendencia actual a su publicación, donde nuestro país no se ha quedado atrás⁵⁴. La publicidad de los laudos y

claramente que ello no implica una renuncia al método deductivo, ni un culto a los precedentes: “*In Advocating the use of the inductive approach to international law, it is well to make clear what this approach does not mean. It does not mean a complete renunciation of the deductive method. It does not mean a cult of precedents. It is not identical with the case-law method*”, cf., M.P. Andrés Saenz de Santa María, *El arbitraje internacional en la práctica convencional española (1794-1978)*, Oviedo, Universidad de Oviedo, servicio de publicaciones, 1981, p. 85; aunque, en este caso, la autora se decanta abiertamente por el método inductivo como el que mejor se corresponde con la realidad del ordenamiento internacional en orden a establecer cuál es el Derecho en vigor.

⁵³ Publicidad de los laudos que se ha conseguido gracias a la labor de insignes árbitros internacionales, como Y. Derains, y, al trabajo de las Instituciones Internacionales de Arbitraje, *vid.*, E. Verdera y Tuells, “El “*pierce the veil*” arbitral de Yves Derains”. Estudio preliminar de la obra de dicho autor, *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, 1985, pp. 21-37.

⁵⁴ En España, merece una especial consideración la labor de recopilación y publicación sistemática de la jurisprudencia española de arbitraje internacional, realizada por J.C. Fernández Rozas, también árbitro internacional, con la colaboración de R. Arroyo Montero, en la Sección dedicada a la “Jurisprudencia española de arbitraje comercial internacional y de Derecho del Comercio Internacional”, de la Revista de la Corte Española de arbitraje que, desde 1984, se viene publicando anualmente en nuestro país, junto con la Sección que la acompaña, relativa al arbitraje interno, llevada a cabo por S. Barona Villar, encontrándose, en la actualidad, S. Sánchez Lorenzo a cargo de la coordinación general de

de la jurisprudencia asociada a ellos nos ha aportado un valor inapreciable como método *comprendivo* de la realidad arbitral. Sería la jurisprudencia arbitral como ciencia “comprensiva”, cuya interpretación y observación de la actuación de los árbitros en la aplicación de las normas imperativas y el orden público nos sirve como proceso deductivo de gran utilidad en la constatación práctica del arbitraje internacional, aunque sin llegar a afirmar que éste debiera ser el único método⁵⁵.

17. Una aproximación metodológica alternativa consistiría en admitir que la observación está guiada por la teoría y renunciar a establecer que una teoría es la verdadera a la luz de la evidencia observacional. Las teorías se establecen como conjeturas que el intelecto humano crea en un intento de solucionar los problemas con los que tropezaron las teorías preexistentes en su pretensión de proporcionar una explicación adecuada de un determinado comportamiento. Una vez propuestas, éstas han de ser comprobadas rigurosamente mediante la observación y aquellas que no superen tal comprobación deben ser reemplazadas por otras. De esta forma, aunque nunca se pueda afirmar que una teoría es *la verdadera*, sí se puede decir que es la mejor disponible, dejando abierto el horizonte a la mejora de nuestro conocimiento de la realidad. Esta aproximación metodológica, que suele denominarse *falsacionismo*⁵⁶ cuenta, en principio, con una ventaja lógica importante frente al *inductivismo*. Si bien, no es posible llegar a deducir lógicamente teorías o leyes universales verdaderas sin discusión mediante la consideración de un conjunto finito de hechos como premisas sobre la base de la jurisprudencia en sede arbitral y judicial, sí que lo es deducir la falsedad de tales teorías, e incluso, la práctica errónea derivada de la misma.

dicha revista. Sin desmerecer otras publicaciones igualmente meritorias como la Revista Vasca de Arbitraje, y el Boletín de la Asociación Española de la Corte de Arbitraje, desde 1981. De entre las publicaciones extranjeras destacamos, los laudos editados por la *Revue de l'arbitrage*, desde 1955, la *Rassegna dell'Arbitrato*, desde 1961, el *Journal de Droit International*, desde 1974 y el *Yearbook Commercial Arbitration*, desde 1976, destacadas, éstas últimas, por J.A. Pérez Bevia. "Sobre la ley aplicable al fondo de la controversia en derecho internacional privado español", *RCEA*, 1988-1989, p. 214, nota núm. 2. A lo que, recientemente, hay que añadir la recopilación de jurisprudencia española que a partir de este año 2000 y con vocación de continuidad se ha encargado de recopilar J.C. Fernández Rozas, en el *Anuario español de DIPr*, *op. cit.*, pp. 681-718.

⁵⁵ Sobre la jurisprudencia como ciencia útil en la metodología del Derecho en general, *vid.*, K. Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid, Ariel, 1994, pp. 192-200. Especialmente referida a la jurisprudencia como ciencia “comprensiva”, pp. 200-223, relativas a la interpretación y aplicación de las normas como proceso deductivo.

⁵⁶ El texto falsacionista clásico es K.R. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, Londres, Hutchinson, 1968.

La práctica arbitral internacional adolece de ciertos comportamientos miméticos que se consideran inadecuados. Entre ellos, se encuentra, por ejemplo, el hecho de valorar la cuestión de las normas de intervención y el orden público en la arbitrabilidad del mismo modo que si se tratase del convenio arbitral en su conjunto, cuando los dos configuran junto a la autonomía de la voluntad, presupuestos autónomos del arbitraje que, como tal, deben ser analizados por separado⁵⁷. Sin contar con la confusión relativa a su estudio enfocado desde diferentes perspectivas según el sistema jurídico de que se trate, relativo especialmente a las diferencias entre los sistemas de Derecho Civil y de la *common law* a las que nos referiremos más adelante, como un falso problema en el arbitraje⁵⁸. De otro lado, la consideración del orden público en la fase judicial también adopta comportamientos costumbristas radicados en una concepción vetusta de las normas imperativas y del orden público que no se corresponde con la realidad internacional⁵⁹.

Pese a ello, hemos de ser conscientes de las limitaciones del *falsacionismo*⁶⁰, implícitas en su mismo razonamiento teórico, el cual admite que las observaciones de la realidad están guiadas por teorías que en sí mismas no es posible admitir que sean las *verdaderas*. Siguiendo este razonamiento, tampoco sería posible afirmar de forma absoluta que una teoría es falsa de acuerdo con los hechos, ya que es posible que sea la técnica de observación de los mismos la que no sea la adecuada. Los enunciados observacionales que sirven de base al rechazo de una teoría pueden resultar falsos a la luz de posteriores progresos en la metodología de análisis de la realidad.

En nuestro caso, esta limitación del *falsacionismo* sería relevante en la medida en que no se pueden observar directamente todos los elementos implicados en la toma

⁵⁷ Una cosa es la actuación del orden público en la arbitrabilidad y otra la actuación de éste en el ámbito de aplicación del convenio arbitral, que como veremos más adelante, *vid., infra*, Cap. II. I, abarca también otras cuestiones de forma, capacidad de las partes y autonomía del convenio arbitral internacional que no se deben confundir con la primera.

⁵⁸ *Vid., infra*, Cap. I. II. 2.

⁵⁹ Lo cual se pondrá de relieve en la fase final, *vid., infra*, Cap. V.

⁶⁰ Las diversas críticas al *falsacionismo* pueden encontrarse en, W.V.O. Quine, *From a Logical Point of View*, Nueva York, Harper & Row, 1961, P. Duhem, *The Aim and Structure of Physical Theory*, Nueva York, Athenum, 1962, y, en la obra de I. Lakatos y A. Musgrave, *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 1974.

de decisiones arbitrales. Tampoco resultan aconsejables las teorías precedentes al respecto, que restringían o favorecían más o menos el papel intervencionista de las normas imperativas y del orden público en el arbitraje según hubiesen sido tratadas por prácticos o por teóricos sin llegar, por supuesto, a ningún resultado objetivamente fiable⁶¹. Se ha de llegar, pues, a la conclusión de que se ha de renunciar a la pretensión de ofrecer una teoría general de las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional que sirva como modelo para todos los supuestos y para todas las épocas, cuando ésta ha sido extraída de unos conceptos tan relativos y cambiantes como son las normas de intervención y el orden público y de una evidencia empírica ciertamente desigual sin visos de establecer una generalidad.

18. Teniendo en cuenta los condicionantes anteriormente comentados, nuestra aproximación metodológica al estudio de la influencia de las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional pretende ser una conmixción de los métodos expuestos⁶². La aproximación teórica, desde la aceptación del *falsacionismo*, se hace, por tanto, complementariamente necesaria al análisis *inductivo*, vinculado a la comprensividad de la jurisprudencia en sede arbitral y judicial, a lo que hay que agregar un estudio desde la perspectiva comparada⁶³, que nos será de gran utilidad a la hora de analizar el orden público transnacional y el tratamiento al respecto en otros países con una tradición arbitral más consolidada, o más innovadora que la nuestra en algunos supuestos concretos⁶⁴. De otro lado, debido a la situación abrumadora y caótica de los materiales objeto de estudio, nos ha parecido también conveniente el recurso al planteamiento de preguntas concretas en determinados supuestos especialmente

⁶¹ Cf., citando a F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, París, Pédone, 1977, pp. 309-391, el trabajo de J.A. Pérez Bevia, "Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje comercial internacional", *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 81-83.

⁶² No nos sirve, pues, el empleo único de uno sólo de los métodos científicos, sin utilizar otro complementario, como tampoco el del método de análisis propio de la "*era post-realista*", que ha sido empleado muy a menudo en el arbitraje por varios de los autores de la doctrina norteamericana. Cf., *The "Post-Realist Era"* en J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements", *St. Mary's L. J.*, 1990, p. 283. Y, que se caracteriza por el examen de las cuestiones jurídicas, consistente en llegar al fondo de la cuestión a través de una filosofía jurídica, esto es, considerando factores extra-legales para llegar al epicentro del problema jurídico.

⁶³ Estudio comparado, tanto legislativo como jurisprudencial, como método tradicional en el DIPr, que resulta también imprescindible en el arbitraje privado internacional, cf., E. Artuch Iriberry, *El convenio...*, *op. cit.*, p. 28.

intrincados, siguiendo los criterios que han conducido a buen puerto otros trabajos que en éste campo han sido llevados a cabo por nuestra doctrina⁶⁵.

19. El método a seguir será, pues, plural. Debe tener en cuenta todos los materiales existentes que nos ayuden a conseguir una aproximación al objeto del tema de estudio. Se partirá de la consideración del substrato teórico y legislativo existente, para avanzar, de forma concomitante, en el análisis de la práctica arbitral, con el ánimo de acorrallar el papel que juegan las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional constatado en las fases cronológicas en las que se desarrolla el mismo. La doctrina nos proporcionará las hipótesis en relación con el papel del orden público, así como su reflejo en la legislación interna e internacional, mientras que el estudio de los laudos arbitrales y la jurisprudencia se orienta a la valoración de la conexión de tales hipótesis con la realidad.

20. No escapamos, por tanto, del perfil teórico, a pesar de ser éste un trabajo que en sus inicios pretendía ser únicamente práctico. El alejamiento de teorizaciones estériles no presupone la huida de un substrato teórico necesario en todo estudio jurídico-científico que se precie⁶⁶. Concretamente en este trabajo hay que tenerlo muy en cuenta, dado que para algunos autores la cuestión del orden público en el arbitraje tiene una importancia indiscutible tanto desde el punto de vista cognoscible como desde su trascendencia empírica⁶⁷, mientras que para otros, la mediatización real del orden

⁶⁴ Caso de los países de América Latina, y de muchas de las culturas jurídicas tradicionalmente reacias al arbitraje privado internacional, *vid., supra.*, enunciado en la introducción que, además, se irán descubriendo en aspectos específicos a lo largo del trabajo.

⁶⁵ La opción que se basa en la interpelación a través de preguntas y respuestas concretas aplicadas a cada una de las problemáticas arbitrales específicas fue adoptada por M^a.V. Cuartero Rubio, como única opción prudente y provechosa ante una situación arbitral demasiado enmarañada en la normativa y la jurisprudencia española de arbitraje internacional, *cf., El recurso de anulación..., op. cit.*, p. 22.

⁶⁶ Tal y como pusieron de manifiesto J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán: "*El enfoque teórico es insoslayable en cualquier estudio jurídico-científico que se precie. La disparidad, la multiplicidad de fuentes normativas y de conocimiento y la cambiante dimensión de los conflictos y controversias sobrevenidas en un mundo también cambiante, cuyas controversias son dirimidas a través del arbitraje, unido en este caso a la disparidad conceptual y material del orden público, no son circunstancias especialmente propicias para acometer el objeto de estudio, que aquí se propone. La materia específica del arbitraje se manifiesta extraordinariamente compleja en este sentido*", *cf., Tratado de arbitraje privado..., op. cit.*, pp. 381-382, quienes también utilizan una pluralidad metodológica en el estudio global del arbitraje privado internacional, adoptada en el piso de arriba.

⁶⁷ *Cf., W.P. Graham, "International Commercial Arbitration...", loc. cit.*, p. 373.

público en el arbitraje es un problema donde impera más lo teórico que lo práctico⁶⁸. Aspecto que contrasta con que en la práctica el orden público es una de las causas de oposición al arbitraje que más se alegan aunque no suelen prosperar debido al adecuado entendimiento y a la restrictividad con el que el mismo se aplica⁶⁹. Si bien, actúa con menor relevancia dentro de la arbitrabilidad sí en cuanto al orden público en la fase de anulación o para impedir el reconocimiento y la ejecución del laudo, con la importante problemática de su actuación en el Derecho aplicable y la prohibición de control de fondo del laudo arbitral internacional⁷⁰.

21. Nuestro propósito es el de complementar todos los frentes aludidos obteniendo una visión de conjunto que sirva, tanto para el árbitro internacional a la hora de apreciar su propia competencia ante materias intervenidas por las normas imperativas y el orden público y en el Derecho a aplicar en las mismas al fondo de la controversia, como para el juez español cuando tenga que decidir sobre éstas en la fase negocial o en la de control judicial del laudo arbitral internacional. A la vez que, se pretende sea, también, de utilidad al jurista y al empresario español, en su faceta más actual, como operador jurídico internacional.

⁶⁸ Entre los autores que afirman que el orden público, juega un papel más importante en la teoría del arbitraje que en la práctica, *cf.* K.H. Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", *Comparative Arbitration Practice and Public policy in Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration. Congress series n.º. 3, Kluwer, 1987, p. 179. De la misma opinión es Enterría, quién en la conclusión de su trabajo sobre el papel del orden público en el arbitraje internacional expresa que el orden público parece ser más importante en la teoría que en la práctica del arbitraje comercial internacional. Basándose en la obra de P. Sanders, concluye que la excepción de orden público ha sido aplicada en supuestos muy limitados en aquellos países que son miembros del Convenio de Nueva York, *cf.*, J. García de Enterría, "The Role of Public Policy ...", *loc. cit.*, p. 439. También, M. Buchanan, "Public Policy ...", *loc. cit.*, p. 531.

⁶⁹ Otros autores, preocupados también porque sea éste un tema que se aplique más del lado teórico que del práctico han argumentado que su alegación sí es usual, aunque no prospere luego ésta. Sin, embargo, en un mundo cada vez más globalizado y más industrializado la práctica del orden público también se ha incrementado en orden a garantizar su papel de protección de los principales valores e intereses de la comunidad internacional, *cf.*, M. Buchanan, *cf.*, *ibid.*, p. 519.

⁷⁰ A. Kirry, señala que en Europa también se ha constatado, al igual que en los EEUU, que existe una tendencia por parte de los árbitros y de los tribunales judiciales a reducir el impacto del orden público en lo que respecta a la arbitrabilidad de las controversias, *cf.*, "Arbitrability: Current Trends in Europe", *Arb. int.*, 1996, núm. 4, p. 378.

CAPÍTULO I

ORDEN PÚBLICO Y NORMAS MATERIALES IMPERATIVAS EN EL MARCO ARBITRAL INTERNACIONAL: ANÁLISIS CONCEPTUAL

I. Orden público: acepciones y tipología característica

1. CARACTERIZACIÓN GENERAL

22. El análisis del orden público en el arbitraje privado internacional se nos muestra *a priori* ciertamente desalentador si tomamos como referencia la indeterminación existente al respecto en el marco jurídico-científico del *ius* público y privado. Hay que partir de la relatividad intrínseca que acompaña a su definición así como de la dificultad de su delimitación jurídica⁷¹. Autores de la talla de Savigny se han referido al estudio de la categoría del orden público como uno de los más difíciles, sino el más, dentro de todas las construcciones teóricas del Derecho⁷². De manera similar, en nuestros días, E. Jayme alude a su dificultad expresando literalmente que “*No hace falta decirlo para saberlo, basta con experimentarlo: el orden público constituye el tema más angustiante de la teoría general del DIPr*”⁷³. Nos encontramos, pues, ante la parte más desconocida y menos acabada en este ámbito jurídico⁷⁴. Los numerosos intentos para definirlo de manera clara y precisa no han permitido más que aproximaciones particulares, en cada caso concreto, confirmando el desafío permanente que la naturaleza del concepto de orden público representa en la doctrina y en la práctica jurídica.

⁷¹ Dando cuenta de dicha dificultad son ilustrativas las expresiones utilizadas por la doctrina al intentar definir la noción del orden público y su posterior actuación en el arbitraje. Desde los trabajos más clásicos al respecto donde se transcribe que “*Al recorrer el orden público se tiene la impresión de haber caído en las arenas movedizas del Derecho internacional*”, *cf.*, Ch. Carabiber, “L’arbitrage international et la réserve de l’ordre public”, *Rev. arb.*, 1956, núm. 1, p. 119. O, como expresaba H. Lewald, “*Il n’y a pas, en droit international privé, de notion plus incertaine, plus fluide, plus inaisissable que la notion de l’ordre public*”, *cf.*, *Règles générales du conflit de lois, R. des C.*, 1929, IV, p. 566, *cf.*, H. Arfazadeh, “L’ordre public du fond et l’annulation des sentences arbitrales...”, *loc. cit.*, p. 224. Hasta los últimos estudios doctrinales en este sentido que, de igual modo, reflejan que la noción de orden público y su relación con el arbitraje es “*incontournable*”, *cf.*, los comentarios de Ph. Fouchard y L. Boy, en el prólogo de la obra de J.B. Racine, *L’arbitrage commercial...*, *op. cit.*, p. IV.

⁷² *Cf.*, F.C de Savigny, *System des Heutigen Römischen Rechts*, Tomo VIII, Berlín, 1849, p. 32, reiterado por G. Sperduti, “Les lois d’application nécessaire en tant que lois d’ordre public”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, p. 261.

⁷³ *Cf.*, E. Jayme, *Methoden der Konkretisierung des Ordre Public im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1988, *id.* “Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional Privado”, *Rev. Fac. Cs. Jcas.(Caracas)*, n.º 82, 1991, pp. 218-219, esp. p. 232.

23. El resultado de los esfuerzos realizados en pos de su definición no han llegado a ninguna concreción de la que podamos partir en la actualidad ni desde la práctica autóctona ni desde la internacional en sede judicial ni arbitral. En nuestro país, se desiste expresamente de la pretensión de abarcar la noción de orden público señalando que “*el orden público es una noción en extremo sutil, imprecisa e indeterminada que escapa a toda definición*”⁷⁵. Del mismo modo, en la jurisprudencia extranjera más reciente se pone en evidencia la dificultad para interpretar el orden público en la práctica totalidad de decisiones y comentarios al respecto. En la Sentencia del Tribunal de Casación francés de 3 de junio de 1998⁷⁶ y en la del Tribunal de Apelación de 1 de julio de 1999⁷⁷, se continua discutiendo sobre cuál es su adecuada interpretación en sede judicial imponiendo la necesidad de justificar en todo caso su aplicación con el objetivo de determinar la función y el contenido del orden público en cada decisión en la que éste se vea afectado⁷⁸. Indeterminación, puesta de manifiesto en las últimas inquisiciones del TJCE, a vueltas con la dificultad que implica el concepto de orden público en el Derecho de la competencia y el arbitraje internacional⁷⁹, y el orden público comunitario en el art. 27. 1 CB⁸⁰.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 232.

⁷⁵ Así, descrito lo expresa el Auto del TS (Sala I) de 24 de octubre de 1979, *cf.*, J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, “Comentario al artículo 12. 3 Cc”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I. vol. 2, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1995, p. 900.

⁷⁶ *Vid.*, la sentencia de la *Cour de cassation* (1º Ch. C) de 3 de junio de 1998, A. c. X., Y. y Z., *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 71-74. Con nota de E. Loquin, *ibid.*, pp. 74-79, esp. pp. 76-77. Donde a falta de un criterio unánime de interpretación del orden público todavía se apuesta por la concepción maximalista del mismo en el control frente a la prohibición de revisión de fondo del asunto, *ibid.*, p. 77. Sobre la concepción maximalista, *vid.*, *infra.*, Cap. V, IV. 2. B) b).

⁷⁷ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d’appel* de París (1º Ch. C) de 1 de julio de 1999, *Société Braspetro Oil Services (Brasoil) c. GMRA*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 4, pp. 834-841, con nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 841-852.

⁷⁸ Criterio de definir, en cada caso, la aplicación del orden público que también es seguido en otros países de nuestro entorno, *vid.*, la Sent. del *Tribunal fédéral*, 1º *Cour civile*, 17 de febrero de 1999, *G. T. AG c. G. F. TAS, RSDIE*, 1999, núm. 4, pp. 601-605, comentada por F. Knoepfler, pp. 605-608, donde se observa la definición del orden público dada por el Tribunal Federal suizo, esp. p. 607.

⁷⁹ Nos referimos a la Sent. TJCE de 1 de junio de 1999, *As. C-12/97, Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, *Rec.* 1999, y a las observaciones a la misma de S. Alvarez González, “Arbitraje Comercial Internacional...”, *loc. cit.*, pp. 1-4.

⁸⁰ *Vid.*, la sorprendente coincidencia de que tan sólo en dos meses dos decisiones seguidas hayan versado sobre los límites que implica el orden público en el reconocimiento de decisiones extranjeras y la indeterminación que, no obstante, todavía prevalece después de éstas. Así, compartimos la sensación que manifiesta S. Alvarez González, quién después de analizar la Sent. *Benetton*, y, en especial, las Sents. *Krombach*, de 28 de marzo de 2000 y *Renault*, de 11 de mayo de 2000, *id. cit.*, lamenta que las soluciones aportadas en ambos casos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no nos permita identificar un patrón que nos sirvan para determinar cómo se deberá comportar un juez ante el orden público en el procedimiento de homologación de una resolución judicial extranjera, a lo que nosotros añadimos, ni tampoco ante un laudo arbitral internacional, *cf.*, “Orden público y reconocimiento...”, *loc. cit.*, p. 1.

24. De otro lado, los Tribunales arbitrales deben prever el orden público susceptible de invalidar el laudo en cada caso concreto. De modo que ante la indeterminación general del mismo éstos se encuentran desamparados frente a la imposibilidad material de encontrar un criterio que les ayude a estimar con claridad las actuaciones que deben decidirse en consideración con las normas imperativas y de orden público que pueden repercutir, según los diferentes sistemas, en la eficacia del laudo⁸¹. Esta actitud particularizada y temerosa de dar una acepción más ecuánime del orden público en las diversas sedes y sistemas legales consolida, en definitiva, el lugar preferente que ocupa dicha noción en el espacio, no siempre grato, de la indeterminación a la que parece haberse resignado sino acostumbrado la ciencia jurídica⁸².

25. Tras la constatación previa de la relatividad conceptual y material a la que nos enfrentamos, no será nuestro propósito el de reabrir aquí el debate dogmático relativo al orden público con el objetivo de intentar abarcarlo conceptualmente a partir de un complejo análisis del mismo para después transcribir los resultados, ocasionalmente obtenidos, al arbitraje. Tampoco el de trasladar directamente al arbitraje los conceptos, por otra parte inexistentes y poco claros, de la tipología antedicha del modo en que ésta es entendida por los internacionalprivatistas. Una aprehensión conceptual se nos muestra demasiado pretenciosa a la vez que estéril en una noción intrínsecamente tan relativa y cambiante en el espacio y en el tiempo como es el orden público⁸³. Pese a la comodidad que nos aportaría el poder trabajar con criterios

⁸¹ Los propios tribunales arbitrales también plantean la dificultad de la noción de orden público al decidir sobre el mismo en la práctica arbitral. Así, en el laudo núm. 2699/1990, de la CCI, de 23 de agosto de 1990, en un arbitraje de la Sociedad de Arbitros Marítimos de Nueva York, *Trade & Transport, Inc como propietario de M/T Lauberhorn c. Valero Refining Co. Inc.*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XVIII, 1993, p. 124, se plantea una cuestión de orden público en la que ante la confusión de su conceptualización se señala que la arbitrabilidad no es un concepto idéntico al de la aplicación de normas de orden público.

⁸² Inconcreción que resulta desconcertante para la seguridad a la que aspira la misma, *cf.*, el orden público como "*una de las nociones más escurridizas, divergentes y espinosas de definir en el mundo de la ciencia jurídica*", en J. García de Enterría, "The Role of Public Policy ...", *loc. cit.*, p. 401. En el mismo sentido, de colocar en primer plano el desconcierto, desconocimiento y vaguedad de la definición del orden público, *vid.*, los numerosos autores que así lo indican enumerados en la primera parte de la monografía de H.B. Ruchelli y C. Ferrer, *El orden público en general en el Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 9-11.

⁸³ Sus caracteres inherentes son la excepcionalidad, el relativismo espacial (territorialidad) y la relatividad temporal (actualidad), *cf.*, su aplicación en el DIPr expuesta por J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr, op. cit.*, p. 217. También, puestos de relieve, junto al efecto atenuado del orden

definidos que conformaran las bases y cimentaran con seguridad el desarrollo de la investigación, la dialéctica que acompaña a su definición es inagotable y su discusión teórica no puede distraernos de nuestro verdadero objetivo, su aplicación práctica en el arbitraje privado internacional, a su vez, inconsistente, difusa y variable. Por otra parte, la propia institución de arbitraje también lleva aparejada una sensación de dinamismo práctico, jurídico y conceptual, consecuencia de los continuos cambios producidos en el mundo de las relaciones privadas internacionales y la vertiginosa adaptación a los mismos a través de la sucesiva evolución y las frenéticas reformas operadas en los últimos tiempos en las diferentes legislaciones de arbitraje⁸⁴.

26. La naturaleza del orden público no debe tratarse solamente en la institución arbitral. El orden público opera en todos los aspectos y su actuación en el arbitraje es sólo una de sus ramificaciones, que por ende deviene cada vez más importante de cara a la acuciante problemática derivada de las relaciones transfronterizas y las controversias asociadas a las mismas resueltas a través del arbitraje en un mundo globalizado. El orden público es interdisciplinar configurando lo que se ha dado en denominar la “polivalencia” del orden público o el “polimorfismo” del mismo, que alude a su facultad camaleónica para intervenir allí donde precise y se proponga bajo la adopción de las

público específicamente referido al arbitraje, por P. Lalive, "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, New York, 6 al 9 de mayo 1986, *ICCA Congress Series* núm. 3, 1986, pp. 262-263. En concreto, sobre la necesidad de imponer el principio de actualidad del orden público en el momento en que el juez deba reconocer y ejecutar un laudo arbitral internacional cotejándolo con los valores fundamentales de su ordenamiento en el momento actual, *cf.*, P. Mayer, "La sentence contraire a l'ordre public au fond", *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, p. 627. "Principe de l'actualité de l'ordre public au moment de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale", tal y como especificó la Sentencia de la *Cour de cassation (1^a Chambre civile)* de 15 de marzo de 1988 y la Sent. de la *Cour d'appel* de Versailles (*Ch. Réunies*), de 2 de octubre de 1989, *société Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continentale France; Cour d'appel de Paris, (1^a Ch. Suppl.)*, de 7 de julio de 1989, *société Veradour SICA c. Société E. Larroche Frères*, *Rev. arb.*, 1990, núm. 1, pp. 115-124, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 125-133.

⁸⁴ Prueba de ello, las abundantes y sucesivas reformas protagonizadas por las legislaciones de arbitraje de los países de América Latina y los movimientos producidos en las Instituciones de arbitraje para adaptarse a los nuevos cambios que exige un mercado cada vez más globalizado, *vid.*, un elenco de las reformas aludidas expuesto por nosotros en el trabajo, "Hacia la consolidación...", *loc. cit.* Y, los cambios anteriormente enunciados en los países africanos, arabes y asiáticos. Dando razón al movimiento preconizado por K.P. Berger, que tuvo como inicio la promulgación de la *Arbitration Act* inglesa el 4 de abril de 1979. Desde entonces, las leyes de arbitraje han sido promulgadas y enmendadas, en el ámbito universal, al menos cada año. Era la denominada "Era de la Competencia", "*The Competitive Era*", según la cual los Estados deben de competir para conseguir dotarse de sistemas legales de arbitrajes que puedan hacer frente a un mayor número de demandas provenientes del comercio internacional, y, en definitiva, adecuarlas para solucionar controversias en el ámbito mundial, *cf.*, K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, *op. cit.*, pp. 1-6. "Era" que, en la actualidad, se ha desbordado.

más diversas formas, tanto materiales como normativas a través de las normas de intervención y de las leyes de policía⁸⁵. Al mismo tiempo que no se adhiere a ninguna definición puntual es susceptible de ser definido de múltiples maneras⁸⁶.

27. A la relatividad de su conceptualización se suma la falta de precisión del factor que prima en su consideración, interno, internacional o transnacional, donde tampoco se da una respuesta clara sino aproximaciones más o menos caducas que redundan una y otra vez en el relativismo del objeto⁸⁷. La dificultad añadida a su concreción terminológica es su esencia “mutante” según los usos sociales y las necesidades públicas y económicas de cada momento histórico en concreto⁸⁸. Este nunca podrá ser definido con exactitud ni en su faceta interna ni en la internacional⁸⁹. De ahí, que para evitar el peligro de desacertados equívocos y confusiones terminológicas en las nociones más básicas que sustentan el presente trabajo se hace necesario una aproximación conceptual en la fase inicial con el objetivo de centrar con posterioridad su significado en el arbitraje privado internacional⁹⁰. En éste sentido, no sólo es importante la determinación del concepto de orden público en el arbitraje, sino también,

⁸⁵ Entre los numerosos autores que se refieren a la variabilidad y polivalencia del orden público, cambiante en cada una de las ramas del Derecho en las que se mueva, *cf.*, H.B. Ruchelli y C. Ferrer, *El orden público...*, *op. cit.*, p. 8. Relativo, específicamente a su facultad camaleónica, *vid.*, el sugerente título del trabajo de V.B. Dutoit, “L’ordre public: caméléon du droit international privé?. Un survol de la jurisprudence suisse”, *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, pp. 455-472. Comprobando su versatilidad en el ámbito específico del arbitraje internacional, *vid. infra*, en el apartado dedicado a “*las normas imperativas y el orden público en el arbitraje internacional: Ambito diferencial*”, al que hay que añadir las diferencias puntuales en el resto de las fases que dividen el trabajo.

⁸⁶ Sobre la noción fugitiva del orden público y las distintas definiciones a las que puede dar lugar, *cf.*, J. Vassogne, “L’arbitre, le juge et l’ordre public économique (Remarques adventices)”, *Rev. arb.*, 1987, núm. 1, p. 88.

⁸⁷ Destacando el carácter de relatividad del orden público en el DIPr es suficientemente descriptivo el título del trabajo de C.A. Esplugues Mota, *La relatividad del orden público en el Derecho Internacional Privado español*, Tesis de Licenciatura, inédita.

⁸⁸ *Vid.*, la explicación de un orden público esencialmente mutante según las distintas necesidades y concepciones históricas en A.Mª Lorca Navarrete y J. Silguero Estagnan, *Derecho de arbitraje español. Manual Teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*. Madrid, Dykinson, 1994, p. 514. Sobre la intrínseca mutabilidad del orden público, *cf.*, C.A. Esplugues Mota, *La relatividad del orden público...*, *op. cit.*, p. 22, según, S. Barona Villar, “El laudo en el arbitraje de consumo”, *RCEA*, vol. XIII, 1997, p. 39.

⁸⁹ Sobre la imposibilidad de definir el orden público radicalizada al escepticismo más absoluto en su faceta internacional especialmente referida al arbitraje, *cf.*, G. Asken, “International Commercial Arbitration and International Public Policy” (Remarks), *Am. Soc. Int. L.*, 1987, p. 375.

⁹⁰ De igual manera se estima conveniente una primera aclaración conceptual antes del estudio concreto de la trascendencia práctica de las relaciones entre el arbitraje y el orden público, *cf.*, P. Lalive, “Transnational (or Truly International)...”, *loc. cit.*, p. 270.

la de la propia definición, de por sí bastante discutida, de cuándo se considera que un arbitraje es internacional⁹¹.

28. Sin pretender, en absoluto, descuidar que el desconcierto conceptual se encuentra atizado por la actuación de unas normas imperativas que no son fácilmente identificables, y menos aún en su vertiente internacional⁹², el hecho de que, como línea de principio, centremos todas nuestras atenciones en el orden público sin detenernos especialmente en las normas materiales imperativas o normas de intervención⁹³, se debe a que no se pretende confundir éstas de forma aislada con lo que en realidad es una subdivisión dentro del propio concepto del orden público. Se parte de la base de que todas las normas de orden público son imperativas pero no todas las normas imperativas lo son de orden público, por lo que identificación del primero con las segundas no resulta apropiada⁹⁴. Tampoco todas las normas imperativas forman parte del orden público ni en el sentido interno ni en el internacional del mismo⁹⁵. Las normas de intervención únicamente engloban la vertiente positiva del orden público como imposición de determinadas normas materiales, pero no otras vertientes del mismo igualmente influyentes y manifiestas⁹⁶. No abarcan la totalidad del orden público, ni

⁹¹ Para una respuesta al respecto en la doctrina española, *vid.*, J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, "Propuesta de reforma de la Ley 36/1988...", *loc. cit.*, pp. 303-359, esp. p. 307, junto a la Propuesta relativa al nuevo Título II, "Del Arbitraje Internacional", arts. 56 y ss, pp. 336-357.

⁹² Sobre la dificultad de determinar las normas internacionalmente imperativas en el arbitraje, *cf.*, T. Bernd von Hoffmann, "International Mandatory Rules...", pp. 1-28, esp. p. 5. Relativo, en general a la dificultad de circunscribir el campo de actuación de las normas internacionalmente imperativas, *vid.*, A. Bonomi, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zürich, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 1998, y un estudio específico al respecto, *vid.*, *infra.*, en el apartado dedicado a las normas materiales imperativas, apartado, II. 3. A).

⁹³ la denominación de normas de intervención es considerada más adecuada por parte de nuestra doctrina que la de normas materiales imperativas. Así, específicamente referido a los contratos internacionales sobre propiedad industrial, *vid.*, el capítulo V, dedicado a la incidencia de las normas de intervención en este sector, P.A. de Miguel Asensio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 2000.

⁹⁴ *Cf.*, K.H. Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", *op. cit.*, p. 183.

⁹⁵ En la práctica, poniendo de manifiesto la máxima arriba transcrita, *vid.*, el laudo núm. 5721/1990, *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1020-1026, con observaciones *Clunet*, *ibid.*, pp. 1026-1029: "Lo que es contrario a una norma imperativa egipcia, no es necesariamente contrario al orden público egipcio".

⁹⁶ En contra, hay autores que ante el rechazo que les provoca la terminología asociada a las normas de intervención o normas imperativas prefieren utilizar únicamente la noción del orden público que engloba a todas las normas imperativas, *cf.*, P. Mayer, "La sentence contraire a l'ordre public au fond", *loc. cit.*, pp. 618-619, compartiendo éste criterio con J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contract*, París, LGDJ, 3ª edición., 1993, núm. 110.

siquiera en su vertiente material, pues el propio orden público presenta un aspecto materializador que no hay que desdeñar⁹⁷.

29. Aparte de la evidencia palpable que supone la dificultad conceptual del objeto, el porqué de abordar un requerimiento teórico-conceptual en primer lugar obedece, con carácter esencial, al propósito de desmitificar la afirmación, tantas veces señalada por la doctrina, de que el orden público juega un papel más importante en la teoría del arbitraje que en la práctica⁹⁸. Expresión que debe ser igualmente matizada. El referido papel teórico trata de la discusión conceptual sobre el orden público que, en un primer momento, resulta necesaria en todo trabajo que pretenda estudiar la relación entre las dos instituciones, arbitraje privado internacional y orden público. En un segundo estadio, una vez tratado el concepto, la importancia de la vertiente práctica asociada al arbitraje adquiere un protagonismo incuestionable. No hay más que constatar la infinidad de laudos y decisiones judiciales que recurren al orden público adquiriendo incluso comportamientos miméticos en torno al mismo que en muchas ocasiones han llegado a resultar verdaderamente preocupantes⁹⁹.

30. En este orden de ideas, nos corresponde examinar si el concepto del orden público en el arbitraje se encuentra identificado con la multiplicidad de acepciones que existen del mismo en los distintos ámbitos, en general, y en el DIPr, en particular. O, si por el contrario, tiene un contenido y unas funciones propias dentro del arbitraje que le hacen diferenciarse de aquellos, confiriendo un orden público arbitral propio y

⁹⁷ *Vid., infra*, un mayor abundamiento en ésta cuestión en el apartado dedicado al análisis de las normas materiales imperativas y las leyes de policía en el DIPr y su repercusión en el arbitraje internacional.

⁹⁸ Entre los autores que han destacado la importancia teórica del estudio de las relaciones entre el orden público y el arbitraje sobre su relevancia práctica destacan, K.H. Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", *op. cit.*, p. 179; J. García de Enterría, "The Role of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 439, que cita a P. Sanders, "Trends in the Field of International Commercial Arbitration", *Rec. d. Cours*, 1979, -II, pp. 271-272. Y, M. Buchanan, "Public Policy ...", *loc. cit.*, p. 531, *vid., supra.*, en la metodología.

⁹⁹ En relación con el mimetismo en la invocación del orden público en el arbitraje por nuestra jurisprudencia, *vid.*, las opiniones que hemos manifestado en los comentarios al Auto del TS (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 1988, *Gull Diagnostics, S.A. c. Landerdiagnóstico, S.A.*, RCEA, vol. XIV, 1998, pp. 222-227 y al Auto del TS (Sala de lo Civil), de 9 de junio de 1998, *Breakbulk Marine Services Limited c. Nervacero, S.A.*, RCEA, vol. XIV, 1998, pp. 237-244. También, en las observaciones al Auto del TS (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1998, *Ets Sebtigrains c. Armengol Hermanos, SA*, *Anuario español de DIPr*, pp. 708-710, y al Auto del TS (Sala de lo Civil), de 24 de noviembre de 1998, *Sindicato Pesquero del Perú, SA c. Internacional de Productos Químicos*, *ibidem.*, pp. 716-718; y, en general, sobre el mimetismo, *vid., infra.*, Cap. V. III. 2. B).

característico del arbitraje internacional. A pesar de la situación en apariencia inconsistente y caótica de la percepción individual y conjunta que implica el orden público y su consideración también variable en el arbitraje, se impone un cierto rigor científico que considera necesario detenerse en el funcionamiento y en el contenido de las normas de intervención y el orden público en el DIPr, para ofrecer un marco general en el que después se mostrará la operatividad de dichas nociones en el arbitraje. Sin que ello sea una fácil justificación que nos permita extrapolar los conceptos del primero al segundo sin más. Nuestro objetivo es el de circunscribir el impacto, el contenido, la función y el ámbito de actuación del orden público en el arbitraje privado internacional, como sector independiente y autónomo del DIPr¹⁰⁰. Sin que sea éste último el único sector del que el orden público reclama su autonomía en el arbitraje¹⁰¹.

2. ACEPCIONES EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

31. Todas las esferas del Derecho tienen un apartado específico reservado para el orden público pero su concepto no es privativo de ningún sector del ordenamiento jurídico¹⁰². Este ha sido adjetivado desde distintas perspectivas en atención a su alcance y a los valores que fundamentalmente se protegen en cada uno de ellos. Ante la pluralidad de acepciones que presenta la tipología genérica del orden público a lo largo de su recorrido sustantivo y procesal por ámbitos de lo más dispares, una opción posible para referirse al mismo es a través de la contraposición de sus distintas representaciones.

¹⁰⁰ El arbitraje internacional se ha liberalizado en el ámbito del DIPr, habida cuenta de la autonomía del primero respecto a la estricta consideración del objeto, contenido y técnicas de reglamentación del segundo, *vid.*, las causas del desarrollo del arbitraje y la autonomía que reclama respecto al DIPr, en la documentación entregada en la ponencia de J.C. Fernández Rozas, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, en el seminario sobre arbitraje, *El arbitraje comercial como solución de conflictos*, Santander, UIMP, 1996, pp. 1-3.

¹⁰¹ Como se verá seguidamente en las distintas acepciones en ámbitos de lo más dispares, donde la comprensión del orden público se empaña de una cierto relativismo y ambigüedad consecuencia de la propia incertidumbre adosada al mismo en los distintos sectores del ordenamiento jurídico.

¹⁰² “La falta de unicidad en la función y el significado del orden público en cada uno de los sectores del Derecho conforma una pluralidad de acepciones del mismo: orden público constitucional, administrativo, penal, procesal, u económico, que dificulta enormemente la apreciación de su verdadero significado en un concreto precepto”, *cf.*, J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, “Comentario al artículo 12. 3 Cc”, *loc. cit.*, pp. 901-903.

Se contrastaría, entonces, el orden público identificado con el interés general de la sociedad, marcado por el Estado, con el orden público que responde al interés particular de determinados grupos sociales localizados en el contexto de un mercado internacional globalizado¹⁰³. El orden público propio del Derecho Público se contrapone al orden público característico del Derecho Privado y del mismo modo ocurre en la faceta internacional de ambos. Su versión política, moral, o también social, de esencia tradicional, se cruza con el orden público económico, más moderno y actual. La concepción de un orden público económico internacional ha sido definido como aquel destinado a equilibrar las relaciones económicas y financieras transfronterizas, los movimientos de capitales y el control de cambios y, en general, todas aquellas que interesen a los intereses de la colectividad¹⁰⁴. Este orden público se identificaría así con las leyes de policía propias de las relaciones internacionales y su violación sería considerado un atentado material contra el orden público que daría lugar a la anulación y al no reconocimiento ni ejecución del laudo internacional así dictado¹⁰⁵. El orden público de dirección rivalizaría con el de protección. El sustantivo o material con el procesal. Su dimensión positiva encuentra su polo opuesto en la dimensión negativa del mismo. El orden público interno se enfrenta con el orden público internacional y éste último con el orden público transnacional, “real”, “verdadera” o “auténticamente” internacional. Incluso, no faltan autores que ponen la nota de atención en la diferenciación existente entre el “*ordre public*”, característico de los sistemas de Derecho Civil y el “*public policy*”, propio del Derecho común, circunscribiendo su diferente ámbito de actuación ya sea en el arbitraje, en particular¹⁰⁶, o en el DIPr, en general¹⁰⁷.

¹⁰³ No hay que olvidar que el fenómeno de expansión del arbitraje operado en los últimos tiempos no tiene una importancia únicamente económica, tal y como había sido reducida por K.P. Berger, *vid.*, *International Economic...*, *op. cit.*, sino también social. De hecho, desde algunos foros se estudia el significado sociológico del fenómeno del arbitraje internacional en un mercado cada vez más globalizado. Para un estudio en profundidad de la sociología del arbitraje, *vid.*, B. Oppetit, “Philosophie de l’arbitrage commercial international”, *Journ. dr. int.*, 1993, p. 811.

¹⁰⁴ *Cf.*, P. Mayer, “La sentence contraire...”, *loc. cit.*, p. 641, ejemplificando, para corroborar la concepción de orden público económico internacional mediante la Sent. de la *Cour d’appel de Paris (1ª Ch., sect. C.)* de 5 de abril de 1990, *Soc. Courrèges Design c. Soc. André Courrèges*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, núm. 3, pp. 580-587; nota de C. Kessedjian, *ibid.*, pp. 587-593; *Rev. arb.*, 1992, núm. 1, p. 102, con nota de M.H. Synvet, relativa a los movimientos de capitales transfronterizos y al equilibrio entre las relaciones económicas y financieras.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 640-645, esp. pp. 641-642.

¹⁰⁶ Referida, la diferenciación del orden público entre la tradición anglosajona y continental en el marco concreto del arbitraje internacional, *vid.*, entre otros, los trabajos de Ch. Borris, “*Common law and Civil law: Fundamental Differences and their Impact on Arbitration*”, *Arbitration.*, 1994, pp. 78-85; E.H.

Otra opción, más aconsejable, es la de no contraponer sus acepciones sino complementarlas a partir de una óptica global de los tipos de orden público aquí enunciados para comprobar que la mayoría de ellos son también susceptibles de ser adaptados al arbitraje. Esta última opción dirigida a recorrer la tipología del orden público según su alcance en los distintos ámbitos es la que aquí se ha seleccionado, procediendo a su elaboración según lo anteriormente contrastado. El esquema en la delimitación conceptual recorrerá, por orden, las breves acepciones del orden público identificadas con: el interés general, el orden público comunitario, el orden público económico, el del Derecho de las obligaciones y de los contratos, su identificación con los valores básicos de la ética, la moralidad y la justicia, el orden público constitucional, su equiparación con los Derechos humanos, la consideración del orden público en Derecho Público, y el orden público sustantivo o material junto al orden público formal o procesal. Veamos someramente en qué consisten cada uno de ellos, todos complementarios.

32. El concepto de orden público se entiende, en términos globales, como un límite impuesto por el interés general a la libertad individual manifestada a través de la autonomía de la voluntad de los sujetos en sus relaciones contractuales que, en nuestro caso, trascienden el ámbito interno¹⁰⁸. El conceptos del interés general se encuentra así íntimamente vinculado, sino identificado, con el del orden público. Al igual que éste último, su indeterminación y variabilidad material, espacial y temporal forjan su carácter de relatividad dependiendo de los intereses globales considerados superiores en

Bouzari, "The Public Policy Exception to Enforcement of International Arbitral Awards: Implications for Post-NAFTA Jurisprudence", *Texas Int. L.*, vol. 30, 1995, pp. 205-221; A. Broches, "International Commercial Arbitration and International Public Policy" (Discussion), *Am. Soc. Int. L.*, 1987, pp. 379-380; J.E. Dunsford, "The Judicial Doctrine of Public Policy: *Misco* Reviewed", *Labor L.*, 1988, núm. 4, pp. 669-681; C. Fox y B. Gruhn, "Toward a Principled Public Policy Standard: Judicial Review of Arbitrators' Decisions", *Detroit College L.R.*, 1989, pp. 862-898, y M. Storme, "International Arbitration. -A Comparative Essay-", *Eur. Rev. Pr. L.*, vol. II, núm. 3/4, 1994, pp. 359-373.

¹⁰⁷ Sobre las diferencias entre el *ordre public* y el *public policy* en el DIPr, *vid.*, en general, K. Murphy, "The traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law", *Georgia Journ. Int & comp. L.*, vol. 11, 1981, pp. 591-615; N. Palaia, *L'ordine Pubblico "Internazionale"*, Padova, Cedam, 1974, p. 22; P.B. Carter, "The Rôle of Public Policy in English Private International law", *I C.L.R.*, 1993, vol. 42, núm. 1, pp. 1-10; y N. Enonchong, "Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England?", *I.C.L.Q.*, 1996, vol. 45, núm. 3, pp. 633-653.

¹⁰⁸ La toma en consideración del orden público traducida en la preminencia del interés social sobre la voluntad individual había sido puesta de relieve por Ch. Carabiber, *cf.*, "L'arbitrage international...", *loc. cit.*, p. 119.

un determinado momento¹⁰⁹. Cada Estado puede estimar el contenido de cuáles son esos intereses públicos que se consideran de interés general de una forma muy diversa. En un mismo Estado, ciertos valores considerados de orden público han ido evolucionando a medida que se iba abriendo camino en el mercado internacional. Comercio que exige flexibilizar las concepciones imperialistas de soberanía territorial amparadas en un orden público interno demasiado restrictivo. Las disposiciones de orden público interno no tienen por qué formar parte del orden público internacional¹¹⁰. La apertura al exterior exige flexibilidad por lo que el orden público interno tiene que dejar paso a un orden público internacional¹¹¹.

33. En el marco comunitario, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, TJCE, ha sido el encargado de determinar qué materias están dotadas de un interés general en el ámbito de los Estados miembros. Lo ha hecho con un carácter muy restrictivo, en la línea de impedir el ámbito de actuación de las libertades comunitarias única y exclusivamente justificándolo por razones de interés general¹¹², que configuran los límites del orden público¹¹³. Por supuesto, no será aquel unilateralmente impuesto por cada Estado miembro, sino un orden público comunitario que en el arbitraje ha sido

¹⁰⁹ Cf., el orden público como guardián de la armonía social identificado con el “interés general” y sus caracteres asociados a la relatividad en, H.B. Ruchelli y C. Ferrer, *El orden público...*, op. cit., p. 64.

¹¹⁰ Tal y cómo se refleja en la Sent. de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 30 de junio de 1998, *Mediterranean Shipping Co c/Urcoopa*, Rev. arb., 1999, núm. 1, pp. 80-81, con nota de M.L. Niboyet, *ibid.*, pp. 81-85, esp. p. 83.

¹¹¹ Cf. K.H. Böckstiegel, “Public Policy and Arbitrability”, op. cit., p. 180 y *vid. infra.*, en este mismo capítulo, un estudio específico sobre la nacionalidad y la internacionalidad del orden público.

¹¹² *Vid.*, la Sent. de la *Cour Suprême d’Autriche*, de 23 de febrero de 1998, *Radenska c/ Kayo*, Rev. arb., 1999, núm. 2, pp. 385-387, con nota de P. Lastenouse y P. Senkovic, pp. 387-391. Arts. 85 y 86 del T. CE. Inserción del orden público de los Estados miembros y apreciación restrictiva de la reserva de orden público en ellos.

¹¹³ En este sentido, el TJCE, ha resaltado que deben ser restricciones objetivamente necesarias para alcanzar dicho interés general y resultar proporcionadas a los fines perseguidos en los asuntos “*Van Binsbergen*”, “*Debauve*”, “*Avoir fiscal*”, y en la Sent. TJCE de 28 de noviembre de 1978, Asunto 16/78: “*Choquet*”, junto al caso “*Säger*” y la Sent. TJCE, de 30 de abril de 1986, Asunto 96/85, “*Comisión/Francia*” etc, cf., J.C. Fernández Rozas, *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 97-98. esp. p. 98, donde se estiman como materias de interés general, en el ámbito comunitario, aquellas referidas a la protección de los destinatarios de los servicios, a la protección de la propiedad intelectual, a la protección de los trabajadores, a la defensa del interés público en la protección de los mercados de valores, a la transparencia del tráfico de divisas, a la conservación del patrimonio histórico-artístico, a su difusión cultural, etc. Sobre la igualdad en la aplicación de las normas de conflicto multilaterales susceptibles de afectar a las libertades comunitarias consideradas de indiscutible interés general, orden público, en el ámbito comunitario, *vid.*, en general, el trabajo de, S. Sánchez Lorenzo, “La razón del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros”, *RCEA*, 1996, vol. XII, pp. 61-81.

esbozado por P. Schlosser, a través de una definición que engloba dos aspectos. De un lado, la violación del conjunto de normas que limitan la libertad contractual comportaría la violación del orden público comunitario, y, de otro, la esencia de este orden público la constituirían las cinco libertades fundamentales¹¹⁴.

El orden público comunitario es de carácter regional¹¹⁵. Es similar, en la idea de territorialidad, al orden público interno ya que si el Derecho comunitario se implementa como Derecho interno, el orden público comunitario deviene un orden público interno de los Estados miembros¹¹⁶. La aplicación de la normativa imperativa y del orden público es fundamental en el ámbito comunitario dado que las legislaciones de los Estados miembros de la UE restringen la posibilidad de recurrir al arbitraje únicamente en caso de controversias de “Derecho privado”, y considera nulas las decisiones arbitrales contrarias al orden público o a las buenas costumbres¹¹⁷. De hecho, a partir de las últimas decisiones del TJCE a este respecto, de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*¹¹⁸, de 28 de marzo de 2000, en el asunto *Krombach c. Bamberski*¹¹⁹ y, la más reciente, de 11 de mayo de 2000, en el caso

¹¹⁴ Cf., P.F. Schlosser, “Arbitration and the European Public Policy”, *L’arbitrage et le droit européen*, Actas del coloquio de la CEPANI de 25 de abril de 1997, Bruselas, Bruylant, 1997, p. 81.

¹¹⁵ Sobre el orden público comunitario aplicado por los árbitros en el contexto de la Unión Europea, *vid.*, Y. Derains, “Application of European Law by Arbitrators –Analysis of case law-”, Actas del coloquio de la CEPANI de 25 de abril de 1997, *op. cit.*, pp. 5-81. Junto a los trabajos de E. Rodríguez Pineau, “Community *Ordre Public*, Hidding Behind the General Good?. A Comment on Professor Koht.”, *Eur. Rev. Pr. L.*, vol. 3, núm. 2, 1995, pp. 343-346; y, G. Kelly, “Public Policy and General Interest Exceptions in the Jurisprudence of the European Court of Justice: Towards a “European” Conception of Values and Fundamental Rights?”, *Eur. Rev. Pr. L.*, vol. 4, núm. 1, 1996, pp. 17-39.

¹¹⁶ Cf., ésta idea y su aplicación en el arbitraje, en K.H. Böckstiegel, “Public policy and Arbitrability”, *op. cit.*, p. 192. *Vid.*, también, al respecto, los trabajos de L. Idot, “L’arbitre et l’ordre public communautaire: prise de position de la Cour de Justice, note sous CJCE, 1 Juin 1999”, *loc. cit.*, pp. 631-653. Comentario a la ya famosa Sent. del TJCE, con motivo de las cinco cuestiones prejudiciales ante él planteadas tras el caso de la *Gerechthof, ’s-Gravenhage (Corte de Apelación de la Haya)*, Sentencia de 28 de marzo de 1996; *Eco Swiss China Time Ltd., (Hong Kong), c. Benetton international (Países Bajos)*, *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, pp. 180-187. Sentencia del Tribunal Supremo, *Hoge Raad*, de 21 de marzo de 1997, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton international*, *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, pp. 187-195. El artículo 81 CE, Derecho de la competencia comunitario y orden público. Comentado, en nuestra doctrina por S. Alvarez González, “Arbitraje comercial internacional...”, *loc., cit.*, pp. 1-4.

¹¹⁷ Así, lo expone textualmente en su punto núm. 2, la Resolución del Parlamento Europeo sobre el fomento del recurso al arbitraje de Derecho para la resolución de conflictos, *Arbitraje en los conflictos de orden jurídico*, A3-0318/94, *DOCE*, viernes, 6 de mayo de 1994, comentada brevemente por Ch. Jarroson, “Résolution du Parlément européen sur la promotion de l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1995, núm. 2, pp. 355-357.

¹¹⁸ *Ibid., cit.*

¹¹⁹ *Vid.*, la Sent. TJCE de 28 de marzo de 2000, *Krombach c. Bamberski*, *Rec. 2000*; con comentario de M. Gómez Jene, “Convenio arbitral y orden público europeo (A propósito de la Sentencia

*Renault*¹²⁰, se ha llegado a deducir que existe una “comunitarización” del concepto de orden público o un orden público comunitario que consagra la existencia de un orden público internacional de fuente comunitaria¹²¹, aunque sin llegar a precisar con la claridad que hubiera sido necesaria los límites que implica el mismo¹²². En este punto, en particular, aunque no sea parte de nuestro objetivo detenernos con carácter especial en el contenido del orden público comunitario asumido como orden público en cada uno de los Estados miembros, y se haya manifestado el propósito de alejarnos de las consideraciones típicas del DIPr, como puede ser la referencia al concepto de orden público contenido en el art. 27. 1 CB, una breve incursión en el mismo, en consonancia con las cuestiones recién decididas por el Tribunal de Luxemburgo, nos permite observar que las consideraciones en torno al orden público comunitario en los aspectos esenciales procesales y sustantivos del mismo respecto al carácter restrictivo entendido

del TJCE de 28 de marzo de 2000 en el asunto *Krombach c. Bamberski*), *en prensa*. Aunque, como sabemos, la reciente sentencia del TJCE, dictada con motivo de una cuestión prejudicial planteada ante el TJCE por el *Bundesgerichtshof* alemán, no presenta ninguna vinculación con el arbitraje privado internacional, nos interesa, en particular, cuál es el alcance del orden público como motivo de denegación del reconocimiento de una sentencia en el marco del Convenio de Bruselas de 1968. En concreto, el supuesto trataba de determinar si la cláusula de orden público contenida en el art. 27.1 CB es de aplicación para rechazar el exequátur de una sentencia judicial dictada en un proceso que no había cumplido las garantías procesales mínimas previstas en la legislación del Estado donde se pretende su reconocimiento. La respuesta del Tribunal de Luxemburgo ha sido positiva pero con una importante aclaración. El TJCE estimó una doble matización a este respecto. Por una parte, es indudable que el Estado requerido podrá verificar si la sentencia dictada vulnera el orden público procesal, cuando éste trata de una violación manifiesta de un Derecho fundamental como es el derecho de defensa, ya que éste está garantizado por el orden público procesal no sólo comunitario sino auténticamente internacional. No obstante, de otro lado se insiste en que la excepción de orden público no sirve para todo. No es un cajón de sastre en el que cabe todo y, en este caso, el Tribunal del estado requerido no podrá apreciar la excepción de orden público prevista en el art. 27.1 CB cuando con ello se intente negar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal que ha basado su competencia judicial internacional en un foro de competencia exorbitante. Según el comentario precitado a dicha sentencia, se trata de determinar cuáles son las repercusiones que puede tener en el reconocimiento de una sentencia judicial la consideración previamente hecha por el juez del Estado de origen sobre la validez del convenio arbitral. El asunto *Krombach* no hace sino afirmar el principio de prohibición de revisión de la competencia judicial internacional que impone el art. 28. 3 CB aun cuando se trate de un supuesto en el que el juez haya “*fundado indebidamente su competencia*” (núm. marginal 33 de la Sent.). En palabras de M. Gómez Jene, “*Como consecuencia de la interpretación amplia del art. 28. 3 CB, no debe aceptarse la aplicación de la cláusula de orden público cuando con ello se pretenda alegar la existencia de un convenio arbitral válido, pues revisar la valoración previamente hecha por el juez del Estado de origen sobre este particular equivale, implícitamente, a una revisión de su propia competencia*”.

¹²⁰ *Id. cit.*

¹²¹ El orden comunitario construye progresivamente el contenido del orden público internacional, *vid.*, el comentario a la Sent. del TJCE de 1 de junio de 1999, de S. Perruzzetto Poillot, “L’ordre public international en droit communautaire...”, *loc. cit.*, pp. 299-315, esp., pp. 301-305.

¹²² Como ha sido evidenciado por S. Alvarez González, “Orden público y ...”, *loc. cit.*, p. 1.

por el juez de control del Estado requerido y los límites conferidos, deben ser extrapolables al arbitraje¹²³.

34. En cuanto al orden público económico, al igual que en los últimos tiempos han aflorado los trabajos relativos al denominado Derecho Internacional económico¹²⁴, también se ha defendido la existencia del “Arbitraje internacional económico” protegido por un orden público del mismo signo¹²⁵. Nos centramos en el Derecho patrimonial que es el que sin duda tiene mayor importancia en el arbitraje privado internacional. La noción de orden público económico es de carácter actual, ya sea éste en su sentido de dirección o de protección¹²⁶. En su sentido director, se entiende como mecanismo de defensa de las condiciones del mercado nacional y de la economía en su conjunto¹²⁷. Desde un punto de vista positivo, permite identificar gran parte de las normas materiales imperativas, en su acepción más usual en este campo de la economía que responde al de las leyes de policía¹²⁸.

En el sentido de protección, nos encontramos con el orden público que actúa en las condiciones generales de contratación, en los Derechos de los consumidores, de los asegurados y de los trabajadores, entre otros. Ello se debe a que si bien tradicionalmente

¹²³ Como expresaba el asunto *Renault*: “Si no corresponde al TJCE definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante”, cf., “Segunda e inmediata decisión sobre el orden público en el marco del Convenio de Bruselas de 1968”, *La Ley*, de 31 de julio de 2000, año. XXI, núm. 5108, p. 4. Deduciendo que lo mismo debe entenderse si en lugar de resoluciones judiciales extranjeras en el marco de la UE nos referimos a los laudos arbitrales internacionales, también dictados en dicho marco.

¹²⁴ *Vid.*, al respecto, la monografía de D. Carreau, T. Flory y P. Juillard, *Droit International Economique*, 4ª ed., París, LGDJ, 1998.

¹²⁵ K.P. Berger, es uno de los más claros defensores del “Arbitraje Internacional Económico”. Como se ha dicho, su obra es significativa de la importancia exclusiva que le da al aspecto económico del arbitraje en las relaciones internacionales, *vid.*, *International Economic Arbitration*, *op. cit.*, *vid.*, *supra.*, el porqué del título y las referencias a este respecto.

¹²⁶ Sobre el orden público económico en el arbitraje, *vid.*, J. Vassogne, “L’arbitre, le juge et l’ordre public économique...”, *loc. cit.*, pp. 87-91.

¹²⁷ En el campo de la propiedad industrial, el Derecho de la competencia, la propiedad privada, etc., *vid.*, al respecto, la Sent. Aud. Prov. de Madrid de 27 de enero de 1990, comentada por J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Dipr*, *op. cit.*, pp. 216-218. Sobre las normas de orden público en el plano económico y en el progreso tecnológico, *vid.*, A. Guarneri, *L’ordine pubblico e il sistema delle fonti del Diritto Civile*, *op. cit.*, pp. 176-180.

¹²⁸ En la práctica arbitral, *vid.*, la actuación de las leyes de policía identificadas con las normas materiales imperativas que actúan en sectores de gran importancia económica, en el laudo núm. 6320/1992, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 336-381; *Reprinted fom Clunet*, pp. 577-582, con observaciones de D. Hascher, *ibid.*, pp. 582- 584; *Year. Comm. Arb.* vol. XX, 1995, pp. 62-107.

se ha identificado al orden público con el interés general de la sociedad guiado a través del Estado no es cierto que en la actualidad éste se encuentre centrado en los intereses económicos del mismo. Existen ciertas reglamentaciones típicas del Derecho común de los contratos que son normas de policía y no protegen a la colectividad en general sino a la parte contratante más débil económicamente, tal y como ocurre en los contratos de consumo, seguros y en los de trabajo¹²⁹. Dicho interés particular es aquí considerado de interés general beneficioso y necesario para toda la sociedad. Es el orden público protector de la parte débil que actúa en aquellos campos motivados por necesidades actuales que precisan de una mayor protección. El orden público “se humaniza” pasando por encima de criterios meramente económicos. De ahí, su caracterización como orden público tuitivo o de protección¹³⁰.

A partir de esta dualidad, se ha puesto de relieve que la preeminencia del orden público económico, en sentido estricto, puede actuar en perjuicio del orden público de protección, en el caso en que el orden público se llegara a mercantilizar y a proteger el interés particular incluso por encima de los valores de Estado¹³¹. El propio mercado no puede imponer un orden público tan fuerte como el del Estado ni puede encontrarse marcado por el “nuevo Derecho económico” o la economía globalizada del mercado¹³². No hay que olvidar que la lógica asociada a los Derechos fundamentales del hombre entiende que el interés individual de una persona está por encima del interés general del Estado. Lo cual, en los últimos tiempos está un tanto confuso no solamente debido a los intereses económicos y comerciales de los Gobiernos que en algunas ocasiones parecen

¹²⁹ Cf., A. Nuyts, “L’application des lois de police dans l’espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, núm. 2, pp. 262-265.

¹³⁰ Para un estudio del orden público de protección en el arbitraje internacional, *vid., infra*, en el Capítulo III. II, el apartado especialmente dedicado al estudio de la “Arbitrabilidad y orden público de protección en las cláusulas compromisorias insertas en condiciones generales de contratación”.

¹³¹ Crítica referida a la reducción de los instrumentos del orden público en un mundo empresarial globalizado, *vid.*, en general, la monografía de A.E. Safarian, *Multinational Enterprise and Public Policy. A study of the Industrial Countries. New Horizons in International Business*, Toronto-Londres, Edward Elgar, 1993.

¹³² Un estudio de la nueva economía y los nuevos problemas apegados a la misma que trascienden a la esfera del comercio internacional y su respectiva globalización, lo podemos encontrar en J. Estefanía, *La nueva economía. La globalización*, Madrid, Debate, 1996; E. Dussel, *Ética de la liberalización en la edad de la globalización*, Madrid, Trotta, 1998, 661, pp y H.P. Martin y H. Schumman, *La trampa de la globalización el ataque contra la democracia y el bienestar*, Madrid, Taurus, 1998.

prevalecer incluso por encima de los Derechos humanos¹³³, sino también, debido a los espectaculares avances de la tecnología y de las ciencias médicas y biogenéticas y a las importantes consideraciones de orden público derivadas de la contratación privada internacional que surge en torno a ellas¹³⁴. El hecho de que el interés individual concerniente a la integridad personal de todo ser humano y al aseguramiento de una mejor protección para todos ellos está por encima del interés colectivo de los Estados ha sido particularmente acentuado.

De otro lado, hay que rechazar de plano, en el ámbito internacional, las disposiciones de orden público que obedecen a un interés particular centrado en los intereses económicos de un determinado Estado en perjuicio, no ya individual, sino de los demás Estados. Es el caso, por ejemplo, de las normas de Derecho belga de distribución comercial consideradas en aquel país de orden público internacional estatal cuando con ellas únicamente se persigue su propio beneficio interno o su interés particular. Son normas imperativas o de orden público interno que no provocan la consideración de la inarbitrabilidad de la controversia si el supuesto es internacional¹³⁵, ya que el objeto de protección de dicha normativa, concretada en la ley belga de 27 de julio de 1961 relativa a la anulación unilateral de las concesiones de venta exclusivas de duración indeterminada, modificada por la Ley de 13 de abril de 1971, dispone en su art. 4, con carácter imperativo, que en el caso en que la controversia sea planteada ante el tribunal belga, éste aplicara exclusivamente la ley belga, criterio que a todas luces es individual y no general. Esta ley no debe ser considerada por tanto de orden público internacional¹³⁶.

¹³³ Poniendo el acento en el peligro que el poder de las empresas y las grandes multinacionales puede suponer en la contratación internacional y su repercusión en los Derechos Humanos, *vid.*, S. Joseph, "Taming the leviathans: Multinational enterprises and Human Rights", *NILR*, 1999, pp. 171-203.

¹³⁴ *Cf.*, Ch. Byk, "Le droit international de la "bioéthique": "jus gentium" ou "lex mercatoria", *Journ. dr. int.*, 1997, núm. 4, pp. 915-944, esp. pp. 936-937.

¹³⁵ Tal y como lo expresaron en la práctica arbitral, el laudo de la CCI, núm. 6379/1990, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 134-142, también en *Year. Comm. Arb.*, 1992, vol. XVII, pp. 202-220, respecto a la arbitrabilidad internacional de las controversias relativas a la anulación de una concesión de venta exclusiva de duración indeterminada. Y, el laudo núm. 6752/1991, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 195-198, que refleja la inexistencia de una norma material imperativa belga.

¹³⁶ La arbitrabilidad de las controversias relativas a la anulación de una concesión de venta exclusiva de duración indeterminada es un problema relativo a la arbitrabilidad de la controversia y el orden público específico de Bélgica, *cf.*, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen", *Journ. dr. int.*, 1994, núm. 4, pp. 952-957, esp. p. 953; Art. 4: "El concesionario perjudicado por la anulación de una concesión de venta que produzca sus efectos en todo o en parte del territorio belga, puede en todo caso emplazar al concedente en Bélgica, sea ante el juez de su propio domicilio, sea

35. En el Derecho de las obligaciones y de los contratos, el orden público es un límite que no puede atravesar el amplio poder dispositivo de la autonomía de la voluntad de las partes, que a la vez, constituye uno de los presupuestos de la existencia de la institución de arbitraje¹³⁷. Aquí, la distinción entre las nociones de imperatividad y de orden público no tiene sentido desde el punto de vista teórico ya que los efectos que provocan en la práctica contractual son los mismos: su obligatoriedad en su toma en consideración y la imposibilidad para las partes de obviar su aplicación a través de pactos contractuales opuestos a las mismas¹³⁸. Se convierte así al orden público en la justificación del Estado para derribar contratos bien por entero, o únicamente algunas cláusulas del mismo¹³⁹. Ya que el orden público interno, tradicionalmente contemplado en las distintas codificaciones de Derecho Civil es el que está llamado a desempeñar su papel principal en el Derecho de los contratos¹⁴⁰. Numerosos son los artículos que en nuestro C.c., se refieren al orden público de forma genérica y sin llegar a concretarlo¹⁴¹. Ello, no debe dar lugar a la confusión entre el orden público y otras figuras afines, tales como el fraude a la ley o la irrenunciabilidad de determinados derechos¹⁴². En este

ante el juez del domicilio o de la sede del concedente”. Para B. Hanotiau, el legislador belga ha renunciado a la calificación de dicha normativa como de orden público en el momento en que ratificó el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y el Convenio de Roma de 1980, *cf.*, “The Law Applicable to the Issue of Arbitrability”, *loc. cit.*, p. 774.

¹³⁷ Sobre el orden público en el Derecho Civil, *vid.*, en general, A. Guarneri, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del Diritto Civile*, Padova, Cedam, 1974.

¹³⁸ *Cf.*, P. Mayer, “La sentence...”, *loc. cit.*, p. 618.

¹³⁹ *Cf.*, M. Buchanan, “Public Policy and International...”, *loc. cit.*, p. 513 y T. Bernd von Hoffmann, “International Mandatory Rules...”, *op. cit.*, pp. 3-6.

¹⁴⁰ Poniendo de relieve que ante el concepto tan impreciso del orden público, el orden público interno es aquel destinado a jugar un papel en el Derecho de las obligaciones y de los contratos, identificado en el art. 1484 del NCPC francés en virtud de los artículos 6 y 1133, *cf.*, P. Mayer, “La sentence...”, *loc. cit.*, p. 617.

¹⁴¹ El artículo 6. 2 del C.c. español, relativo a la eficacia general de las normas jurídicas dispone que: “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a los terceros”. Del mismo modo, el art. 6. 3. es un componente fundamental del orden público sustantivo como garantía del principio de legalidad al enunciar que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Consideraciones éstas, que no se entienden igual en el DIPr que en el Derecho interno de los contratos, como tampoco la figura del fraude a la ley contenida en el art. 6. 4: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. *Vid.*, también, entre otros, los arts. 12. 3 y 12. 4, específicos de la actuación del orden público en el DIPr y el art. 1255 y ss más abajo especificados.

¹⁴² Sobre los criterios diferenciales entre éstas figuras y el orden público, *vid.*, H.B. Ruchelli y C. Ferrer, *El orden público...*, *op. cit.*, 1991, pp. 12-15. Acerca del fraude a la ley, en general y sus diferencias con el orden público, en particular, en la doctrina internacionalprivatista española, *vid.*, A.L.

contexto, no por obvio se ha de dejar de subrayar que en el arbitraje hay que descartar los principios fundamentales que integran el orden público político y moral que alcanzan al Derecho de familia, en su sentido clásico¹⁴³. El orden público civil no afecta al arbitraje sencillamente porque las materias sobre las que éste preferentemente actúa no se pueden arbitrar. No por ser contrarias al orden público sino por su indisponibilidad causante de la inarbitrabilidad¹⁴⁴. Por supuesto, también se ha de rechazar de plano en cuanto a su consideración en el arbitraje internacional la posibilidad de tener en cuenta en España a un orden público autonómico o interregional, ya que éste no se aplicará en ningún caso en el arbitraje internacional¹⁴⁵.

De hecho, en la mayoría de las legislaciones civiles del entorno comparado tampoco se define el orden público sino que se nos ofrece un concepto vago o impreciso y en casos excepcionales se nos da alguna que otra pista para llegar al mismo. Por ejemplo, en el art. 6 C.c. francés: “*on ne peut déroger pas des conversions particulières aux lois qui interessent l’ordre public et les bonnes moeurs*”. Aunque no defina el orden público la clave que le asocia al mismo serían las buenas costumbres, identificándose el orden público social basado en las costumbres consideradas adecuadas en un momento

Calvo Caravaca, “Art. 12. 4”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I., vol. 2, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 927-943. El trabajo de A. Sopena Monsalve, “Las excepciones de orden público y de fraude a la ley: una aproximación crítica”, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 447-460, y las consideraciones de J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr, op. cit.*, pp. 198-200. Específicamente, en el arbitraje internacional, para ver la diferenciación entre el fraude de ley, que implica un elemento subjetivo o psicológico de intención “fraudulenta”, y el orden público, *cf.*, P. Lalive, “Transnational...”, *loc.cit.*, pp. 265-266. En general, sobre la diferencia entre el orden público y otras figuras afines, *id., loc.*, pp. 264-267.

¹⁴³ Por ejemplo, la prohibición de la poligamia contraria a nuestro orden público interno, como anteriormente contrario era también el divorcio. Un acuerdo contractual que suponga la prostitución, adquirir la propiedad en esclavitud de otra persona y un matrimonio incestuoso, son ejemplos típicos que indican que son contrarios al orden público identificado con las nociones más básicas de moralidad, *cf.*, H.B. Ruchelli y C. Ferrer, *El orden público...*, *op. cit.*, p. 29 y J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr, op. cit.*, pp. 217-218. Todos ellos son materias inarbitrabes. Relativo a la contratación privada ilícita internacional en el arbitraje, *cf.*, la contrariedad al orden público transnacional en los contratos de compraventa de esclavos y la inarbitrabilidad de los mismos en los curiosos supuestos citados por P. Lalive, “Ordre public transnational...”, *loc. cit.*, pp. 335-336.

¹⁴⁴ Si bien es cierto que resulta extraño que, en este sentido, se planteen problemas de inarbitrabilidad, *vid.*, en nuestro ordenamiento, el Auto del TS (Sala 1ª) de 25 de julio de 1989, *J. De Ferra y Gisbert c. J. F. De Ferra y Gisbert*, *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 209-210, con nota de D. P. Fernández Arroyo, *ibid.*, pp. 210-215. También en la *REDI*, vol. XLIV, 1992, núm. 1, p. 213-214. Acertadamente, se considera aquí que la materia relativa a los “títulos nobiliarios” es inarbitrable, pero no por su contrariedad al orden público internacional sino porque se encuentra inseparablemente unida a los “Derechos de la personalidad”, cuya indisponibilidad es incuestionable por lo que no se puede arbitrar, deviniendo, en consecuencia, nulo el convenio arbitral.

histórico determinado. Son dos nociones, orden público y buenas costumbres, que aparecen asociadas en la mayoría de los Códigos¹⁴⁶. En el art. 1255 de nuestro C.c. se expresa que: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”. Lo que permite deducir que en nuestro ordenamiento jurídico civil el indicio aproximado al orden público lo constituye la moral, valor muy similar al de las buenas costumbres indicado con anterioridad¹⁴⁷. Más concretamente, en la Sent. Aud. Prov. de Palma de Mallorca de 29 de julio de 1994, se señalan las normas que son indicativas del orden público en nuestro ordenamiento: el art. 6. 3º C.c. sanciona con nulidad de pleno derecho a los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas; el art. 1255 C.c. al no admitir pactos contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público y el art. 11 LOPJ, establece la necesidad de respetar las exigencias de la buena fe¹⁴⁸.

36. El orden público moral se identifica con los valores públicos fundamentales que son la base y el verdadero motor del desarrollo y la evolución de una comunidad¹⁴⁹. Su equiparación a las nociones más básicas de moralidad, justicia y equidad constituyen la acepción más estricta, a la vez que la más frecuente, del orden público en el arbitraje internacional¹⁵⁰. Claro está que si el orden público se encarga de preservar el orden ético de las relaciones internacionales su concepción dependerá, al fin y al cabo, de las

¹⁴⁵ Para un estudio general del orden público en el Derecho interregional español, *vid.*, A. Borrás, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional*, Bellatera, U.A.B., 1984.

¹⁴⁶ También identificados, entre otros, en el Código alemán, en el Austríaco y en el de los Países Bajos. En los artículos 30, 138 y 826 del BGB alemán se identifica el significado del orden público con el del concepto “buenas costumbres”. Agrupación de conceptos muy similar al realizado en el art. 6. 1 de la Ley Austríaca de DIPr, *cf.*, E. Jayme, “Métodos para la concretización del orden público...”, *op. cit.*, p. 267; *vid.*, también, al respecto, J. Vassogne, “L’arbitre, le juge et l’ordre public...”, *loc. cit.*, p. 88.

¹⁴⁷ En España, el concepto de orden público, expresa, como señala la Sent. Aud. Prov. de Barcelona, de 18 de marzo de 1991, “*Principios o directivas que en cada momento histórico integran la estructura de un orden jurídico justo*”. Concepciones históricas unidas al concepto de justicia y moralidad, *cf.*, RVDPA, 1993, núm. 1, p. 68.

¹⁴⁸ *Vid.*, la sentencia en la RCEA, vol. XII, 1996, pp. 91-93, esp. p. 92, en el Fundamento Jurídico segundo.

¹⁴⁹ *Vid.* la identificación del orden público con la moral en el arbitraje internacional en J.W. Stempel, “Pitfalls of Public Policy...”, *loc. cit.*, pp. 335-340.

¹⁵⁰ *Cf.*, T. Oehmke, *International Arbitration*, New York, Clark Boardman Callaghan, 1993, p. 257, citando el caso *Geotech Lizenz AG v Evergreen Systems, Inc.* (1988, ED NY) 697 F Supp. 1248, que versaba sobre la ejecución de un laudo arbitral y su presunta vulneración del art. V. CNY, que posteriormente fue rechazada por entender, precisamente, que el laudo no violaba “*the most basic notions of morality and justice*”.

concepciones internas de esa “moralidad” que existan en cada foro determinado¹⁵¹. Se define dentro de un contexto político y social donde juega un importante papel en las funciones judiciales para resolver controversias y en las funciones legislativas para articular normas, utilizándose en el sentido más restringido en relación con las nociones de moralidad y de justicia del foro¹⁵². Únicamente se entiende que una sentencia extranjera viola el orden público de un Estado si su reconocimiento y ejecución contradice las nociones más fundamentales de moralidad y de justicia¹⁵³, así como aquellas normas imperativas donde dichas nociones se han materializado¹⁵⁴, y el principio de la buena fe, con carácter general¹⁵⁵. La misión por tanto del árbitro internacional es la de asegurar el respeto del orden público internacional y el poder de sancionar los comportamientos contrarios a la buena fe, que deben presidir las relaciones en el comercio internacional¹⁵⁶. En el arbitraje, el orden público como cláusula de excepción, debe entenderse desde “*The most basic notions of morality and*

¹⁵¹ Por mucho que el juez estatal se inspire en valores éticos y morales inspirados en Convenios internacionales como puede ser la Declaración Universal de los Derechos del Hombre para determinar el orden público su concepción se encontrará inevitablemente influida por los valores nacionales que existan en el foro, *cf.*, H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, pp. 242-243.

¹⁵² El árbitro tiene que estatuir en equidad, aplicando el principio general de la moralidad, *cf.*, P. Mayer, "La règle morale dans l'arbitrage international", *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 379-401, esp. p. 389.

¹⁵³ En los Estados Unidos se estableció por primera vez en el caso *Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de l'Industrie du Papier*, que el orden público es una de las más básicas nociones de moralidad y justicia del Estado, *cf.* el caso, 508 F.2d 969, 974 (1974), *Year. Comm. Arb.*, vol. I, 1976, p. 205. Y, de ahí, la construcción estricta del orden público sobre la base de las nociones de moralidad y de justicia se ha ido extendiendo por otras legislaciones, especialmente de habla inglesa. Así, en Australia, utilizan el concepto de orden público equiparado a “*The forum State's most basic notions of morality and justice*”, como viene siendo indicado en las sentencias judiciales que deben decidir el exequátur de los laudos arbitrales que pretenden desplegar sus efectos en las Antípodas, *cf.*, la Sent. de la *Supreme Court of Queensland*, de 29 October 1993, núm. 389, 1993, *Resort Condominiums International Inc (India, USA) c. Ray Bolwell, Resort Condominiums Pty. Ltd (Australia)*, I:A.R., 1994, núm. 4, pp. 1-22. También en *Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 628-650, esp. p. 644.

¹⁵⁴ Identificando las normas imperativas en el ámbito internacional con las nociones esenciales de justicia y moralidad, *cf.*, S.M. Schwebel & S.G. Lahne, "Public Policy and Arbitral Procedure", *International Council for Commercial Arbitration, ICCA Congress series n.º. 3*, Nueva York, 1987, p. 205.

¹⁵⁵ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1º Ch. C)* de 11 de diciembre de 1997, *Société Cubana c/ Société Consavio International Ltd*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 124, con observaciones de D. Bureau, pp. 124-130, esp. pp. 124. Donde, a raíz de un recurso de anulación, se precisa una diferenciación entre arbitraje internacional y amigable composición, a falta de motivación jurídica se entenderá que ésta está fundamentada sobre el principio general de la buena fe.

¹⁵⁶ *Cf.*, E. Gaillard, “Arbitrage commercial international: Convention d'arbitrage. Arbitrabilité”, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 586-3, 1994, núm. 9, p. 11. En el asunto Ganz, *vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1ª Ch., sect. C)* de 29 de marzo de 1991, *Société Ganz et autres c. Société nationale des Chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 478-481, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 481-486. La Corte afirma que en materia de arbitraje internacional el árbitro dispone del poder de aplicar los principios y las normas de orden público internacional y también de sancionar su desconocimiento eventual a través del control del juez de anulación

justice”, a las que se refiere al orden público contenido en el art. V. 2. b) del Convenio de Nueva York¹⁵⁷. La jurisprudencia suiza, también aboga por una interpretación estricta del orden público a la hora de anular o no reconocer ni ejecutar un laudo arbitral si éste viola el orden público identificado con la moral¹⁵⁸.

37. Debido a la multiplicidad de supuestos en los que el orden público está inmerso es lógico que su formulación legislativa sea de la forma más sencilla posible como cláusula general, dejando en manos de la jurisprudencia, tanto judicial como arbitral, que sea la que lo defina, en cada caso concreto¹⁵⁹. Aunque por otra parte es criticable que se haya relegado la grave cuestión del orden público a observar su tratamiento casuísticamente a través del entendimiento que de la misma hace la jurisprudencia en cada caso. Causa de que continuamente nos encontramos con dudas, contradicciones e incongruencias al respecto¹⁶⁰. No obstante, ha sido la práctica la que ha ido dibujando el concepto, la función y el contenido del orden público internacional¹⁶¹. En nuestro país, su definición se ha dejado en manos de la doctrina jurisprudencial llevada a cabo por nuestros jueces y Tribunales y, en especial, por la

¹⁵⁷ *Vid.*, una aplicación práctica proveniente de la jurisprudencia norteamericana donde se utiliza el concepto estricto del orden público cuya violación a la hora de rechazar un laudo arbitral debe entenderse desde las nociones más básicas de moralidad y justicia en la Sent. *United States District Court, Southern District of New York*, de 11 de marzo de 1996, 95 Civ. 1028 (RPP), *Ukrvneshprom State Foreign Economic Enterprise (Ukrania) c. Tradeway, Inc. (USA)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 958-965, esp. pp. 963-964.

¹⁵⁸ En el artículo 1065 1. e) del Código de Procedimiento Civil de Los Países Bajos CCP, que de manera similar al artículo 45 LA, y al Art. V CNY, establece una lista de supuestos tasados por los que un laudo puede ser anulado. En el último apartado, el e), viene a decir, que el laudo será anulado si él mismo, o en la manera en la que ha sido realizado viola el orden público o la moral, *cf.*, *Cour de Justice (Corte de Apelación)*, de Ginebra, de 11 de diciembre de 1997, *Import and Export Company (PR China) c. G SA (Suiza)*, *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, pp. 764-769. En el texto de la Sentencia de 28 de marzo de 1996 de la Corte de Apelación de la Haya, *Eco Swiss China Time Ltd., (Hong Kong), c. Benetton international (Países Bajos)*, *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, p. 182, se transcribe el artículo 1065. 1 e), de la siguiente manera: “*Setting aside of the award can take place only on one more of the following grounds: (...) e) The award, or the manner in which it was made, violates public policy or goods morals*”.

¹⁵⁹ La mayoría de los autores coinciden en que es labor de la jurisprudencia la de precisar el orden público en el arbitraje, *cf.*, E. Jayme, *op. cit.*; Ch. Carabiber, “L'arbitrage international...”, *loc. cit.*, pp. 118-131, y B.M^a. Cremades, “España estrena nueva Ley de Arbitraje”, *RCEA*, vol. V, 1988-1989, pp. 27-29.

¹⁶⁰ Como expresábamos en la introducción y en boca de H. Arfazadeh, existe una gran reticencia a afrontar la cuestión del orden público en el arbitraje en su conjunto, de ahí el tratamiento casuístico a la que se la ha relegado a través de la jurisprudencia, *cf.*, “L'ordre public du fond...”, *loc. cit.*, p. 236.

¹⁶¹ Las vías que han utilizado para ello han sido tres: la adopción de normas materiales específicas adaptadas al arbitraje internacional, la exclusión en determinados supuestos de la aplicación de la normativa imperativa de la *lex fori*, y gracias a la aptitud de protección del orden público de terceros Estados afectados por la controversia, *cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 654.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁶². El orden público ha sido así identificado con los contenidos esenciales de nuestra Carta Magna, sin olvidar, también los principios civiles, procesales y sustantivos que rigen nuestro ordenamiento. El Juzgador ya sea público o privado, en el caso de los árbitros, deberá atender al sustrato jurídico que sirve de referente a la totalidad del ordenamiento, destacando aquellas reglas o principios que la sociedad entiende como intangibles en el actual contexto cultural, económico y político. Estos criterios o valores vienen consagrados constitucionalmente, diseñando un marco ético-jurídico en el que se desenvuelven los ciudadanos entre sí y que debe ser respetado¹⁶³. Es el orden público de raigambre constitucional, como claro resguardo de la libertad de las personas en todas sus dimensiones suministrador principal de los principios rectores que constituyen la base esencial del sistema jurídico, político y social del Estado¹⁶⁴.

38. Se ha intentado también definir el concepto de orden público en torno a los valores fundamentales que suelen coincidir en un ámbito mundial con los Derechos fundamentales recogidos en las distintas Constituciones nacionales. Los Tribunales se encuentran guiados y a la vez limitados por la ley, sólo que en todo sistema democrático, en un binomio simplista, la ley se identifica con la política¹⁶⁵. La ley es

¹⁶² Vid., entre otras las Sents. del TC (Sala 1ª) 43/1986, de 15 de abril, *BOE*, núm. 102, de 29 de abril de 1986, *BJC*, t. XIV, pp. 419-431; *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 209-212; con nota de M.A. Conradi, *REDI*, vol. XXXIX, 1987, pp. 81-85. Vid., también el Auto TC (Sala 1ª) de 25 de febrero de 1985, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 220-222, junto a las observaciones de A.Mª. Lorca Navarrete, "La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales", *ibid.*, vol. IV, 1987, pp. 81-85. Sent. TC (Sala 1ª) n.º 43/1988 de 16 de marzo, *RCEA*, vol. V., 1988-89, pp. 353-366. Auto TC (Sala 2ª) núm. 116/1992 de 4 de mayo. Recurso de amparo núm. 31/1992. Nulidad; cláusula de orden público. Derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales, *RAJ*, 1992, 116. También en el Auto TC (Sala 2ª, Sección 4ª), de 4 de mayo de 1992, *RAJ*, 1992, 116.

¹⁶³ Doctrina jurisprudencial del orden público recogida de manera prácticamente idéntica al modo expuesto en la Sent. Aud. Prov. de Málaga, de 1 de septiembre de 1993, *RAJ*, 1993, 2444. Siguiendo éste criterio, las siguientes sentencias son una prueba evidente de cómo el TC ha defendido la constitucionalidad del arbitraje y su adecuación al orden público sustantivo y procesal, *cf.*, entre otras, las Sents. del TC (Sala 1ª), núm. 288/1993, de 4 de octubre (recurso de amparo núm. 512/1991), *BOE* de 9 de noviembre de 1993, *RCEA*, 1993, vol. IX, 1993, pp. 311-315, relativa al orden público procesal, contenido en el art. 24 CE. En un sentido muy similar, la Sent. TC 174/1995, de 23 de noviembre de 1995, *BOE* de 28 de diciembre de 1995, núm. 310, p. 38 y la Sent. TC 757/1996, de 30 de abril, *BOE*, de 31 de mayo de 1996, núm. 132, supl. p. 23.

¹⁶⁴ *Cf.*, H.B. Ruchelli y C. Ferrer, *El orden público...*, *op. cit.*, p. 7. En este sentido, existe un cierto control parcial de naturaleza constitucional sobre el fondo del asunto limitado a los Derechos fundamentales constitucionales, tal y como ya concretó en su día la paradigmática Sent. TC (Sala 2ª) 265/1989, de 22 de diciembre.

¹⁶⁵ Una idea similar que vincula el orden público con la ley, las promesas electorales y los eslóganes políticos, *cf.*, J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 340, esp. nota núm. 393.

promulgada o derogada según las vicisitudes políticas del momento y, en consecuencia, el orden público también cambia según los factores sociales y legislativos intrínsecamente unidos con los cambios políticos de la sociedad. En este orden donde necesariamente hay que resignarse a la falta de precisión de un concepto de orden público según las circunstancias cambiantes de cada momento y dependiendo del sentimiento político actual de la sociedad se ha optado por intentar construir un concepto de orden público más estable e internacional a partir de la base última de todo sistema jurídico democrático cual es la Constitución. En efecto, los valores fundamentales que constituyen el eje fundamental de todas las Constituciones democráticas en el ámbito universal, podrían identificarse con el orden público real o auténticamente internacional que también serviría para el arbitraje internacional. No obstante, por otra parte, el orden público transnacional que es el que está llamado a actuar en el arbitraje internacional debe rechazar al máximo, todas las consideraciones políticas y estar fundado en consideraciones de ética social¹⁶⁶.

El contenido del orden público, no se reduce únicamente a la protección de los Derechos constitucionales fundamentales¹⁶⁷. Los Derechos constitucionales o los Derechos humanos asimilables a ellos, pueden extraerse no sólo de las Leyes Fundamentales y de las Constituciones de los Estados, sino también y muy especialmente de los Tratados internacionales de Derechos Humanos y en un marco regional aquellos principios contenidos en Acuerdos europeos¹⁶⁸. En el sentido de que éstos Convenios sí formarían parte junto con otros principios fundamentales considerados supranacionales del contenido del orden público auténticamente

¹⁶⁶ Cf., P. Lalive, "Ordre public transnational...", *loc. cit.*, p. 331.

¹⁶⁷ Por ejemplo, como señala H. Arfazadeh, a este respecto, *cf.*, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, p. 242, nos encontramos con la Convención de la UNESCO de 1972 para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural que fue decisiva en el famoso asunto de las Plataformas de las Pirámides, Sent. de la *Cour d'appel* de París de 12 de julio de 1984, *République arabe d'Egypte c. Southern Pacific Properties Ltd y Southern Pacific Ltd (Middle East)*, *Rev. arb.*, 1986, p. 75, con el comentario de Ph. Leboulanger, "Etat. Politique et arbitrage – L'affaire du Plateau des Pyramides", *Rev. arb.*, 1986. También en *Journ. dr. int.*, 1985, núm. 1, pp. 129-132, con nota de B. Goldman; y la sent. de la *Cour de cassation (1^a Ch., sect. C.)* de enero de 1987, *Southern Pacific Properties Ltd y Southern Pacific Ltd c. République arabe d'Egypte*, *Rev. arb.*, 1987, núm. 4, pp. 469-471, con nota de Ph. Leboulanger, *ibid.*, pp. 471-478. También, en *Journ. dr. int.*, 1987, núm. 3, pp. 638-639, con nota de B. Goldman, *ibid.*, pp. 639-644.

¹⁶⁸ Como en el CEDH, art. 6.1, que es parte del orden público europeo e internacional como especifica la Sent. de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 1 de diciembre de 1999, *Société Euton c. Société Ural hudson*, *Rev. arb.*, 2000, núm. 2, p. 276, con nota de M.L. Niboyet, *ibid.*, pp. 277-279.

internacional o transnacional¹⁶⁹. Aunque, por otra parte, no sólo encontramos una grave imprecisión en el concepto de orden público en sus relaciones con el arbitraje privado, preocupante también en el ámbito general del DIPr, sino que la indeterminación también se extiende al campo de los Derechos Fundamentales¹⁷⁰.

Lo cual, no hace otra cosa sino corroborar que incluso en aquellos sistemas que han optado por el criterio más minimalista de considerar que el único límite del arbitraje es el orden público transnacional contenido en los Derechos Humanos fundamentales, la polémica y la indeterminación en torno a los mismos, también se encuentra garantizada¹⁷¹. Así, el tribunal Federal de los EEUU, refuerza en cada decisión “*the federal policy favoring arbitration*”, enfatizando que la interpretación de los convenios de arbitraje por parte de los tribunales judiciales debe estar gobernada por los principios generales de la contratación internacional y por una visión restringida que, en última instancia, identifique al orden público únicamente con los Derechos humanos fundamentales, dentro de un objetivo común tendente a favorecer el arbitraje que tampoco resulta tan fácilmente identificable¹⁷².

La duda se plantea a la hora de saber cuáles son esas normas de orden público de carácter fundamental en el ámbito transnacional¹⁷³. Con la ayuda del Derecho comparado y las normas jurídicas internacionalmente unificadas, así como otras normas y leyes modelo internacionales es posible construir modelos o criterios que puedan

¹⁶⁹ Así lo entienden la mayoría de los autores que han estudiado la consistencia del contenido del orden público en vías de transnacionalidad. A pesar de que el contenido del orden público, tanto en su faceta interna como internacional y más aun en la faceta transnacional, sea lo más difícil de determinar, la mayor parte de la práctica y de la doctrina coinciden que existen valores fundamentales con carácter transnacional admitidos por la mayoría de las naciones, *vid.*, entre otros, P. Lalive, "Transnational (or truly international)...", *op. cit.*, pp. 257-317; P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, pp. 632-634; H. Arfazadeh, "L'ordre public...", *loc. cit.*, pp. 227-228.

¹⁷⁰ Sobre la grave imprecisión del concepto de orden público en el ámbito de los Derechos Fundamentales, *cf.* P. Hammje, "Droits fondamentaux et ordre public", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, p. 1.

¹⁷¹ El ejemplo aquí característico en la legislación de arbitraje estadounidense de la *Federal Arbitration Act*, conforme a la cual el orden público se encuentra identificado con los Derechos humanos fundamentales constituyentes del único límite a la arbitrabilidad de las controversias internacionales, *cf.* M. Requejo Isidro, "Arbitrabilidad de la controversia...", *loc. cit.*, p. 47.

¹⁷² *Cf.*, C.B. Hagen, & K.B. Hayward, "The Issues Concerning Mandatary Arbitration", *Disp. Res. J.*, 1995, p. 28. En EEUU, existe una corriente impulsada desde hace tiempo por el Tribunal Supremo norteamericano, que tiende a favorecer la arbitrabilidad de las controversias, especialmente tal doctrina ha sido significativa para la apertura a la arbitrabilidad de las demandas relativas a materias de orden publico en el ámbito internacional, "*The Federal Policy Favoring Arbitration*", *cf.* J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 320.

¹⁷³ Una ayuda inestimable al respecto nos la proporciona la recopilación de trabajos realizada por E. Gaillard, *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, París, ICC Publishing, 1993.

servir como indicios para diferenciar, en casos dudosos, las normas jurídicas consideradas fundamentales de las demás¹⁷⁴. En este sentido, el orden público transnacional que debe actuar en el arbitraje privado internacional debería desarrollarse a la par que los principios generales de Derecho internacional, para así adaptarse a las principales normas de moralidad y justicia existentes en el ámbito universal¹⁷⁵. En el ámbito jurisprudencial, el orden público internacional se encuentra a veces identificado con los Derechos humanos fundamentales¹⁷⁶.

Es el concepto de orden público internacional o transnacional formado por un cuerpo de principios universales de las naciones civilizadas, que tiene el propósito de proteger los Derechos fundamentales, contenidos preferentemente en las Declaraciones o Convenios internacionales de Derechos Humanos¹⁷⁷. Así, aunque teóricamente, ni la palabra ni la idea de la jurisdicción arbitral aparezcan reflejadas en el CEDH¹⁷⁸, ello no quita para que las disposiciones integradoras del mismo, concretamente el art. 6. 1, derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se considere una disposición de orden público procesal verdaderamente internacional, que informa el procedimiento arbitral en su conjunto en un ámbito universal¹⁷⁹. Al igual que también se encontrarían el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el art. 14 del Pacto de Derechos

¹⁷⁴ Cf., E. Jayme, "Métodos para la concretización...", *op. cit.*, p. 251.

¹⁷⁵ Cf., D.G. Terez, "International Commercial Arbitration and International Public Policy" (Reporter), *Am. Soc. Int. L.*, 1987, p. 380.

¹⁷⁶ Vid. la Sent. de la *Corte di Appello* de Milán de 4 de diciembre de 1992, *Allsop Automatic Inc. c. Tecnoski snc. (Italia)*, *Riv. dr. int. pr. proc.*, 1994, pp. 873-874. También en *Year. Comm. Arb.*, 1997, vol. XXII, 1997, pp. 725-726.

¹⁷⁷ Sobre un orden público transnacional fundado sobre la base del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre de 1950, cf., J. Robert, *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, París, Dalloz, 5ª ed., 1983, p. 358. En la sentencia suiza del *Tribunal fédéral, 2º Cour civile*, 9 de enero 1995, *Inter Maritime Management SA c. Russin & Vecchi*, *RSDIE*, 1996, núm. 4, pp. 554-558. También en *Year. comm. Arb.*, 1996, vol., XXII, pp. 789-799. Se puede decir que el orden público internacional suizo es el común considerado por todas las naciones civilizadas, cf., *ibid.*, p. 558.

¹⁷⁸ Cf. Ch. Jarrosson, "L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. arb.*, 1989, núm. 4, p. 583, y A. Benchebeb, "La contrariété a la Convention Européene des Droits de l'Homme d'une loi anéantissant une sentence arbitrale", *Rev. arb.*, 1996, núm. 2, p. 4.

¹⁷⁹ En la práctica, en la Sent. de 9 de diciembre de 1994, *Stran, Stratis Andreadis, v. Grecia*, el laudo arbitral también ha sido conocido, de forma incidental, por el TEDH. La sentencia arbitral tiene el mismo valor que una sentencia judicial y en consecuencia, es contrario al art. 6. 1 CEDH, que un Estado actúe mediante una injerencia legislativa para anularlo, *vid.* el asunto referido parcialmente reproducido en *Rev. arb.*, 1996, núm. 2, pp. 105-114. También cf. las reflexiones jurisprudenciales al respecto de C. Cohen, "Activité de la commission Européene des droits de l'homme", *AFDI*, 1993, pp. 601-603, V. Coussirat-Coustère, "La jurisprudence de la CEDH en 1993 et 1994", *AFDI*, 1994, pp. 672-700 y P. Tavernier, "Chroniques de jurisprudence de la CEDH", *Jour. dr. int.*, 1995, pp. 796-798; junto el comentario realizado por nosotros a la misma, "El arbitraje en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Derecho de los Negocios*, núm. 82/83, año VIII, Julio/Agosto 1997, pp. 11-25.

Civiles y Políticos, el art. 24 de la C.E., que reconocen el derecho a la tutela efectiva de los Tribunales sin dilaciones indebidas¹⁸⁰.

39. Como se observa, resulta habitual que en la propia noción de orden público se encuentren entremezclados elementos característicos del Derecho público con los elementos inherentes del Derecho privado. Aspecto que se traduce también en la institución arbitral¹⁸¹. La búsqueda de un orden público transnacional para el arbitraje privado internacional entrecruza las relaciones entre el Derecho de gentes y el Derecho privado en el ámbito de las relaciones económicas internacionales. Los principios de *jus cogens* en el Derecho Internacional Público corren parejos al contenido del orden público en el DIPr, de ahí que ambos sufran el mismo debate en relación con su existencia¹⁸². Como observan J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, la “interpenetración” entre el Derecho público y el Derecho privado en el concepto de orden público es así evidente. De este suerte, en el DIPr español y en la práctica totalidad del ámbito comparado, la noción de orden público ha sido utilizada junto con las normas penales, de policía y de seguridad pública¹⁸³. No obstante, se ha de precisar que tratamos con un orden público como institución de Derecho Privado que actúa en y para el Derecho privado. No hay que confundir la acepción pública maximalista que identifica la normativa de orden público con el conjunto del ordenamiento jurídico en su totalidad, convirtiendo entonces en normas de orden público a todas aquellas que no emanan de la autonomía privada¹⁸⁴. En realidad, todas las leyes son normas de orden

¹⁸⁰ Así como, el art. 31 de la LGDCU, que también deja a salvo este derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales, *cf.*, J.M. Chillón Medina, y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 223.

¹⁸¹ *Cf.*, C. Reymond, “Une réflexion fondamentale sur l’arbitrage: la Théorie de l’arbitrage de Bruno Oppetit”, *Rev. arb.*, 2000, núm. 1, p. 4.

¹⁸² *Cf.*, M. Buchanan, “Public Policy ...”, *loc. cit.*, p. 530.

¹⁸³ *Cf.*, textuamente, las reflexiones de J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, “Comentario al artículo 12. 3 Cc”, *loc. cit.*, p. 915. Acerca de la necesidad de no perder de vista el orden público en su tratamiento en el Derecho Internacional Público, utilizando también el término de “interpenetración”, entre lo público y lo privado en el arbitraje, *cf.*, P. Lalive, “Transnational...”, *loc. cit.*, p. 267-269, esp. p. 361.

¹⁸⁴ La visión amplia del interés general en la normativa jurídica llevaría en último extremo a identificar el orden público con el ordenamiento jurídico, ya que toda norma por el hecho de proceder del Estado se entiende que va dirigida a proteger a la comunidad y por tanto al interés general. En última instancia se entiende, pues, que toda la normativa sería de orden público, *cf.*, N. Palaia, *L’ordine Pubblico...*, *op. cit.*, pp. 38-39, esp. p. 59. De manera similar se expresaba R. David, que evidencia que si bien toda norma jurídica tiene un componente imperativo o de orden público porque de otra manera no se las podría considerar como tales, ello no quiere decir que todas las normas sean de orden público, *cf.*, *L’arbitrage...*, *op. cit.*, p. 258.

público si entendemos éste en su sentido amplio, como el conjunto de normas derivadas de la voluntad de un determinado Estado o grupo de Estados, pero no todas las normas son de orden público sobre la base de su fundamental importancia¹⁸⁵.

A excepción de la toma en consideración de los principios de DIP y de las normas de *jus cogens* hay que huir de la acepción pública, en sentido estricto. No sólo, porque el objeto de nuestro estudio se circunscribe al ámbito de lo privado, sino también, porque los valores de orden público que podríamos tomar como referencia se encuentran identificados con la seguridad pública vinculada a nociones características del Derecho Penal y Administrativo¹⁸⁶, la ideología política de un Estado o bloque de Estados¹⁸⁷ o, a la soberanía nacional y seguridad policial¹⁸⁸. Aspectos que deben ser excluidos en este trabajo que trasciende deliberadamente de las reminiscencias del orden público vinculado a la soberanía y al poder sancionador de un Gobierno particularizado por entender que no tiene éste ningún sentido en el mundo de las relaciones universales transfronterizas en las que se sitúa el arbitraje internacional privado¹⁸⁹. Aún así, será éste un tema recurrente en el que se volverá a incidir en aspectos más concretos relativos al arbitraje internacional, donde nociones tales como los “*treble damages*” o los “*punitive damages*”, procedentes del Derecho

¹⁸⁵ Destacando que toda norma jurídica lleva implícita consideraciones imperativas o de orden público pero que no todas son de orden público y ni siquiera materialmente imperativas, *cf.*, P.B. Carter, “The Rôle of Public Policy ...”, *loc. cit.*, p. 1.

¹⁸⁶ Sobre las normas de orden público en Derecho Penal y Administrativo, *vid.*, N. Palaia, *L'ordine Pubblico...*, *op. cit.*, pp. 47-50. Respecto al Arbitraje Administrativo y sus consideraciones generales de orden público, *vid.*, D. Foussard, “L’arbitrage en Droit administratif”, *Rev. arb.*, 1990, núm. 1, pp. 31 y ss. En nuestro ordenamiento, *vid.*, la monografía de J. Rosa Montero, *El arbitraje administrativo*, Madrid, MacGraw- Hill, 1998, 138 pp, y la reseña realizada sobre la misma a cargo de M.G.Q., *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 398-401. *Vid.*, también la monografía publicada por A. Patrikios, *L’arbitrage en matière administrative*, París, LGDJ, 1997, y las consideraciones abreviadas de orden público en el arbitraje administrativo, especialmente referidas a la arbitrabilidad del mismo, en la reseña de D. Fouchard a dicha obra, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 175-179.

¹⁸⁷ Problema de ideologías que si bien es poco frecuente en la actualidad, donde las ideologías son más difíciles de identificar, sí lo era en otras épocas, *vid.*, al respecto, E. McWhinney, *Conflit idéologique et ordre public mondial*, París, Pedone, 1970.

¹⁸⁸ Para un entendimiento del orden público en las diferentes etapas que ha atravesado la jurisprudencia española antes y después de la Constitución de 1978, identificado con la soberanía y la seguridad policial, *vid.*, el trabajo de R. Gunther, “The Impact of Regime Change on Public Policy: The Case of Spain”, *Jour. Publ. Pol.*, vol. 16, núm. 2, 1996, pp. 157-201.

¹⁸⁹ Acerca de la problemática de la justicia privada en un espacio cada vez más internacionalizado contemplado desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, *vid.*, D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, París, Pedone, 1994, pp. 2-24.

norteamericano¹⁹⁰, o mismamente, el empleo de las leyes de policía en ámbitos tales como el Derecho de la competencia, los procedimientos colectivos o la propiedad industrial, no nos permitirán levantar, a lo largo de todo el trabajo, el telón de fondo diseñado por el difícil deslindamiento que en materias de orden público subyace a causa del mestizaje entre lo público y lo privado¹⁹¹.

40. Por último, es necesario precisar las acepciones relativas al orden público sustantivo, formado por todos aquellos módulos rectores que no pueden ser derogados por la autonomía de la voluntad al encontrarse identificados con los principios fundamentales del foro y el orden público procesal, integrado por los principios esenciales del proceso¹⁹². El orden público procesal no será sistematizado de manera especial en éste trabajo, puesto que su problemática en el arbitraje no dista de las meras actuaciones procesales que son solventadas por los tribunales y serán reflejadas en cada caso concreto¹⁹³. Si en el procedimiento se produjese cualquier infracción, por mínima que fuera, al Derecho de la tutela judicial efectiva se violaría, no sólo un derecho

¹⁹⁰ *Vid., infra.* el apartado dedicado específicamente a éstas instituciones, Cap. II, I, B) b).

¹⁹¹ Destacando la dicotomía entre lo público y lo privado que implica el orden público, *vid.*, M. Forde, "The "ordre public" exception and adjudicative jurisdiction conventions", *ICLQ*, vol. 29., 1980, pp. 259- 273, esp. p. 273.

¹⁹² Para un estudio específico del orden público sustantivo y procesal en el arbitraje internacional, *vid.*, M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, pp. 299-355. En DIPr, *cf.*, la identificación modular del orden público en H.B. Ruchelli y C. Ferrer, *El orden público...*, *op. cit.*, p. 7. En nuestra doctrina, *vid.*, una distinción entre el orden público sustantivo y el orden público procesal por S. Barona Villar, "El recurso de anulación del laudo arbitral", *RCEA*, vol. V, 1988-89, pp. 127-128, también referida en el trabajo de la misma autora, "El laudo en el arbitraje de consumo", *loc. cit.*, pp. 9-54, esp. pp. 39-43. El orden público material se identifica esencialmente con los principios esenciales del foro. Su contenido es muy difícil de delimitar, puesto que aun los principios están por concretar, teniendo en cuenta que éstos son también variables en el tiempo y se concretan en cada determinado momento. El orden público procesal se contiene en los derechos de defensa y en general en los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal, *cf., ibid.*, p. 40.

¹⁹³ El orden público sustantivo es más difícil de aplicar y de percibir en el arbitraje. Recuérdese, en éste sentido, las interesantes apreciaciones del carácter sustantivo y procesal del orden público realizadas por E. Artuch Iriberry, "El recurso de anulación del laudo en el arbitraje comercial internacional. (A propósito de la Sent. Aud. Prov. de Madrid de 10 de diciembre de 1991)", *RCEA*, vol. VIII, 1992, p. 118. Si bien, los principios esenciales de nuestro ordenamiento se encuentran recogidos en el texto constitucional, aunque suelen ser los referidos a los derechos de defensa, contemplados en el art. 24 C.E., ello no significa que el orden público sólo abarque el aspecto procesal, ya que el mismo se pueden extender a cualquier otro precepto constitucional conformando el llamado orden público material, *cf.*, "Observaciones al Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1998. *Ets Sebtigrains c. Armengol Hermanos, SA*", *AE DIPr*, pp. 708-710.

fundamental sino además el orden público procesal más elemental, integrado por los principios de audiencia, contradicción e igualdad¹⁹⁴.

La elección del arbitraje no permite nunca el riesgo potencial de que aquellos procedimientos arbitrales que atenten a los derechos procesales fundamentales puedan ser posible por la vía privada¹⁹⁵. En caso de indefensión o imparcialidad, se pondrían en funcionamiento los propios mecanismos de protección y defensa del orden público procesal que se articulan como mecanismos de control jurisdiccionales de la instancia arbitral¹⁹⁶. Esto es, los causales de anulación de las sentencias arbitrales, recogidos en los distintos ordenamientos internos y en los correspondientes Convenios Internacionales¹⁹⁷. En España, el art. 45 de la ley de Arbitraje de 1988, especialmente sus apartados 2º, 3º, y 5º. Y, en el ámbito internacional, el Convenio Europeo de Ginebra de 21 de abril de 1961, art. IX. 1. b), y parcialmente el art. IX. 1. d). En todo caso, también se podrían utilizar, los causales de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Los arts. V. 1. b) y V. 2. b) del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que hubieran podido violar las mínimas garantías de defensa¹⁹⁸. Garantías entendidas no sólo como violación al Derecho constitucional de la tutela judicial efectiva, art. 24 C.E., sino desde los más elementales conceptos de orden público procesal, en el sentido del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre,

¹⁹⁴ En esta línea, *vid.*, la posición de nuestro TC, que coincide al hilo del control judicial de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en la Sent. TC (Sala 2.ª) 176/1996, de 11 de noviembre de 1996, (F.J. 5), *BOE*, núm. 303 supl., de 17 de diciembre de 1996.

¹⁹⁵ *Cf.*, P. Lalive, "Ordre public transnational...", *loc. cit.*, pp. 347-350. Sin embargo, la ausencia de motivación de la sentencia arbitral no da lugar a considerar que se han violado los derechos de defensa, art. VII CG de 1961, *id. loc.*, p. 350.

¹⁹⁶ Referido a los principios procesales en el arbitraje internacional, *vid.*, el laudo de la CCI, núm. 6733, y la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 14 de octubre de 1993, *Ben Nasser c BNP et Crédit Lyonnais*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 380-390, con nota de P. Bellet, y de E. Loquin, *jour. dr. int.*, 1994, núm. 2, pp. 446-460. También en Ph. Fouchard, E. Gaillard, y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 963. Y el laudo de la CCI núm. 6670/1992, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 447-452, relativo al respeto necesario del principio de contradicción en el procedimiento arbitral.

¹⁹⁷ Del mismo modo que pusimos de manifiesto en el trabajo dedicado a "El arbitraje en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos", *loc. cit.*, p. 13.

¹⁹⁸ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1º Ch. C)* de 12 de noviembre, *Société civile financière Azzaro et autres c/ consorts Cattan*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 374-379, con nota de Ch. Jarrosson, pp. 379-380. Violación del orden público procesal. Atentado a los derechos de defensa y al orden público internacional.

CEDH, que extiende su ámbito de aplicación a una proyección universal o realmente internacional¹⁹⁹.

41. Tras éste breve examen de las acepciones del orden público, donde aunque no se encuentren todas creemos que, al menos, someramente sí están las más generalizadas; y después de haber incidido particularmente en aspectos concretos del orden público en el DIPr y en el arbitraje internacional, destacando el alto componente de Derecho público que el propio concepto de orden público lleva aparejado, nos será de inestimable ayuda ahondar por separado en los aspectos más relevantes del mismo en dichos ámbitos. Como se habrá de comprobar, el reconocimiento de la autonomía del arbitraje no significa una desvinculación radical de éste en todos los conceptos, sectores y ámbitos que en relación con las normas imperativas y el orden público constituyen la idiosincrasia del DIPr.

II. Orden público y normas materiales imperativas en el DIPr. Admisibilidad en las distintas fases del proceso arbitral

1. DELIMITACIÓN FUNCIONAL

42. Nos referimos a la admisibilidad de las concepciones de orden público que hagamos en cuanto a su delimitación funcional en el DIPr porque las consideraciones que aquí vertamos tendrán una importancia fundamental para la mejor comprensión de las siguientes fases en las que se ha estructurado el trabajo. En concreto, este apartado será de interés especial en la fase post-arbitral donde nos pondremos en el punto de vista de un juez estatal para examinar los criterios que éste sigue en el sentido de anular o no homologar un laudo arbitral internacional dependiendo de las concepciones de orden

¹⁹⁹ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (14 Ch. C)* de 19 de junio de 1998, *Unesco c/ Boulois, Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 343-345, con nota de Ch. Jarrosson, pp. 345-349. Cláusula arbitral estipulada por un organismo internacional, la Unesco. No aplicación de la inmunidad de jurisdicción. Riesgo de denegación de justicia por su contrariedad al art. 6 CEDH, lo cual es contrario al orden público transnacional.

público existentes en su foro. Es por ello imprescindible tener una visión general de cuál es el entendimiento de las normas imperativas y del orden público desde la perspectiva de la sede judicial que al ser internacional adquiere, en el mejor de los casos, un comportamiento estandarizado en los sistemas de DIPr donde tradicionalmente, el orden público ha sido empleado como una cláusula de reserva utilizada para excluir la aplicación de la ley material extranjera²⁰⁰.

Y es que a pesar de que en sus orígenes era propio atribuir al orden público una función esencialmente positiva que consistía en asegurar la aplicación de determinadas disposiciones materiales del foro²⁰¹, a partir del s. XX, se implantó de forma generalizada la prevalencia de la concepción puramente negativa del orden público, no sólo en las concepciones del mismo vinculadas al desarrollo comercial y económico sino en la mayoría de las acepciones referidas²⁰². El orden público típico del DIPr se encuentra identificado, pues, con el orden público de evicción. Su uso se corresponde con el de la excepción de defensa o protección que utilizan los distintos foros para impedir el reconocimiento o la ejecución de determinadas decisiones judiciales consideradas incompatibles con los valores y principios fundamentales de su sistema legal²⁰³. La excepción de orden público protege la inviolabilidad mínima de los valores y principios de justicia y moralidad considerados esenciales en cada sistema jurídico²⁰⁴.

Ello no obsta para que este no pueda desempeñar también otras funciones materiales y procesales además de la de rechazar la ley extranjera contraria a los principales valores del foro de moralidad y de justicia. Previene también las injusticias

²⁰⁰ En este sentido, en particular, y sobre la función y el alcance del orden público en DIPr, en general, *vid.*, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr, op. cit.*, pp. 215-218. Se quiere aquí hacer notar que la brevedad de este apartado se debe a que ya se ha reflejado con anterioridad muchas de las características generales del orden público en el DIPr, por lo que se procederá a señalar su función y su contenido sin reiterar las características principales y la bibliografía citada en la caracterización general y posterior delimitación conceptual.

²⁰¹ Vinculadas a las teorías que tenían sobre el mismo, Savigny y, especialmente, Mancini, *cf.*, A. Bonomi, *Le norme imperative nel diritto...*, *op. cit.*, p. 416.

²⁰² Particularmentem como señala A. Bonomi, en materia de estatuto personal y de Derecho de familia, *cf.*, *ibid.*, pp. 416-417.

²⁰³ En relación con el uso mayoritario del orden público como excepción o defensa en el DIPr, *vid.*, K. Murphy, "The Traditional View of *Public...*", *loc. cit.*, pp. 599-603 y pp. 607-613.

²⁰⁴ Como ya se ha dicho con anterioridad, el orden público en su sentido internacional se suele usar restringidamente identificándose con los valores mínimos de justicia y moralidad, *vid.*, *supra*, en el anterior apartado.

en circunstancias especiales de las partes delante de los tribunales, especialmente referido al orden público de protección de la parte débil, e incide en la elección del Derecho aplicable al fondo de la controversia²⁰⁵. En definitiva, sus funciones se concretan en la misión esencial de tutelar el ordenamiento jurídico en general, en un ámbito interno, internacional, e incluso transnacional, a pesar de que en ocasiones su función se ha asimilado a un territorialismo indiscriminado del uso del orden público en DIPr, únicamente a favor de la soberanía estatal y de la interpretación más o menos abierta que del mismo quisieran hacer los tribunales²⁰⁶. Sin embargo, la idea de la soberanía está cada vez más relegada. Hoy se niega el principio de territorialidad del orden público, hasta el punto de que algunos autores han abogado por la desaparición del adjetivo público del orden y sustituirlo por el de “Principios Generales del Derecho Privado”, o si se quiere, por un cambio conceptual menos radical que nos llevaría al término de “Orden Público de Derecho Privado”²⁰⁷. Sustitución que ya ha sido operada en otros sistemas jurídicos, de modo que lo que para nosotros constituye una violación a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico como parte integrante del orden público, para otras legislaciones constituye la violación del orden público en sí, ya que ignoran la expresión del orden público para referirse directamente a los “principios fundamentales del orden jurídico nacional”²⁰⁸.

43. Las dos grandes corrientes interpretativas del orden público en el DIPr se han basado en su diferenciación *a priori* y *a posteriori*²⁰⁹. *A priori*, como límite a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de contratar, o impidiendo la aplicación de una norma de conflicto, en otros casos, como por ejemplo, una norma de extensión, etc. *A posteriori*, como impedimento o excepción a la aplicación del Derecho extranjero, sentencia judicial o laudo arbitral internacional. Siendo, de las dos, la

²⁰⁵ Cf., las tres funciones del orden público en N. Palaia, *L'ordine Pubblico...*, *op. cit.*, p. 5 y p. 51.

²⁰⁶ Concepción que lamentablemente había sido seguida en España en adecuación a la antigua Ley de Arbitraje de 1953, *vid.*, E. Ruiloba Santana, “Sobre el concepto y delimitación del orden público en el Derecho internacional privado”, *R.G.D.J.*, 1974, pp. 655-681.

²⁰⁷ Cf., ésta idea en E. Jayme, “Métodos para la concretización...”, *op. cit.*, p. 263.

²⁰⁸ Así, ciertas legislaciones como la austriaca, art. 595. 6 y la sueca, art. 33, prefieren referirse directamente a los principios fundamentales de su ordenamiento antes que al orden público estatal, *cf.*, P. Mayer, “La sentence contraire...”, *loc. cit.*, p. 632.

²⁰⁹ Cf., H.B. Ruchelli y C. Ferrer, *El orden público...*, *op. cit.*, p. 9; y, E. Jayme, quién subraya que en el DIPr el orden público se concreta preferentemente *a posteriori* como una excepción al respeto

segunda interpretación, la más empleada por los internacionalprivatistas²¹⁰. Dichas corrientes se corresponden a su vez con la denominada dualidad de dimensiones del orden público en el DIPr²¹¹. La dimensión positiva, donde el orden público es utilizado junto con otros argumentos como fundamento para aplicar normas materiales imperativas nacionales o normas de intervención en una relación de tráfico externo²¹². Y la negativa, u orden público de evicción, que es comúnmente la más utilizada, como correctivo funcional del método de atribución²¹³. Y, en general, como “vía de escape”, de la aplicación de una ley extranjera no querida en el foro, o del reconocimiento de una sentencia extranjera, tampoco deseada²¹⁴. Sin embargo, como pusieron de relieve J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, pese al paralelismo de la noción de orden público en el plano del Derecho aplicable y en el de reconocimiento y ejecución de sentencias en el DIPr, su contenido no es el mismo y su identificación resulta perturbadora²¹⁵.

Ocurre lo mismo en el arbitraje donde la excepción o cláusula de orden público es también la más utilizada, aunque ello no quita para que el orden público sin llegar a ser entendido como excepción intervenga en las distintas fases del arbitraje indicadas de un modo muy favorable. Sólo así se comprende el significado de la función negativa del

debido a la normal aplicación del Derecho extranjero declarado aplicable por las normas de conflicto del foro, *cf., id., loc.*, p. 219.

²¹⁰ *Cf.*, K. Murphy, "The Traditional View of Public Policy ...", *loc. cit.*, p. 607.

²¹¹ Sobre la doble dimensión, positiva y negativa, del orden público en DIPr, *cf.*, E. Pérez Vera, "El concepto de orden público en el Derecho internacional", *AHLADI*, vol. VII, 1984, pp. 273-287. Muy especialmente, destacando la función negativa del orden público contemplado en el art. 190. 2 e) de la LSDIP y las consecuencias de la distinción entre la función positiva y negativa del orden público en el sentido en que el orden público positivo y negativo pueden representar las dos facetas de un mismo bien jurídico protegido, *cf.*, H. Arfazadeh, "L'ordre public...", *loc. cit.*, pp. 228-232, esp. p. 231.

²¹² La función o el aspecto positivo del orden público extraído del DIPr está basado en el análisis del interés. La idea es la de proteger a través de la cláusula de reserva del orden público todos aquellos principios que se consideren de importancia fundamental para un ordenamiento jurídico en particular. Las normas imperativas o de aplicación inmediata estarían dentro de la función positiva del orden público. Ilustrando lo expuesto, sobre el aspecto negativo y positivo del orden público, *vid.*, P. Lalive, "Transnational ...", *loc., cit.*, pp. 262-264.

²¹³ Expresado en nuestro sistema en el art. 12. 3 del Cc, "en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público (internacional)". Sobre las dimensiones del orden público y la necesidad de que el orden público que aparece reflejado en el 12. 3 C.c. deba ser entendido en su vertiente internacional, *cf.*, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 215. En el mismo sentido, *vid.*, en general, J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, "Comentario al artículo 12. 3 Cc", *loc. cit.*, pp. 894-927.

²¹⁴ *Cf.*, P.B. Cárter, "The Role of Public Policy in English Private...", *loc. cit.*, pp. 1-2.

²¹⁵ *Cf.*, J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, "Comentario al artículo 12. 3 Cc", *loc. cit.*, p. 905.

orden público propio del DIPr trasladada al arbitraje²¹⁶. Llevando a algunos autores a afirmar que la noción de orden público se define realmente en el exequátur por el juez estatal que decide en un supuesto concreto sobre una posible vulneración a los valores del foro considerados de orden público internacional²¹⁷.

44. Es, precisamente, la cuestión del contenido del orden público, más que su función, la que resulta más problemática de precisar en el Derecho Internacional. El contenido es distinto según se trate de un orden público interno, internacional o realmente internacional²¹⁸. Centrándonos en el segundo, éste tendría que abarcar, en un sentido restringido, el conjunto de principios que reflejan los valores esenciales políticos, morales, económicos y sociales de la sociedad en un momento determinado, para lo cual tampoco existe un criterio claro que podamos tomar como referencia²¹⁹. Su determinación corre a cargo de la jurisprudencia que es la encargada, en cada caso concreto, de traducir la existencia de una “moral internacional” que confiera el contenido del orden público internacional²²⁰.

45. El hecho de que el contenido se encuentre definido jurisprudencialmente según el uso que los tribunales hagan de él ha provocado no pocas críticas y reacciones en contra. La mayoría de ellas se centran en atacar el abuso del orden público en función del resultado pretendido por los tribunales del foro para rechazar así la

²¹⁶ A pesar de ser éste un aspecto en el que la función del orden público coincide en el arbitraje y en el DIPr, *cf.*, J.A. Pérez Bevia, "Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público...", *loc. cit.*, p. 82. Más adelante veremos las diferencias que los separan, *vid.*, *infra*: "Ambito diferencial".

²¹⁷ En presencia de la sentencia arbitral es el juez o tribunal que decide sobre el laudo el que debe valorar la noción de orden público internacional en el caso concreto, *cf.*, Ph. Fouchard, "Les conflicts de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle", *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, p. 70.

²¹⁸ Sobre los distintos niveles del orden público y su contenido diferente en el DIPr y en el arbitraje, *vid. infra.*, los apartados relativos a la "Nacionalización e internacionalización del orden público" y "orden público transnacional".

²¹⁹ Uno de los intentos más loables de "concretizar" el orden público en DIPr ha sido propuesto por E. Jayme, a través de cinco pasos. En primer término, hay que averiguar el sentido y el propósito de la norma jurídica extranjera. Después debe examinarse si la política legislativa de la norma extranjera ha sido atacada. A ello sigue la elaboración de estándares comparativos internacionales, a cuya medida entonces, serán examinadas las normas jurídicas extranjeras y nacionales. La intervención del orden público es sugerida si la norma extranjera no corresponde al estándar, mientras que la nacional sí se adapta al mismo. Finalmente, es necesaria una suficiente vinculación interior. En caso de duda, debe siempre respetarse la remisión al Derecho extranjero sin que el orden público intervenga, *vid.*, E. Jayme, "Métodos para la concretización...", *op. cit.*, pp. 263-264.

²²⁰ *Cf.*, P. Courteault y G. Flécheux, "La notion d'ordre public international dans la jurisprudence de la Cour de Cassation Française", *Rev. arb.*, 1978, núm. 3, pp. 342-345.

aplicación del Derecho, de la sentencia o el laudo extranjero²²¹. De tal manera, que aunque el orden público fue concebido en sus orígenes como una barrera contra leyes, actos o sentencias extranjeras, éste ha acabado por degenerar, en algunas ocasiones, en un instrumento cómodo que permite a los tribunales nacionales su utilización como cláusula de reserva general aplicada sin rigor alguno²²². Ello se debe, a que éste no sólo varía por las circunstancias históricas, políticas, o sociales diferentes también en los distintos ámbitos, sino porque el contenido es muchas veces manipulado para conseguir los objetivos a los que antes nos hemos referido. Fundamentalmente, el contenido no se delimita en abstracto, sino en atención a la finalidad que se pretende, en ocasiones, fijada de antemano por el tribunal estatal a través de la función de evicción. El contenido sería así un medio que se define en cada caso concreto en función del fin que persigue el tribunal nacional que lo aplique. En éste sentido, coincidimos en la opinión que afirma que no se puede hablar de normas de orden público, sino de reglas o soluciones judiciales y arbitrales cuya aplicación conduciría a resultados contrarios al orden público. Los tribunales deciden el orden público valorando en cada supuesto determinado si los resultados de una normativa específica vulneran o no los principios que ellos consideran fundamentales en un determinado ordenamiento. Su función es finalista. El orden público tutela, pues, resultados y no normas jurídicas abstractas²²³.

46. El orden público ocupa una posición única en la ley asimilado a un conjunto vago e indeterminado de preceptos legales. La indefinición y la flexibilidad de su noción contribuye a fomentar la tensión entre su papel como el último recurso para los tribunales y los árbitros. Es por ello que aunque se diga que el orden público se corresponde con el “*well-defined and dominant policy*”²²⁴, no existe una noción de orden público dominante y bien definida que responda en todos los casos y momentos a las exigencias de los tribunales. El propósito de identificar el orden público considerando únicamente el que está claramente constreñido no creemos que sea aceptable ya que sólo en ocasiones excepcionales podemos afirmar que determinadas

²²¹ *Vid.*, al respecto, G. Horsmans, “L’arbitrage et l’ordre public interne belge”, *Rev. arb.*, 1978, núm. 2, pp. 79-94.

²²² Ejemplificando tales críticas, *cf.*, Ch. Carabiber, “L’arbitrage international...”, *loc. cit.*, p. 118 y K. Murphy, “The Traditional View of Public Policy ...”, *loc. cit.*, p. 592.

²²³ *Cf.*, E. Jayme, “Métodos para la concretización del orden público...”, *loc. cit.*, p. 219.

²²⁴ *Cf.*, T. Oehmke, *International Arbitration, op. cit.*, p. 257.

decisiones son contrarias a un orden público dominante y bien definido siendo muy poco probable que se llegue a una definición preponderante del mismo²²⁵.

47. La desconfianza inicial de la justicia estatal hacia la arbitral a la que nos hemos referido en la introducción aquí se invierte provocando la inseguridad de los árbitros internacionales ante la utilización más o menos amplia del orden público de evicción por los jueces y tribunales estatales. De tal manera, que en el arbitraje la excepción de orden público levanta el espectro de la discrecionalidad judicial que crea y elimina excepciones o motivos de orden público a la sombra de la oculta agenda jurídica, e incluso política del momento, situación altamente criticable²²⁶. Su utilización de manera aleatoria por parte de los tribunales hace depender las cuestiones relativas a la cuestión de la arbitrabilidad, cuando ésta se decide en sede judicial, el auxilio jurisdiccional y la anulación o denegación del reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, de la simpatía o antipatía que manifiesten los tribunales hacia la institución arbitral. Es la identificación del orden público como un fantasma, "*The Public Policy Phantom*", que aparece o desaparece según la discrecionalidad judicial de un momento determinado²²⁷. Este último uso del orden público trasladado posteriormente al arbitraje es el que tan mala prensa ha creado de nuestro país en el ámbito internacional²²⁸, fruto de épocas no muy lejanas que lamentablemente han contribuido a que España no sea un país exportador de laudos sino, en todo caso, importador de sus ejecuciones²²⁹.

48. En éste sentido, es importante subrayar que los entendimientos divergentes entre los países de tradición jurídica romana o de Derecho Civil, donde se considera el sistema incompleto sin la cláusula de orden público, y los países de Derecho común, donde predomina el internacionalismo sobre los factores territoriales asociados al

²²⁵ Vid., G. Asken, "International Commercial Arbitration and International Public Policy" (Remarks), *Am. Soc. Int. L.*, 1987, pp. 376-377.

²²⁶ Los repentinos cambios políticos del momento no deberían provocar que determinadas materias, de repente, fueran consideradas inapropiadas para ser resueltas a través de arbitraje, J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 283.

²²⁷ Identificación que encontramos entre otros autores en, J. García de Enterría, "The Role of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 431, que a su vez se remite a B.Mª. Cremades, *id.*, *loc.*, p. 429. También, sobre el orden público como fantasma, *cf.*, J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 354.

²²⁸ Como veremos en el capítulo final, el abuso desmedido del orden público le convirtió en una auténtica cláusula de estilo tremendamente perjudicial para el desarrollo de una cultura arbitral en nuestro país. Lo que contribuye al poco atractivo que ofrece España para ser sede en los arbitrajes internacionales, *cf.*, J.A. Pérez Bevia, "Sobre la ley aplicable por el árbitro...", *loc. cit.*, p. 233.

mismo, hacen necesario dibujar las diferencias entre ambos que más tarde serán válidas para entender los criterios que definen la práctica de los tribunales en relación con el orden público en uno y otro sentido²³⁰. La distinción derivada de la dualidad de “estilos legales” no pretende introducir una confusión posterior en su adaptación al arbitraje sino únicamente explicar la mayor o menor virtuosidad que adquiere el orden público en el entendimiento del mismo en cada tradición. Sobre todo, en vista de la discrepancia entre aquellos autores que señalan que, hoy en día, para la mayoría de los prácticos del arbitraje tales diferencias han dejado de tener sentido²³¹. Y, aquellos, más teóricos que insisten en señalar que el concepto de “*ordre public*” u “orden público” propio del Derecho civil no es el mismo que el de “*public policy*” característico del Derecho de la *common law*²³².

2. “ORDEN PUBLICO”(ORDRE PUBLIC) Y “PUBLIC POLICY”

49. La cláusula de orden público es utilizada y aplicada en determinados ámbitos del DIPr²³³. El problema de su conceptualización en los distintos sistemas legales ha dado lugar a ciertas diferencias que si bien hay que considerar más estructurales que sustantivas²³⁴, su delimitación se hace necesaria para clarificar con posterioridad el entendimiento de la excepción de orden público en el campo específico del arbitraje privado internacional. Dos, son los puntos fundamentales en los que se centra el ámbito diferencial. Uno, el de la mayor o menor amplitud del orden público en su aplicación práctica por los Tribunales pertenecientes a cada sistema legal. Y, el otro, relativo a la consideración de la dimensión del orden público sustantivo y procesal en cada

²²⁹ Cf., M^a.V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, p. 70.

²³⁰ Cf., N. Enonchong, “Public Policy in the Conflict...”, *loc. cit.*, p. 653.

²³¹ Entre los que se encuentran, B.M^a. Cremades, *cf.*, “Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional”, *Derecho de los Negocios*, n^o 85, 1997, p. 1.

²³² De manera tajante, relativa a la institución arbitral, M. Storme afirma que tras analizar el arbitraje internacional en la práctica arbitral anglosajona y continental las diferencias existen, *vid.*, “International Arbitration. A Comparative Essay”, *Eur. Rev. Pr. L.*, vol. II, núm. 3/4, 1994, pp. 359-373.

²³³ “*Public Policy in private international law*”. Un estudio representativo del mismo, pero incompleto, al ceñirse únicamente a la diferenciación entre los esquemas tradicionales de los países de la *Common law* y de la *Civil Law*, representados a pares respectivamente por Estados Unidos y el Reino Unido, por un lado e Italia y Bélgica, por el otro, es realizado por M. Rubino-Sammartano, *Public Policy in Transnational Relationships*, C.G.J. Morse, Kluwer, 1993. A pesar de ser ésta una edición posteriormente completada a través de otras aportaciones legislativas.

²³⁴ Cf., K. Murphy, “The Traditional View of Public Policy and Ordre Public...”, *loc. cit.*, p. 614.

ordenamiento en particular. Dejando de lado las diferencias conceptuales que en materia de procedimiento arbitral separan a ambos sistemas jurídicos.

50. La noción de “*public policy*” es más restringida que la de “*ordre public*”. El hecho de que ambos se perciban como conceptos análogos no quiere decir que sean equivalentes en su aplicación²³⁵. La principal diferencia entre ambas se debe a la restricción con la que éste es empleada en la doctrina angloamericana y la amplitud de la que hace gala en su aplicación los tribunales de los países pertenecientes a la tradición romanista²³⁶. Ello se debe a la tradicional antipatía de los jueces y tribunales norteamericanos hacia el orden público que prefiere utilizar otros mecanismos de evicción de la ley extranjera antes que recurrir a la referida cláusula general. Un ejemplo del empleo que éstos hacen del mismo se resume por la doctrina angloamericana en el aforismo que señala que en relación con el orden público el deber de los tribunales debe ser “*Expound but not to expand*”²³⁷. El orden público se debe, pues, exponer o comentar por el Tribunal pero no utilizarlo para expandir sus efectos en sentido perjudicial para la sentencia o el laudo arbitral extranjero²³⁸. En sentido contrario, el orden público, en los países de tradición jurídica romana, a excepción de Alemania²³⁹, si éste es interno, se considera desde un punto de vista muy generoso. En los países anglosajones no se utiliza el concepto de orden público para los casos internos, ya que en estos supuestos no existe un conflicto de leyes que justifique su

²³⁵ Así, la concepción distinta que caracteriza a ambas nociones en el DIPr tiene una evidente repercusión posterior en el arbitraje, *cf.*, M. Storme, “International Arbitration...”, *loc. cit.*, p. 360.

²³⁶ *Cf.*, Ch. Borris, “Common law and Civil law: Fundamental Differences and Their Impact on Arbitration”, *Arbitration.*, 1994, pp. 78-85, esp. p. 78.

²³⁷ *Cf.*, K. Murphy, “The Traditional View...”, *loc. cit.*, p. 592. Tradicionalmente, los campos de oposición más relevantes en el DIPr se encuentran en función de que el punto de vista sea más amplio o más estrecho. “*The doctrine of public policy should only be invoked in clear cases in which the harm to the public is substantially incontestable, and does not depend upon the idiosyncratic inferences of a few judicial minds*”, *id. loc.*, pp. 591-615.

²³⁸ Entre los casos de la jurisprudencia norteamericana más relevantes en la confirmación de la consideración estricta del orden público son paradigmáticos, entre otros, el caso *Wilko v. Swan*, *Scherck v. Alberto-Culver Co*, *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co*, *Dean Witter Reynolds Inc. v. Byrd*, *Cone Memorial v. Mercury Construction* y *decisión McDonald v. City of West Branch*, caso *Shearson/American Express v. McMahon*, y como no el famoso asunto *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, en el que nos detendremos más adelante. Todos ellos comentados por, J. W. Stempel, *vid.*, “Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements”, *loc. cit.*, pp. 286-294.

²³⁹ En la práctica, Alemania se ha encontrado siempre más próximo a los criterios anglosajones en cuanto a la consideración más restrictiva del orden público si el supuesto es internacional. De hecho, el planteamiento alemán en éste punto es prácticamente idéntico al anglosajón y sólo difiere en cuanto a la terminología, *cf.*, P.F. Schlosser, “Arbitration and the European Public Policy”, *loc. cit.*, p. 84.

aplicación. Este sólo se emplea en Derecho internacional siendo además aquí muy restringido su uso.

Otra de las diferencias se encuentra referida al tratamiento del denominado orden público procesal en ambos sistemas. Mientras que en los países que basan su sistema jurídico en el Derecho Romano o sistemas de Derecho Civil, entre los cuales se encuentra España, se identifican los principios esenciales del procedimiento: audiencia, contradicción e igualdad, con el orden público procesal; en los países basados en la *common law*, no conocen la acepción procesal del mismo. Estos utilizan otro mecanismo de protección recogiendo todos los elementos procesales fundamentales a través de la cláusula del *Due Process of law* protegida en la Constitución²⁴⁰. La repercusión de tales diferencias en el arbitraje quedó evidenciada en el laudo de la CCI, núm. 1512/1971²⁴¹, que señala como preocupante las grandes discrepancias existentes en los procedimientos arbitrales entre los sistemas jurídicos llamados “continentales”, de los llamados de la “*common law*”, lo cual resulta difícil para la organización del procedimiento arbitral en un Centro de Arbitraje permanente con vocación internacional como es el de la CCI²⁴².

No es por ello de extrañar que en la doctrina angloamericana sea habitual encontrar la referencia al orden público asimilado a un caballo salvaje, “*unruly horse*”, como castigo singular a la errónea utilización de dicha noción en el ámbito internacional²⁴³. El carácter peyorativo que se le quiere dar consiste en identificar al orden público apegado a las concepciones internas de soberanía territorial a las de un animal imprevisible, poderoso y desbocado al que no se le debería permitir causar

²⁴⁰ Para una mayor amplitud en tal distinción y su traslado posterior al arbitraje internacional, *vid.*, J. García de Enterría, "The Role of Public Policy ...", *loc. cit.*, pp. 395-401.

²⁴¹ *Cf.*, el laudo de la CCI, núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95; y los laudos preliminares núm. 1512/1967, de 18 de diciembre de 1967 y de 14 de enero de 1970, *Compañía India de Cemento (Dalmia) c. Banco Nacional Pakistání*, *Year. Comm. Arb.* vol. V, 1980, p. 170.

²⁴² *Ibid.*, p. 91.

²⁴³ Tal expresión data de 1824 y se atribuye al Juez *Burrough*, que fue el primero en identificar el concepto de orden público con el de un caballo indomable en el que una vez logras superar la tremenda dificultad de montarte en él, nunca sabes donde te va a llevar: “*Public policy is a very unruly horse and once you get astride it, you never know where it will carry you*”, *cf.*, K. Murphy, "The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law", *loc. cit.*, p. 592.

estragos en el terreno internacional²⁴⁴. Su acepción trasladada al arbitraje internacional puede convertir el análisis del orden público en el procedimiento judicial que decide sobre un determinado arbitraje, ya sea por razones de arbitrabilidad, relativas al convenio de arbitraje, o tratándose de la excepción de orden público aplicada al laudo arbitral, en la actuación más compleja que puede llevar a cabo un órgano jurisprudencial estatal²⁴⁵.

51. Entre las semejanzas, hay que destacar que ambos sistemas reconocen la relatividad del orden público y requieren que para que éste sea aplicado los efectos perjudiciales para el foro estén realmente justificados²⁴⁶. Es por ello, que en la actualidad, muchos autores abogan por señalar que gracias a la utilización del orden público en sentido estricto en los países de Derecho civil las diferencias en relación con los países anglosajones están tocando a su fin²⁴⁷. Las dos doctrinas tienen un objetivo muy similar en la práctica. Los Estados se reservan el poder para rechazar la aplicación de aquellas “leyes”, actos extranjeros, sentencias judiciales y laudos arbitrales que resulten perjudiciales para el foro, a la vez que adoptan unas normas de obligatoria aplicación en el Derecho aplicable a las controversias internacionales, las normas materiales imperativas o normas de intervención aplicables a supuestos no-autóctonos del país del que procede tal normativa²⁴⁸. Aunque si bien, es necesario avanzar que las corrientes doctrinales más recientes tienden a reducir diferencias al menos en cuanto a las denominaciones diferentes que se puedan desprender de ambos sistemas. La tendencia a la uniformidad constituye el núcleo duro que tiende a albergar el procedimiento arbitral internacional, sin importar el lugar de arbitraje y el sistema al que histórica, geográfica y culturalmente éste está inscrito²⁴⁹. Es inútil exportar las fórmulas

²⁴⁴ “Public policy often has been castigated in England internal law as an “unruly horse”. Care must be taken to ensure that this animal is not allowed to wreak havoc in international pastures”, cf., P.B. Carter, “The Rôle of Public Policy in English Private International law”, *loc. cit.*, pp. 9-10.

²⁴⁵ En la doctrina estadounidense, siempre más dada a las metáforas y juegos de palabras como se puede comprobar por las referencias previamente citadas, se señalaba que la decisión judicial relativa al orden público en el arbitraje internacional convertía la actuación del Tribunal “en un auténtico infierno”, cf., J.W. Stempel, “Pitfalls of Public Policy...”, pp. 354-355.

²⁴⁶ Cf., J. García de Enterría, “The Role of Public Policy...”, *loc. cit.*, pp. 395-396.

²⁴⁷ Cf., N. Enonchong, “Public Policy in the Conflict of Laws...”, *loc. cit.*, p. 653.

²⁴⁸ El propio K. Murphy, así lo admite, “The Traditional View ...”, *loc. cit.*, p. 591.

²⁴⁹ La tendencia a la uniformidad entre los diferentes sistemas, centrada sobre todo en los principios y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes y por tanto en la consideración del orden público se deduce fácilmente de uno de los últimos Congresos del ICCA, celebrado en París en 1998 denominado: “*Arbitration Procedure: The Role of the Law of the Place of Arbitration*”, sobre el

estandarizadas en el DIPr a la institución arbitral que exige, si cabe, mayor flexibilidad²⁵⁰.

3. EL ORDEN PÚBLICO EN LA CRISIS DEL PARADIGMA NORMATIVO DEL DIPr

52. Distinciones aparte, el punto común en los sistemas anglosajones y continentales lo provocó la crisis del paradigma normativo característico del DIPr motivado porque la norma de conflicto no daba respuesta a todos los supuestos que se podían presentar en la realidad jurídica internacional²⁵¹. A partir del “crac” de la norma de conflicto se han asignado, cuando no revitalizado, nuevas funciones al orden público a través de las leyes de policía y de las normas materiales imperativas o normas de intervención, de modo que se ha comprobado que el orden público ha sido el instrumento que ha estado en el corazón de la crisis del conflicto de leyes en DIPr²⁵². En este sentido, no cabe duda que su evolución posterior trasladada al arbitraje privado internacional ha estado marcada por el rechazo al método conflictualista que ha sido sustituido en algunos factores del arbitraje por la aplicación de normas materiales, como son el principio de validez material del convenio de arbitraje internacional, o las normas materiales de validez en materias de orden público relativas a la arbitrabilidad²⁵³. Normas materiales que aunque por el momento no sean muy numerosas, sí son

cual versa el trabajo del cual hemos extraído éstas consideraciones, *cf.*, G. Kaufmann-Kohler, “le lieu de l’arbitrage a l’aune de la mondialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1998, núm. 4, pp. 517-536.

²⁵⁰ En el fondo es una cuestión de confianza. Sólo los árbitros y las instituciones arbitrales que se adapten a los conflictos culturales por encima de los ámbitos diferenciales de los distintos sistemas lograrán hacer frente a los retos del arbitraje en la actualidad, *cf.*, B.M. Cremades, “El arbitraje en el Siglo XXI”, *loc. cit.*, p. 1192.

²⁵¹ Sobre la crisis del DIPr, basada en la de la norma de conflicto bilateral o multilateral y la posible evolución del DIPr bien sobre la base de la corrección o evolución del paradigma anterior, o bien, sobre la evolución de un nuevo paradigma normativo, *vid.*, el excelente trabajo de J.D. González Campos, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *op. cit.*, pp. 5239-5270. Sobre el paradigma, en general, y la teoría filosófica de los sistemas en Derecho, *vid.*, E. Grün, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Buenos Aires, 1998, <http://www.Inter-mediacion.com/cibernetica.htm>.

²⁵² *Cf.*, J.B. Racine, *L’arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 12-13. La superación del método conflictualista en beneficio de las normas materiales fue previamente afirmado por B. Goldman, “Règles de conflit, règles d’application immédiate et règles matérielles dans l’arbitrage commercial international”, *Trav. com. Fr. DIPr*, 1966-69, pp. 119-147.

²⁵³ *Vid.*, *infra.*, Capítulo I. III, la referencia especial a la autonomía del convenio arbitral como criterio de validez material.

suficientes para solucionar algunos de los problemas del arbitraje privado internacional²⁵⁴. Veamos, a continuación, cuál es la acepción de esta normativa en el DIPr, especialmente referida a la normativa imperativa o de intervención y a las leyes de policía, para después observar la problemática específica que de ella se desprende en el arbitraje privado internacional.

A) Normas materiales imperativas

53. La apreciación tradicional crítica de la localización de la relación jurídica en una sede determinada, como elemento constitutivo del paradigma de la norma de conflicto, consiste fundamentalmente en que ésta no tiene en cuenta la actuación de las normas materiales especiales²⁵⁵, ni la de las normas materiales imperativas que se han de aplicar obligatoria e independientemente de dónde pudiera estar localizado el supuesto²⁵⁶. En el marco general de la contratación internacional, las normas materialmente imperativas aplicables al tráfico externo han sido calificadas por nuestra doctrina como aquellas disposiciones de Derecho público y privado cuyo interés para el foro es tan relevante que bloquean la actuación normal del método de atribución impidiendo la actuación de la ley extranjera en los supuestos materiales regulados por ellas²⁵⁷. Si bien, en un principio, se creía que su intervención normativa iría poco a poco

²⁵⁴ Insistiendo en la aplicabilidad de las normas materiales aplicadas directamente en el arbitraje para solucionar la problemática más relevante en materias de orden público asociada al mismo, *cf.*, Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales", *Rev. arb.*, 1998, núm. 4, p. 661.

²⁵⁵ Junto con las normas imperativas, las normas materiales especiales son la prueba evidente de los fallos del método tradicional de atribución. Dan una respuesta material y directa a situaciones determinadas del tráfico externo obviando la actuación de la norma de conflicto. El ejemplo paradigmático de dicha normativa lo encontramos en el asunto *Messageries Maritimes* de 21 de junio de 1950, que con carácter de especialidad admitió la validez de la cláusula-oro únicamente si el contrato es internacional utilizando para ello la invocación de la cláusula de orden público, *cf.*, este supuesto junto con otros ejemplos más actuales y un estudio genérico de las normas materiales especiales en J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr, op. cit.*, pp. 170-175. Sobre la materialización del DIPr y la preocupación de éste por adoptar normas materiales especiales orientadas a las necesidades particulares del tráfico internacional en determinados ámbitos, *vid.*, J.D. González Campos, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *loc. cit.*, pp. 5265 y 5268.

²⁵⁶ Para un estudio exhaustivo de las normas imperativas en el DIPr, *vid.*, *per ogni*, A. Bonomi, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato, op. cit.*, pp. 1-8, donde se ofrece una rápida visión clara y genérica de la situación actual de dicha normativa.

²⁵⁷ La calificación de la doctrina española en su expresión amplia: "normas materiales imperativas aplicables al tráfico externo", y reducida: "normas materiales imperativas", se encuentra

desapareciendo²⁵⁸, lo cierto es que con la mundialización de la economía y del comercio la actuación de las normas imperativas como refuerzo del orden público se ha convertido en muchas ocasiones en el único límite al amplio poder de autonomía de las partes, la mayor parte de las veces empresarios, en un mundo donde las operaciones comerciales corren el peligro de discurrir por encima de los Estados²⁵⁹. Debemos detenernos, pues, en el significado de las normas imperativas en el DIPr, para determinar, con posterioridad el problema que de ellas se deriva y su alcance concreto en el arbitraje privado internacional.

54. Sin perjuicio de las distintas denominaciones y respectivas elaboraciones doctrinales caracterizadoras de las “normas materiales imperativas”²⁶⁰, “normas de aplicación necesaria”²⁶¹, “normas de aplicación inmediata”²⁶², “normas de orden

definida por J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *cf.*, “Comentario al artículo 12. 3 Cc”, *loc. cit.*, p. 912.

²⁵⁸ Así, Savigny consideraba que las normas imperativas se irían eliminando progresivamente con el desarrollo de la “comunidad de derecho”, *cf.*, literalmente tal afirmación, junto al estudio de la crisis de la norma de conflicto en el DIPr a la que nos estamos refiriendo, en el trabajo de J.D. González Campos, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *loc. cit.*, pp. 5262 y 5624.

²⁵⁹ Uno de los primeros en exponer el peligro de que a través de un arbitraje deslocalizado por encima de los ordenes públicos y de las normativas imperativas estatales podría dar lugar a que los Estados llegaran a abdicar en el control de los poderes económicos de los grandes poderes fácticos multinacionales fue, F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Bruselas, 1977, pp. 443-444.

²⁶⁰ Un estudio de los distintos métodos de elaboración doctrinal de las normas materiales imperativas, relativos fundamentalmente a la distinción entre las concepciones europeas y las propias de los países anglosajones, especialmente las de EEUU, se encuentra en A. Bonomi, *Le norme imperative...*, *op. cit.*, pp. 63-97. *Vid.*, también tal diferenciación entre ambos sistemas legales en T.G. Guedj, “The Theory of the Lois de Police. A Functional Trend in Continental Private Law. A Comparative Analysis with Modern American Theories”, *Am. Journ. comp. Law.*, 1991, pp. 661-697.

²⁶¹ El concepto de “normas de aplicación necesaria”, “*Norme d'applicazione necessaria*”, fue introducido en el DIPr por G. Sperduti, según el cual dichas normas no tienen ese carácter de “necesariedad” más que en su ordenamiento jurídico de origen, *cf.*, “Sulla capacità in diritto internazionale privato, con particolare riguardo alla capacità d'obbligarsi per fatto illecito”, *Riv. it. per le scienze giur.*, 1950, p. 306. Sobre dicha denominación, en el arbitraje, *cf.*, B. Hanotiau, “L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, *Journ. dr. int.*, 1994, núm. 4, p. 955. En nuestra doctrina, A. Marín López, utiliza, de manera similar dicha terminología, *vid.*, “Las normas de aplicación necesaria en el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol., XXIII, 1970, pp. 19-41.

²⁶² En la doctrina española, E. Pérez Vera, en el estudio de esta normativa en el DIPr, utiliza la terminología atribuida a Francescakis de “normas de aplicación inmediata”, “*Lois d'application immédiate*”, *vid.*, Ph. Francescakis, “Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 1-18. Incidiendo en que con estas normas la *lex fori*, tiene un papel privilegiado en relación con el Derecho extranjero que resulta inaplicable, *vid.*, E. Pérez Vera, “El Derecho del foro ante el método de atribución: Reflexiones en torno a su juego prioritario”, *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al Profesor Sela Sampil*, vol. II., Oviedo, Serv. Publ. Universidad, 1970, pp. 917-931.

En la práctica arbitral, *vid.*, su utilización en el laudo de la CCI núm. 6294/1991, *Journ. dr. int.*, 1991, núm. 4, pp. 1050-1052, con observaciones de J. J. Arnádez, *ibid.*, pp. 1052-1054. También en

público”²⁶³, “*Eingriffsnormen*” o “normas de intervención”²⁶⁴, entre otras²⁶⁵, todas ellas se identifican dentro de las técnicas directas de reglamentación²⁶⁶. Su positivización desde el punto de vista del DIPr se recoge de manera general bajo la denominación de normas imperativas en el art. 7 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980²⁶⁷. La dicotomía de su significado genérico en el DIPr, del cual partimos, obedece a que por un lado, son normas que las partes no pueden derogar al elegir el Derecho aplicable al contrato en el uso de su autonomía conflictual. Y, por el otro, imponen su aplicación preferente, automática, directa e inmediata, sea cual sea la norma de conflicto que haya resultado designada a través del método de atribución²⁶⁸.

55. La identificación del orden público interno con las normas materiales imperativas es habitual en la teoría y en la práctica relativa al orden público, sea éste referido a su ámbito de actuación en el DIPr²⁶⁹, o en el arbitraje internacional²⁷⁰. Tal

Recueil CCI, 1991-1995, pp. 405-409. Aplicación de normas de aplicación inmediata extrañas a la *lex contractus*.

²⁶³ La identificación de las normas imperativas con el orden público interno, “*Lois d’ordre public*”, se encuentra, entre otros, en el trabajo de P. Courteault y G. Flécheux, “La notion d’ordre public international dans la jurisprudence de la Cour de Cassation Française”, *loc. cit.*, p. 342.

²⁶⁴ La adopción, en nuestro ordenamiento, del concepto de normas de intervención utilizado en la doctrina alemana (*Eingriffsnormen*) para referirse a toda la normativa imperativa, en general, y fundamentalmente a aquellas normas imperativas que operan en el ámbito de la propiedad industrial, se debe a P.A. de Miguel Asensio, *vid.*, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 307-365. A cuya lectura nos remitimos por su complitud conceptual y su actualidad en las referencias y amplia bibliografía que allí se cita, completada en la segunda edición de dicha monografía, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, Civitas, 2000.

²⁶⁵ Así, entre estas denominaciones o diversas traducciones relativas a las normas materiales imperativas nos podemos encontrar con: “*Spatially Conditional Internal rules*”, “*Norme con appositiva delimitazione della sfera d’efficacia*”, “*Norme autolimitate*”, “*Functionally Restricted substantive rules*”, “*Peremptory Norms*”, “*Exclusive Normen*”, “*Räumlich Bedingte Sachnormen*”, “*Priority rules*”, “*Directly applicable rules*”, “*Self applicatng rules*”, “*Absolute rules*”, “*Imperative norms*”, “*normas o leyes de policía*”, “*overrining statutes*”, “*cláusulas correctivas (Ausweichklausen)*”, “*normas especiales de orden público*”, “*normas exclusivas*”, etc., *vid.*, en el arbitraje una referencia a todas ellas en A.N. Zhilsov, “Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration”, *N.I.L.R.*, vol. XVII, 1995, pp. 81-119, esp. pp. 82-83.

²⁶⁶ Dentro de las llamadas soluciones sustitutivas del paradigma normativo del DIPr Sobre su significado, alcance y función que reflejan también la dificultad de su concreción, *cf.*, J.C. Fernández Rozas, y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr*, *op. cit.*, pp. 167-170.

²⁶⁷ *Vid.*, J.A. Pérez Bevia, “Disposiciones imperativas y leyes de policía en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 99-124.

²⁶⁸ *Cf.*, la dualidad de formas que asumen las normas imperativas en DIPr en A. Bonomi, *Le norme imperative...*, *op. cit.*, p. 2.

²⁶⁹ G. Sperduti identifica las normas de aplicación necesaria con las normas de orden público interno. Según este autor, el predominio de las normas de aplicación necesaria permite una unidad conceptual del concepto de orden público en el DIPr, basada en unos principios de orden público

asimilación es muy criticada, sobre todo en lo que concierne a la institución arbitral, porque en muchas ocasiones conduce a los tribunales judiciales a anular un laudo arbitral sin razón, aplicando normas imperativas internas que no deberían tener entidad en un supuesto internacional²⁷¹. Lo que, en definitiva, nos lleva al problema de la inidóneidad de la aplicación del orden público interno a un supuesto internacional²⁷². Además, son normas que tampoco se encuentran expresamente recogidas como causa de anulación ni de denegación del reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral en ningún instrumento convencional, por lo que no faltan voces que abogan por su desaparición en el contexto del arbitraje internacional donde sólo debería aparecer el concepto de orden público y el de las leyes de policía²⁷³.

56. En los Convenios internacionales de arbitraje, cuyo paradigma en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, el Convenio de Nueva York de 1958, en el art. V. 2. b), expresa “que el reconocimiento o la ejecución sean contrarios al orden público”, sin nombrarse para nada de manera específica a las normas imperativas. No procede, pues, a su identificación. En efecto, aunque de un

identificados con los intereses públicos de la comunidad internacional, *vid.*, “Les lois d’application nécessaire en tant que lois d’ordre public”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, pp. 257-270. Trabajo idéntico al publicado un año anterior por el mismo autor, “Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico”, *Riv. dr. int. pr.*, vol. XII, 1976, pp. 469-490.

²⁷⁰ La identificación, en el arbitraje, del orden público interno con el conjunto de normas imperativas perteneciente a un sistema legal determinado, lo encontramos, entre otros trabajos, en J. García de Enterría, “The Role of Public Policy...”, *loc. cit.*, p. 396. Asimismo, *cf.*, el concepto de orden público interno asimilado a las normas de intervención o normas imperativas acuñado principalmente en la tradición jurídica propia de los sistemas legales basados en el Derecho civil, en, Y. Derains, “Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration”, *loc. cit.*, p. 228.

²⁷¹ *Vid.*, el laudo interlocutorio núm. 4504/1985, 1986, *Journ. dr. int.*, 1986, núm. 4, pp. 1118-1127, con observaciones de S. Jarvin, *ibid.*, pp. 1127-1131, donde se pone de relieve que el desconocimiento o la inaplicación de las disposiciones imperativas, señaladamente en materia de forma, deja la puerta abierta al triunfo de un recurso de anulación ante los Tribunales del Estado en que se llevó a cabo el arbitraje, además de la posibilidad del rechazo al exequátur en el país de ejecución.

²⁷² *Cf.*, al respecto, P. Lalive, “Transnational...”, *loc. cit.*, p. 260.

²⁷³ Así, numerosos autores expresan la desaparición conceptual de las normas imperativas que beben directamente del concepto de orden público. El orden público se refiere más al mantenimiento de normas y principios fundamentales sobre los cuales reposa la sociedad, sean de naturaleza moral, política, económica y social. Las normas imperativas se limitan a evocar una técnica particular propia de ciertas reglas que suelen ser indicaciones o precisiones particulares que hace el legislador, para proteger más bien intereses puramente privados, suficientes para lo que confieren. Así, el Derecho suizo y el Derecho belga, al igual que gran parte de la doctrina, coinciden en distinguir las normas imperativas, que son aquellas que protegen intereses privados de las normas de orden público inspiradas en otras consideraciones, *cf.*, P. Mayer, “La sentence contraire à l’ordre public au fond”, *loc. cit.*, p. 619. Recientemente, autores como P. Nygh, han constatado que a pesar de la incuestionable discusión teórica que subyace en torno a las mismas, su aplicación práctica en el arbitraje internacional es más bien escasa,

lado, conformen éstas el aspecto positivo del orden público, en el sentido de que su aplicación es inmediata con lo que se impone el orden público interno del foro que las aplica, de otro lado no todas las normas imperativas tienen la misma repercusión a la hora de alterar el funcionamiento tradicional de la norma de conflicto en el DIPr, o la elección de ley realizada por las partes en el arbitraje²⁷⁴. El orden público requiere otros requisitos adicionales aparte de la simple imperatividad, especialmente para actuar en el arbitraje internacional. Sólo algunas están pensadas para trascender al plano internacional o para obviarlo²⁷⁵. Hay que recordar que toda norma de orden público es imperativa, pero no toda norma imperativa forma parte del orden público²⁷⁶. El orden público se debe distinguir de la simple imperatividad. La inderogabilidad o la imperatividad es el efecto principal del orden público pero no cabe identificarlo con la noción del mismo²⁷⁷.

57. El hecho de que en todos los sistemas nacionales determinadas materias se encuentren regidas por normas que han de ser aplicadas imperativamente en el ámbito al que se circunscriben es una alusión directa al aspecto materializador del orden público en la función positiva del mismo, como imposición de determinadas normas del foro con independencia del elemento extranjero relevante²⁷⁸. Al ser, como hemos visto, el orden público una cláusula genérica muy difícil de cristalizar, en algunos ámbitos concretos de singular importancia éste ha sido materializado por el Estado regulándose en normas materiales especiales que responden a la denominación de normas materiales imperativas, leyes de policía o normas de intervención, siendo muy difícil su diferenciación²⁷⁹. Hay que apuntar que los sectores donde existe el peligro potencial de que se planteen problemas de imperatividad, tales como, el Derecho de la competencia,

cediendo a favor de la aplicación del orden público y de las leyes de policía, *cf.*, P. Nygh, "Choice of forum and laws in international commercial arbitration", *loc. cit.*, p. 26.

²⁷⁴ *Vid.*, el laudo de la CCI núm. 7528/1993, *Year. Comm. Arb.*, 1997, vol. XXII, pp. 125-131. Inaplicabilidad al contrato internacional de normas imperativas de derecho interno.

²⁷⁵ *Vid.*, el laudo de la CCI num. 7047/1994, *Year. Comm. Arb.*, 1996, vol. XXI, pp. 79-98. Donde ante la prueba de un soborno son de aplicación las normas imperativas de terceros países, consideradas de orden público internacional.

²⁷⁶ "Every public policy rule is mandatory, but not every mandatory rule forms part of public policy", *cf.* K.H. Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", *loc. cit.*, p. 183.

²⁷⁷ Así, lo destaca P. Mayer, en el empeño de separar la noción de orden público de lo que el califica como la simple imperatividad, *cf.*, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, p. 618.

²⁷⁸ *Vid.*, al respecto, S. Lazareff, "Mandatory Extraterritorial Application of National Law Rules", *ICCA Congress series* núm. 7, Viena, 3-6 de noviembre de 1994, pp. 538-553.

²⁷⁹ *Cf.*, E. Jayme, "Métodos para la concretización...", *loc. cit.*, p. 243.

las cuestiones de embargo, la expropiación, la restricción de las exportaciones, el control de cambios, la protección del patrimonio histórico y cultural, las relativas al medioambiente, a la venta de animales y plantas, a la biogenética, y en especial, la protección de la parte débil en la contratación interna e internacional: contratos de consumo, seguros de trabajo, etc.²⁸⁰, constituyen claros ejemplos de la materialización de esa imperatividad, por motivos de necesidad²⁸¹.

58. El problema aparece porque la imperatividad de tales normas, ha trascendido a un nivel internacional y si cabe transnacional, siendo muy difícil encontrar una uniformidad en cuanto a su consideración en el ámbito universal²⁸². En el contexto internacional existen distintos grados de imperatividad de tal manera que únicamente las “normas internacionales imperativas” son aquellas que resisten la elección de ley realizada por las partes y resultan en todo caso obligatorias²⁸³. Estas son las que nos interesan en el arbitraje internacional ya que están por encima de la libertad de elección de ley que supone el método privado de resolución de controversias. En definitiva, de las dos clases de normas imperativas de las que podemos hablar en un contexto internacional se encuentran aquellas que no resultarían de aplicación cuando las partes eligen un sistema legal distinto al de éstas²⁸⁴. Y, el resto, mucho más restringidas, denominadas “normas internacionales imperativas” que se aplican, en todo caso, sea cual sea la elección de ley de las partes aunque ésta tuviera que ser decidida por un

²⁸⁰ *Vid.*, éstos sectores específicos nombrados por T. Bernd von Hoffmann, “International Mandatory Rules of Law Before Arbitral Tribunal”, *op. cit.*, p. 4. Además de los distintos sectores normativos arriba nombrados *vid.*, otros a los que hace alusión P.A. de Miguel Asensio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial, op. cit.*, p. 310.

²⁸¹ En el arbitraje, *vid.*, un supuesto práctico específico en materia de marcas, en el laudo núm. 4604/1984, asunto *Editrice Giochi Sri Milan v. CTG Products Corp. Delaware*, *Journ. dr. int.*, 1985, núm. 4, p. 973-979, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 980-981, relativo a la arbitrabilidad de la diferencia en un contrato de licencia de marca en exclusiva, sometido al art. 85 del CE, disposiciones imperativas y a normas anti-dumping.

²⁸² *Vid.*, R. Vander Elst, “Ordre public international, lois de police et lois d’application immediate”, *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruselas, Facultad de Derecho de la facultad libre de Bruselas, 1985, pp. 653-667.

²⁸³ Sobre los distintos grados de imperatividad, *vid.*, J.C. Fernández Rozas, y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, pp. 168-169. Autores que también consideran necesario distinguir las normas cuya imperatividad es absoluta de aquella que es relativa, según su aplicación a personas y situaciones concretas, *cf.*, *ibid.*, p. 170.

²⁸⁴ La naturaleza de las normas de aplicación inmediata no implica la aplicación de esta ley en otro Estado, *cf.*, B. Hanotiau, “L’arbitrabilité et la favor...”, *loc. cit.*, p. 955.

tribunal arbitral²⁸⁵. Son, éstas últimas, las que vamos a adoptar, sobre todo, en lo que se refiere a la fase arbitral.

59. En el arbitraje, la problemática de las normas imperativas afecta a todas las fases pero se centra más en el sector del Derecho aplicable²⁸⁶. Se trata de determinar si el árbitro internacional tiene la obligación de aplicar una norma imperativa internacional que no pertenezca a la ley elegida por las partes para regular sus controversias, ni tampoco a la ley que el árbitro considere más apropiada para regular el contrato en defecto de elección, “*The proper law of the contract*”. Los árbitros no están vinculados por ninguna *lex fori* de imperativa aplicación. A diferencia de los tribunales estatales los árbitros carecen de *lex fori* o de *lex causae* que deban aplicar en la resolución de la controversia internacional. La única vinculación a la que se deben los árbitros es al convenio arbitral firmado por las partes. Por lo tanto, en principio, sólo deben responder ante las mismas²⁸⁷. Si las partes han querido escapar de la aplicación de determinadas normas imperativas internacionales mediante la elección de una ley distinta, el dilema que se les plantea a los árbitros es si deben aplicar la norma imperativa de la que las partes han pretendido huir, o deberían ignorarla por completo sometiéndose al entonces yugo del convenio arbitral que legitima su poder²⁸⁸. Aunque nos detendremos más en este problema en la fase arbitral específica al Derecho aplicable, adelantamos que, en nuestra opinión, si bien un tribunal arbitral no tiene la obligación de aplicar las normas imperativas ni las internacionalmente imperativas de un foro en particular sí tiene la

²⁸⁵ Cf., T. Bernd von Hoffmann, “International Mandatory Rules...”, *loc. cit.*, pp. 3-4.

²⁸⁶ Ello no quiere decir que no estudiemos su influencia en cada una de las fases del arbitraje. Por ejemplo, en la fase negocial, *vid.*, las normas imperativas que afectan a la forma del convenio arbitral en el laudo núm. 5832/1988, *Journ. dr. int.*, 1988, núm. 4, pp. 1198-1202, con observaciones de G. Aguilar Alvarez, pp. 1202-1204. Disposiciones imperativas en la determinación de la ley aplicable a la forma del convenio de arbitraje.

²⁸⁷ Constituye un principio general del arbitraje internacional que el primer deber del árbitro es el de aplicar estrictamente el contrato estipulado por las partes salvo que éste viole el orden público, así manifestado en el laudo de la CCI núm. 3344/1981, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 330-339 y el laudo núm. 3316/1979, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 275-279, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 279-283.

²⁸⁸ *Vid.*, el laudo interlocutorio de la CCI núm. 5065/1986, *Journ. dr. int.*, 1987, núm. 4, pp. 1039-1043, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1043-1048. Si existiesen normas imperativas sobre la validez o la forma de la cláusula de arbitraje, el árbitro deberá respetarlas porque si no puede provocar que el laudo dictado sea anulado o inejecutable, esp. p. 1046.

obligación de hacer su laudo ejecutable²⁸⁹. Es por la vía indirecta a partir de la cual surge la obligatoriedad de aplicar las normas imperativas del lugar donde el laudo deba ser reconocido o ejecutado²⁹⁰.

B) Leyes de policía

60. Particular mención, dentro de los métodos normativos de reglamentación directa, merecen las normas o leyes de policía adosadas al marco del Derecho Internacional Económico donde el arbitraje juega un importante papel de cara a las transacciones privadas y comerciales que en él se gestan²⁹¹. Se ha dicho que la aparición del método de las normas de policía en DIPr es equivalente a la concepción del orden público económico en Derecho de los contratos²⁹². El aspecto diferenciador más relevante se debe a que las leyes de policía introducen un elevado factor de intervencionismo económico que dificulta su diferenciación entre el carácter público y el privado de la misma. Mientras que las normas imperativas obedecen al carácter imperativo que en el orden internacional tienen determinados sectores normativos del Derecho privado, las leyes de policía se refieren al carácter imperativo y territorial de las normas de Derecho público²⁹³. Goldman define a las normas que regulan el Derecho de la competencia como leyes de policía económica, que no se pueden clasificar según la categoría tradicional de las normas de Derecho, sino que se sitúan en la “zona gris”

²⁸⁹ *Vid.*, el laudo de la CCI núm. 3380/1980, *Journ. dr. int.*, 1981, núm. 4, p. 928. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 303-307; y, las reflexiones generales de S. Lazareff, “Mandatory Extraterritorial Application of National Law Rules”, *op. cit.*, pp. 538-553.

²⁹⁰ Sobre la arbitrabilidad de la diferencia y la competencia del tribunal arbitral, en función de justificar la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley del país donde la sentencia va a ser potencialmente ejecutada, *vid.*, el laudo núm. 2476/1976, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 173-176; también en *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, p. 936.

²⁹¹ Sobre el análisis de las normas imperativas y leyes de policía circunscritas a las normas de intervención económicas, en general, *vid.*, F.J. Garcimartín Alférez, *Contratación internacional y medidas de coerción económicas*, Madrid, 1993. La concepción jurisdiccional y material del carácter nacional de ley de policía se levanta en, A. Nuyts, “L’application des lois de police...”, *loc. cit.*, pp. 245-265, esp. p. 262.

²⁹² *Cf.*, J.B. Racine, *L’arbitrage...*, *op. cit.*, p. 16. Sobre las normas de orden público en el plano económico y en el progreso tecnológico, *vid.*, A. Guarneri, *L’ordine pubblico...*, *op. cit.*, pp. 176-180.

²⁹³ Así, las leyes de policía han sido identificadas con disposiciones de Derecho público encaminadas a proteger intereses colectivos tales como el régimen de control de cambios, el Derecho procesal y el Derecho penal y la normativa de protección de la libre competencia. Incluso, hay parte de la doctrina que se inclina más por su consideración de Derecho público considerándolas como normas administrativas, *cf.*, A. Nuyts, “L’application des lois de police...”, *loc. cit.*, p. 263.

del mismo, al ser normas de Derecho privado por su objeto, al tiempo que son normas de Derecho público por su objetivo²⁹⁴. En este sentido, los planteamientos de L. Idot nos parecen de lo más interesantes. Al tratar sobre la normativa de la competencia en la primera y segunda fase del arbitraje, esto es, en la arbitrabilidad, fase negociada, y en el Derecho aplicable, fase arbitral, el concepto apropiado para referirnos a las normas de la competencia es el de “leyes de policía”. Sin embargo, en la fase final, la noción que habremos de emplear en el control del laudo arbitral será la de “orden público internacional”²⁹⁵.

61. La confusión terminológica más habitual se debe a que el mismo contenido de las leyes de policía cambian de continente si el supuesto es internacional. Ello se debe a que la terminología propia de las “*lois de police*”, utilizadas en el ámbito interno con carácter de territorialidad, reemplazan el término por el de “normas de orden público”, “*lois d’ordre public*”, cuando el supuesto es internacional²⁹⁶. En este último caso, la normativa es mucho más flexible. No se aplican todas las normas de policía internas sino solamente aquellas que justifiquen su extraterritorialidad en el ámbito internacional. El hecho de que las leyes de policía determinen por sí mismas su propio campo de aplicación espacial, tal y como desde Franciscakis hasta nuestros días había sido precisado por la doctrina²⁹⁷, es hoy puesto en tela de juicio en los últimos trabajos doctrinales al respecto, que critican el excesivo rigor de dicha territorialidad en un contexto internacional²⁹⁸. La solución está en que las propias leyes de policía se

²⁹⁴ Cf., las referencias a Goldman en J.P. Maire, y D. Hahn, “L’arbitrabilité, le droit applicable et l’ordre public”, *Réglementation de la concurrence et évolution du concept*, *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A, 1993, p. 81. Para un mayor abundamiento sobre las leyes de policía, *vid. infra*, la acepción de las normas imperativas preferiblemente identificadas con las leyes de policía en el Derecho de la competencia.

²⁹⁵ Cf., L. Idot, “Rapport introductif. L’arbitrabilité, le droit applicable et l’ordre public des litiges intéressant la concurrence”, *op. cit.*, p. 16. En todo caso, volveremos con esta distinción en el capítulo final, *vid., infra*, Cap. V.

²⁹⁶ *Vid.*, la confusión a la que induce la noción, derivada de la práctica jurisprudencial francesa en la diferente aplicación de las leyes de policía en su dimensión interna e internacional en A. Bonomi, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, *op. cit.*, 1998, pp. 76-77.

²⁹⁷ Recordar que Ph. Franciscakis definía las leyes de policía como “aquellas cuya observación es necesaria para salvaguardar la organización política, social y económica de un país”, *vid.*, tal conceptualización desde sus primeros trabajos al respecto, “Quelques précisions sur les lois...”, *loc. cit.*, pp. 1-18 y, “Y a-t-il du nouveau en matière d’ordre public?”, *Travaux du Comité français*, 1966-1969, pp. 149-169.

²⁹⁸ Sobre todo, de aquellos análisis procedentes de la doctrina norteamericana que consideran que en el ámbito europeo la aplicación de las leyes de policía es demasiado restrictiva y territorialista, *vid.*, T. Guedj, “The Theory of the Lois de Police...”, *loc. cit.*, pp. 661-697.

sometan a un control de proporcionalidad que tuviera en consideración su aplicación en el marco comercial internacional²⁹⁹.

62. En nuestra opinión, leyes de policía, normas de orden público interno y normas imperativas o de intervención, son expresiones de una misma realidad³⁰⁰. La práctica jurisprudencial judicial y arbitral así lo indica. No faltan decisiones jurisprudenciales relativamente recientes que identifican las normas imperativas con las leyes de policía³⁰¹. La originalidad de éstas normas reside en el único hecho de que restringen el juego de la excepción de orden público como consecuencia del propio movimiento de intervención del Estado en la esfera económica³⁰². Por ello, será precisamente en las normas relativas al Derecho de la competencia, ejemplificativas del Derecho económico por excelencia, donde nos detengamos en su estudio en el arbitraje y ahondemos en las cuestiones concretas que superan la ya de por sí problemática conceptual que provocan en su consideración en el procedimiento arbitral³⁰³. Para después profundizar en el valor de su imperatividad cuando el árbitro debe aplicar una ley de policía al fondo del contrato cuando ésta no se encuentra especificada en la *lex contractus*³⁰⁴. Y, finalmente, en la fase post-arbitral, analizar los efectos de las leyes de policía en el control del laudo arbitral internacional por un juez estatal. Ya que, la violación de las leyes de policía del foro constituyen un atentado material contra el orden público estatal que ha lugar a anular o no reconocer ni ejecutar el laudo internacional contrario a las mismas³⁰⁵.

²⁹⁹ Sobre el principio de proporcionalidad que se debería aplicar en la utilización de las leyes de policía en el contexto internacional, *cf.*, A. Nuyts, "L'application des lois de police...", *loc. cit.*, p. 262.

³⁰⁰ *Vid.*, la Sent. del Tribunal Federal Suizo de 28 de abril de 1992, *Rev. arb.*, 1993, núm. 1, p. 124, con nota de L. Idot, y el laudo arbitral de la CCI núm. 2811/1978, *Journ. dr. int.*, 1979, núm. 4, pp. 983-986, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 986-989, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, esp. p. 231, donde se denomina "*leyes de policía*" para identificar a la normativa considerada de orden público en el Derecho comunitario, arts. 85 y 86 del Tratado CE, actualmente artículos 81 y 82 CE.

³⁰¹ *Vid.*, la Sent. de la Corte de Apelación de París, de 24 de marzo de 1995, *Asunto Bin Saud Bin Abdel Aziz c. Crédit Industriel et Commercial de Paris*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 2, p. 259, donde los jueces declaran que la referencia a las normas imperativas del Derecho francés remite a la normativa francesa que tenga valor de ley de policía.

³⁰² *Cf.* la cita de B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 916, nota 49.

³⁰³ *Vid.*, *infra.*, Cap. III. I., el orden público en el Derecho (s) de la competencia.

³⁰⁴ *Vid.*, *infra.*, en el Capítulo correspondiente a la fase arbitral, capítulo IV, II. 2. B).

³⁰⁵ Así, utilizando la misma terminología atribuida a Ph. Francescakis de las leyes de policía P. Mayer considera la violación de éstas como un atentado al orden público que no se puede tolerar por el juez encargado del control de la sentencia arbitral, *cf.*, "La sentence...", *loc. cit.*, pp. 624-631.

III. Normas de intervención y orden público en el Arbitraje Privado Internacional

1. AUTONOMÍA CONCEPTUAL Y ÁMBITO DIFERENCIAL

63. El concepto de orden público es un claro ejemplo de homónimo. A pesar de mantenerse invariable, terminológicamente hablando, su contenido, función y significado adquiere una fisonomía propia dentro de la disciplina en la que esté actuando. De ahí, que no sea exactamente el mismo el orden público que opera en el arbitraje internacional que el que interviene en el resto de las ramas jurídicas que responden a las distintas acepciones que se han analizado, aunque de que cada una de ellas se puede tomar prestado todo o algo de su singular faceta para adaptarla al arbitraje. Al igual que el orden público existente en el DIPr posee una total independencia respecto al orden público adaptado a otras ciencias jurídicas, económicas y sociales, lo mismo ocurre en el arbitraje y, a su vez, en relación con éste y aquellas. Sólo que, como hemos visto, la admisibilidad de los criterios empleados en DIPr pueden ser extrapolados al arbitraje, en las distintas fases, en muchas de las actuaciones en las que los árbitros se equiparan a los jueces estatales, dentro de la tendencia actual ineluctable a la jurisdiccionalización del arbitraje³⁰⁶ y, por supuesto, también son utilizados cuando es un juez el que debe decidir en relación con la cláusula de orden público susceptible de frenar la eficacia del laudo arbitral internacional en la fase post-arbitral. Su aplicación, contenido y función/es se adecua a cada orden del mundo jurídico en el que se mueve.

64. Existe una sola noción de orden público pero ésta es polivalente y versátil no sólo en la institución arbitral, en su totalidad, sino, dentro de la misma, su contenido y sus funciones son también distintas en cada una de las fases en las que actúa³⁰⁷. Así

³⁰⁶ Donde mejor se observa la jurisdiccionalización del arbitraje es en algunos de los aspectos referidos a la determinación del Derecho aplicable al fondo del asunto, *vid., infra*, Capítulo IV.

³⁰⁷ Sobre el orden público polivalente y cambiante en cada rama del Derecho en la que se mueva, *vid., supra*, las anotaciones realizadas en el apartado dedicado a la “*Caracterización general*”. En relación con la variabilidad del orden público de forma específica en el arbitraje internacional, *cf.*, entre otros, a P. Lalive, “Ordre public transnational...”, *loc. cit.*, p. 334; M. Buchanan, “Public Policy...”, *loc. cit.*, pp.

pues, la excepción de orden público interviene en las distintas etapas que cronológicamente dibujan el procedimiento de arbitraje y lo hace de manera distinta en cada una de ellas según sea éste interno o internacional o, incluso, transnacional.

65. Aparte de las acepciones ya vistas en la tipología característica, el orden público en el arbitraje ha sido considerado desde las más variadas perspectivas. De un lado, desde un punto de vista amplio, e incluso abusivo, que identifica al orden público como un “cajón de sastre”³⁰⁸. En él cabría todo aquello que quisiera utilizar un Tribunal estatal para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral internacional, *a posteriori*, o para negar la arbitrabilidad de una controversia internacional, *a priori*, con el correlativo impedimento de la competencia de los árbitros en determinadas materias, esto es, vetando la arbitrabilidad. En el lado opuesto, se encuentra la visión a la que aludíamos como característica de la doctrina anglosajona, que de manera más aconsejable restringe al máximo el alcance del orden público también aplicado al arbitraje internacional. Como línea más extrema, en este sentido, se entiende como acepción típicamente extraída de la jurisprudencia estadounidense que el único orden público que sirve como límite en un arbitraje es aquel que defiende la protección de la vida humana, el orden público identificado con los Derechos humanos fundamentales. El resto no es orden público que pueda ser invocado como cláusula de excepción en el arbitraje³⁰⁹.

66. Sin llegar a la radicalidad de ésta última postura que acoge la visión más estricta, la acepción del orden público más utilizada en el arbitraje es la que entiende que éste equivale a los valores constitucionales fundamentales³¹⁰. Algunos autores

512-513; J. García de Enterría, "The Role of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 390; y Ph. Fouchard, que se refiere al polimorfismo del orden público, "*le polymorphisme de l'ordre public*", en el prólogo de la obra de J.B. Racine, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, p. VII.

³⁰⁸ Cf., J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 283.

³⁰⁹ Afirmación realizada en la nota al caso *United States Postal Service v. American Postal Workers*, "The Incredible Expanding Public Policy Exception to Arbitration Finality", *Willamette L. R.*, vol. 21, 1985, p. 631.

³¹⁰ En la exposición de motivos de la Ley española de arbitraje, Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, *BOE* núm. 293, de 7 de diciembre de 1988 (corrección de errores en *BOE* núm. 185, de 4 de agosto de 1989), se expresa que el orden público "*es un concepto que habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución*". *Vid.*, S. Ortiz Navacerrada, "La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje: aspectos procesales, *Actualidad Civil*, 1989, núm. 2, p. 163. Señala que a los efectos de anulación de un laudo arbitral, el concepto de orden público debe reconducirse a los principios constitucionales, como interpreta la propia exposición de motivos de la LA.

reducen el problema del orden público a lo más simple. Se basan en el principio radical y más tradicional según el cual el orden público no debería plantear ningún problema porque sencillamente siempre prevalece ante cualquier conflicto. Se impone a todos. A las partes contratantes, a los jueces, a los mediadores, a los amigables componedores, y por supuesto, a los árbitros. Utilizando un símil marítimo, J. Vassogne, expresa que el orden público no puede ser discutido ya que es el que da seguridad al navegante. Se aplica sobre toda circunstancia y no hay más que discutir sobre el mismo³¹¹. Si siguiésemos esta acepción se acabaría el problema de la delimitación del orden público en cualquier ámbito. Pero la cuestión no es tan sencilla. La principal dificultad consiste en reconocer cuál es el contenido del mismo.

67. El ámbito diferencial de la actuación del orden público en el arbitraje y en el DIPr es motivo de contraste, en primer lugar, en relación con la función de evicción. Es precisamente de esta concepción del orden público, que sólo se demuestra o se constata *a posteriori*, de la que queremos alejarnos en el arbitraje en el sentido de no centrarnos exclusivamente en ella, puesto que no hay razón para anclarse únicamente en la fase post-arbitral y analizar sólo el orden público internacional de aquel país donde el laudo sea susceptible de ser anulado o tenga que ser reconocido o ejecutado. El orden público, actúa en todas las fases del arbitraje a través de una mediatización continuada que adopta diferente signo según la etapa en la que nos encontremos. Ya sea, la fase negocial, la propiamente arbitral, o la fase judicial o post-arbitral. Y, en ésta última, está fuera de toda duda la existencia de importantes diferencias entre el procedimiento de reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera y el mismo procedimiento si se trata de un laudo arbitral³¹². En segundo lugar, se observa que el orden público en el arbitraje internacional se debe considerar incluso de un modo más restringido que el orden público internacional, también estricto, que funciona en el DIPr³¹³. En el sentido de que el veto del orden público como anulación o causa de la no-homologación de una sentencia arbitral internacional se debe aplicar en atención a criterios todavía más

³¹¹ Cf., J. Vassogne, "L'arbitre, le juge et l'ordre public...", *loc. cit.*, p. 87.

³¹² Cf., C. Kessedjian, "International Commercial Arbitration and International Public Policy" (Discussion), *Am. Soc. Int. L.*, 1987, p. 379.

³¹³ En éste sentido, la excepción de orden público debería ser aplicada estrictamente al tratarse de la ejecución de laudos arbitrales, en oposición, por tanto, al trato relativo a las sentencias, cf., J. García de Enterría, "The role of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 394.

reducidos que los utilizados para anular o denegar el reconocimiento y la ejecución a las sentencias judiciales internacionales.

68. De esta manera es indudable que el orden público afecta de manera especial al proceso arbitral y a los resultados del mismo en determinados ámbitos de marcado carácter sustantivo y procesal³¹⁴. Las normas imperativas y el orden público influyen inevitablemente en la arbitrabilidad de determinadas materias y en el Derecho aplicable a las mismas³¹⁵. La dimensión positiva del orden público es la que más nos interesara en las dos primeras fases del arbitraje. La fase negocial, centrada en la arbitrabilidad, y la fase arbitral, en la que prima la consideración del Derecho aplicable al fondo de la controversia. Será su dimensión negativa la que actuará preferentemente en la fase post-arbitral³¹⁶. Es en el control que del laudo arbitral hacen los jueces y tribunales del foro donde se está más habituado a tratar la cláusula de orden público. En contadas ocasiones, es posible que ésta tenga algo que decir en la fase negocial evitando la arbitrabilidad por razones de orden público internacional o transnacional. Por ello, son raras las veces en las que un árbitro declina su propia competencia por motivos de la inarbitrabilidad de la materia sobre la base del orden público internacional³¹⁷.

69. Hasta el capítulo final, en la fase post-arbitral, no se hablará de la “cláusula” de orden público, que únicamente se refiere al aspecto negativo del mismo. En las otras dos fases, sobre todo en la primera, destaca su función positiva. De hecho, en la arbitrabilidad de la controversia, afloran las normas imperativas de la ley de un Estado determinado que son las que en definitiva permiten o no la arbitrabilidad de la materia.

³¹⁴ *Vid.*, un estudio completo del orden público sustantivo y el orden público procesal en el arbitraje internacional en, M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law*, *op. cit.*, pp. 299-355.

³¹⁵ *Cf.*, D.A. Redfern, "International Commercial Arbitration...", *loc. cit.*, p. 373.

³¹⁶ El orden público negativo es el de evicción o "Vobehaltsklausel", donde la función del orden público es negativa ya que imposibilita al derecho, sentencia, o laudo extranjero que sea ejecutado, *cf.*, P. Lalive, "Transnational (or truly international)...", *loc. cit.*, pp. 261-262.

³¹⁷ En el laudo de la CCI núm. 2558/1976 de la CCI, *Vid.*, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 952-957. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 189-192, con las observaciones al respecto de Y. Derains, *ibid.*, pp. 192-195, somos testigos excepcionales de una de las escasas ocasiones en las que un árbitro se declara incompetente por considerar que la arbitrabilidad de la materia, contrato de trabajo internacional, es contrario al orden público internacional. No así, en el problemático asunto de la hormona del crecimiento, *cf.*, el laudo de la CCI, núm. 5617/1989, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 537-546, observación de D. Hascher, pp. 547-550. Y, posterior comentario de C. Byk, "Le droit international de la bioéthique, *ius gentium* ou *lex mercatoria*?", *loc. cit.*, p. 913, donde a pesar de ser la materia inarbitrable, por los mismos motivos que el supuesto anterior, el árbitro no declinó su competencia y decidió arbitrar.

En éste contexto, el orden público visto como una pareja de gemelos con personalidades antagónicas, o como un mismo elemento en el que se encuentra latente el conflicto ambivalente reflejado por Stevenson en el *Dr. Jekyll y Mr. Hyde*, se utiliza para asimilar la dimensión positiva y negativa del mismo en los períodos que marcan los dos extremos del procedimiento arbitral³¹⁸. El orden público “bueno” o positivo actúa en la arbitrabilidad, ya que es precisamente éste es el que permite la validez del objeto del convenio arbitral en las controversias de carácter internacional y el orden público “malo”, de evicción o, en sentido negativo, actuaría en la fase de control del laudo arbitral, al ser utilizado de manera imprecisa, vaga o aleatoria para permitir o impedir, generalmente, la ejecución de un laudo. Es curioso, en éste sentido, que el mismo concepto de orden público que se utiliza en el arbitraje para ampliar la arbitrabilidad de la controversia internacional sirva después para anular o rechazar el laudo en la materia controvertida³¹⁹.

70. No nos vamos a detener demasiado en la diferenciación a la que antes hemos aludido en el DIPr en relación con las peculiaridades del orden público en los países de la *common law* y de la *civil law*, ni sus diferencias en los escasos países comunistas que quedan en los que el orden público adquiere un fuerte componente social de interés general³²⁰, ni tampoco en cuanto a sus peculiaridades en los países árabes, que siguen la tradición del Islám en sus leyes y, por tanto, en sus valores fundamentales considerados de orden público³²¹. Si bien, se podría extrapolar, con carácter general, las apreciaciones ya hechas no consideramos que tales diferencias tengan un impacto verdaderamente relevante en la práctica arbitral. La tendencia actual en el arbitraje internacional es la de hacer desaparecer la histórica dicotomía entre ambos sistemas, anulando su distorsión

³¹⁸ Para ver las distintas acepciones del orden público tal y como se entiende en su sentido positivo y negativo, *vid.* J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 335-340, quién expresamente se refiere a las dos caras del orden público como una pareja de gemelos, uno de los cuales es bueno y el otro malo: "A Good Public Policy and its Evil Twin", *cf.*, esp., pp. 335-338, para la acepción positiva del orden público y pp. 339-340, para la negativa.

³¹⁹ *Vid. infra.* Capítulo II.

³²⁰ Habiendo sido identificado, el orden público en los países de régimen comunista con los intereses públicos y sociales susceptibles de ser vulnerados, *cf.*, el art. 58 *in fine* de la ley de Arbitraje de la República Popular China, de 31 de agosto de 1994: "that the award is contrary to the public interest it shall rule to vacate the award", *cf.*, RCEA, vol. XII, 1996, p. 246.

³²¹ Recogiendo como noción próxima al orden público de evicción, la contrariedad de la sentencia extranjera a la ley islámica en los países árabes, que en la práctica viene a ser lo mismo, "*la Chari'a islamique notion proche de celle d'ordre public*", *cf.*, J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 443.

en la práctica³²². La alusión al orden público en la letra de los Convenios internacionales de arbitraje y las legislaciones internas al respecto vienen a significar lo mismo³²³. Los contenidos respectivos del *ordre public* y del *public policy*, no aparecen reflejados en las distintas traducciones del Convenio de Nueva York, correspondiéndose su redacción a la acepción genérica del orden público en todos los textos autenticados³²⁴. Las nuevas tecnologías y el desarrollo incipiente de arbitrajes a través de la red ha propiciado un vínculo entre las culturas jurídicas de los países de la *common law* y de Derecho civil³²⁵. Además, el progresivo desarrollo y aceptación en los países de Derecho civil de la idea de un orden público internacional, opuesto al orden público interno, ha reducido la relevancia de las diferencias entre los dos conceptos y su intercambiabilidad es una práctica habitual hoy en día³²⁶. Lo cual, no resulta óbice para señalar más adelante las diferencias que todavía hoy se encuentran pertrechadas en la teoría y en la práctica como resultado de la preeminencia de los caracteres propios de la dualidad de sistemas durante tantos años³²⁷.

71. Sin ceñirnos a ninguna de las fases del procedimiento arbitral en particular, que serán analizadas posteriormente de forma individual, otra de las diferencias es que en el DIPr el orden público puede ser entendido desde distintas perspectivas una de las

³²² Adoptamos, por tanto, en este punto, la postura de, B.M^a. Cremades, el cual si bien reconocía, en un principio, que las diferencias relativas al arbitraje entre los dos sistemas sí existían, *cf.*, "El arbitraje en el siglo XXI", *loc. cit.*, p. 1191, posteriormente afirma que en determinados ámbitos, como el de la responsabilidad, la práctica arbitral llevada a cabo en ambos sistemas han llegado a conclusiones similares, *id. loc.*, p. 1192. Azuzado por la importancia de la materia, años más tarde, con motivo del nuevo Reglamento de la CCI, dicho autor vuelve a abordar este tema y aunque no se refiera de manera específica al orden público, señala que la dicotomía existente entre los juristas formados en el Derecho anglosajón y los que habían adquirido su experiencia en el sistema continental, si bien protagonizaban un enfrentamiento dual hasta hace pocos años, tal diferenciación se encuentra desfasada en la actualidad, *cf.*, B.M^a. Cremades, "Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional", *Derecho de los Negocios*, n^o 85, 1997, p. 1.

³²³ A pesar del lenguaje vago e impreciso que respecto al orden público se nos ofrece en los principales Convenios internacionales sobre arbitraje, *cf.*, D.A. Redfern, "International Commercial Arbitration and International Public Policy", *loc. cit.*, pp. 374-375.

³²⁴ El término de *Public policy* en la redacción inglesa original del texto, se corresponde con la de *ordre public* en su versión francesa y con la de orden público en el texto español, *cf.*, el art. XVI. 1. CNY, donde se dice que "*La presente Convención, cuyos textos chino, español, francés, inglés y ruso serán igualmente auténticos...*", *cf.*, J. García de Enterría, "The Role of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 395.

³²⁵ *Cf.*, como la creación del "CyberTribunal", originaria de Canadá ha privilegiado el acercamiento entre ambas culturas jurídicas señalado por E. Caprioli, "Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (L'expérience du "CyberTribunal")", *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, p. 230.

³²⁶ *Cf.*, K.H. Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", *loc. cit.*, pp. 177-179.

³²⁷ Nos referimos a las diferencias relativas a la arbitrabilidad y al ámbito de aplicación del convenio de arbitraje internacional, *vid. infra.*, el apartado dedicado a la arbitrabilidad en la fase negocial.

cuales se entiende en un sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y reflejan los valores esenciales y fundamentales de la sociedad en un momento determinado³²⁸. Mientras que en el arbitraje ésta perspectiva maximalista del orden público choca frontalmente con el control de fondo del Derecho aplicado por los árbitros siempre y cuando se tratase de una materia intervenida por el orden público y la normativa imperativa con el objeto de verificar si los árbitros han aplicado dicha normativa³²⁹. Por el contrario, en todo momento, incluso en su percepción conceptual global, el orden público debe ser entendido en un sentido muy restringido y limitado en el arbitraje internacional. La doctrina del orden público debería ser invocada únicamente en aquellos casos en los que claramente el perjuicio de lo “público” fuese incuestionable³³⁰. No debe depender de las interferencias que caracterizan el modo de pensar de los tribunales sobre cuáles son los valores fundamentales de orden internacional o interno que pueden formar parte del concepto de orden público³³¹.

72. Ello obedece a la falsa creencia de que el orden público no está dirigido a los árbitros internacionales como consecuencia de que en teoría éstos no están obligados por ninguna *lex fori* ni *lex causae* y, por lo tanto, tampoco estarían obligados por ningún orden público del cual los árbitros no son guardianes³³². Nosotros creemos que, según el orden público del que estemos hablando, éste no se encuentra únicamente dirigido a los jueces sino también a los árbitros internacionales. El orden público auténticamente internacional es aquel del cual sí han de ser los guardianes los árbitros internacionales. No hay que olvidar la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, respeto a la cual los

³²⁸ Cf., E. Pérez Vera, “El concepto de orden público en el Derecho Internacional”, *Anuario IHLADI*, 1984, pp. 273-287, esp. p. 279.

³²⁹ Tal y como señala E. Loquin en su nota a la Sent. de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 3 de junio de 1998, *A. c. X, Y y Z*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 71-79, esp. p. 75. Sobre éste problema de importante trascendencia práctica en cuanto al control del orden público y el resurgir del control de fondo del asunto en materias intervenidas por el orden público, *vid. infra*, el apartado dedicado en el capítulo V.

³³⁰ Cf., T. Oehmke, *International Arbitration*, *op. cit.*, pp. 256-259.

³³¹ Cf., K. Murphy, “The Traditional View of Public Policy and Ordre Public...”, *loc. cit.*, p. 592.

³³² Tradicionalmente viene siendo argumentado que los únicos guardianes que hay del orden público y de las normas imperativas de un foro determinado son sus propios jueces y tribunales nacionales. El árbitro internacional al carecer de foro es lógico que no se erija como defensor de ninguno determinado. Entre los autores que destacan el aspecto de custodia de los jueces nacionales como uno de los elementos diferenciales esenciales a los árbitros internacionales, *cf.*, H. Arfazadeh, “L'ordre public du fond...”, p. 227; A.M.^a Lorca Navarrete y J. Silguero Stagnan, *Derecho de Arbitraje...*, *op. cit.*, p. 514, etc.

árbitros sí son los guardianes de un orden público por el que deben vigilar para que éste no pueda hacer ineficaz su laudo. En esta vigilancia o deber de previsibilidad arbitral han de cuidar mucho de “guardar” que el laudo no sea anulado, o devenga inválido para el exequátur por motivos de orden público. De lo que se deduce que el árbitro indirectamente sí es el guardián del orden público.

73. La conclusión en este punto sería entonces que es falsa la tendencia a decir que los árbitros no son los guardianes del orden público. No lo son del orden público interno de carácter estatal, pero sí lo son, indirectamente, del orden público internacional estatal, porque en la práctica internacional se demuestra que están guiados por el principio de efectividad de hacer su laudo ejecutable³³³. En el fondo es un problema derivado de la doble naturaleza, contractual y jurisdiccional del arbitraje. El árbitro no está investido de una responsabilidad análoga al del juez público puesto que aquel no es el guardián del orden público estatal como sí lo es éste³³⁴. Por lo que el empeño del árbitro se debe principalmente a satisfacer a las partes privadas que recurren al arbitraje pero no a defender los intereses públicos. Lo que ocurre es que para ello tienen que respetarlos y cuidarse de que en la posterior fase de control no surjan impedimentos de orden público internacional de carácter estatal que puedan dañar la eficacia del laudo³³⁵. A la vez, directamente, son los guardianes del orden público realmente internacional imprescindible para posibilitar los cauces por los que se desarrolla de buena fe los pactos y las transacciones privadas internacionales.

74. En la etapa positiva de aplicación del orden público en las dos primeras fases del arbitraje debe tenerse presente que nos encontramos ante normas de orden público que están ahí y quieren ser aplicadas pase lo que pase. No es ni evicción de leyes, ni principios generales volátiles, ni problemas derivados de la ausencia de *lex fori* y de *lex causae* para el juez privado en el arbitraje. Sea cual sea la *lex causae*, si es que la hay, el

³³³ El árbitro debe actuar en equidad y aplicar una regla moral, ya que su función consiste en hacer el laudo ejecutable, *vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C)* de 11 de diciembre de 1997, *Société Cubana c/ Société Consavio International Ltd*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 124, con observaciones de D. Bureau, pp. 124-130, esp. p. 130.

³³⁴ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C.)* de 20 de mayo de 1994, *SNC Danton Défense c. SA Cotelle, Bella et Delpha*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 397-404. Nota de J.P. Le Gall, “Arbitraje y fiscalidad”, *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 3-39.

³³⁵ *Cf.*, P. Mayer, “La sentence...”, *loc. cit.*, p. 630.

árbitro está obligado a respetar, en todo caso, el orden público auténticamente internacional formado por los valores estrictamente imprescindibles para el funcionamiento del mercado internacional. Pero también se encuentra compelido por la aplicación de determinadas normas de orden público, leyes de policía o normas internacionalmente imperativas que exigen ser aplicadas con independencia de la forma de justicia, pública o privada, encargada de resolver la controversia. Así, por ejemplo, en el caso *Benetton*, las normas sobre libre competencia querían ser aplicadas y el árbitro, sin *lex fori* y sin *lex causae* no las aplicó, lo que dio lugar a un recurso de anulación por no haberlo hecho³³⁶. ¿Forman parte las normas de Derecho de la competencia de un orden público auténticamente internacional o transnacional imprescindible para el desarrollo del mercado y necesario para la libertad y legalidad de los pactos privados internacionales?. Nos inclinamos a pensar que sí, pero todavía es pronto para afirmarlo de manera definitiva a falta de un estudio riguroso previo que nos permita incluir esta normativa dentro del contenido del orden público realmente internacional del cual el árbitro internacional es guardián.

75. En definitiva, a pesar de lo arriesgado que puede ser incorporar criterios de transnacionalidad como algo materialmente tangible a través de normas de intervención auténticamente internacionales, como pudieran ser las normas de Derecho de la competencia o, según criterios menos palpables, como pudiera ser los principios generales realmente internacionales que los árbitros deben guardar y respetar. Conscientes de las consabidas críticas a las que la indeterminación y falta de rigurosidad que se deducen de la transnacionalidad dan lugar, más aún, aplicada al orden público; y sin tener un criterio claramente definido del que podamos partir como base; el orden público auténticamente internacional surgido a partir de criterios comunes de internacionalidad es algo que no podemos obviar. Está ahí y con una importancia tan grande en el arbitraje internacional que es él el que ha provocado la crisis del paradigma normativo. En este sentido, este orden público insoslayable debe ser concebido precisamente para supuestos internacionales. Pero no sólo para que sea tenido en cuenta por los árbitros internacionales sino también, para que esté dirigido a

³³⁶ *Vid.*, la Sent. TJCE de 1 de junio de 1999, As. C-12/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, Rec. 1999; con nota de S. Alvarez González, "Arbitraje Comercial

las partes que recurren al arbitraje, los empresarios y operadores internacionales, y a los órganos jurisdiccionales estatales de los distintos sistemas y culturas jurídicas.

76. Se persigue aumentar el papel de criterios transnacionales en la institución arbitral parejos a la disminución del control judicial en el arbitraje y, en consecuencia, alejados de la aplicación de criterios de orden público que se adapten a concepciones particulares del foro³³⁷. En suma, lo que se pretende es centrar más la atención en criterios de carácter supranacional en aras de poder concretar el contenido, por mínimo que sea, de un orden público arbitral transnacional. Es el proceso de desregularización o deslocalización del arbitraje al que antes nos habíamos referido³³⁸. A diferencia de los tribunales, cuya labor es la de constatar el orden público circunscribiéndolo a un momento y ámbito determinado, en cada caso concreto, en el que han de asumir la misión de valorar su existencia. Desde un punto de vista general, en función de la organización política, social, económica y ética acorde con las mutaciones derivadas de los distintos momentos históricos. Y desde un punto de vista particular, para que no se contravengan determinadas disposiciones imperativas, que afecten a la materia o materias controvertidas. El papel que compete a los valedores de la justicia privada es diferente.

77. Los árbitros no constatan el orden público. La misión de la constatación únicamente la realizan los Tribunales en el recuadro de anulación o en el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. El árbitro cuida de no contradecir el orden público y también de no obviar la aplicación de determinadas normas imperativas de cuyo ámbito de actuación no puede escapar. Precisamente el árbitro tiene este deber de cautela y responsabilidad hacia el orden público y la correcta aplicación de las normas materiales imperativas y leyes de policía, durante la fase negocial y la fase arbitral, si quiere que tenga éxito todo el procedimiento de arbitraje llevado a cabo. Por ello, que antes afirmábamos que “indirectamente” el árbitro internacional sí tiene ese

Internacional, orden público...”, *loc. cit.*, pp. 1-4; y nota de L. Idot, “L’arbitre et l’ordre public communautaire: prise de position de...”, *loc. cit.*, pp. 631-653.

³³⁷ Cf. M. Storme, “International Arbitration...”, *loc. cit.*, esp. p. 359.

³³⁸ Sobre la desregularización del procedimiento de arbitraje internacional, en general, independiente y autónomo del lugar donde éste se lleva a cabo, *vid.*, M. Storme, “International Arbitration...”, *loc. cit.*, pp. 359-373, esp. p. 371, y G. Kaufmann-Kohler, “le lieu de l’arbitrage a l’aune de la mondialisation...”, *loc. cit.*, pp. 517-536.

deber de velar por el orden público internacional susceptible de volver ineficaz el laudo en vías de ser dictado. De lo contrario, el orden jurisdiccional se encargará de “constatar” si el supuesto decidido en la instancia arbitral contraviene o no el orden público internacional. La conclusión, pues, es que el orden público se constata por los tribunales y se “previene” o se protege por los árbitros en la aplicación concreta del mismo. Es por ello, que en la fase post-arbitral, que los verdaderos guardianes jurídicos del orden público son los Tribunales estatales, que guardan en su actuación post-arbitral, que los árbitros no hayan sustraído la aplicación del mismo en el procedimiento de arbitraje³³⁹. La problemática se extenderá a la hora de comprobar la cultura arbitral que tiene el órgano jurisdiccional al decidir sobre la sentencia arbitral internacional que ante él se ha presentado, en el sentido de si en el exámen que hace de la misma respecto a si ésta no ha vulnerado los valores fundamentales del foro utiliza parámetros basados en la nacionalidad o la internacionalidad del orden público estatal.

2. NACIONALIDAD E INTERNACIONALIDAD DEL ORDEN PÚBLICO

78. La distinción entre orden público interno y orden público internacional, sobre la que se basa la naturaleza del concepto de orden público en DIPr, cobra una gran importancia en el arbitraje privado internacional³⁴⁰. La doctrina coincide en señalar que en la actualidad existen tres niveles de orden público susceptibles de influir en el procedimiento arbitral. El orden público interno, el orden público internacional y el orden público transnacional³⁴¹. No obstante, los tres no actúan con la misma intensidad.

³³⁹ La polémica sobre quienes son los guardianes del orden público, si el juez o los árbitros, ha sido objeto de argumentaciones y contrargumentaciones en numerosas ocasiones, sin que todavía se haya alcanzado algo definitivo. Hay autores que afirman sin más que uno u otro tiene el uniforme de guardián sin discutir la posibilidad de que éste sea compartido por los árbitros. Ejemplo de este último caso, en nuestra doctrina, A.M^a Lorca Navarrete y J. Silguero Estagnan afirman que: “En el caso del arbitraje la protección del orden público cumple una labor esencial. Sobre todo porque los Tribunales estatales se instituyen, entre otras razones, como guardianes jurídicos del orden público”, *Derecho de arbitraje español...*, *op. cit.*, p. 514.

³⁴⁰ Su confusión es muy peligrosa, sobre todo en lo que respecta al orden público procesal del Estado donde el laudo arbitral tiene que ser reconocido o ejecutado, *cf.*, P. Lalive, "Transnational...", *loc. cit.*, pp. 260-261.

³⁴¹ *Vid.*, los estudios que de manera idéntica en el sentido de distribuir el orden público en tres niveles realizan M.A. Buchanan, "Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 513-515 y C. Kessedjian, "International Commercial Arbitration...", *loc. cit.*, p. 379, a los que se seguirá en nuestro recorrido a través de los distintos niveles del orden público en el piso de arriba.

Existe un primer nivel interno, dentro de cada Estado, donde el orden público se entiende en sentido amplio como el conjunto de normas imperativas y criterios locales que se encuentran por encima de los límites a la libertad de la que gozan las partes en la caracterización del contrato sin que éstas puedan alterarlos ni derogarlos. De acuerdo a ello, los tribunales estatales, en última instancia, en su papel de supervisores del laudo arbitral pueden anular o no reconocer ni ejecutar la sentencia arbitral que entiendan pueda violar las nociones básicas de moralidad y justicia del foro³⁴².

El protagonismo que éste ostentaba en los primeros tiempos le ha sido arrebatado por el orden público internacional³⁴³. De tal manera que, en la actualidad, la influencia del orden público interno en el procedimiento arbitral internacional tiende más que a minimizarse a anularse por completo³⁴⁴. A excepción del papel que juegan las leyes de policía que, como hemos dicho tienden a respetarse por igual en el arbitraje interno que en el internacional, siendo su aplicación indiferente a la internacionalidad de la situación³⁴⁵. No obstante, en sentido general, la distinción entre orden público interno y orden público internacional posibilita que un convenio de arbitraje que hubiera sido en principio nulo, según un Derecho estatal que determinara la nulidad por causa de la inarbitrabilidad y de la contrariedad al orden público del foro, puede ser considerado válido en virtud del orden público internacional³⁴⁶.

³⁴² Cf. el caso *Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Société Générale de l'Industrie du Papier*, 508 F.2d 969, 974 (1974), *Year. Comm. Arb.*, vol. I, 1976, p. 295, y el resto de sentencias a partir del mismo, sobre todo provenientes de la jurisprudencia de los Estados Unidos que identifican el orden público con las “nociones de moralidad y justicia más elementales de un Estado”, cf., E. Gaillard, “Arbitrage commercial international: Sentence arbitrale. Contrôle étatique. Droit Conventionnel”, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 586-11, 1992, núm. 9, pp. 1-17, esp. p. 15.

³⁴³ Hay que recordar que la diferencia entre orden público interno y orden público internacional data de 1882 y se debe a Brocher, que considera a éste último con un alcance mucho más reducido que el primero, cf., A. Brocher, *Les principes consacrés par le droit positif français*, *R. des C.*, tomo I, 1882, p. 108. Referencia histórica contemplada igualmente por S. Barona Villar, “El laudo en el arbitraje de consumo”, *loc. cit.*, pp. 38-39, y por E. Jayme, “Métodos para la concretización...”, *loc. cit.*, p. 262.

³⁴⁴ A pesar de que hay autores que consideran que no es necesario suprimir la aplicación del orden público interno al arbitraje internacional ya que existen razones para permitir que el orden público interno siga desempeñando un papel en aquellos Estados donde no exista una cultura arbitral ni una voluntad real de adoptar un orden público de carácter supranacional que gobierne el procedimiento arbitral, cf., A. Broches, “International Commercial Arbitration and International Public Policy”, *loc. cit.*, pp. 379-380.

³⁴⁵ *Vid.*, *supra*, las afirmaciones a este respecto de P. Mayer, “La sentence contraire...”, *loc. cit.*, pp. 640-641.

³⁴⁶ Como ha señalado Böckstiegel, las normas en materia de inarbitrabilidad no son todas necesariamente de orden público, sino que éstas pueden ser simplemente imperativas, cf., “Public Policy and Arbitrability”, *loc. cit.*, p. 183; y B. Hanotiau, “L'arbitrabilité et...”, *loc. cit.*, p. 938.

79. El orden público internacional debe distinguirse del interno en su aplicación, mucho más restringida en atención a las relaciones privadas internacionales donde se considera necesaria una mayor libertad y flexibilidad. Interviene el efecto atenuado del orden público que prescribe que en las relaciones internacionales dirimidas a través del método heterocompositivo de resolución de controversias que supone el arbitraje, el orden público internacional estatal debe ser apreciado de manera menos rigurosa que el orden público interno³⁴⁷. En resumen, la idea de la acepción restringida del orden público reposa en el respeto de los Derechos adquiridos en el extranjero y de los valores fundamentales considerados de orden público provenientes de los sistemas jurídicos que no son del foro³⁴⁸. En el arbitraje privado internacional el orden público internacional, a diferencia del orden público interno, intervendrá únicamente en la medida necesaria para salvar las concepciones del foro. En este sentido, la función que cumple el orden público internacional es esencialmente positiva³⁴⁹.

Todas las normas de orden público internacional se incluyen dentro de la noción de orden público interno, pero no que todas las normas de orden público interno forman parte del orden público internacional³⁵⁰. Es por ello que el orden público internacional selecciona únicamente aquellos modelos de normas, pertenecientes al orden público interno de cada Estado, que estrictamente deben ser aplicadas a las situaciones de tráfico privado externo³⁵¹. En este sentido, el concepto de orden público internacional es muy criticado, dado que se discute si éste es realmente internacional o si obedece a los intereses internacionales que de manera particular se proyectan a partir de un Estado determinado³⁵². Así, el segundo nivel del orden público es considerado como una

³⁴⁷ En el caso decidido en la Sent. de la *Cour de cassation (1^a Chambre civile)* de 19 de diciembre de 1991, *Société Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continentale France*; *Rev. arb.*, 1992, núm. 1, pp. 76-82, con nota de L. Idot, se afirmó “*L’effect atténué de l’ordre public international (...). L’ordre public français applicable dans les relations internationales (...) doit être apprécié de manière moins rigoureuse que l’ordre public interne*”.

³⁴⁸ Se trata de atenuar el orden público estatal respondiendo al pragmatismo de limitar el efecto perturbador del orden público ante una situación que jurídicamente ha sido creada en el extranjero, *cf.*, H. Arfazadeh, “*L’ordre public du fond...*”, *loc. cit.*, pp. 232-233, esp. p. 232.

³⁴⁹ El orden público internacional contribuye así a la creación de una normativa material directamente aplicable a la relación jurídica, *cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado...*, *op. cit.*, p. 653.

³⁵⁰ *Cf.*, L. Matray y P. Martens, “*Arbitrage et ordre public interne*”, *Rev. arb.*, 1978, núm. 2, p. 108.

³⁵¹ *Cf.*, Y. Derains, “*Public Policy ...*”, *loc. cit.*, p. 227-228, y P. Lalive, “*Transnational (or Truly) International...*”, *loc. cit.*, p. 257.

³⁵² Sobre la naturaleza interna del concepto de orden público aunque éste sea internacional, *vid.*, P. Benvenuti, *Comunità Statale, Comunità Internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milán,

creación de un sistema legal nacional que da preferencia a determinados principios que se encuentran más vinculados a la soberanía de ese Estado³⁵³. Situación que de manera permanente deja abierta una atractiva vía susceptible de caer en la tentación de aplicar criterios puramente internos al tráfico internacional.

80. Si los Estados quieren beneficiarse de las ventajas del arbitraje internacional adaptadas a su vez a las inversiones y transacciones comerciales internacionales, es lógico que el orden público que ponga límite al mercado, y a la resolución de controversias en el mismo, sea también un orden público internacional. De esta manera, en el marco internacional, la responsabilidad de los árbitros lejos de desaparecer, se amplía. En el mundo del comercio y del tráfico privado internacional actual, la internacionalidad es una característica inherente a la institución de arbitraje. Su vocación es claramente universal, donde el árbitro internacional, al no tener obligación de cuidar ninguna *lex fori* en particular, debe velar por los intereses públicos que conforman el orden público transnacional o “realmente internacional”³⁵⁴. El problema es que no existe el concepto de orden público internacional en estado puro, esto es, desvinculado de los intereses nacionales del ordenamiento que a su vez le confiere la internacionalidad. Prueba de ello es la legislación de arbitraje Panameña, que si bien aplaudíamos por la incorporación específica del orden público internacional, es obvio que hay que poner especial observancia en su aplicación ya que la internacionalidad se entiende desde los criterios internos del foro. En el art. 41. 2 b) se subraya literalmente que el reconocimiento o la ejecución del laudo no sean contrarios al orden público internacional “de Panamá”³⁵⁵.

81. Ante dicha situación crítica es inevitable cuestionar si tiene sentido la concepción de un orden público internacional para el arbitraje internacional cuando, a

Giuffrè editore, 1977, pp. 4-7. Del mismo modo, N. Palaia, que señala que el orden público internacional debería ser considerado una creación de un sistema legal individual porque éste da preferencia a principios internos de la soberanía de un Estado determinado, *vid.*, *L'ordine publico...*, *op. cit.*, p. 15.

³⁵³ En el mismo sentido de crítica hacia el abuso de las concepciones nacionales que puede suponer la noción de orden público internacional, *cf.*, P. Courteault, y G. Flécheux, "La notion d'ordre public...", pp. 341-345 y J. García de Enterría, "The role of public policy...", *loc. cit.*, p. 397.

³⁵⁴ *Vid. supra*, las consideraciones previamente realizadas en este sentido, y *vid.*, *infra.*, el apartado específico dedicado al mismo.

fin de cuentas, el orden público, aunque internacional y restringido, responde a las concepciones particulares de un determinado Estado. Además, la ausencia de diferencias profundas entre el orden público interno y el orden público internacional que no varían en su contenido sino en la aplicación más o menos rigurosa del mismo es otro factor importante a tener en cuenta para observar cuál es la diferencia práctica de aplicación real entre los distintos niveles del orden público y cuál debería ser el orden público al que debería estar encaminado el arbitraje privado internacional. La evolución del arbitraje internacional insiste en dejar atrás al orden público internacional y recurrir, en la actualidad, al orden público que obedece a la concepción más extendida de orden público transnacional, formado por los principios generalmente reconocidos y aceptados en las transacciones internacionales³⁵⁶. El orden público que debería operar en el arbitraje internacional es el transnacional. Es por ello, que las diferencias más importantes se centran actualmente en la oposición entre orden público interno/internacional y la acepción relativa al orden público transnacional en el tercero de los niveles analizados.

82. Nos situamos, pues, en el tercer nivel que corresponde al denominado orden público transnacional, que a pesar de sus pretensiones conceptuales tiene mucho en común con el orden público internacional considerado de manera individual por cada Estado. De hecho, la mayor parte del contenido del orden público transnacional se deriva del orden público internacional estatal³⁵⁷. Sin embargo, los tribunales estatales deben decidir las cuestiones de orden público relativas a sus propios intereses estatales cuando el orden público transnacional no tiene esas limitaciones. Mientras que el primero, a pesar de ser internacional se somete al límite de lo que el Estado en particular determine como orden público internacional sobre la base de sus propios intereses particulares, el segundo no depende de ningún Estado en particular.

Urge aquí analizar la problemática actual del orden público en la etapa de globalización, deslocalización y autorregulación contemporánea para centrarnos en el papel que juega el orden público que, junto al internacional, debe ser defendido en el

³⁵⁵ Así, en el art. 41. 2 b), se podrá rechazar la homologación del laudo “*Si el reconocimiento y la ejecución son contrarios al orden público internacional de Panamá*”, *cf.*, Gaceta Oficial, sábado 10 de julio de 1999, núm. 23.837.

³⁵⁶ *Cf.*, C. Kessedjian, “International Commercial Arbitration...”, *loc. cit.*, p. 379.

³⁵⁷ *Vid.*, R.J. Sever, “The Relaxation of Inarbitrability and Public...”, *loc. cit.*, pp. 1687-1688.

arbitraje privado internacional y, en general, en las relaciones privadas internacionales. El orden público auténticamente internacional.

IV. Problemática actual del orden público en el arbitraje internacional

1. GLOBALIZACIÓN, DESLOCALIZACIÓN Y ORDEN PÚBLICO

A) Situación creada por la globalización. Panorámica general

83. Los riesgos de la globalización del comercio se encuentran íntimamente vinculados a los peligros de la deslocalización del arbitraje y a aquellos derivados de la autorregulación que posibilita la contratación internacional contemporánea³⁵⁸. La capacidad autonormativa de la comunidad internacional de los comerciantes que dio lugar a hablar de la considerada “nueva *lex mercatoria*” y de un también “nuevo” orden económico internacional³⁵⁹, se encuentra en la actualidad en manos de las grandes agrupaciones empresariales, grupos de sociedades o empresas multinacionales como referente indispensable de la etapa globalizadora actual³⁶⁰.

³⁵⁸ Con carácter general, sobre la tendencia a la autorregulación en la actual contratación internacional, el alcance de la remisión de los contratantes a reglas no estatales y la elaboración de normas materiales uniformes sin participación de las legislaciones estatales, *vid.*, P.A. De Miguel Asensio, “Armonización normativa y régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 859-883. Planteando la problemática que supone para las técnicas tradicionales del DIPr la configuración de los problemas jurídicos desbordantes asociados a la adaptación y posterior solución a los problemas de tráfico privado externo y la necesidad de complementariedad en estos casos de las técnicas de Derecho Uniforme, *vid.*, J.C. Fernández Rozas, “Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez*, t. IV., *Derecho civil y Derecho público*, Madrid, Cívitas, 1996, pp. 5210-5237.

³⁵⁹ Nociones que aunque en principio fueron mal digeridas por la ciencia jurídica, en la actualidad se encuentran sino plenamente aceptadas al menos asimiladas por la mayor parte de la doctrina internacional. En concreto, una de las discusiones más recientes sobre la “nueva *lex mercatoria*” en el nuevo orden económico internacional se puede examinar en el conjunto de trabajos y debates que recopila, Th.E. Carbonneau, *Lex mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant*, La Haya, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1998, objeto, por nosotros, de reseña en la *RCEA*, vol. XV, 1999, *en prensa*. Sobre el conflicto que se plantea entre la *lex mercatoria*, asociada al poder de las empresas y el *jus gentium*, *vid.*, Ch. Byk, “Le droit international de la “bioéthique”, “*jus gentium*” ou “*lex mercatoria*””, *loc. cit.*, pp. 915-944.

³⁶⁰ Para una guía de la evolución en el escenario mundial de la globalización comercial y los grandes cambios experimentados en el orden económico a través de las redes comerciales abiertas por las empresas internacionales, *vid.*, A. Ferrer, *Historia de la globalización. Orígenes del orden económico mundial*, Fondo de cultura económica de Argentina, S.A., 1996, pp. 11-89.

El auge imparable de la autorregulación normativa fue en principio “tolerado” por los Estados como consecuencia del retraso legislativo que éstos padecían, incapaz de hacer frente al rápido crecimiento de las transacciones privadas transfronterizas en el marco internacional. Crecimiento que se vio impulsado por las promesas de dichos poderes fácticos de realizar sustanciosas inversiones que aportarían un considerable enriquecimiento económico para las naciones en las cuales se pudieran asentar. La contrapartida exigida para adaptarse a la nueva situación empresarial y poder ser beneficiario de las prometidas y prometedoras inversiones provocó el dejar atrás esquemas legislativos apegados a las tradicionales restricciones impuestas por el orden público y las normas de intervención en numerosos ámbitos³⁶¹.

Los Estados se vieron entonces superados por una situación desbordante que imposibilitó un control efectivo de la práctica comercial que transcurría en torno, e incluso, por encima de las prescripciones que tradicionalmente habían sido protegidas por el orden público en sus respectivos foros³⁶². Todos los Gobiernos querían participar de la prosperidad asociada a un comercio a escala universal, motivo principal de que éstos se tuvieran que volver más permisivos en sus legislaciones estatales internas, viéndose en muchos casos obligados a modificar aquellos aspectos, generalmente contenidos en leyes de policía o en el orden público interno o internacional de carácter estatal, que pudieran afectar negativamente al desarrollo empresarial. En consecuencia, el papel protector y director del orden público del foro se vio minimizado por los intereses del mercado. El aspecto positivo, la evidente mejora que supone incorporarse a la economía de mercado. El aspecto negativo, que el poder del Estado y el orden público asociado al mismo se disuelve ante el poder empresarial internacional. La denuncia de que en algunos países el capital de las empresas supera al de los propios Gobiernos por lo que existe el peligro de que el orden público no derive de éstos sino de

³⁶¹ Evidenciando la reducción de los instrumentos del orden público en un mundo empresarial, *vid.*, en general, la monografía de A.E. Safarian, *Multinational Enterprise and Public Policy...*, *op. cit.*

³⁶² Dando cuenta del extraordinario incremento de poder que ha consolidado el dominio empresarial a escala universal y el peligro que ello comporta ante de la ausencia de control estatal de los poderes de las MNEs (*Multinational Enterprises*) que guían el devenir del comercio internacional, *cf.*, S. Joseph, “Taming the leviathans: Multinational enterprises and Human Rights”, *loc. cit.*, pp. 171-203, esp. pp. 172-175.

aquellas, proviene de ámbitos de todo tipo y no sólo de aquellos que se corresponden con los más estrictamente jurídicos³⁶³.

84. Lejos de ser catastrofista, lo único que se plantea es una situación que no deja de ser denunciada desde distintos sectores de la sociedad como problemática de actualidad y como uno de los principales problemas en un mediano futuro. Los peligros de la globalización, de forma paralela a sus beneficios, están ahí, y la firmeza del orden público que garantice y ponga freno a los abusos que se puedan derivar de las repercusiones de la internacionalización del mercado es algo que debe ser enérgicamente exigido desde todos los sectores. Citamos, textualmente, en este sentido, las clarificadoras reflexiones realizadas por E. García de Enterría, resumiendo nítidamente los efectos de la globalización con la que abandonamos el s. XX y los auténticos retos que nos desafían para el s. XXI: *“La exigencia, en el sistema económico de mercado, de una iniciativa y un riesgo que no todos pueden soportar y que, por ello, han de complementarse con unas políticas de “bienestar” frías y despersonalizadas, el olvido de que a una libertad exacerbada suelen corresponder, para evitar la desintegración del conjunto, técnicas represivas especialmente duras (...) es un hecho que pone en situación de riesgo serio lo que es el único sistema político imaginable para gestionarlo eficazmente, la democracia. (...) El gran reto del siglo que comienza puede ser la recuperación del hombre”*³⁶⁴.

Reflexiones similares a aquellas con las que comenzamos nuestro estudio resumidas en la opinión transcrita a continuación que resume los peligros de la globalización de la economía y la pérdida del poder de control del orden público como algo que necesariamente debe ser defendido y reclamado en el presente y futuro de la globalización comercial: *“En los últimos tiempos acontecen muchos signos intervencionistas...revestidos de liberalismo. Y los sectores más oligopolísticos siguen campando libres, haciendo bueno lo que decía Lamennais. “Donde hay fuertes y*

³⁶³ Entre otros muchos autores, *vid.*, las críticas en este sentido de A. E. Safarian, *Multinational Enterprise and Public Policy...*, *op. cit.*, pp. 59 y ss, y de S. Joseph, “Taming the leviathans: Multinational enterprises ...”, *loc. cit.*, pp. 171-203. Las empresas, las Compañías y reducidos grupos de empresarios están adquiriendo un poder superior al de los Estados. ¿Quién las va a controlar en caso de que fuera necesario?. ¿Acaso un orden público transnacional?.

³⁶⁴ *Cf.*, E. García de Enterría, “Una reflexión sobre el cambio de siglo”, *ABC*, 5 de mayo de 2000, p. 3.

débiles, la libertad oprime y la ley libera”³⁶⁵. Papel que en el arbitraje ha sido planteado por B. Oppetit, que plantea los peligros de la “banalización” del arbitraje internacional contemporáneo, producto de una pérdida de imperativos éticos en las transacciones internacionales de mercado y de una mayor ambigüedad que la habitual falta de determinación e imprecisión que siempre ha acompañado al orden público, consecuencia de la excesiva política de liberalidad observada en el arbitraje³⁶⁶. Situación que no es compartida, en un sentido tan catastrofista, por B.M^a. Cremades, en las consideraciones concretas realizadas de cara a la situación del arbitraje internacional en la globalización y en el nuevo s. XXI³⁶⁷.

85. El problema potencial es el de la extensión de un poder empresarial descontrolado unido a un desarrollo comercial ilimitado si éste se sitúa por encima de los intereses generales, orden público, de los Estados y del propio mercado. Ello no sólo afectaría negativamente a los Estados y a las partes débiles, consumidores y usuarios, sino también al resto de los propios empresarios que se verían sometidos a las reglas impuestas de hecho por los poderes fácticos que dictarían soterradamente sus reglas en los contratos, obviando el cumplimiento de un orden público y de unas normas imperativas que estorben. Si bien tradicionalmente se ha identificado al orden público con el interés general de la sociedad guiado a través del poder organizador que supone el Estado, no es cierto que en la actualidad el orden público se dedique a proteger exclusivamente el interés general de los Gobiernos implicados³⁶⁸. También protege el particular o empresarial, incluso por encima de los valores de dichas Naciones. Es el propio mercado el que impone un orden público tan fuerte, al menos en sus contenidos mínimos, como el que también debe ser el utilizado para defender los valores esenciales de los Estados. Los peligros de la globalización imponen la necesidad de defender la

³⁶⁵ Cf., J. Estefanía, “Hipérbole y realidad en la economía”, *El País*, domingo 16 de julio de 2000, p. 52. Autor, que en diferentes obras científicas y artículos de divulgación periodística ha venido manifestando una preocupación evidente por la situación ocasionada por el fenómeno de la globalización, *vid.*, a este respecto su obra, *La nueva economía. La globalización*, Madrid, Editorial Debate, 1996, pp. 9-99.

³⁶⁶ Cf., dicha expresión, en la propia contraportada de la monografía de B. Oppetit, “Théorie de l’arbitrage”, *Droit, Ethique, Société*, París, Presses Universitaires de France (Puf), 1998.

³⁶⁷ Cf., B.M^a. Cremades, “El arbitraje en el siglo XXI”, *loc. cit.*, pp. 1184-1192, *id.*, “El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada”, *loc. cit.*, pp. 1535-1537.

³⁶⁸ *Vid., supra.*, apartado I. 2.

efectividad de un orden público “transnacional” que sea aplicable y respetado por todos los participantes en el comercio internacional.

El objetivo es el de frenar el desbordamiento que supone la internacionalización en el sentido de no ceder en ámbitos esenciales de protección identificados no ya con los valores superiores de la soberanía de un Estado, sino con principios inalienables de orden público inherentes al ser humano: “*L’arbitrage international, dans sa vocation et son fonctionnement, exprime fondamentalement les valeurs de l’humanisme*”³⁶⁹. En determinados ámbitos necesitados de una mayor protección se debe poner una especial atención en los mecanismos de orden público de los Estados a costa del interés de aquellos agentes individuales que llegan incluso a viciar la propia dinámica del libre mercado. Sobre todo en aquellos donde estén implicados “partes débiles” en la contratación y aquellos que se puedan ver afectados negativamente por determinadas prácticas comerciales³⁷⁰.

86. En este contexto, llama la atención que el reconocimiento tan favorable al arbitraje tanto interno como internacional en países como los EEUU, pionero en la apertura a la arbitrabilidad en materias de orden público con el paradigmático caso *Mitsubishi*, en 1985, a la vez que ha venido reconociendo expresamente la política federal que mantienen a favor del arbitraje en un claro signo de respeto y confianza hacia la institución arbitral, “*Federal policy favoring arbitration*”³⁷¹, también ha

³⁶⁹ Así expresado por B. Oppetit, “Théorie de l’arbitrage”, *op. cit.*, p. 127, y, *vid.*, las consideraciones en relación con el orden público en el arbitraje internacional que allí se realizan, en un sentido muy similar a lo señalado con anterioridad por E. García de Enterría, “*El gran reto del siglo que comienza puede ser la recuperación del hombre*”, *loc. cit.*, p. 3.

³⁷⁰ En este sentido, las “partes débiles” en la contratación son muchas y la globalización no implica otorgar a todas la misma protección jurídica. Por ejemplo, un consumidor europeo, es más fuerte que todo consumidor boliviano. Es realmente difícil encontrar nociones globales que impliquen concretar con carácter universal las situaciones de mayor o menor protección del orden público en distintos ámbitos materiales objeto de transacciones privadas transfronterizas, entendido de manera diferente en las diversas culturas jurídicas según el grado de desarrollo y protección de Derechos existentes en las mismas.

³⁷¹ *Vid.* la numerosa jurisprudencia que así lo afirma. Entre otras, la sentencia *Supreme Court of the United States*, de 6 de marzo de 1995, No. 94-18, *Antonio y Diana Mastrobuono c. Shearson Lehman Hutton, Inc., et al.*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996, p. 181 y en la *Rev. Arb.*, 1995, núm. 2, p. 295, con nota de L.A. Niddam. *Federal Policy favoring Arbitration*. Y la sentencia, *United States District Court, Southern District of New York*, de 27 de julio de 1995, No. 95 Civ. 2748 (RPP), *Belship Navigation, Inc. (Liberia) c. Sealift, Inc.*, (USA), pp. 799-807. El reconocimiento de un convenio de arbitraje internacional en un contrato nulo no es contrario al orden público americano. También en la Sentencia *United States District Court, Southern District of Florida, Miami Division*, de 3 de marzo de 1996, No. 95-492-CIV-MOORE, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 948- 953.

coexistido, en los últimos diez años, con la aparición de voces de alarma provenientes desde diversos ámbitos que han advertido sobre el excesivo liberalismo del arbitraje respecto a los mínimos valores fundamentales exigidos por el orden público. Doctrinas tendentes a poner el acento en los peligros de la globalización que ante la amplia autonomía y liberalidad arbitral en materias de orden público y la despreocupación de las cláusulas compromisorias firmadas en contratos internacionales donde existen partes débiles advierten de la posibilidad de que la globalización en el arbitraje³⁷², pueda desembocar en un arbitraje “*out of control*”³⁷³.

B) Perspectiva arbitral

a) *Globalización comercial y arbitraje internacional*

87. Tomando como referencia la panorámica general recién descrita nos tenemos que plantear en qué repercute la globalización del comercio en la institución de arbitraje internacional y las relaciones de orden público que de aquí se derivan en el presente estudio. Es lógico que al universalizarse el tráfico privado externo también aumenten los conflictos, potenciales y reales, derivados del incremento y la magnitud de las transacciones privadas y comerciales internacionales. No es nuevo decir que el arbitraje es el mecanismo esencial como método privado de resolución de controversias del nuevo orden económico mundial vinculado al comercio internacional³⁷⁴. Las cláusulas

³⁷² Sobre todo en materias que afectan a contratos internacionales de consumidores, trabajadores, etc. En concreto, entre los numerosos trabajos relativos al orden público en el arbitraje laboral y de consumo en los últimos años, *vid.*, M.A. Bedikian, "Riding on the horns of a dilemma: The Law of Contract v. Public Policy in the Enforcement of Labor Arbitral Awards", *Detroit Coll. L.R.*, 1988, pp. 692-720; H.T. Edwards, "Judicial Review of Labor Arbitration Awards: The Clash Between the Public Policy Exception and the Duty to Bargain", *Chicago Kent L.R.*, 1988, vol. 64, pp. 3-34; Ch. Baker, "Sexual Harassment v. Labor Arbitration: Does Reinstating Sexual Harassers Violate Public Policy?", *Un. Cincinnati. L.R.*, vol. 61, 1992-1993; A. Hamilton, y P.A. Veglahn, "Public Policy Exceptions to Arbitration Awards", *Labor L. J.*, 1991, pp. 366-371; Ch. Hexter, "Judicial Review of Labor Arbitration awards: How the Public Policy Exception Cases Ignore the Public Policies Underlying Labor Arbitration", *Saint Louis Un. L. J.*, vol. 34, 1990, pp. 77-107, M. Rutherford, "Documents Only Arbitrations in Consumer Disputes", *Handbook of Arbitration Practice*, Londres, Sweet & Maxwell y The Chartered Institute of Arbitrators, 1998, pp. 469-490.

³⁷³ *Vid.*, tal caracterización en R.J. Sever, "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 1661-1697.

³⁷⁴ Sólo en nuestra doctrina, desde hace tiempo ha venido siendo reiterado la importancia del papel del arbitraje en el desarrollo del comercio internacional, *vid.*, entre otros, los trabajos de J.C.

compromisorias insertas en la práctica totalidad de los contratos internacionales consolidan el papel de los árbitros como principales valedores de la justicia privada y el de la propia institución arbitral como instrumento que inevitablemente es y será la fuente principal de resolución de controversias en este ámbito globalizado y globalizador del mercado. Es por ello que desde hace algún tiempo, los Estados se han volcado en dotarse de sistemas legales de arbitrajes que puedan hacer frente a un mayor número de demandas procedentes del comercio internacional y, en definitiva, estar capacitados a través de sus sistemas de arbitraje para poder solucionar mediante los mismos las controversias salientes del ámbito empresarial³⁷⁵.

88. Si, de un lado, los Estados bajaron la guardia en lo que al orden público se refiere con el objetivo de subirse al carro de la prosperidad comercial, de otro lado, el arbitraje se erigió como uno de los instrumentos considerados claves para lograrlo. Comienza así, lo que se dio en llamar la “Era de la Competencia”. Competencia legislativa a la hora de hacer legislaciones arbitrales modernas y adaptadas a la internacionalidad de las controversias, que clamaban por una mayor especificidad y por un desarrollo del procedimiento de arbitraje totalmente independiente de las legislaciones nacionales³⁷⁶. Incluso en zonas geográficas que tradicionalmente se habían

Fernández Rozas, "La situación del arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro", *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 29-53, *id.*, "El arbitraje privado internacional", XI Curso europeo de verano sobre *Arbitraje Comercial Internacional*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 15 de julio de 1999; E. Artuch Iriberrí, "Arbitraje Comercial Internacional", *Derecho del Comercio Internacional*, cap. XVIII, ed. J.C. Fernández Rozas, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 471-492; F.J. Garcimartín Alférez, "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: Una aproximación económica", *REDI*, vol. XLVIII, 1995-2, p. 36; B.Mª. Cremades, "El arbitraje y los negocios", *R.G.L.J.*, 1978, p. 233; *id.*, "The Impact of International Commercial Arbitration in the Development of the International Business", *Am. Jour. Comp. L.*, vol. 33, 1983, núm. 3, pp. 526-534, *id.*, "El arbitraje en el siglo XXI", *loc. cit.*, pp. 1184-1192 y "El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada", *loc. cit.*, pp. 1535-1537.

³⁷⁵ Las ventajas del arbitraje lo convirtieron en el método de resolución de controversias preferido por los empresarios en las transacciones privadas y comerciales internacionales. Se vio al arbitraje como negocio provechoso para las organizaciones internacionales de arbitraje unido a que éste se fue liberalizando progresivamente, *cf.*, R.J. Sever, "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 1661-1697, esp. p. 1668. Se ha llegado a considerar al arbitraje como un "servicio industrial". Un mecanismo o sistema que proporciona una opción para aquellos implicados en una controversia, que encuentran en la institución arbitral el producto o servicio, que mejor se adapta a las necesidades de sus consumidores y usuarios, los empresarios. El arbitraje sería así considerado como un producto del mercado. La concepción del arbitraje como un "*service industry*" es originaria de A. Sammel, *cf.*, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration...*, *op. cit.*, p. 325.

³⁷⁶ Para K.P. Berger, creador de la terminología empleada para describir la nueva era aludida, el inicio de "*The Competitive Era*" en el arbitraje económico internacional tuvo lugar con la promulgación de la *Arbitration Act* inglesa el 4 de abril de 1979. Desde entonces, las leyes de arbitraje han sido promulgadas y enmendadas, en el ámbito universal, al menos una por cada año transcurrido, *cf.*, *International Economic Arbitration*, *op. cit.*, pp. 1-6.

mostrado más reticentes al arbitraje internacional, por considerarlo como una técnica únicamente al servicio de las grandes potencias industrializadas, la situación comienza a cambiar con la finalidad de adaptar su normativa interna al arbitraje internacional. Es el caso de los países menos industrializados, que temían que por la vía del arbitraje las potencias extranjeras más industrializadas y poderosas sobre el plano económico impusiesen su dominio bajo el pretexto de una justicia privada únicamente al servicio de sus intereses³⁷⁷.

89. Prueba de ello es que, en la actualidad, la actitud de la mayoría de los países o zonas geográficas tradicionalmente hostiles al arbitraje internacional ha cambiado de manera radical³⁷⁸. Se ha fomentado el arbitraje en estos países, en aras de adaptar sus ordenamientos internos a una nueva situación comercial de la que también quieren participar. El grado de autonomía y liberalidad que muestran hacia el arbitraje, es incluso muy superior al de otros países más industrializados de los cuales en tiempos dependieron económicamente³⁷⁹. Es el caso, entre otros, de los países de América Latina, donde el orden público eminentemente autárquico y territorialista, se ha ido abriendo camino hacia una renovada cultura arbitral³⁸⁰, gracias a que en los últimos diez años ha tenido lugar su incorporación masiva a los principales Convenios internacionales de arbitraje internacional y han participado en la renovación de las legislaciones específicas de arbitraje internacional en cada uno de sus foros.³⁸¹ Lo mismo podemos decir de otros ámbitos geográficos, tales como los Países Arabes³⁸², Asia³⁸³ y Africa³⁸⁴.

³⁷⁷ En palabras de J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, 1991, pp. 400-404.

³⁷⁸ Confrontando este cambio de actitud, *vid.* H.A. Grigera Naón, "Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility (an update)", *The University of Miami Inter-American Law Review*, 1991, vol. 22, n.º 2-3, p. 203-256. En el mismo sentido, R. Layton, "Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America", *Journ. int. arb.*, vol. 10, núm. 2, 1993, pp. 123-141.

³⁷⁹ En contraposición de las actitudes anteriores de éstos países en vías de desarrollo, *vid.*, J.L. Delvolvé, "Le rôle de l'arbitrage en matière de transfert de technologie", *Rev. arb.*, 1978, núm. 4, pp. 431-449.

³⁸⁰ *Vid., supra.*, las reformas citadas en la introducción.

³⁸¹ Para un estudio de su incorporación a los Convenios internacionales de arbitraje y la apertura hacia la colaboración entre jueces y árbitros operada en las últimas reformas, con una normativa flexible y adaptada, *vid.*, M. Gonzalo Quiroga, "Hacia la consolidación...", *loc. cit.*, *en prensa*.

³⁸² Con carácter específico, las últimas reformas han tenido lugar en Algeria, Túnez y Egipto, *vid.*, respectivamente, V.M. Bedjaoui y A. Mebroukine, "Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie", *Journ. dr. int.*, 1993, pp. 873 y ss; V.K. Meziou y A. Mezghani, "Le code tunisien de l'arbitrage", *Rev. arb.*, 1993, pp. 521 y ss; y la Ley de Arbitraje de Egipto, de 21 de abril de 1994, *Rev.*

90. En el arbitraje, los primeros trabajos en torno a la globalización ésta era acogida con ansias de renovación hacia el futuro de un arbitraje internacionalizado, común y armonizado para las transacciones que pudieran derivarse en un contexto internacional privado³⁸⁵. Las predicciones al respecto dividían el desarrollo globalizador del arbitraje en dos sectores. El primero, se adaptaba a los vertiginosos cambios de las transacciones comerciales a través de una evolución en sus mecanismos arbitrales, utilizando como instrumentos esenciales hacia la armonización la incorporación, cumplimiento y adaptación a los principales Convenios internacionales de arbitraje, donde a parte del renombrado Convenio de Nueva York, se va a destacar como guía fundamental la Ley Modelo de la Uncitral, como principal herramienta armonizadora³⁸⁶. En el otro sector, quedarían rezagados los países de Europa del Este, China, Rusia, África y los países islámicos. Bloque en el que las predicciones no han acertado, ya que muchos de los países, sobre todo islámicos y del continente africano, han evolucionado espectacularmente en su incorporación al desarrollo comercial internacional que supone

arb., 1994, p. 763, comentada por V.B. Filion-Dufouleur y Ph. Leboulanger, “Le nouveau droit égyptien de l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1994, p. 665. Y, la ley de arbitraje iraní de 1999, *vid.*, H. Gharavi, “Le nouveau droit iranien...”, *loc. cit.*, pp. 35-45.

³⁸³ Así, la reforma de la Ley de Arbitraje de la República Popular China, de 31 de agosto de 1994, *vid.*, *Rev. arb.*, 1995, p. 527, comentada por V.D. Nedjar, “L’arbitrage international en Chine après la loi de 31 août 1994”, *Rev. arb.*, 1995, p. 511, y por J. Sagot y H. Xie, “Principales nouveautés dans le règlement d’arbitrage 1994 de la CIETAC”, *Rev. arb.*, 1995, p. 427. En Japón, *vid.*, J.W.S. Davis y J. Takaishi, *Dispute Resolution in Japan*, La Haya-Boston-Londres, Kluwer, 1996. En general, *vid.*, M. Pryles, *Dispute Resolution in Asia*, La Haya-Boston-Londres, Kluwer, 1997. Y, de otro lado, también, la India, *vid.*, D.P. Mittal, *New Law of Arbitration, ADR & Contract Law in India*, La Haya-Boston-Londres, Kluwer, 1997.

³⁸⁴ *vid.*, E. Cotran, *Arbitration in Africa*, La Haya-Boston-Londres, Kluwer, 1996, y en general, de todos estos países citados, *vid.*, K.P. Berger, que hace un estudio detallado de las legislaciones de arbitraje de gran parte de los países y continentes aquí señalados, *International Economic Arbitration, op. cit.*, pp. 1-116. A los que hay que añadir la Ley de arbitraje del Senegal, en 1999, y el Proyecto de arbitraje en el marco de la OHADA referidos en la introducción.

³⁸⁵ No es de extrañar que, por ejemplo, en el trabajo de J.G. Wetter, “The Internationalisation of International Arbitration: Looking Ahead to the Next Ten Years”, *The Internationalisation of International Arbitration. The LCIA Centenary Conference*, M. Hunter, A. Marris, V.V. Veeder, (editores), London-Dordrecht-Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, pp. 85-97, desarrollado en un contexto más general de las conferencias del centenario de la “London Commercial International Arbitration”, sobre la internacionalización del arbitraje, se dedicara a lanzar predicciones de futuro para los próximos diez años desde 1995, en una época en el que el movimiento globalizador no había hecho más que comenzar.

³⁸⁶ De este lado se colocaban los países de habla francesa, inglesa, española y portuguesa, con una incorporación a éste bloque de Japón, *cf.*, *ibid.*, p. 88. Al que últimamente ha seguido la ley alemana de arbitraje de 1998, y la ley sueca que a partir del 1 de abril de 1999 ha entrado en vigor, siguiendo las directrices marcadas por la Ley modelo de la UNCITRAL, S. Jarvin, “La nouvelle loi suédoise sur l’arbitrage”, *loc. cit.*, pp. 27-85.

el arbitraje, tomando como modelo también la Ley Tipo de la Uncitral³⁸⁷. Se prefiere en muchos casos la regionalización del arbitraje antes que la internacionalización³⁸⁸.

91. En este sentido cabe realizar una reflexión en atención al entendimiento del arbitraje en la etapa globalizadora actual. Cuando hablamos de globalización económica o del mercado tenemos que deslindarnos de la globalización experimentada en el arbitraje internacional en el sentido en que no creemos que la primera sea la que haya invadido a ésta. Se ha hablado y escrito con tanta profusión de la globalización en los últimos tiempos que hemos perdido la noción de la misma en muchos de sus aspectos. En primer lugar, hay que destacar que el movimiento globalizador económico y comercial en sentido estricto se inicia en la última década del s. XX, aunque indudablemente su gestación fue anterior y su evolución se ha desarrollado a pasos agigantados por lo que sus efectos han invadido todos los campos. Sin embargo, se defiende de que la verdadera lanzadera de la globalización del arbitraje internacional hemos de buscarla con anterioridad y no derivada de la globalización del mercado o de la globalización comercial. El movimiento globalizador tuvo lugar en el arbitraje mucho antes que en el resto de los ámbitos.

92. Con el Convenio de Nueva York de 1958 realmente se abrió en el arbitraje la globalización. El mencionado Convenio es por tanto el auténtico promotor y precursor de la mundialización en el arbitraje internacional. El éxito de dicho instrumento convencional en el reconocimiento de los laudos arbitrales abrió las puertas a criterios de los ahora denominados globalizadores en el resto de los campos. Por ello, apoyándonos en el éxito que ha alcanzado el Convenio de Nueva York en la internacionalización de la consideración del exequátur de los laudos arbitrales por parte de los jueces nacionales y la posterior adaptación de la Ley Modelo de la UNCITRAL por la mayoría de las legislaciones que han acometido reformas de arbitraje en los últimos tiempos³⁸⁹, se puede augurar que el arbitraje internacional no debe temer la

³⁸⁷ Así, vid., el Proyecto de Acta Unica de Arbitraje de la Unión de Estados Africanos en F. Camara, "Le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal...", *loc. cit.*, pp. 45-57.

³⁸⁸ Cf., J.G. Wetter, "The Internationalisation of International Arbitration...", *loc. cit.*, p. 87.

³⁸⁹ Cf., la enumeración de más de la treintena de países que han adoptado la Ley Tipo expuesta por G. Kaufmann-Kohler, "le lieu de l'arbitrage a l'aune de la mondialisation...", *loc. cit.*, p. 520. Todos ellos en la página web de la UNCITRAL: <http://www.un.or.at/uncitral>.

adaptación con éxito a los retos que la mundialización impone desde el comercio. Lo importante es que las leyes de arbitraje pretenden marchar unidas hacia la uniformidad y la internacionalización de las mismas, y nuestro objetivo es el de descubrir dónde queda el orden público en el arbitraje ante este mundo globalizado ante el riesgo de que pueda desarrollarse al margen de los Estados³⁹⁰.

93. De otro lado, al hilo de las reflexiones generales realizadas en torno a las inversiones internacionales hay que insistir en que la tendencia actual tiende a reducir el papel del orden público en el arbitraje internacional. Como ha subrayado la doctrina, ésta tendencia va en aumento en aquellos países que se quieren adaptar al comercio internacional y a las nuevas economías de mercado, y aumenta en la medida en que el campo de las transacciones comerciales internacionales es más homogéneo³⁹¹. Tal es así que el orden público ha sido omitido como causa de denegación del reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, como en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965³⁹², donde los artículos 53-55 no se refieren en ningún caso al orden público, sino a la obligatoriedad de todo Estado Contratante de reconocer el laudo dictado conforme a dicho Convenio, dando lugar al laudo deslocalizado³⁹³.

Es por ello, que a nuestro juicio, el arbitraje en materia de inversiones debería ser motivo de una constante observación. Se pone de manifiesto la contingencia a la que el Convenio de Washington puede derivar con su particular sistema de control que

³⁹⁰ En este punto es imprescindible el trabajo de B.M^a. Cremades, "El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada", *loc. cit.*, pp. 1535-1537, donde no nos hemos detenido específicamente por considerar que los puntos utilizados por este autor para describir la situación del arbitraje en una economía globalizada difícilmente pueden ser mejor sintetizados que en el trabajo citado. Si bien no entra específicamente en consideraciones de orden público, sí lo hace en aspectos relacionados con la ética de la globalización en el arbitraje y en los propios árbitros que en breve serán retomados.

³⁹¹ Cf., J. García de Enterría, "The Role of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 440.

³⁹² *BOE* núm. 219, de 13 de septiembre de 1994. En general, sobre el CIADI, *vid.*, J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, Mc Graw Hill, 1998.

³⁹³ El laudo dictado en el CIADI es el ejemplo más característico de laudo anacional, en sentido puro, independiente de toda ley nacional y ajeno a la jurisdicción de cualquier Estado. El control judicial ha quedado sustituido por uno arbitral en el Convenio de Washington. Para un mayor abundamiento al respecto, *vid.*, las interesantes reflexiones de *vid.*, M^a.V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, pp. 32-37.

excluye la intervención jurisdiccional. Su recurso de anulación *ad hoc* le hace sospechoso de poder obviar el orden público transnacional situando al poder empresarial por encima del gubernamental en materia de inversiones. Aquí sí es posible no atender a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje pues los mecanismos de control del laudo no dejan apenas lugar a ello³⁹⁴. La ausencia de mención al orden público en el mismo y su particular sistema de control puede plantear fisuras ante los inconvenientes que plantea la globalización. Por lo tanto, es necesario que se vuelva a incidir en el papel del orden público como límite a la fuga del Derecho en determinados ámbitos materiales.

b) Deslocalización y orden público en el marco arbitral

94. Sin perder de vista que nos encontramos ante un cambio esencial en el papel del orden público en el arbitraje asociado a la globalización comercial, no por ello debemos adoptar una actitud alarmista sin comprobar antes como discurre en este sentido la práctica arbitral. Verificación que, lógicamente, no será posible hasta una vez alcanzada la fase final del presente estudio. Los continuos avatares en el Derecho del comercio internacional no son tan nuevos en el sentido de plantear cuál es el contenido del orden público de los Estados que los árbitros deben respetar si quieren hacer de su laudo un instrumento ejecutable e inatacable por consideraciones imperativas y de orden público allí donde pretendiera desplegar sus efectos. La problemática de la globalización actual es similar a la que desde antaño viene siendo arrastrada respecto a la deslocalización en el arbitraje internacional. Las deficiencias, en éste sentido, de los criterios nacionales e internacionales que nacionalizan el orden público parecen perder sentido si se consigue el afán globalizador pretendido. Con la globalización vuelven a estar de actualidad los vaticinios de F. Rigaux. Autor que fue uno de los primeros en exponer el peligro de que a través de un arbitraje deslocalizado, caracterizado por estar por encima de los ordenes públicos y de las normativas imperativas estatales los

³⁹⁴ La globalización del mercado en materia de inversiones podría posibilitar la preeminencia de unos pocos inversores privilegiados ante la pasividad de los Estados atados de pies y manos por la firma de acuerdos multilaterales, como ocurría en el malogrado Acuerdo Multilateral de Inversiones, AMI, *vid.*, al respecto, A. Crespo Hernández, *El Acuerdo Multilateral de Inversiones: ¿Crisis de un modelo de globalización?*, Madrid. Eurolex, 2000.

Estados, el orden público pudiera llegar a abdicar en su papel de controlar a los grandes poderes fácticos, representados en la actualidad por los bloques económicos que se blindan a través de las de las fuertes agrupaciones empresariales multinacionales³⁹⁵.

95. El problema del orden público en el arbitraje se encuentra así vinculado a la existencia del arbitraje deslocalizado o desnacionalizado, cuestión que como es sabido, no es tan nueva, corroborando que la problemática asociada a la globalización tampoco resulta particularmente novedosa en el arbitraje internacional privado. Desde hace tiempo viene siendo analizada por la doctrina y la práctica del arbitraje³⁹⁶. Si bien últimamente los problemas en este sentido se enfocan más por la vía de los problemas de deslocalización en el arbitraje “*on line*” o “cibernético”³⁹⁷. Ya, en las distintas acepciones que recibe el arbitraje deslocalizado, tales como arbitraje “anacional”, “transnacional”, “flotante”, “Auténtico arbitraje internacional”, etc., no es difícil vislumbrar las connotaciones de orden público que su estudio implica asociadas a la transnacionalidad o supranacionalidad del mismo³⁹⁸. La extensión de la institución arbitral en el ámbito internacional permite a las partes que en el uso del amplio poder que la autonomía de la voluntad les confiere puedan llegar a “desnacionalizar” sus contratos recurriendo a cláusulas de Derecho aplicable que recurran a manifestaciones tan genéricas e imprecisas como “la buena fe”, “la equidad”, los “principios generales del derecho internacional”, o la “*lex mercatoria*”. De esta manera se posibilita que las partes puedan combinar, según sus intereses, las normas de diferentes sistemas legales con el objetivo de excluir, total o parcialmente, la normativa de un determinado Estado, que es la que resultaría aplicable según las técnicas del DIPr³⁹⁹.

³⁹⁵ Cf., F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, París, Litec, 1977, pp. 443-444. En el mismo sentido, cf., P. Lalive, “Ordre public...”, *loc. cit.*, p. 370. Puesto de relieve, en nuestra doctrina por J.A. Pérez Bevia, “Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público...”, *loc. cit.*, pp. 81-82.

³⁹⁶ Concretamente, en la doctrina española, respecto al arbitraje deslocalizado, se ha de destacar el trabajo de M^a.V. Cuartero Rubio que estudió la deslocalización del laudo arbitral desde la perspectiva del Derecho judicial internacional, *vid.*, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, pp. 20-53.

³⁹⁷ Sobre los problemas de deslocalización del arbitraje ocasionados por la pérdida del valor de la sede y del arbitraje en la red, *vid.*, recientemente, los trabajos de G. Kaufmann-Kohler, “le lieu de l’arbitrage a l’aune de la mondialisation...”, *loc. cit.*, pp. 517-536; y de E. Caprioli, “Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (L’expérience du “CyberTribunal””, *loc. cit.*, pp. 225-249, sobre los que volveremos a incidir en las siguientes fases en que se divide el trabajo.

³⁹⁸ Cf., las distintas acepciones expuestas por M^a.V. Cuartero Rubio, utilizadas para referirse al concepto de arbitraje deslocalizado y la autoría y explicación de cada una de ellas, *ibid.*, pp. 29-30.

³⁹⁹ Este hecho es ilustrativo de la tendencia existente en el arbitraje internacional a la internacionalización o deslocalización del arbitraje internacional y la consiguiente preocupación por

El problema en sí no deriva de excluir las leyes de uno o varios Estados, propio de los mecanismos de elección de ley que posibilita el DIP, sino de que se excluyan “todas” incluidas las normas internacionalmente imperativas y el orden público internacional que requiere ser aplicado.

96. Ello provoca que, en la actualidad, nos encontremos con una pérdida del valor de la imperatividad en diversos ámbitos materiales y con una mayor ambigüedad que la habitual falta de determinación e imprecisión que siempre ha acompañado al orden público⁴⁰⁰. Se acrecienta la problemática de la falta de claridad respecto a cuál es ese hipotético orden público que los árbitros tendrían que respetar. En el arbitraje privado internacional no existe un foro en sentido propio que esté vinculado a alguna jurisdicción. El árbitro no tiene *lex fori* ante la cual sea responsable. Su responsabilidad en principio se debe únicamente a las partes. Las vías de localización son menos evidentes y el árbitro debe estar en una posición mejor para averiguar y entender las necesidades de la comunidad internacional y reclamar las nociones de orden público auténticamente internacional⁴⁰¹. El arbitraje deslocalizado, normalmente suele estar referido a la autonomía que éste alcanza respecto a la ley aplicable al fondo del contrato por el árbitro⁴⁰² que puede prescindir de las legislaciones estatales aplicables y, en consecuencia, del orden público vinculado a ellas pudiendo aplicar un Derecho anacional. Aspecto que no es tampoco especialmente relevante en el arbitraje internacional al ser éste un mecanismo que no difiere, en lo esencial, al empleado, por los órganos estatales propensos, cada vez más, a la desnacionalización y al rechazo de la técnica conflictual tendente a “localizar” sistemáticamente los contratos internacionales en un determinado ordenamiento nacional⁴⁰³. Aun en estos casos, el árbitro no debe

determinar la función y el contenido del orden público internacional, *cf.*, J. García de Enterría, "The Role of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 438. Y, *vid.*, *infra.*, un análisis más profundo del problema en el Derecho aplicable por los árbitros en el Capítulo IV.

⁴⁰⁰ Tal y como ha sido precisado en los apartados anteriores de este capítulo, *vid.*, *supra.*

⁴⁰¹ *Cf.*, M.A. Buchanan, "Public Policy and International...", *loc. cit.*, p. 515.

⁴⁰² Desde la óptica de la fase post-arbitral un laudo está deslocalizado cuando éste no debe pasar por el control de los Estados. Lo cual se consigue si las partes renuncian al recurso contra el laudo, o sustituyen el control judicial por uno arbitral como es el caso del Convenio de Washington, *vid.*, *supra.*, en el apartado anterior los peligros observados en este sentido y el trabajo antes mencionado de M.V. Cuartero Rubio, específicamente relativo al estudio de la fase judicial de control.

⁴⁰³ *Cf.*, P.A. de Miguel Asensio, "Armonización normativa y régimen jurídico...", *loc. cit.*, p. 864. Es por ello, que se reclama la elaboración progresiva de normas extranacionales de Derecho privado material sobre el método tradicional de las normas de conflicto que aporta en muchas ocasiones

dejar de aplicar un orden público transnacional e incluso respetar el orden público internacional del lugar o lugares donde el laudo previsiblemente deba ser ejecutado.

97. El orden público, en definitiva, establece un límite a la tendencia manifestada por las partes y por los propios árbitros hacia la deslocalización. De un lado, el orden público, en su sentido más originario, es una clara manifestación de la soberanía estatal que en último extremo nos recuerda a la antigua forma de autarquía, en este caso jurisdiccional, reminiscencia del imperialismo territorial judicial y jurídico⁴⁰⁴. De otro lado, puede que superado éste, en la actualidad, el orden público se sitúe en el polo opuesto⁴⁰⁵. Sea el garante del exceso de poder de la justicia privada en un mundo globalizado dominado por los intereses particulares que suscitan las transacciones privadas y comerciales en el ámbito internacional⁴⁰⁶. Entre dichos extremos, se ha de comprobar la variedad de posibilidades intermedias en las que éste se puede situar, lo que a su vez favorece una mayor complejidad y dispersidad a la hora de trazar el papel que juega el orden público en la institución arbitral.

98. Constituye un principio general del arbitraje internacional, condición fundamental para la seguridad de las transacciones privadas externas, que el primer deber del árbitro es el de aplicar estrictamente el contrato estipulado por las partes, salvo que se demuestre que las cláusulas invocadas en el contrato sean manifiestamente contrarias a la verdadera intención de las partes o violen un principio de orden público

respuestas insatisfactorias por su tendencia a “nacionalizar” aspectos que entran dentro de la problemática de la transnacionalidad.

⁴⁰⁴ Sobre el principio de territorialidad del orden público vinculado al Poder establecido por el Estado, cf., E. Jayme, *Methoden der Konkretisierung des Ordre Public im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1988, *id.*, “Métodos para la concretización del orden público...”, *loc. cit.*, p. 261 y K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, *op. cit.*, p. 198.

⁴⁰⁵ *Vid., supra.*, esta disyuntiva planteada por J.B. Racine en la introducción.

⁴⁰⁶ El comercio ha hecho flexibilizar las concepciones imperialistas de soberanía territorial amparadas en un orden público interno demasiado restrictivo, cf., K.H. Böckstiegel, “Public policy and arbitrability”, *op. cit.*, p. 179. Al mismo tiempo, P. Lalive señalaba la evidencia en la práctica jurisprudencial y arbitral internacional la superación del egoísmo propio de cada ordenamiento jurídico estatal y la tendencia moderna de una solidaridad internacional que reconoce un orden público transnacional que vela por el uso correcto de las transacciones privadas internacionales, cf., P. Lalive, “Ordre public transnational...”, *loc. cit.*, p. 334. La necesidad de un orden público en el arbitraje internacional que frene la pérdida de control judicial en el comercio internacional ha sido puesta de relieve, entre otros autores, por R.J. Sever, “The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy...”, *loc. cit.*, pp. 1661-1697. Para una visión de los grandes cambios operados en el arbitraje internacional en una economía globalizada, *vid.*, en general, B.M^a. Cremades, “El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada”, *loc. cit.*, pp. 1535-1537.

internacional comúnmente aceptado⁴⁰⁷. Como observamos, por mucho que la naturaleza contractual del arbitraje vincule al árbitro a las prescripciones de las partes siempre existe un límite conformado por una *communis opinio* que de manera abstracta aparece esporádicamente en distintos laudos arbitrales. El problema se plantea a la hora de determinar cuáles son esos principios de orden público supranacional que se encuentran generalmente aceptados y reconocidos en la práctica arbitral internacional y puedan ser elevados a la categoría de orden público transnacional. No hay una uniformidad al respecto, sobre todo si pretendemos extraer la transnacionalidad de determinados ámbitos materiales concretos.

99. Ello es posible debido a que, como señalaba P. Lalive, existe un consenso general implícito en la comunidad internacional que aunque no se materialice en una normativa estatal ni convencional tiene el objetivo de no permitir una autorregulación que favorezca a los poderes económicos en la resolución de sus controversias mediante el arbitraje⁴⁰⁸. No es cierto que la hipotética autorregulación comercial sea ilimitada ni que el arbitraje sea la perfecta vía de solución para escapar de las restricciones de orden público. Por mucho que el árbitro deba su poder y autoridad a la autonomía de la voluntad de las partes que le eligieron libremente como juez privado para resolver sus controversias particulares, causa de que pueda parecer *a priori* que ante una disyuntiva que se planteara entre sus legitimadoras “las partes” y el orden público y las normas imperativas que estuvieran en desacuerdo con lo pactado por aquellas debería resolverse a favor de éstas y en desmerecimiento del orden público estatal, esto no puede posibilitarse por la vía arbitral. El árbitro no sólo tiene un deber de fidelidad y respeto hacia las partes, sino que también tiene la obligación de conseguir que el laudo resultante de la relación contractual que supuso el convenio arbitral sea ejecutado y para ello éste no puede contravenir el orden público de los Estados, del que indirectamente, pues, también se convierte en guardián. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es tan importante como la contractual. Se ha de conseguir un equilibrio entre ambas. Entre la

⁴⁰⁷ Principio tal y como ha sido dibujado a través de la práctica arbitral internacional. En concreto así nos los recordaba el laudo de la CCI, núm. 3344/1981, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 337, haciendo a su vez referencia al laudo núm. 3316/1979, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 275-279, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 279-283, donde se subraya de manera inequívoca el deber del árbitro de aplicar estrictamente las cláusulas contractuales dictadas por las partes salvo que éstas sean contrarias al orden público, presuponiendo un orden público internacional y/o transnacional.

⁴⁰⁸ Cf., P. Lalive, "Ordre public transnational...", *loc. cit.*, p. 370.

autonomía de la voluntad de las partes vinculada a la libertad del comercio y a la autonomía contractual y, el orden público que garantiza el desarrollo del mercado y el uso adecuado de las transacciones privadas de carácter internacional. El orden público realmente internacional sería el instrumento adecuado para lograr este delicado equilibrio.

c) Orden público en el arbitraje electrónico

100. Los principales problemas en relación con el orden público que presenta *prima facie* el arbitraje en Internet son fundamentalmente dos. El primero, el de la deslocalización en cuanto a la dificultad de localizar el procedimiento arbitral en el espacio virtual. Y, el segundo, si es posible la arbitrabilidad en materias de orden público a través del arbitraje electrónico dada la aparente falta de control que existe en la red. Las nuevas posibilidades del arbitraje, el arbitraje “*on line*”⁴⁰⁹ o, la existencia del “*cybertribunal*” arbitral⁴¹⁰, vinculadas a la aceptación del comercio electrónico⁴¹¹ y a las múltiples controversias que se pueden derivar del mismo provocan automáticamente que deje de tener sentido plantearse el recurso a la sede donde el arbitraje tiene lugar⁴¹².

⁴⁰⁹ Para obtener mayor información del arbitraje *on line* consultar en la red la dirección <http://www.cybertribunal.org/>. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -OMPI- ha creado un Centro de mediación y de arbitraje cuyo procedimiento se efectúa enteramente *on line*, *vid.*, <http://www.arbiter.wipo.int>. Así como, las direcciones de otras Asociaciones de Arbitraje y Mediación que funcionan en el ámbito internacional tales como *The Global Arbitration Mediation Association Inc*, cuyas siglas responden al nombre de *GAMA*: <http://www.gama.com>, o diversas web con información sobre el “*cybertribunal*” arbitral, lanzadas desde diversas universidades extranjeras, *vid.*, entre otras, la de la Universidad de Montreal, <http://www.cybertribunal.org>. Una información general sobre el Instituto de Derecho Ciberespacial, “*Cyberspace Law Institute*”, lo encontramos en <http://www.ll.georgetown.edu/lc/cli.html>.

⁴¹⁰ Un estudio reciente acerca de la creación y las principales características del primer “*cybertribunal*” arbitral en Canadá y su inmediata aceptación en las diferentes culturas jurídicas para la resolución de las controversias “*cyberneticas*”, se encuentra en el trabajo de E. Caprioli, “*Arbitrage et médiation dans le commerce électronique...*”, *loc. cit.*, pp. 225-249.

⁴¹¹ Es imprescindible destacar, en este sentido, una de las últimas monografías publicadas por P.A. de Miguel Asensio, quién dentro de un primigenio tratamiento general y exhaustivo del Derecho Privado de Internet agota prácticamente toda la problemática que se puede derivar en torno al mismo, *vid.*, *Derecho Privado de Internet*, Madrid, Cívitas, 2000. En especial, los aspectos dedicados al “*Arbitraje comercial, convenio arbitral y comercio electrónico*”, *ibid.*, pp. 420-431, y, específicamente, al arbitraje en línea o arbitraje “*on line*”, pp. 426-431.

⁴¹² Como se observa, se ha dejado expresamente de lado la problemática previa derivada de la posibilidad de concluir un convenio arbitral en la red, por medio de intercambios de mensajes de correo electrónico, *cf.*, R. Hill, “*On-line Arbitration: Issues and Solutions*”, *Arb. Int.*, vol. 15, 1999, p. 200. Tratada ampliamente en nuestra doctrina, y a la cual nos remitimos, por, P.A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, pp. 420-426.

En la actualidad, se tiende a considerar que la sede del arbitraje es una ficción desprovista de un vínculo material necesario con el territorio en el que se desarrolla el procedimiento de arbitraje. Las innovaciones tecnológicas abolen las distancias jurídicas y geográficas, y el lugar donde se desarrolla el arbitraje parece que es una cuestión en vías de ser superada⁴¹³.

101. La utilización creciente y ciertamente necesaria de nuevos medios tecnológicos que cumplan la función de resolución de controversias derivadas de los litigios que se ocasionen a través del comercio electrónico nos lleva a replantearnos el papel del orden público en las controversias resueltas mediante tribunales arbitrales, que utilicen la red para temas puntuales relacionados con el procedimiento de arbitraje, o desarrollen enteramente éste “*on line*”, y la legitimidad del presupuesto material en cuanto al Derecho aplicable. Todo ello con una relación *a priori* evidente entre la pérdida del valor material del criterio de la sede y el de la ley aplicable a la arbitrabilidad. Si durante algún tiempo las polémicas en cuanto al arbitraje deslocalizado o desterritorializado han ocupado buena parte del quehacer científico de nuestra disciplina⁴¹⁴ no cabe duda de que el *cenit* por excelencia de la deslocalización del arbitraje aparece en la red. En el arbitraje electrónico pierde el sentido nuestra concepción tradicional de vincular el arbitraje a la ley nacional de un territorio determinado, sobre todo, en cuanto al orden público de la sede del arbitraje susceptible de anular el laudo, ante la posibilidad pluriespacial que nos ofrece el ciberespacio. Un primer replanteamiento del valor de la sede en el arbitraje electrónico se impone necesaria.

102. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, estimamos que el problema de arbitrabilidad y orden público que aquí se presenta es viejo pero con formas nuevas. Los avances tecnológicos han revitalizado las cuestiones que previamente ya preocupaban a la práctica y a la doctrina en éste ámbito, pero no creemos que se precisen debates

⁴¹³ Trasunto de los trabajos de, G. Kaufmann-Kohler, “le lieu de l’arbitrage a l’aune de la mondialisation. Réflexions...”, *loc. cit.*, pp. 517-536, esp. pp. 521-524; y, E. Caprioli, “Arbitrage et médiation dans...”, *loc. cit.*, pp. 225-227.

⁴¹⁴ *Vid.*, el trabajo de M^a.V. Cuartero Rubio en los apartados especialmente dedicados a “la deslocalización del arbitraje como cuestión de Derecho aplicable y sus consecuencias sobre competencia y reconocimiento”; y a “la deslocalización “judicial” del laudo”, junto a la amplia bibliografía allí citada, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, pp. 29-37.

específicos al respecto, al menos en cuanto a lo que se refiere a la ley aplicable a la arbitrabilidad. El problema, pues, no es en este punto estrictamente debido al arbitraje cibernético sino debido a la sede. El arbitraje electrónico no debe inducir a una pérdida de territorialidad en el sentido de desamparo ante un arbitraje deslocalizado en la red⁴¹⁵. La solución hay que buscarla en las soluciones que ante ésta misma cuestión se ofrecían al arbitraje deslocalizado, pues el problema de fondo es exactamente el mismo. En Internet, la sede de arbitraje seguirá siendo, como hasta ahora, una ficción jurídica que debe ser fijada por las partes o, en su defecto, por la institución de arbitraje o los árbitros que lleven a cabo el mismo⁴¹⁶. A partir de ahí surgirá la problemática habitual en el arbitraje internacional de averiguar conforme a qué ley se determina la arbitrabilidad y el valor del orden público en el Derecho aplicable al fondo de la controversia que dista de ser virtual. Las respuestas, superado el falso problema que plantea el escollo “*on line*” o electrónico inicial, son las mismas que se pueden plantear en atención a la problemática de seleccionar una ley aplicable a la arbitrabilidad y la toma en consideración de que será esa ley la que determine la vulneración *ratione materiae* en virtud del orden público internacional del foro en el posterior recurso de anulación.

103. La problemática específica que atañe a la arbitrabilidad en la red de materias especialmente intervenidas por el orden público y la normativa imperativa no es un problema en la actualidad, pues como señala E. Caprioli, hoy por hoy, el “*cibertribunal arbitral*” tiene su campo de acción restringido a los Derechos de autor,

⁴¹⁵ Por ejemplo, los recientes arbitrajes que se llevan a cabo en la web de la OMPI, escasamente a partir de 1999, tienen su sede en Ginebra, *vid.*, en este sentido, el trabajo de P.A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet, op. cit.*, pp. 426-431.

⁴¹⁶ Corroborando la demostración de que la sede es un ficción jurídica que no obedece a la fijación sustantiva del procedimiento de arbitraje en un territorio determinado, *cf.*, las conclusiones de G. Kaufmann-Kohler, “le lieu de l’arbitrage a l’aune de la mondialisation...”, *loc. cit.*, pp. 534-536. La cual nos ofrece una valiente solución de los problemas relativos a la deslocalización que tantos debates doctrinales y jurídicos han ocasionado en el arbitraje, ya que si se admite que el criterio de la sede es meramente una ficción se supera el problema de la deslocalización. La pregunta final que se impone es si puede despegarse el arbitraje de toda consideración nacional, esto es, si es posible referirse a un arbitraje transnacional controlado por un orden público también supranacional que sirviera para determinar la ley aplicable no sólo a la arbitrabilidad, sin referencia a una ley nacional sino, también, al resto del procedimiento arbitral. La respuesta para Kohler viene del lado de la uniformización creciente del arbitraje internacional como prioridad que supone la posibilidad de intercambiar la mayoría de las leyes nacionales de arbitraje, la renovación de las más restrictivas en éste sentido y la posibilidad de una verdadera cultura de arbitraje internacional en el ámbito mundial. Perspectiva a la que terminológicamente alude como la “estandarización” del arbitraje internacional, *cf.*, *ibid.*, p. 535.

las marcas comerciales, cuestiones de competencia, libertad de expresión etc., pero excluye expresamente la arbitrabilidad en “otras” cuestiones que afectan al orden público⁴¹⁷. Exclusión que nos plantea serias dudas de interpretación, puesto que muchas de las materias que sí son incluidas ciertamente se incardinan entre las materias clasificadas de “sensibles” al orden público por la mayoría de la doctrina⁴¹⁸. De todos modos, es ésta una vía para el desarrollo del arbitraje que lleva escaso tiempo de vida. En 1996 se empezó a gestar y todavía nuestro país no ha tenido nada que decir sobre el particular, excepto el llamamiento positivo de la Asociación Española de Arbitraje Tecnológico de admitir cláusulas compromisorias y solicitudes de arbitraje a través de la Red⁴¹⁹. Habrá que estar atentos a ver cómo se desarrolla y cómo se plantea, pero también cómo y cuáles son los límites del orden público que en él se precisan en un futuro mediato o, si el soporte informático no requiere ninguna consideración de orden público específicamente añadida a las prescripciones generales del mismo en el arbitraje privado internacional. Postura, ésta última, por la que, por el momento, nos mostramos más proclives.

104. En todo caso, es un nuevo aliciente para reclamar la necesidad de un orden público auténticamente internacional que constituya un auténtico límite a la tolerancia estatal a la vez que una garantía de que el comercio se desarrolle en el ámbito universal a través de unos cauces de ética y lealtad con independencia de las vías, ya sean tradicionales o cibernéticas, empleadas en su imparable desarrollo. Es en este sentido en el que se defiende la existencia de un orden público transnacional y se aboga por una mayor concreción e incluso por una positivación de sus contenidos. El orden público supranacional, transnacional o “auténticamente” internacional podría ser el límite necesario para el arbitraje deslocalizado o desnacionalizado⁴²⁰. Es por ello imprescindible prestar una consideración especial a la concreción del orden público transnacional o auténticamente internacional y el papel que tiene el árbitro internacional

⁴¹⁷ Cf., *ibid.*, p. 231.

⁴¹⁸ *Vid., infra.*, en el apartado dedicado al orden público en los criterios de determinación de la arbitrabilidad internacional y la problemática de la consideración de éstas materias como “sensibles al orden público, Capítulo. II.

⁴¹⁹ <http://www.onnet.es/arbitec/>, cf., P.A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, pp. 428-429.

⁴²⁰ Cf., J. García de Enterría, "The Role of Public Policy...", *loc. cit.*, vol. 21, 1989-90, p. 439.

en relación con el mismo como una solución que sería deseable a los problemas que aquí se están planteando⁴²¹.

2. ORDEN PÚBLICO TRANSNACIONAL

A) Concepto

a) Aproximación doctrinal

105. El concepto de orden público transnacional o sus acepciones equivalentes de orden público “supranacional”, “universal”, “anacional”, “realmente”, “auténticamente” o “verdaderamente” internacional, suscita de entrada múltiples recelos y se encuentra en su propia terminología muy debatido⁴²². El motivo principal de ello en la teoría de la ciencia jurídica es que el rigor científico que se requiere para definir la misma aquí no se garantiza⁴²³. La noción de orden público transnacional implica una serie de valoraciones éticas y filosóficas de justicia y moralidad que se hayan estrechamente vinculadas con cuestiones que conciernen a la ética de los negocios, a la ética del comercio internacional y a la propia ética de la institución de arbitraje privado internacional⁴²⁴. Con un alto componente de connotaciones públicas se encuentra estrechamente vinculada al Derecho del comercio Internacional y al Derecho

⁴²¹ El problema de más urgencia en la actualidad es el de definir el orden público transnacional aplicable a las relaciones económicas transnacionales, *cf.*, Ph. Kahn, “À propos de l’ordre public transnational: quelques observations”, *loc. cit.*, p. 1539.

⁴²² Desde el imprescindible trabajo de P. Lalive, referente por excelencia del estudio del orden público transnacional en el arbitraje internacional, *vid.*, “Ordre public transnational...”, *loc. cit.*, pp. 326-371; también en versión inglesa en, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, *loc. cit.*, pp. 257-317, hasta nuestros días, nos empeñamos en debatir la existencia o no de la excepción de orden público transnacional en lugar de interesarnos más por fijar sus contornos e intentar precisar sus funciones y su contenido.

⁴²³ De manera similar a lo que ocurre con nociones relativas a la *lex mercatoria* o a la anacionalidad son de difícil aceptación para el rigor que exige la ciencia jurídica, por lo que suelen ser el punto de mira de polémicas doctrinales de lo más apasionadas. En relación con la *lex mercatoria* el propio Th.E. Carbonneau, se refiere a esta polémica en el capítulo II de la monografía, *Lex mercatoria and Arbitration*, *op. cit.*, pp. 1-296, donde señala que aunque parte de la doctrina califica la cuestión de la *lex mercatoria* en el comercio internacional como una “infundada e inconsistente broma académica”, de otro lado, son muchos los miembros de la comunidad arbitral internacional que estiman necesario defenderla como realidad que existe y no se puede obviar.

internacional económico que se ocupa de las relaciones económicas internacionales en las que discurren los negocios privados realizados a través de contratos internacionales firmados por empresarios, Estados y grupos de sociedades en los cuales se encuentra inserta una cláusula compromisoria⁴²⁵. La acepción que a través de su conceptualización se pretende alcanzar es la de fijar y representar la existencia de un consenso internacional hacia modelos universales o normas de conducta generalmente aceptadas que deben ser siempre aplicadas. De suerte que se consiga proporcionar y garantizar las limitaciones necesarias, tanto públicas como privadas, a las transacciones internacionales a las que nos referimos en el marco globalizador del mercado.

106. Desde un punto de vista teórico, se pretende concretar en qué consiste el denominado orden público “realmente” internacional o “transnacional”, cuál es su realidad y cuáles son sus contornos, en la ambivalencia de constituir el auténtico límite, por un lado, y garantía, por otro, de la institución arbitral con carácter universal. Posibilidad que divide básicamente a la doctrina entre los defensores y los detractores de la misma. Las dudas en cuanto a que la noción del orden público transnacional pueda responder a unas exigencias prácticas y a una construcción lógica han sido un objeto permanente de debate. En su sentido puro, un arbitraje “auténticamente” internacional es aquel que está desvinculado de cualquier consideración interna o internacional de un determinado Estado o grupos de Estados⁴²⁶. Se refiere esencialmente a un sistema de reglas y principios, incluidos estándares, normas y costumbres, que son aceptados y comúnmente seguidos por la comunidad internacional. La infracción de esas normas y principios constituiría, pues, la violación de un orden público realmente internacional⁴²⁷.

De un lado, se encuentran aquellos autores que defienden la existencia actual de un orden público transnacional. Sostienen que éste es una realidad que se ha venido

⁴²⁴ La necesidad de incidir en los valores morales y éticos de la institución de arbitraje internacional ha sido recientemente evidenciada en atención a las consideraciones de orden público “*réellement international*”, por B. Oppetit, “Théorie de l’arbitrage”, *op. cit.*, p. 127.

⁴²⁵ Así, se desprende del último trabajo de Ph. Kahn, “À propos de l’ordre public transnational...”, *loc. cit.*, p. 1539.

⁴²⁶ Tal y como había sido entendido por P. Lalive, *vid.*, “Ordre public transnational...”, *loc. cit.*, pp. 326-371, esp. pp. 330-334.

⁴²⁷ *Cf.*, R.J. Sever, “The Relaxation of Inarbitrability...”, *loc. cit.*, pp. 1687-1688.

gestando en la propia comunidad internacional, existe y se puede demostrar⁴²⁸. De otro lado, aquellos detractores que consideran que la delimitación universal del orden público surge de la más clara ambigüedad⁴²⁹. Se trataría de una manifestación ingenua de un idealismo utópico que si bien obedece a principios y objetivos llenos de buenos propósitos es prácticamente inviable su aceptación con carácter supranacional en la actual situación en la que se encuentra y a la que va encaminada el comercio internacional. Al no haber un criterio definido de qué se entiende por transnacionalidad se debería dejar ésta en manos de la actitud valorativa de quien/es, en cada caso concreto, tuvieran que decidir sobre la misma. En el caso arbitral, su percepción estaría lógicamente influida por las distintas ideologías y culturas tanto sociales como jurídicas en las que se encontrase inmerso el árbitro o tribunal arbitral encargado del caso. Ello pondría en peligro la propia seguridad y credibilidad en la institución de arbitraje internacional que podría configurar el contenido del orden público supranacional de manera arbitraria en cada supuesto en particular. Sería una fuente de riesgo e imprevisibilidad que hay que descartar⁴³⁰. La consideración de un orden público transnacional responde más bien a un “abuso del lenguaje” que a una realidad⁴³¹. O, como también se ha dicho, su noción tomada al pie de la letra no es más que una inconsistente errata académica⁴³².

⁴²⁸ Entre los más claros defensores del mismo se encuentra J.B. Racine, *L'arbitrage commercial...*, op. cit., p. 355, “la notion de l'ordre public international existe en dépit des critiques qui lui ont été faites”; R.J. Sever, “The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy...”, loc. cit.; M. Rubino-Sammartano y C.G. Morse, *Public Policy in Transnational Relationships*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993; V. Pechota y H. Smit, *The world arbitration reporter. Spanish Court of Arbitration. National Arbitral Institutions and Rules*, Hudson-New York, Transnational Juris Publications, vol. 2 A, 1994, pp. 2405-2437 y vol. 4 A, 1994, pp. 5275-5277; R. Goode, “Usage and its Reception in Transnational Commercial Law”, *ICLQ*, vol. 46, parte 1ª, 1997, pp. 1-36; Ph. Kahn, “À propos de l'ordre public transnational: quelques observations”, loc. cit., pp. 1539-1550; Th.E. Carbonneau, *Lex Mercatoria and arbitration: A discussion of the new merchant law*, op. cit.; R.H. Krindler, “Arbitrage et recours juridictionnels: L'attitude des parties étrangères ayant à opter entre un arbitrage et un procès aux États-Unis, (Arbitration Versus litigation in Transnational Contracts: Recent Trends in the United States Relevant to Foreign Parties Faced with the Choice)”, *Int. Arb. L. R.*, vol. 2., 1998, pp. 173-207. Respondiendo todos a la paternidad de P. Lalive, quién precisamente en la época en que realizó sus trabajos estimaba que la importancia real de un orden público transnacional vendría en el futuro en el que hoy nos encontramos, cf., vid., “Ordre public transnational...”, loc. cit., p. 371.

⁴²⁹ Entre los que destacan, analizando de manera separada sus opiniones particularizadas, los autores que enunciamos en las notas subsiguientes.

⁴³⁰ El riesgo del subjetivismo que por otro lado se quiere evitar estaría siempre implícito, cf., Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, op. cit., p. 866.

⁴³¹ De esta opinión, E. Gaillard, “Arbitrage commercial international: Sentence arbitrale. Contrôle étatique. Droit commun”, loc. cit., pp. 1-24, esp. pp. 22-23, y P. Mayer, “La sentence contraire à l'ordre public au fond”, loc. cit., p. 650, nota. 73.

⁴³² “La notion d'ordre public transnational, prise à la lettre, en représente en définitive qu'une coquille”, cf., H. Arfazadeh, “L'ordre public du fond et l'annulation...”, loc. cit., p. 239.

Un tercer grupo, lo integran aquellos autores que mantienen una posición evolutiva en el sentido de pasar de una considerable negativa inicial a admitir finalmente la posibilidad de la aceptación supranacional del orden público. La propia observación de la realidad implica una importante dosis de subjetividad. Hay que mostrarse esperanzado hacia la concepción de un orden público receptivo y necesario en las relaciones privadas transfronterizas de carácter supranacional⁴³³. Nuestra posición en este punto se encuentra en ésta línea. De pasar a considerar la vaguedad de la transnacionalidad con una reticencia similar a la proyectada hacia la *lex mercatoria* a proceder a defender la necesidad de delimitar los contornos de la transnacionalidad a través de un orden público como límite y garantía de la misma⁴³⁴.

107. Existe, pues, un embrión de orden público transnacional que hay que cultivar y es por ello por lo que nos volcamos en analizar su hipotética función y su contenido en el arbitraje privado internacional. Por otro lado, como señala B.M^a. Cremades, “*Desde siempre, se ha dicho que el procedimiento arbitral vale lo que valen los árbitros (...). Por muy complicadas que sean las circunstancias del quehacer arbitral en una economía globalizada al final queda el árbitro en su tremenda soledad decisora, ejercitando razonablemente su discreción, es decir, juzgando*”⁴³⁵. En definitiva, el elemento de valoración es consustancial al elemento decisor de los árbitros. Hay que seguir confiando en el buen hacer de los árbitros internacionales para que sean éstos los que definan los elementos del orden público transnacional que las actuaciones privadas no pueden llegar a traspasar en un ámbito supranacional. Una aceptación de que el orden público transnacional lo dibujen los árbitros internacionales

⁴³³ Esta ha sido la evolución seguida por el autor anterior, que ha pasado de una voraz crítica inicial a una aceptación del orden público transnacional como esperanza de futuro, *ibid.*, p. 241.

⁴³⁴ En este sentido es importante aclarar la distinción existente entre la *lex mercatoria* y orden público transnacional ya que no debemos caer en el error de identificar los ámbitos de no-derecho con la transnacionalidad. Si bien la transnacionalidad responde, al igual que la *lex mercatoria* a las necesidades de la sociedad internacional de comerciantes, la primera a diferencia de la segunda, tiene su base en los Derechos nacionales, *cf.*, E. Gaillard, “Trente ans de *lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *Journ. dr. int.*, 1995, pp. 8.

⁴³⁵ *Cf.*, B.M^a. Cremades, “El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada”, *loc. cit.*, p. 1537.

es una muestra de respeto y confianza hacia la justicia arbitral que ésta no puede desaprovechar⁴³⁶.

b) Balance jurisprudencial

108. La necesidad de un orden público transnacional se impone tanto fuera como dentro del campo reservado al arbitraje privado internacional. En el marco exterior al arbitraje, ya en la Sentencia de la Corte de apelaciones de París, en el asunto *Banque Ottomane*, de 3 de octubre de 1984, fue evidenciada la necesidad del reconocimiento de un orden público si no universal, al menos que estuviera comúnmente reconocido y aceptado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos con la finalidad de dar seguridad a las relaciones comerciales y financieras internacionales y proteger a las personas y a las sociedades de capitales⁴³⁷. Se constata que las exigencias de un orden público internacional no vienen sólo del lado del arbitraje privado internacional sino que cada vez con más fuerza están apareciendo en los ámbitos del Derecho Internacional tanto Público como Privado y, como no, desde el propio Derecho del comercio internacional. El orden público transnacional, es el orden necesario en el actual comercio internacional y en el de las relaciones privadas transfronterizas. Sólo cabe hablar del mismo en un ámbito internacional, ya que en el interno se quedan amplios sus contenidos. Por ello es importante señalar que el orden público transnacional no debe ser utilizado solamente por los árbitros, sino también por los jueces en cualquier decisión relativa a una relación internacional que lo precise⁴³⁸.

109. La práctica protagonizada por los propios árbitros ha sido pionera en consolidar la necesidad de concretar el orden público transnacional. Nos resulta habitual la referencia al orden público supranacional en las sentencias arbitrales internacionales

⁴³⁶ Cf., P. Nygh, "Choice of Forum and Law ...", *loc. cit.*, p. 6.

⁴³⁷ "La sécurité des relations commerciales et financières internationales postule la reconnaissance d'un ordre public, sinon universel, du moins commun aux divers ordres juridiques qui protègent les intérêts des personnes associées à la vie des sociétés de capitaux". Así, afirmado en la sent. de la *Cour d'appel* de París, de 3 de octubre de 1984, *Journ. dr. int.*, 1986, núm. 1, pp. 156 y ss, con nota de B. Goldman, también en la *Rev. crit. Dr. int. pr.*, 1985, pp. 526 y ss, con nota de H. Synvet. Trasunto del estudio de P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, p. 650. Consideración idéntica a la que con posterioridad fue llevada a cabo por cf., H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, pp. 243-244.

que han tenido que versar sobre la prohibición de la corrupción y del tráfico de influencias. Desde el famoso laudo dictado por el juez *Lagergren*, donde la toma en consideración del orden público del Derecho extranjero permitió afirmar que la prohibición de la corrupción es de orden público transnacional⁴³⁹, pasando por laudos donde se determinó que la corrupción está prohibida por el orden público internacional y es un ataque directo a la moralidad de las relaciones internacionales⁴⁴⁰, hasta la sentencia *Hilmarton c. OTV*⁴⁴¹ donde lo esencial es que el propio árbitro no ha dudado en afirmar que la prohibición de la corrupción pertenece al orden público transnacional⁴⁴². El principio *fraus omnia corrumpit* tiene un valor supralegislativo que bien podría constituir un principio de orden público realmente internacional, tal y como ha sido, también, reflejado en la sentencia de 10 de septiembre de 1993, *Soc. European*

⁴³⁸ Cf., J. García de Enterría, "The Role of Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 390-398.

⁴³⁹ *Vid.*, el conocido laudo de la CCI, núm. 1110/1963, *Year. Comm. Arb.* vol. XXI, 1996, pp. 47-53. Sentencia *Lagergren*, comentada, entre otros, por J.D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, *loc. cit.*, p. 553 y por B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, pp. 958-959.

⁴⁴⁰ Cf., el laudo de la CCI núm. 3916/1982, *Recueil CCI*, 1974-1985, pp. 507-509, también en *Journ. dr. int.*, 1984, núm. 4, p. 930. Y, recientemente publicado el laudo de la CCI, núm. 6497/1994, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 71-79.

⁴⁴¹ Tras sucesivas decisiones contradictorias en relación con el caso *Hilmarton v. OTV* que se inició con el laudo de la CCI núm. 5622/1988, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 220-238, *Rev. arb.*, 1993, pp. 327-341, *Riv. Arb.*, 1992, con nota de A. Giardina, *ibid.*, pp. 784-792, éste se dio por finalizado, tras más de 9 años, con la sentencia de la *Cour de Cassation* de 31 de julio de 1996. Para reaparecer recientemente, *vid.*, P. Lastenouse, "Le contrôle de l'ordre public lors de l'exécution en Angleterre de la seconde sentence *Hilmarton*", comentario surgido a raíz de la Sentencia de la *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court*, de 24 de mayo de 1999, *Omnium de Traitement et de Valorisation SA c/ Hilmarton Limited*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 4, pp. 867-889.

⁴⁴² Aunque, incluso en éste ámbito donde es fácil la identificación de los valores que bien podrían conformar el orden público transnacional como es la corrupción y el tráfico de influencias, se observa como las carencias de la uniformización en éstos ámbitos se ponen en evidencia a través de la práctica. No hay más que detenerse en el asunto *Hilmarton* para darse cuenta que lo que puede ser considerado inmoral o ilícito en un país no tiene porqué serlo en otro. En este caso la apreciación del carácter inmoral de una práctica de intermediación es diferente según los sistemas jurídicos implicados. Así, la ley de Argelia que prohíbe las actividades de intermediación recibió al menos tres interpretaciones diferentes, en sede arbitral, en sede judicial y según la doctrina argelina, *cf.*, H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, p. 240.

*Gas Turbines SA c. Soc. Westman International Ltd*⁴⁴³, donde el orden público ha sido identificado con la ética de los negocios internacionales⁴⁴⁴.

110. No sólo la práctica arbitral sino también la jurisprudencia asociada a la misma ha sido la encargada de definir en qué consiste el orden público transnacional y cuando lo ha hecho generalmente lo ha identificado con valores o principios fundamentales. Tal es el caso, del concepto de orden público transnacional empleado en la sentencia suiza de 17 de agosto de 1994⁴⁴⁵, que señala que la naturaleza universal de la noción de orden público se corresponde, con carácter general, con principios contenidos en las nociones fundamentales de la buena fe, de la regla *pacta sunt servanda*, de la exclusión de abuso del derecho, etc⁴⁴⁶. Otras sentencias concretan más, refiriéndose sólo a un principio como el de la buena fe que constituye uno de los componentes claros del orden público transnacional⁴⁴⁷. La sentencia de 11 de diciembre de 1997, *Société Cubana c/ Société Consavio International Ltd*, que también reafirmó que el principio de la buena fe es parte del contenido del orden público transnacional⁴⁴⁸. No así el principio *pacta sunt servanda* que debe quedar fuera de su contenido⁴⁴⁹.

Recientemente, el 15 de septiembre de 1998, el asunto *Cubic* declaró que el art. 6. 1 CEDH se aplica de manera independiente a la cualidad de las partes, a la ley que rija el Derecho aplicable al fondo del asunto y a la de la autoridad competente para

⁴⁴³ Donde fue especificado que un contrato que tuviera por objeto el tráfico de influencias es contrario al orden público internacional francés y a la ética de los negocios internacionales tal y como es concebida por la mayoría de la comunidad internacional, lo que equivaldría a una violación del orden público transnacional, *vid.*, la sent. de la *Cour d'appel de Paris (1° Ch Civ)* de 10 de septiembre de 1993, *Soc. European Gas Turbines SA c. Soc. Westman International Ltd.*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, t. 83, pp. 349-360, con nota de V. Heuzé, *ibid.*, pp. 360-367, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 359-371. Con nota de D. Bureau, *ibid.*, pp. 371-379, *vid.*, *supra.*, Cap. V, una explicación más detallada de este supuesto en relación con la prohibición de revisión de fondo del asunto en el control al laudo.

⁴⁴⁴ Se anuló aquí al final la sentencia arbitral porque el tráfico de influencias es reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos como contrario al orden público internacional y auténticamente internacional, *cf.*, H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, p. 243.

⁴⁴⁵ *Vid.*, la Sent. suiza del *Tribunal fédéral, 1° Cour civile*, 17 de agosto de 1994, *Türkiye Electric Kurumu (TEK), Turquie c. Osuuskunta Metex Andelslag (Metex), Finlandia, RSDIE*, 1996, núm. 4, pp. 539-542.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 540.

⁴⁴⁷ Evidenciado en la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1° Ch Civ)* de 12 de enero de 1993, *République de Côte-d'Ivoire et autre c. Société Norbert Beyrard*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, pp. 684-694.

⁴⁴⁸ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1° Ch. C)* de 11 de diciembre de 1997, *Société Cubana c/ Société Consavio International Ltd*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 124, con observaciones de D. Bureau, pp. 124-130, esp. pp. 129-130.

⁴⁴⁹ *Vid. infra*, la explicación al respecto en el caso de la hormona del crecimiento.

decidir. El art. 6. 1 CEDH, principio de contradicción que impone las garantías esenciales de un proceso justo y equitativo, es una norma de orden público transnacional y como tal debe ser respetado por los árbitros, las partes, los jueces y las Instituciones privadas de arbitraje internacional⁴⁵⁰. Supuesto que nos recuerda a la consideración de la transnacionalidad en la sentencia de 9 de diciembre de 1994, *Stran, Stratis Andreadis, v. Grecia*⁴⁵¹, donde teóricamente, aunque ni la palabra ni la idea de la jurisdicción arbitral aparezcan reflejadas en el CEDH, ello no quita para que las disposiciones integradoras del mismo, concretamente el art. 6. 1, Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se considere una disposición de orden público procesal “verdaderamente” internacional, que informa el procedimiento arbitral en su conjunto⁴⁵². En el mismo sentido de apelar al principio de contradicción reconocido como norma de orden público transnacional que debe primar y ser respetada en cualquier procedimiento tanto arbitral como judicial, la sentencia de 12 de marzo de 1998, *Société Doux c/ société FTT*⁴⁵³. Sin que se haya encontrado referencia explícita alguna a la transnacionalidad en la práctica jurisprudencial arbitral española.

111. En suma, el escaso número de supuestos prácticos estrictamente referidos a la supranacionalidad del orden público nos indica que todavía es pronto para que podamos tener una actitud optimista en la práctica internacional relativa a la concepción

⁴⁵⁰ Cf., la Sent. de la *Cour d'appel de París (1° Ch. C)* de 15 de septiembre de 1998, *Société Cubic Defense Systems Inc. c/ Chambre de Commerce Internationale*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 103-113, con nota de P. Lalive, *ibid.*, pp. 113-120. Ley aplicable al arbitraje internacional de la CCI, la ley de la sede, y art. 6 CEDH.

⁴⁵¹ Comentada ya en éste mismo Cap. I. 2, *vid.*, la Sent. de 9 de diciembre de 1994, *Refinerías griegas Stan y Stratis Andreadis c. Grecia* (22/1993/417/496), parcialmente reproducida en *Rev. arb.*, 1996, pp. 105-114; y completa en: *Unlawful annulment by legislative measure of an arbitration award establishing the existence of a debt owed by the State in the amount of about 16 million US \$/ Stran Greek Refineries et Al. c. Greece*, *HRLJ*, 1994, vol. 15, pp. 432-444. Comentada por A. Bencheneb, “La contrariété a la Convention Européenne des Droits de l’Homme d’une loi anéantissant une sentence arbitrale”, *Rev. arb.*, 1996, núm. 2, p. 10 y por nosotros, “El arbitraje en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *loc. cit.*, pp. 11-25.

⁴⁵² Asunto donde, por primera vez, la jurisdicción de Estrasburgo ha dejado de ser neutral con respecto al arbitraje privado, consolidando a éste como medio de jurisdicción que debe ser respetado y garantizado de igual manera que la justicia estatal. El laudo arbitral tiene el mismo valor que una sentencia judicial y en consecuencia, es contrario al art. 6. 1 CEDH, que un Estado actúe mediante una injerencia legislativa para anularlo, *vid.*, *ibid.*, pp. 11-25.

⁴⁵³ *Vid.*, especialmente el comentario de G. Flécheux a la Sent. de la *Cour d'appel de París (1° Ch. C)* de 12 de marzo de 1998, *Société Doux c/ société FTT et autre*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 95-102, esp. p. 101.

de un orden público transnacional⁴⁵⁴. No obstante, la mera existencia de ejemplos prácticos nos muestran como de hecho existe una corriente jurisprudencial favorable a la toma en consideración del orden público realmente internacional⁴⁵⁵. Un análisis exhaustivo de la práctica internacional especialmente referida al arbitraje permite deducir que hay una aceptación e incluso un impulso por parte de los árbitros internacionales hacia el orden público transnacional. Lo que ocurre, por un lado, es que dicha práctica no es todavía muy común⁴⁵⁶. Y, de otra parte, se observa que en la práctica los conceptos de orden público internacional y transnacional se superponen. Los jueces deben tomar una decisión basada en su orden público internacional estatal, y aunque sea más fácil basar su decisión en un orden público transnacional, siguen apegados a los criterios tradicionales de consideración del orden público basados en la dualidad de la nacionalidad/internacionalidad del mismo.

Ciertamente, debido a las limitaciones inherentes al ejercicio de su función, donde los órganos jurisdiccionales estatales no están vinculados por ningún orden público estatal que no sea el suyo, sobre la base del principio de jerarquía normativa y anclados en el principio de legalidad, no es de extrañar que, en sentido estricto, existan realmente muy pocos casos, tanto en la jurisprudencia judicial como en la arbitral, en que la decisión se haya referido exclusivamente al orden público transnacional. Sin embargo, sí existen más en los que lo hacen aludiendo directamente a los Principios Generales del Derecho⁴⁵⁷. Lo normal es que se recurra a la combinación de ambos conceptos de orden público transnacional e internacional de un Estado o Estados

⁴⁵⁴ El balance de la jurisprudencia arbitral en aquellos asuntos sobre los cuales los tribunales arbitrales han reconocido la existencia de un orden público transnacional y han extraído sus consecuencias es, como señala Kahn, bastante decepcionante, si bien no por ello se debe tirar la toalla, *cf.*, Ph. Kahn, “À propos de l’ordre public transnational...”, *loc. cit.*, p. 1542.

⁴⁵⁵ Constatado por P. Mayer, “La sentence contraire à l’ordre public au fond”, *loc. cit.*, p. 649. “*Il existe cependant un courant jurisprudentiel en faveur de la prise en considération de l’ordre public réellement international*”.

⁴⁵⁶ Por ello aunque sea la práctica arbitral internacional la que se muestra más proclive al mismo es éste un concepto que no surge con toda la frecuencia que sería de desear, *cf.*, M. Buchanan, “Public Policy...”, *loc. cit.*, pp. 529-531, esp. p. 530.

⁴⁵⁷ En la Sent. del Tribunal fédéral, 1^o Cour civile, 6 de septiembre de 1996, X. c. Y, RSDIE, 1998, núm. 4, pp. 553-564, con comentario de Ph. Schweizer, *ibid.*, pp. 564-568, referida al orden público universal o transnacional, aunque se insista en que los principios generales del Derecho se imponen sin necesidad de ningún tipo de vinculación con un país determinado, se dice también que son francamente muy raros los supuestos donde el propio árbitro se refiere al orden público transnacional, *id.*, p. 579, siendo más habitual que el árbitro se refiera al orden público internacional o directamente a los Principios generales del Derecho.

determinados identificado con los principios o valores fundamentales de su ordenamiento jurídico⁴⁵⁸. Sin embargo, ambos no deben confundirse y los dos deben ser usados por separado. No es lo mismo los valores esenciales de un ordenamiento determinado que los valores transnacionales de la comunidad internacional⁴⁵⁹.

B) Funciones

112. El debate sobre la existencia de un orden público transnacional aplicable a las relaciones privadas internacionales nos coloca directamente en el dispendio de saber cuál es el papel que juega este orden público en el arbitraje internacional y cuáles son las medidas que los árbitros, las partes y las jurisdicciones nacionales deben adoptar al respecto. Para lo cual es imprescindible analizar cuál/es es la función/es y el contenido/s que a través del orden público transnacional se debe alcanzar como correctivo superior indispensable en la práctica de las relaciones privadas internacionales.

113. Las funciones que cumple el orden público transnacional en el arbitraje privado internacional obedecen a una dualidad de acepciones que responden al contenido de carácter positivo y negativo que la noción de orden público implica. A diferencia del orden público en el DIPr caracterizado por jugar su papel principal desde su función negativa o de evicción⁴⁶⁰, en el orden público transnacional prevalece la función positiva. Esta se impone a las partes, al árbitro y a los propios jueces nacionales influyendo directa y positivamente en las decisiones de los árbitros en aquellos casos en los que se encuentren en juego nociones fundamentales y universales como la moralidad contractual y los intereses fundamentales del comercio internacional⁴⁶¹. La aplicación “positiva” del orden público transnacional se refiere a la influencia positiva que tienen los árbitros al aplicar las normas y principios transnacionales formados por las nociones

⁴⁵⁸ Cf., R.J. Sever, "The Relaxation of Inarbitrability...", *loc. cit.*, p. 1691 y ss..

⁴⁵⁹ Según P. Lalive el examen de la práctica judicial y arbitral ha mostrado la existencia de una coincidencia entre el orden público internacional clásico aplicado por los Estados, y el orden público transnacional pero deben los dos ser definidos y utilizados por separado, cf., P. Lalive, "Ordre public transnational (ou réellement international)...", *loc. cit.*, p. 368.

⁴⁶⁰ *Vid., supra.*, apartado II.

⁴⁶¹ Cf., P. Lalive, "Ordre public transnational...", *loc. cit.*, p. 366.

fundamentales de la moral contractual o de los intereses fundamentales del mercado y de la sociedad⁴⁶².

114. De otro lado, una función negativa o de evicción es aquella por la cual el orden público transnacional se utiliza para excluir la aplicación de la ley aplicable a través de una cláusula de elección de ley en el contrato y también, lo que es aquí más importante, sirve para excluir el orden público de un determinado Estado cuando éste contraviniese los estándares internacionales comúnmente aceptados⁴⁶³. El impacto de esta función en el devenir del proceso arbitral es muy importante en el desarrollo de las distintas fases que conforman el arbitraje internacional. Dará pie a enunciar el criterio de los “rangos del orden público” que, como se tendrá ocasión de comprobar, es pieza clave en la investigación que aquí se presenta. Al descartar la intervención de un orden público internacional estatal en caso de que tenga preferencia un orden público transnacional, la superioridad o rango jerárquico del segundo anularía al primero.

115. En definitiva, el orden público transnacional en ambos sentidos, tanto en el positivo como en el negativo, tiene un fuerte impacto en la práctica arbitral. Gobierna la actuación de las partes y de los árbitros, siendo este último el principal responsable de proteger a la comunidad internacional. A pesar de que su uso no sea muy frecuente, por el momento, la aplicación del orden público transnacional, ya sea en sentido positivo o negativo, puede tener una importante repercusión en el arbitraje privado internacional⁴⁶⁴. Hay que deshacerse de la vieja hostilidad hacia el orden público en el arbitraje en vías de la consecución de una justicia transnacional⁴⁶⁵. Es fundamental, pues, detenerse en los contenidos esenciales en los que se basa su bifuncionalidad.

⁴⁶² Cf., R.J. Sever, "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 1667-1668, y, M. Buchanan, "Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 514-515.

⁴⁶³ Cf., P. Lalive, "Ordre public transnational...", *loc. cit.*, pp. 365-366.

⁴⁶⁴ Cf., R.J. Sever, "The Relaxation of Inarbitrability...", *loc. cit.*, p. 1688.

⁴⁶⁵ El camino de la transnacionalidad como vía para que los Estados no ataquen al orden público amparándose en los clásicos criterios del orden público interno e internacional ha sido destacado por la sent. de la *Cour Suprême des États-Unis*, núm. 94-623, de 19 de junio de 1995, *Vimar Seguros y Reaseguros SA, c. M/V Sky Reefer et Al*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 4, pp. 665-670.

C) Contenidos

a) *Democratización de los contenidos*

116. El orden público transnacional debe su supranacionalidad tanto a sus fuentes como a su contenido. Ello excluye que los orígenes del mismo provengan de las concepciones consideradas de orden público interno o internacional de un Estado o grupo de Estados. Por ejemplo, el asunto *Hilmarton c. OTV*, puso en evidencia que lo que puede ser considerado inmoral o ilícito en un país no tiene por qué serlo en otro⁴⁶⁶. De ahí, que la fuente y el contenido se encuentren estrechamente unidos porque, en definitiva, la consideración de la supranacionalidad proviene de las concepciones particulares de la misma en cada sistema jurídico. La delimitación de su contenido es harto difícil de precisar e implica reflexiones relacionadas con la ética y la moral que conllevan un análisis muy exhaustivo, donde el método comparado es el referente fundamental en la búsqueda de la auténtica supranacionalidad. Aunque, es propio desengañarse. Es utópico pretender encontrar un orden público “auténticamente” internacional admitido y reconocido con la misma concepción y desde idéntica percepción ética, social y jurídica, por todas las naciones y sistemas⁴⁶⁷.

117. La mejor salida que se vislumbra para definir la transnacionalidad y dejar de divagar en la búsqueda de una unanimidad de criterios que abarquen la misma se haya en lo que podríamos denominar una “transnacionalidad de origen democrático” donde prevalezca el consenso de la mayoría⁴⁶⁸. Así, la aspiración inicial de que se

⁴⁶⁶ En este caso, la apreciación del carácter inmoral de una práctica de intermediación por la Ley de Argelia es diferente de la concepción sobre la intermediación que tenían el resto de los sistemas jurídicos implicados que no consideraban esta práctica comercial ilícita, *cf.*, H. Arfazadeh, "L'ordre public...", *loc. cit.*, p. 240.

⁴⁶⁷ Existen valores que son ampliamente aceptados por la comunidad internacional, tales como el rechazo del *apartheid*, la condena al tráfico de drogas y de personas, la prohibición de la corrupción, etc., pero no todos son entendidos igual por el conjunto de las naciones. Hay que fijarse en quién dicta esos valores, de dónde proceden sus fuentes para determinar si auténticamente pertenecen al Derecho supranacional. Por ejemplo, la resolución de las naciones Unidas que impusieron el embargo comercial a Irak por motivo de su invasión de Kuwait, no está reconocida de manera universal, *cf.*, Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 866.

⁴⁶⁸ La idea original de que el orden público transnacional tendría que responder a un consenso general es de E. Gaillard, quién abogaba porque el orden público contenido en el art. 1502. 5 del CC francés debería ser un orden público de origen transnacional, como un orden público que fuera el resultado de la comparación entre las exigencias fundamentales de diversos derechos estatales y también del Derecho internacional público, *cf.*, E. Gaillard, "Arbitrage commercial international: Sentence

puedan llegar a adoptar criterios que sean igualmente defendidos por la absoluta totalidad de los Estados descende a que nos tengamos que conformar con que la consideración de la transnacionalidad provenga del entendimiento de los valores comunes que sobre ésta tenga el mayor número posible de sistemas. Ante la imposibilidad de que todas las comunidades lleguen a una unanimidad en definir que una determinada práctica es transnacional se debe optar por aceptar la consideración que prevalece sobre la misma. Este acepción democrática de la transnacionalidad del orden público ha sido incluso positivizada en el Instituto de Derecho Internacional, en su art. 2, donde se considera que son principios de orden público internacional aquellos sobre los cuales existe un “amplio consenso en la comunidad internacional”, sin que se exija, por tanto, la unanimidad⁴⁶⁹.

En cuanto al contenido de las críticas a la democratización de los principios de orden público supranacional huelga decir que son las mismas que se pueden realizar a toda forma de organización y consenso basada en la democracia. Y es que siempre habrá una parte descontenta o minoritaria. En este sentido, el orden público transnacional así formado conlleva el riesgo de la prevalencia de los criterios de orden público que imperan en los países más industrializados a costa de los económicamente menos influyentes, o incluso de los países occidentales sobre las consideraciones de orden público de los países orientales o de los islámicos. No obstante, ante la evidencia de que no existen criterios válidamente exportables a toda la comunidad internacional, unido a que cada vez son más los ámbitos geográficos dispares que participan en el arbitraje internacional, como ha sido puesto de manifiesto en las numerosas reformas

arbitrale. Contrôle étatique. Droit commun", *loc. cit.*, p. 22; J.B. Racine participa de una solución similar. Tras observar que a pesar de que los Derechos del Hombre, que según nuestra concepción continental se deberían considerar como principios de orden público transnacional, son rechazados por los países dictatoriales o autoritarios sólo queda aceptar que: “*L’ordre public transnational n’est donc pas un ordre public proprement universel. Une règle d’ordre public transnational n’est donc pas une règle consacrée dans tout les systemes juridiques mais seulement répandue dans une grande majorité de ceux-ci*”, *ibid.*, *op. cit.*, p. 360.

⁴⁶⁹ Cf., el art. 2 de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional, IDI, sobre arbitraje de Estados y empresas extranjeras en la sesión de Santiago de Compostela de 12 de septiembre de 1989, que señala que “*En ningún caso, un árbitro debe desconocer los principios de orden público internacional en relación con los cuales existe un amplio consenso en la comunidad internacional*”, *cf.*, *Anuario del IDI*, vol. 63, t. I y II, 1989, *Rev. arb.*, 1990, núm. 4, p. 932, con observaciones de Ph. Fouchard; también el el *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1991, p. 233, con nota de A.T. Von Mehrem. Principio que se mantiene en distintos laudos y sentencias. Así, en el laudo de la CCI, núm. 1507/1970, *journal. dr. int.*, 1975, p. 913, en la Sent. de la *Cour d’appel* de París de 24 de febrero de 1994, *Ministère Tunesien de l’Équipement c. Société Bec Frères*, *Rev. arb.* 1995, núm. 2, p. 274, con nota de Y. Gaudemet.

arbitrales protagonizadas en los últimos años sobre todo en los países menos industrializados⁴⁷⁰, parece claro que el éxito del arbitraje se basa en la armonía y en el consenso por el que se debe abogar dentro de la multiculturalidad. “*Sólo los árbitros y las instituciones que sean conscientes del conflicto cultural serán capaces de hacer frente al reto que tiene el arbitraje en el momento actual*”⁴⁷¹. “*El desarrollo del orden público transnacional es ineludible. Está en el corazón de la evolución contemporánea de la sociedad internacional, esto es, de la mundialización de la economía y de la uniformización del Derecho. Es, pues, la consecuencia del movimiento de fondo de la sociedad contemporánea*”⁴⁷².

b) Principios y jerarquía

118. Si el primer paso consiste en aceptar que los componentes del orden público transnacional tienen un origen democrático, el segundo paso estriba en determinar cuáles son éstos valores consensuados. El orden público transnacional se encuentra identificado por la mayoría de la práctica y de la doctrina con los Principios generales del Derecho. Lo que ocurre es que tampoco es fácil etiquetar cuáles son dichos Principios y dentro de los mismos seleccionar a cuáles se les otorga el valor de la supranacionalidad⁴⁷³. Se ha comprobado que los principio más universalmente aceptados son aquellos que se revisten de fuertes connotaciones públicas y responden a criterios relativos al *jus gentium* y a los Derechos fundamentales del hombre antes que a los componentes de la *lex mercatoria* o a los Derechos privados protectores del

⁴⁷⁰ *Vid. supra.*, en la introducción y en el arbitraje en la globalización.

⁴⁷¹ *Cf.*, B.M^o. Cremades, “El arbitraje en el Siglo XXI”, *loc. cit.*, p. 1192.

⁴⁷² *Cf.*, J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international...*, *op. cit.*, p. 433.

⁴⁷³ La tarea previa de mayor dificultad consiste en identificar los principios del comercio internacional, *cf.*, H. Arfazadeh, “L'ordre public du fond et l'annulation...”, *loc. cit.*, pp. 238-239. Sobre la aplicación por el árbitro de principios propios del Derecho Internacional Público, *vid.*, el laudo de la CCI núm. 5103/1988, *Journ. dr. int.*, 1988, núm. 4, pp. 1206-1212, con observaciones de G. Aguilar Alvarez, pp. 1212-1215. Principios del *stoppel* y *venire contra factum proprium*, constituyen dos verdaderos principios generales del derecho. Orden público internacional que consagra la aptitud de las empresas públicas para comprometer por medio de arbitraje.

mercado⁴⁷⁴. El orden público transnacional está compuesto por unos principios sociales ético-jurídicos, generalmente admitidos por la comunidad internacional⁴⁷⁵.

119. Con carácter general, se defiende que el contenido del orden público transnacional responde a una realidad sustantiva y procesal. El primero, orden público transnacional sustantivo o material, se impone a las partes prohibiéndoles contratar en aquellas materias que objetivamente son especialmente delicadas o sensibles o directamente contrarias al mismo: drogas, medioambiente, armas, bienes del patrimonio histórico, artístico o culturales, etc., o según las circunstancias que han dado pie al contrato, la ilicitud, la corrupción, el tráfico de influencias, etc., de modo que los compromisarios mediante el arbitraje no puedan disfrazar sus intenciones fraudulentas para intentar evadirlo⁴⁷⁶. También, se impone al árbitro, en el sentido en que éste cometería una violación del orden público transnacional si no sanciona los comportamientos de las partes anteriormente referidos o permite el desarrollo de los mismos a través del proceso arbitral. Y, por último, se impone a los jueces, que en el momento del control de la actuación arbitral deben respetar la aplicación por los árbitros de un principio de orden público transnacional que del mismo modo, les vincula a ellos.

De otro lado, existe un orden público transnacional de carácter procesal o formal que se centra en los principios básicos del procedimiento, principios de audiencia, contradicción e igualdad⁴⁷⁷. Dualidad de aspectos formal y material de la transnacionalidad que se encuentra reconocida en la reciente práctica jurisprudencial⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ *Vid.*, Ch. Byk, “Le droit international de la “bioéthique”: “*jus gentium*” ou “*lex mercatoria*”, *loc. cit.*, pp. 915-944.

⁴⁷⁵ Muchos de los criterios internacionales de Derecho Internacional público sirven para defender este orden público transnacional basado en la prohibición de la corrupción y en los principios universales de protección de los derechos humanos fundamentales. Así como en la protección del medioambiente de los bienes culturales y, por tanto, en contra del tráfico ilícito de bienes culturales o patrimoniales, también contrario al tráfico ilícito de armas, drogas, etc. y los contratos privados que han podido dar lugar a ellas, *cf.*, P. Lalive, “Ordre public transnational...”, *loc. cit.*, pp. 333 y 340.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 367.

⁴⁷⁷ *Vid.*, *supra.*, las referencias, laudos y bibliografía nombrada en torno al mismo en el apartado I del presente capítulo y el análisis de los Derechos fundamentales de Defensa contenidos en el art. 6. 1 CEDH especificados en el anterior apartado dedicado al balance de la práctica arbitral.

⁴⁷⁸ En una sentencia reciente del Tribunal suizo, se entiende que los principios fundamentales que garantizan el art. 190. 2 LSDIP son el principio de *pacta sunt servanda*, el principio de confianza, el de prohibición de abuso del Derecho, la prohibición de medidas y prácticas discriminatorias, y la protección de las partes consideradas débiles que son los componentes del orden público transnacional de carácter material o sustantivo. El orden público formal, o procesal, de otra parte, lo forman los principios fundamentales del procedimiento, *Tribunal fédéral, 1^o Cour civile*, de 24 de marzo de 1997, *T. AG c. H.*

El orden público transnacional debería ser aplicado por el árbitro internacional de oficio e igualmente respetado por el juez nacional⁴⁷⁹.

120. Es aconsejable hacer una distinción entre los principios considerados de orden público transnacional para la propia institución arbitral y aquellos que tuvieran el mismo rango dentro del comercio internacional. Entre los primeros, aquellos confirmados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como principios pertenecientes al Derecho “anacional” del arbitraje, se encuentran los siguientes. El primero, la posibilidad que tiene el árbitro de proveer sobre su propia competencia, se considera como “una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral”. Principio de competencia-competencia de los árbitros reconocido como un principio de orden público transnacional⁴⁸⁰. En segundo lugar, el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria en relación al contrato que la contiene pertenece también al derecho anacional del arbitraje⁴⁸¹. En tercer lugar, la capacidad del Estado para comprometer reconocido como una regla consuetudinaria que los árbitros consideran de orden público internacional⁴⁸². La capacidad del Estado o de una entidad pública para

Company, RSDIE, 1998, núm. 4, pp. 574-578, comentada por Fr. Knoepfler, *ibid.*, pp. 578, 580, esp. p. 575.

⁴⁷⁹ La necesidad de la aplicación “de oficio” del orden público transnacional por el árbitro internacional ha sido destacada por, P. Lalive, “Ordre public transnational...”, *loc. cit.*, pp. 267-368.

⁴⁸⁰ Cf., P. Lalive, *ibid.*, p. 350 y, entre los últimos en destacar la transnacionalidad del principio de competencia-competencia, *vid.*, A. Dimolista, “Autonomie et *Kompetenz-Kompetenz*”, *Rev. arb.*, 1998, núm. 2, pp. 305-359. Y, la reciente Sent. de la *Cour de Cassation* (1^o Ch. C) de 5 de enero de 1999, *M. Zanzi ès qualités c. M. de Coninck et autres*, *Rev. cri. dr. int. pr.*, 1999, núm. 3, pp. 546-548, con nota de D. Bureau, *ibid.*, pp. 548-558. También, en *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 260-262, con nota de Ph. Fouchard, pp. 262-271, donde se afirma que la autonomía de la cláusula compromisoria y el principio de competencia-competencia son considerados como principios de orden público internacional, con carácter transnacional, para el arbitraje internacional.

⁴⁸¹ *Vid.*, en general, sobre la autonomía de la cláusula compromisoria y los distintos significados de la misma, el trabajo de E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, pp. 108-159; Ph. Fouchard, E. Gaillard, y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 213 y ss; P. Mayer, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, *Rev. arb.*, 1998, núm. 2, pp. 359-369. Para un mayor abundamiento a este respecto, *vid.*, *infra*, Capítulo. II.

⁴⁸² Se encuentra reconocido que los elementos que formen el orden público realmente internacional suelen encontrarse identificados con los principios generales de derecho. Por ejemplo, el valor de la cláusula compromisoria firmada por un Estado. Criterio afirmado, entre otros, en los siguientes laudos de la CCI, laudo núm. 1526/1968, *Journ. dr. int.*, 1974, núm. 4, p. 915-921. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 98-100, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 101-103. Laudo preliminar dictado en en asunto núm. 2521/1975, *Journ. dr. int.*, 1976, núm. 4, pp. 997-999. También en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 165-166, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 166-168. Capacidad para comprometer de un establecimiento público, como principio de orden público internacional “anacional”; Laudo núm. 3327/1981, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 323-327, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 327-330. El orden público internacional se opone a que el Estado invoque la nulidad de un convenio de arbitraje internacional que había firmado. Los tres principios de

comprometerse a través de la firma de una cláusula compromisoria es reconocido universalmente a finales del s. XX, como un principio de orden público transnacional de Derecho del arbitraje internacional⁴⁸³. Ello no sólo ha sido convalidado únicamente por la doctrina sino también por la jurisprudencia internacional. Desde la sentencia *Galakis* de 2 de mayo de 1966 en la cual la Corte de Casación francesa elaboró una regla de validez material de Derecho internacional⁴⁸⁴, pasando por el asunto *Gatoil* de 17 de diciembre de 1991⁴⁸⁵, que confirmó la jurisprudencia *Galakis*, ratificado en fechas más recientes por el caso *Bec Frères* de 24 de enero de 1994⁴⁸⁶. Otra norma que es considerada como de orden público internacional de grado transnacional es, en materia de prueba, la regla “*Actori Incumbit probatio*”⁴⁸⁷.

orden público transnacional reconocidos expresamente en el laudo núm. 1526/1968, *Journ. dr. int.*, 1974, núm. 4, pp. 915-921, esp. pp. 919-920. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 98-100, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 101-103, esp. pp. 101-102.

⁴⁸³ Cf., B. Hanotiau, The Law Applicable to the Issue of Arbitrability, *RDAI*, 1998, núm. 7, p. 758.

⁴⁸⁴ *Vid.*, la paradigmática Sentencia de la *Cour de cassation (1^o Ch. Civ.)* de 2 de mayo de 1966, asunto *Galakis*, *Journ. dr. int.*, 1966, p. 648, con nota de P. Level; *Rev. crit. dr. int.*, 1967, p. 553, con nota de B. Goldman.

⁴⁸⁵ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^a Ch., sect. C.)* de 17 de diciembre de 1991, asunto *Gatoil*, *Rev. arb.*, 1993, núm. 2, p. 281, con nota de H. Synvet. Capacidad del Estado para comprometer como principio de orden público internacional del arbitraje internacional. Este asunto enfrentaba a una sociedad paameña *Gatoil* y a una sociedad iraní, *NIOC*. Se alega la invalidez de la cláusula compromisoria porque la Sociedad iraní no había obtenido la autorización necesaria para contratar ni para comprometerse requerida por su propio Derecho interno. El art. 139 de la Constitución iraní de 1979 para que una empresa pública contrate *iuri gestionis* necesita la aprobación del Consejo de Ministros. La Corte de apelación de París señala al respecto, que el orden público internacional prohíbe a *NIOC* prevalecerse de las disposiciones restrictivas de su Derecho interno para sustraerse del acuerdo de arbitraje previamente pactado. El orden público internacional se impone en el arbitraje privado internacional sobre las disposiciones del orden público interno.

⁴⁸⁶ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 24 de enero de 1994, asunto *Bec Frères*, *Rev. arb.* 1995, núm. 2, p. 275, con nota de Y. Gaudemet. Capacidad del Estado para comprometer como principio de orden público internacional. La controversia enfrenta a una sociedad tunecina por una parte y a una sociedad francesa y tunecina por la otra parte. La sociedad tunecina pretende hacer valer una disposición de orden público interno para eximirse de la responsabilidad previamente adquirida con la firma de la cláusula compromisoria, pero la Corte de Apelación de París es clara en éste punto (Traducción oficiosa): “*La prohibición por un Estado de comprometer está limitada a las controversias de orden interno, en consecuencia, no es ésta una prohibición de orden público internacional. Para validar la cláusula compromisoria es suficiente constatar la existencia de un contrato internacional basado en las necesidades y en las condiciones conforme a los usos del comercio internacional*”.

⁴⁸⁷ *Vid.*, el laudo de la *CCI* núm. 3344/1981, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 330-339. Contratos de suministro de petróleo en bruto celebrado entre dos empresas públicas de países árabes. Determinación del precio contractual. Artículo 1174 del Código Civil Francés. No hay violación del orden público internacional. En materia probatoria la regla: “*Actori Incumbit probatio*”, es una norma de orden público internacional.

121. Entre los segundos, los principios que conforman el contenido del orden público transnacional en el Derecho del comercio internacional que sirven de guía para los árbitros, las partes y los jueces en su actuación arbitral, éstos han sido exhaustivamente analizados y clasificados por J.B. Racine de modo que divide el contenido del orden público transnacional en dos grandes bloques⁴⁸⁸. El primero, dedicado a la protección de los intereses “inmediatos” de la sociedad de mercaderes. Y, el segundo, destinado a la protección de los intereses “superiores” de dicha sociedad. Dentro del primer grupo, se incluye la validez de las cláusulas de adaptación en los contratos internacionales sobre la base del principio de la buena fe y del equilibrio de las prestaciones de las partes como principios considerados de orden público realmente internacional⁴⁸⁹. También, se defienden los principios supranacionales que deben informar el orden público económico de carácter transnacional, dentro de los cuales están la protección de la libre competencia en el mercado mundial⁴⁹⁰ y la protección de las partes consideradas débiles en la contratación internacional. Principios, por tanto, de orden público económico de protección y de dirección de carácter transnacional.

En el segundo bloque, de protección de los intereses superiores, encontramos principios impregnados de un fuerte componente de Derecho público y de carácter ético y moral. Son así principios de origen transnacional que van más allá de la protección de los valores que únicamente se imponen desde el mercado internacional. En primer lugar, hay que destacar la prohibición de la corrupción y del tráfico de influencias sobre los que ya se ha vertido aquí alguna reflexión. En segundo lugar, la protección de los Derechos del hombre que indudablemente aseguran la protección de los valores humanos fundamentales considerados supranacionales. Dentro de los mismos se destaca la protección de los Derechos de propiedad y la prohibición del boicot racial. En tercer

⁴⁸⁸ *Vid.*, la magnífica sistematización que a este respecto realiza J.B. Racine y la exhaustiva bibliografía, jurisprudencia y práctica que cita al respecto en, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, pp. 376-418, a la cual nos remitimos. A falta de una breve referencia a los principios de orden público procesal transnacional que a nuestro juicio también debieran haber sido aquí considerados.

⁴⁸⁹ Supuestos relativos, por ejemplo, a las cláusulas valor-oro que serán analizadas en distintos laudos arbitrales con posterioridad en el Capítulo IV, *vid.*, entre otros, el laudo de la CCI núm. 1717/1972, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 73, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 73-75. Derecho aplicable al fondo del contrato. Cláusula de garantía-oro. Y, por supuesto, el estudio detallado que ofrece J.B. Racine, pp. 380 y ss.

⁴⁹⁰ Con anterioridad ya se había abogado para que el orden público defensor del Derecho de la libre competencia de mercado fuese considerado como integrante del orden público transnacional, *cf.*, J.

lugar, no es ético que ciertas materias por razón de su naturaleza entren dentro de la comercialidad y por lo tanto de la arbitrabilidad. Utilizando una concepción peculiar, se refiere a la materias consideradas “peligrosas”, tales como la compraventa de armas, el tráfico de drogas, etc. consideradas contrarias al orden público transnacional. También se constata la indisponibilidad del cuerpo humano y la prohibición con carácter de orden público universal de comercializar con el mismo y con los productos de él derivados. Por último, destaca que la protección del ambiente, tanto histórico y cultural como la protección medioambiental deben ser igualmente defendidos por los árbitros en atención a su supranacionalidad.

123. En este último caso, sobre la protección del entorno cultural, hay que destacar el renombrado asunto conocido como el caso de las *Plataformas de las Pirámides*. Supuesto que tiene todos los ingredientes necesarios para que observemos *in situ* cuál es el comportamiento, no generalizado, de los Tribunales arbitrales ante el orden público transnacional, a la vez que se debate cómo debería ser la aplicación jerárquica de los principios que conforman el orden público transnacional que prevalecen sobre los principios de orden público meramente internacional y, por supuesto, sobre las normas imperativas y el orden público interno. De ahí, la superioridad jerárquica del orden público transnacional en los rangos del orden público en el arbitraje internacional. La característica esencial de este supuesto es que tiene la virtualidad de ser el primer laudo arbitral decidido en una institución arbitral, la CCI, que con posterioridad volvió a ser objeto de decisión por la misma causa en el marco del CIADI. Su origen data de 1984 debido a la anulación unilateral por parte del Gobierno egipcio de unos contratos de obra concluidos con la sociedad *Souther Pacific Properties* (SPP), con el objetivo de mejorar la zona turística en la que se asentaba, entre otros sitios, la “Plataforma de las Pirámides”.

Las autoridades egipcias habían concluido un contrato marco con un inversor extranjero (SPP) en 1974. El contrato había sido completado por dos acuerdos de aplicación para el desarrollo de dos lugares turísticos. Uno, en el Mar Rojo, y el otro en la plataforma que se encontraba próxima a las Pirámides. Posteriormente, las

H. Moitry, “Arbitrage international et droit de la concurrence: vers un ordre public de la lex mercatoria?”,

autoridades egipcias cambiaron de opinión, anulando el contrato y justificando su decisión ante el Tribunal arbitral invocando la aplicación del convenio de la UNESCO de 16 de noviembre de 1972 sobre la protección del Patrimonio mundial, cultural y natural que les obliga a tomar medidas de protección adecuadas sobre un determinado territorio que se encuentre inscrito en el Registro del Patrimonio⁴⁹¹. En este contexto, el propio Tribunal arbitral admite sin ningún tipo de dudas su competencia para aplicar el citado Convenio. Afirma la conformidad convencional inequívoca de que las actividades comerciales que amenacen un monumento o un sitio que forme parte del Patrimonio común de la Humanidad pueden devenir ilícitas en lo que respecta al Derecho internacional y que su amenaza puede justificar la anulación de los contratos.

Sin embargo, conforme al riguroso análisis del Convenio realizado por los árbitros éstos reparan en que para beneficiarse de la protección del Instrumento Convencional, en atención al ámbito de aplicación temporal del mismo, las operaciones tendrían que haberse concluido después de que la zona se hubiese inscrito en el registro como patrimonio histórico, lo cual no había ocurrido en el caso aquí expuesto. Sobre esta base, los árbitros condenan al Estado egipcio a resarcir a los demandantes los daños e intereses derivados de la ruptura del contrato. La controversia dio lugar a un laudo arbitral rendido en la CCI el 16 de febrero de 1983⁴⁹², que fue anulado por la Corte de Apelaciones de París⁴⁹³, y a su vez rechazado por la Corte de Casación⁴⁹⁴. A un tiempo, el laudo fue reconocido en los Países Bajos en el marco del Convenio de Nueva York. Un segundo procedimiento llevado a cabo en el CIADI puso fin a una contienda que llevaba más de nueve años sin resolverse, con la sentencia rendida en el CIADI, el 20 de

Rev. arb., 1989, núm. 1, pp. 3-29.

⁴⁹¹ Decreto núm. 76-160 de 10 de febrero de 1976, *Journal de Droit International*, 1976, núm. 4, p. 467.

⁴⁹² *Vid.*, *Rev. arb.*, 1986, núm. 1, p. 105 y, *Year. Comm. Arb.*, 1984, p. 111.

⁴⁹³ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 12 de julio de 1984, *République arabe d'Égypte c. Southern Pacific Properties Ltd y Southern Pacific Ltd (Middle East)*, *Rev. arb.*, 1986, p. 75, con el comentario de Ph. Leboulanger, "Etat. Politique et arbitrage – L'affaire du Plateau des Pyramides", *Rev. arb.*, 1986, núm. 3, pp. 471-478. Caso conocido como el asunto de las Plataformas de las Pirámides, *vid.*, al respecto, G.R. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable", *Rev. Arb.*, 1994, núm. 1, pp. 39-67.

⁴⁹⁴ *Vid.*, la Sent. de la *Cour de cassation (1^{re} Ch., sect. C.)* de enero de 1987, *Southern Pacific Properties Ltd y Southern Pacific Ltd c. République arabe d'Égypte*, *Rev. arb.*, 1987, núm. 4, pp. 469-471, con nota de Ph. Leboulanger, *ibid.*, pp. 471-478. También en *Journal de Droit International*, 1987, núm. 3, pp. 638-639, con nota de B. Goldman, *ibid.*, pp. 639-644.

mayo de 1992⁴⁹⁵, finalmente se consideró que el Convenio de la UNESCO no podía aplicarse retroactivamente confirmando la primera decisión arbitral de la CCI y obligando al Gobierno de Egipto a pagar las indemnizaciones acordadas.

124. Las reflexiones que aquí se imponen de cara al orden público transnacional son evidentes. En una primera apreciación de los hechos, siguiendo la aplicación estricta por parte de los árbitros de las disposiciones del Convenio, parece ser que la decisión tomada por los árbitros va en contra de los objetivos del propio Convenio, que es el de proteger un patrimonio de la humanidad excepcional e irremplazable y superior a cualquier acuerdo negocial realizado en contra de la preservación del mismo como evidentemente supone aquí la explotación comercial de una zona turística de las características presentadas. Se puede entonces recurrir al orden público transnacional y declarar que es contrario al orden público transnacional todo atentado a ese patrimonio. El principio podría ser formulado de la siguiente manera. “Es contrario al orden público transnacional atentar contra el patrimonio cultural e histórico de la humanidad”. Independientemente de la fecha de la firma de un Convenio que aquí fue interpretado con rigor por los árbitros, ante una disyuntiva de este tipo debería haber prevalecido el orden público transnacional de protección del patrimonio histórico y cultural antes que el orden público internacional que confiere validez a la interpretación estricta de los convenios, a la teoría de no ir contra los propios actos y al principio *pacta sunt servanda*. En ocasiones, como ésta existen motivos supranacionales que justifican que los pactos negociales no tengan porque ser cumplidos. Frente a esta valoración de los hechos, que recoge la opinión de Ph. Kahn⁴⁹⁶, nuestra postura es más matizada.

Consideramos que el laudo arbitral es correcto en cuanto que defiende la preservación del patrimonio protegiendo al tiempo la seguridad jurídica de los contratantes, al no considerar retrospectivamente su inscripción en el Registro de la UNESCO a efectos de perjudicar los intereses de la empresa que en su día actuó conforme a Derecho. Cuestión diferente y más compleja es si la indemnización fijada a favor del inversor extranjero es la correcta, ya que fue establecida con carácter sancionador en vez de acudir a un criterio objetivo indemnizador acorde con el objetivo

⁴⁹⁵ *Vid.*, el laudo del CIADI de 20 de mayo de 1992, *Souther Pacific Properties (Middle East) c. República Arabe de Egipto*, *Int. Legal Materials*, vol. 32, 1993, p. 933, *Year. Comm. Arb.*, vol. XIX, 1994, p. 51, *journal. dr. int.*, 1994, p. 217, con observaciones de E. Gaillard.

de restablecer el equilibrio en un entorno protegido internacionalmente como Patrimonio Mundial. Entendemos, que el orden público transnacional debiera haber servido aquí para atenuar la carga impuesta al Gobierno egipcio con un rigor sancionador excesivo por parte del árbitro internacional.

125. Un supuesto de similares características en cuanto a que el árbitro internacional no se atreve a afrontar decididamente la transnacionalidad nos sirve de guía en cuanto a la necesidad de establecer el contenido del orden público transnacional por las graves repercusiones que su indefinición implica. Es el denominado “*caso de la hormona del crecimiento*”⁴⁹⁷. De gran actualidad, no sólo por el debate ocasionado por la decisión del Gobierno del Reino Unido el pasado 16 de agosto de 2000 de permitir la clonación de células humanas con fines científicos, sino porque reaviva uno de los temas que seguro traerá más que hablar en el s. XXI, como son los aspectos derivados de los principios de orden público transnacional relacionado con la biogenética, la salud mundial y en definitiva la ética y la moral de los negocios internacionales que han sido cedidos a contratos privados internacionales susceptibles de contener cláusulas arbitrales. Los progresos de la biogenética son realmente espectaculares en los últimos años, y el deber del árbitro sería el de actuar bajo el principio del orden público transnacional, que consiste en la precaución o en el deber de evitar riesgos⁴⁹⁸.

126. La causa en cuestión versa sobre un contrato internacional de suministro de glándulas hipófisis extraídas de la base del encéfalo de cadáveres humanos que deberían servir para fabricar la hormona del crecimiento. Una vez fabricada ésta hormona su transformación y su comercialización correría a cargo de una empresa privada dedicada

⁴⁹⁶ *Vid.*, Ph. Kahn, “À propos de l’ordre public transnational...”, *loc. cit.*, pp. 1539-1550.

⁴⁹⁷ *Vid.*, el laudo de la CCI núm. 5617/1989, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 537-546, con observaciones de D. Hascher, pp. 547-550; y posterior comentario de C. Byk, “Le droit international...”, *loc. cit.*, p. 913. Caso de la hormona del crecimiento que versa, en líneas generales, sobre la arbitrabilidad y la indisponibilidad del cuerpo humano en cuanto al orden público en el arbitraje privado internacional.

⁴⁹⁸ Como apunta Ch. Byk, *vid.*, *ibid.*, pp. 915-944, y de modo similar, Ph. Kahn, “À propos de l’ordre public transnational...”, *loc. cit.*, pp. 1539-1550. En un mundo donde los valores monetarios y comerciales parecen estar por encima de los intereses generales consagrados en normas nacionales e internacionales surge el orden público transnacional que integrado por principios debe garantizar la ética y el buen funcionamiento de los intereses particulares propios de la contratación internacional y el interés general reconocido transnacionalmente como tal. Así, debe defenderse el orden público transnacional que protege a los intereses generales de la salud mundial y del medio ambiente, como consecuencia de los progresos de la bio-genética, y un orden público transnacional que lucha contra el fraude, la corrupción y el tráfico de influencias en el arbitraje, *cf.*, *ibid.*, p. 1543.

al suministro de las mismas que tenía varios contratos concertados al respecto. No obstante, la empresa suministradora rompió unilateralmente sus compromisos comerciales, tanto el de venta como el de transformación de las glándulas, alegando que al haberse descubierto que la aplicación de la hormona del crecimiento en los tratamientos médicos estaba relacionada con la enfermedad de *Creutzfeldt-Jakob* se encontraba más que justificado la ruptura unilateral del contrato por ser ésta una causa de fuerza mayor.

Para dirimir si la ruptura contractual era válida o no el supuesto fue llevado ante un tribunal arbitral, el cual rechazó la argumentación de la suministradora que justificaba su resolución por motivos de fuerza mayor. El árbitro parece primar aquí el principio *pacta sunt servanda*, o lo que es lo mismo el principio de la fuerza obligatoria de los contratos sobre la prevención de un posible riesgo para la salud pública. La actuación del árbitro no sólo sería criticable en su predisposición por hacer valer el acuerdo contractual antes que el interés público, o de salud pública en este caso. Plantea muchas dudas en cuanto a los aspectos relativos a la propia licitud del contrato y a la verificación de si esa materia es o no arbitrable. El cuerpo humano es indisponible para que se llegue a comercializar con él y el árbitro, entendemos, que debería haber aquí declinado su competencia por la propia contrariedad de la materia arbitral al orden público transnacional sobre la base de su inarbitrabilidad.

127. No se puede, pues, afirmar con rotundidad que exista una aceptación general de un principio considerado de orden público internacional como es el principio *pacta sunt servanda*. En casos excepcionales, como los dos últimos aquí expuestos, se requiere la aplicación de un principio transnacional jerárquicamente superior como es el principio de protección del Patrimonio de la Humanidad, en el primer caso, y la protección de la salud pública, en el segundo supuesto⁴⁹⁹. Cualquier atentado a la integridad cultural, física y psíquica es un atentado contra el orden público transnacional

⁴⁹⁹ Son éstos dos supuestos ricos en apreciaciones críticas relativas a la falta de aplicación efectiva del orden público transnacional por parte del árbitro internacional. En concreto, el caso de la hormona del crecimiento es uno de los ejemplos más drásticos donde se pone de relieve el peligro de que el Tribunal arbitral desconozca un principio de orden público transnacional de reciente creación jurisprudencial como es, según Ph. Kahn, el “principio de la precaución”, *cf.*, “À propos de l’ordre public...”, *loc. cit.*, pp. 1542-1544, esp. p. 1543.

aunque se encuentre éste amparado en un contrato. En conclusión, el principio *pacta sunt servanda* no debe formar parte del contenido del orden público transnacional. En contra, existen sentencias jurisprudenciales, relativamente recientes, que consideran que el principio *pacta sunt servanda* sí tiene carácter transnacional, como es la Sentencia del *Tribunal federal suizo* de 6 de septiembre de 1996⁵⁰⁰ y la de 19 de abril de 1994, *Westland Helicopters Ltd., c. Royaume d'Arabie Saoudite*⁵⁰¹. Aspecto respecto al que reiteramos nuestra disconformidad.

128. En suma, aunque la existencia de principios y valores cuyo contenido sea considerado de orden público transnacional se imponga como necesidad en la teoría del Derecho internacional enfocada a prevenir y resolver los acuciantes problemas del nuevo siglo su consolidación desde la práctica arbitral todavía deja mucho que desear. Es una noción, la de orden público transnacional, que no está lo suficientemente formada. Lo que no implica que haya que desistir en la búsqueda de su alcance y de sus contenidos que, de otro lado, se consideran cada vez más necesarios. La finalidad principal de establecer un orden público supranacional o realmente internacional es que si el laudo ha sido dictado conforme al mismo éste después no pueda dejar de ser reconocido o no ejecutado bajo ningún pretexto en los diversos Estados. Es decir, que los jueces nacionales respeten la transnacionalidad cuya tarea de definición y precisión está asignada en gran parte a los árbitros internacionales⁵⁰² en colaboración con los jueces estatales y las propias partes que son las primeras interesadas en el mismo. Por ello, hay que lamentar como en los dos casos aquí explicados la actitud de los árbitros respecto al orden público transnacional no fue lo suficientemente arriesgada como hubiera sido de desear. La labor encomendada a los árbitros en este sentido es que éstos deben de ser más audaces en la función a ellos asignada de ser los principales artífices del respeto y puesta en funcionamiento del orden público transnacional como criterio

⁵⁰⁰ *Vid.*, la Sentencia del *Tribunal fédéral, 1^o Cour civile*, 6 de septiembre de 1996, X. c. Y, *RSDIE*, 1998, núm. 4, pp. 553-564, con comentario de Ph. Schweizer, *ibid.*, pp. 564-568. El principio de *pacta sunt servanda* es un principio considerado de orden público internacional de carácter transnacional, *cf.*, p. 566.

⁵⁰¹ Donde también se reconoce el principio *pacta sunt servanda* como un principio de orden público transnacional en la sentencia arbitral, *Tribunal fédéral, 2^o Cour civile*, de 19 de abril de 1994, *Westland Helicopters Ltd., c. Royaume d'Arabie Saoudite, Etat du Qatar, ABH, y Arab Organization for Industrialisation, Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 922-924, defendido en la doctrina también por H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond et l'annulation...", *loc. cit.*, p. 248.

⁵⁰² *Cf.*, P. Lalive, *ibid.*, p. 330.

que pueda madurar hasta convertirse en una base sólida de aplicación y referencia en el arbitraje internacional⁵⁰³.

129. El juez estatal es el guardián del orden público interno e internacional de su foro en particular, pero no está obligado en principio a defender los valores considerados de orden público en otros foros distintos al suyo ni tampoco a defender aquellos valores considerados superiores por el orden público transnacional. Sin embargo, el árbitro internacional, que no es guardián de ningún orden público vinculado a un foro en particular, sí está obligado a velar por los valores considerados fundamentales por la comunidad internacional. La configuración de un orden público transnacional para el arbitraje internacional es la asignatura pendiente y necesaria para el árbitro internacional. En este sentido el papel del arbitraje se parece cada vez más al de la justicia estatal. Los árbitros no pueden refugiarse cómodamente en que su naturaleza obedece en parte a la justicia privada por lo que debe siempre responder a la voluntad de las partes. En la actualidad, el árbitro internacional tiene una responsabilidad internacional⁵⁰⁴. El orden público que los árbitros deben de utilizar es de origen internacional y realmente internacional⁵⁰⁵. Sin menoscabar que sería utópico abogar por el mismo si éste no fuera igualmente respetado por jueces y partes. En definitiva, se trata de defender los valores esenciales de una justicia, por todos pretendida, en el mundo de las transacciones privadas y comerciales internacionales.

⁵⁰³ La llamada a que los árbitros internacionales sean, y citamos textualmente, “más valientes” a la hora de decidir sobre la base del orden público internacional fue realizada por P. Lalive, “*L’arbitre international aurait le coraage certains diront l’imprudence, de s’exprimer en formules novatrices, impliquant par exemple l’ordre public international*”, *cf.*, P. Lalive, *ibid.*, p. 330, y recogida, en la actualidad, entre otros autores como J.B. Racine, Ch. Byk, y Ph. Kahn que señala que la actitud de los árbitros relativa a la búsqueda, creación y aplicación de un orden público realmente internacional se nos muestra muy tímida en comparación con la audacia que éstos han manifestado en la construcción del Derecho del comercio internacional, sobre todo en emanar los principios estructurales de ese Derecho y dar así a los operadores del tráfico comercial un instrumento notable de coherencia y contradicción, *cf.*, “À propos de l’ordre public transnational...”, *loc. cit.*, p. 1545.

⁵⁰⁴ *Cf.*, J.B. Racine, *L’arbitrage...*, *op. cit.*, p. 435.

⁵⁰⁵ *Cf.* E. Gaillard, “Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *journ. dr., int.*, 1995, núm. 1, pp. 20-21.

FASE NEGOCIAL

**ORDEN PÚBLICO EN LA ARBITRABILIDAD DE LA
CONTROVERSIA INTERNACIONAL**

CAPÍTULO II

DELIMITACIÓN DE CRITERIOS Y DERECHO APLICABLE A LA ARBITRABILIDAD

I. Relaciones entre orden público y arbitrabilidad: cuestiones previas

1. EL ORDEN PÚBLICO EN LA FASE NEGOCIAL

130. Como su propio nombre indica en la fase preliminar, previa o negocial, el procedimiento de arbitraje, propiamente dicho, aún no ha tenido lugar⁵⁰⁶. No obstante, es aquí donde el orden público comienza a representar su primer papel protagonista en torno a conferir la legítima idoneidad para la existencia del procedimiento de arbitraje internacional. Marca el inicio y a la vez recorre una cadena formada por distintos eslabones cuyo ensamblaje resulta necesario para que confluyan los presupuestos básicos de la institución arbitral y el procedimiento pueda comenzar. El primer eslabón, la arbitrabilidad. El orden público es, en última instancia, el factor determinante del presupuesto material, requisito de validez del convenio de arbitraje internacional, sin que ello signifique que se convierta aquel en un obstáculo para la arbitrabilidad internacional de las controversias⁵⁰⁷. El segundo, el presupuesto subjetivo, la autonomía de la voluntad, donde el orden público actúa en la capacidad como condición legitimadora imprescindible para que las partes puedan recurrir al arbitraje con el fin de resolver sus controversias presentes o futuras⁵⁰⁸. El tercero, dependiente a su vez de la validez de los otros dos, lo configura la cláusula compromisoria o el convenio

⁵⁰⁶ Hemos adoptado en esta fase previa la terminología empleada por J.C. Fernández Rozas que denomina específicamente a esta etapa del arbitraje como “fase negocial”, *cf.*, la documentación entregada en el Curso europeo sobre *Arbitraje Comercial Internacional*, “El arbitraje privado internacional”, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 15 de julio de 1999. En el desarrollo posterior del trabajo se utilizarán indistintamente otros criterios relativos a la delimitación temporal que, en definitiva, vienen a indicar lo mismo, el procedimiento de arbitraje todavía no ha comenzado.

⁵⁰⁷ *Cf.*, D. Hascher, “Les conditions d’arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory report”, *Competition and Arbitration, op. cit.*, pp. 153-167, p. 164.

⁵⁰⁸ Tanto la jurisprudencia como la doctrina nos recuerdan continuamente la base consensual del arbitraje y el papel del orden público como límite y garantía de la propia autonomía de la voluntad, *cf.*, la Sent. del TC 174/1995, *BOE* de 28 de diciembre de 1995, núm. 310, p. 38. En la doctrina, *cf.* Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l’arbitrage...*, *op. cit.*, p. 12. De tal manera, que se considerará nulo el convenio de arbitraje que no recoja de manera clara y precisa la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, *vid.*, aunque relativo a un arbitraje interno, la Sent. Aud. Prov. de Sevilla de 18 de enero de 1993, *RCEA*, vol. X, 1994, pp. 248-256, con nota de S. Barona Villar, y la Sent. Aud. Prov. de Palma de Mallorca (Sección 3ª) de 14 de febrero de 1992, *RCEA*, vol. IX, 1993, pp. 225-228, que alude a la posibilidad presente y futura de pactar consensuadamente un convenio de arbitraje.

arbitral⁵⁰⁹. La validez de éste último presupone por igual la validez de todo el conjunto y proporciona la posibilidad de la jurisdicción arbitral que corresponde examinar al propio árbitro o tribunal arbitral⁵¹⁰. Convirtiéndose así el orden público en la auténtica llave de paso de la competencia de los árbitros.

Si comenzásemos la concatenación expuesta en cualquier otro sentido nuevamente el orden público es el que dicta los pasos a seguir. Los límites que impone éste a la autonomía de la voluntad, por ejemplo, se convierten en límites a la jurisdicción de los árbitros, la cual sólo es posible si las partes voluntariamente legitiman su competencia a través de un acuerdo de arbitraje válido, que lo será si la autonomía de las partes dispone dentro del ámbito material permitido por la arbitrabilidad. La cuestión de la arbitrabilidad se encuentra íntimamente vinculada con la de la competencia de los árbitros, interdependencia que se hace extensiva a la autonomía de la voluntad de las partes y a la validez y licitud del convenio arbitral. Así, hay que atribuir la precisión del orden público en la arbitrabilidad a K.H. Böckstiegel, cuando afirma que la arbitrabilidad de las controversias es un límite material que conlleva la restricción del ejercicio de la autonomía de la voluntad, y el orden público es la clave específica que conforma tales límites⁵¹¹.

131. En este orden de ideas así como en el desarrollo de las distintas fases en las que se encuentra dividido el presente trabajo⁵¹², tres son, a nuestro juicio, los aspectos que hay que retener antes de afrontar el estudio de esta primera relación del orden

⁵⁰⁹ Siendo en este punto de obligada referencia, en la doctrina española, la monografía de E. Artuch Iriberrí., *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, *op. cit.*, de la cual destacaremos posteriormente varios de los aspectos que han sido de inestimable ayuda para la elaboración de la presente memoria.

⁵¹⁰ Es el principio de competencia-competencia de los árbitros reconocido como un auténtico principio de orden público transnacional en el arbitraje privado internacional, *cf.*, la Sent. de la *Cour de Cassation* (1^o Ch. C) de 5 de enero de 1999, *M. Zanzi ès qualités c. M. de Coninck et autres*, *Rev. cri. dr. int. pr.*, 1999, núm. 3, pp. 546-548, con nota de D. Bureau, *ibid.*, pp. 548-558. También en la *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 260-262, con nota de Ph. Fouchard, pp. 262-271. Y, *vid.*, *supra.*, las reflexiones realizadas a este respecto en el Cap. I. IV. 2, C) b).

⁵¹¹ *Cf.*, K.H. Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", *op. cit.*, p. 178.

⁵¹² A diferencia de otros autores que dividen el arbitraje en las mismas fases que si de un procedimiento judicial se tratase: demanda, contestación, apertura de procedimiento, periodo de alegaciones, período de pruebas, etc., *vid.*, I. Guardans y S. De Nadal, "An Approach to Arbitration in Spain", *A.D.R.L.J.*, 1997, pp. 1-64, esp., pp. 17-18, aquí se ha optado por dividir el arbitraje en su conjunto en tres fases claramente delimitadas, la fase negocial o prearbitral, la fase arbitral y la fase post-arbitral o etapa judicial de control.

público en el arbitraje internacional. Los dos primeros, se basan en cuestiones de mera técnica expositiva atinentes al desarrollo del trabajo y, el tercero, se centra, no tanto en el método, sino más bien en una cuestión de actitud. La de la propiedad teleológica que se considera necesaria observar en todo momento en el arbitraje privado internacional encaminada a conseguir la ejecutoriedad del laudo arbitral, su eficacia máxima⁵¹³.

132. En primer lugar, la actuación del orden público contemplada en la fase negocial opera fundamentalmente a través de diversos factores, por lo que lo correcto, en principio, sería hablar no de una intervención del orden público sino de varias, una por cada ámbito material. Ante la imposibilidad de realizar un estudio exhaustivo de cada una de las materias que pueda presentar problemas de imperatividad normativa internacional se ha optado por dividir el conjunto de la fase negocial en dos capítulos o apartados. El primero, dedicado a la determinación de los criterios generales de la arbitrabilidad y su relación con el orden público. Y, el capítulo tercero que recoge a título ejemplificativo un análisis más exhaustivo del orden público en ámbitos materiales más concretos. En segundo lugar, en clara consonancia con lo anterior, la mayor parte de las veces resulta francamente difícil diferenciar los ámbitos en los que actúa el orden público en la fase negocial, ya que su intervención en cada uno de ellos afecta simultáneamente al resto y al convenio arbitral legitimador de la competencia de los árbitros en su conjunto. El orden público se erige, pues, como un límite a los presupuestos por lo que también lo es a la propia existencia del arbitraje. Con la consiguiente llamada de atención sobre que de la interrelación y comunicación entre todos los factores afectados por el orden público en esta primera fase dependerá el desarrollo de todo el arbitraje posterior. Es el todo por la parte y la parte por el todo.

133. El equilibrio entre la autonomía de los presupuestos nombrados y la interdependencia de todos entre sí no es fácil de conseguir. Cada uno de ellos requeriría ser analizado por separado a la luz de su validez en relación con el orden público, pero únicamente su ensamblaje final es el que nos proporcionará el pase a la segunda fase del

⁵¹³ Eficacia propuesta como objetivo principal por la mayoría de la doctrina internacional, *vid.*, entre otros, los trabajos de Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité internationale...", *loc. cit.*, pp. 653-672, y E. Artuch Iriberry, *cf.*, *Derecho del comercio internacional, op. cit.*, p. 472, quienes defienden denodadamente la necesidad de conseguir un régimen arbitral completo y uniforme que asegure la eficacia máxima de los laudos arbitrales internacionales.

procedimiento arbitral. Habiendo sido ya tratados por nuestra doctrina los requisitos de validez del convenio de arbitraje internacional en su conjunto⁵¹⁴ y no ofreciendo mayores problemas los requisitos de forma y de capacidad en lo que al orden público internacional se refiere⁵¹⁵, procederemos a detenernos en la arbitrabilidad, que continua

⁵¹⁴ Como no podía ser de otra manera nos referimos a la obra de E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, op. cit., y en el arbitraje interno, un estudio específico del convenio dentro de la perspectiva más general del ámbito de aplicación en el arbitraje ha sido recientemente realizado por S. Gaspar Lera, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, op. cit.

⁵¹⁵ Se considera innecesario un tratamiento específico en las cuestiones de orden público que se pudieran plantear en cuanto a la capacidad de los poderes públicos para ser sujetos activos del procedimiento arbitral. Habida cuenta que, en la actualidad, es indiscutible la participación de Estados, organismos y empresas públicas en un procedimiento arbitral, considerándose además su legitimidad, en este sentido, como un principio de orden público transnacional del arbitraje internacional. Sobre todo en relación con las conclusiones extraídas de la numerosa práctica al respecto. Desde la jurisprudencia *Galakis*, paradigmática en el asunto de los contratos de Estado. Asunto de la *Cour de Cassation (1^{re} Ch. Civ.)* de 2 de mayo de 1966, *Trésor public c. Galakis*, *Journ. dr. int.*, 1966, p. 648, con nota de P. Level, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1967, y nota de B. Goldman, donde la validez de un convenio de arbitraje concluido por una persona moral de Derecho público se adoptó como una regla material de Derecho del arbitraje internacional. Hasta la numerosa jurisprudencia que lo ha confirmado en una multitud de supuestos internacionales, *vid.*, entre otras, la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 17 de diciembre de 1991, *Gatoil c. National Iranian oil Company (NIOC)*, *Rev. arb.*, 1993, núm. 2, p. 281, con nota de H. Synvet, donde a pesar de que la empresa panameña, *Gatoil*, pretendía hacer valer que la empresa iraní no tenía capacidad para comprometer al ser un organismo de Derecho público y las disposiciones internas iraníes no permiten comprometer a las empresas públicas debido a que así lo prohíbe el art. 139 de la Constitución de la República Islámica de Irán. Es ésta una disposición imperativa de Derecho interno que no afecta al orden público internacional. Y, es en virtud del orden público internacional arbitral sobre la base del cual las cuestiones de capacidad en estos aspectos no pueden ser discutidas. Interpretación, también adoptada en la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)*, de 24 de febrero de 1994, *Ministère Tunisien de l'équipement c. Sté Bec Frères*, *Rev. arb.*, 1995, núm. 2, p. 275, con nota de Y. Gaudemet, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 682-690, esp, pp. 686-687. Solución, de nuevo confirmada en el asunto de 13 de junio de 1996, en la Sent. de la *Cour d'appel de Paris*, *Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c. Sté Icori Estero Spa/ Sté Lombardini Estero Spa*, *Rev. arb.*, 1997, núm. 2, p. 251, con nota de E. Gaillard, *Journ. dr. Int.*, 1997, p. 151, con nota de E. Loquin y en el de la *Oberlandesgericht (Court of Appeal)*, Hamburgo, 6 de julio de 1994, *X. c. Croatian Company, formerly Yugoslav State entity*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 702-706. Ultimamente, el principio ha sido revalidado en la Sent. de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 1 de diciembre de 1999, *Société Euton c. Société Ural hudson*, *Rev. arb.*, 2000, núm. 2, p. 276, con nota de M.L. Niboyet, *ibid.*, pp. 277-279.

No sólo la jurisprudencia judicial sino también la arbitral se ha encargado de reconocer y expandir el principio de la capacidad para comprometer de las personas de Derecho público como principio de orden público transnacional del arbitraje internacional. Así, entre otros, en los laudos arbitrales de la CCI, núm. 1526/1968, *Journ. dr. int.*, 1974, núm. 4, pp. 915-921. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 98-100, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 101-103. En el asunto núm. 2321/1974, *Journ. dr. int.*, 1975, núm. 4, pp. 938-940, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 940-944. También en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 127-130, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 130-134, y *Year. Comm. Arb.*, vol. I, 1976, pp. 133-135. Laudo núm. 4381/1986, *Journ. dr. int.*, 1986, núm. 4, pp. 1102-1106, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1107-1113. Laudo núm. 5103/1988, *Journ. dr. int.*, 1988, núm. 4, pp. 1206-1212, con observaciones de G. Aguilar Alvarez, pp. 1212-1215. Laudo núm. 3896/1982, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 373-378; también en *Journ. dr. int.*, 1984, núm. 1, con nota de B. Opettit, "Arbitrage et contracts d'Etat. L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran", *ibid.*, pp. 37-57.

Y, los laudos de otras instituciones arbitrales y arbitrajes *ad hoc*, como son, el laudo preliminar de 19 de enero de 1977, árbitro único J.M. Dupuy, arbitraje *ad hoc*, *Texaco-Calasiatic c. Libia*, *Year. Comm. Arb.*, vol. IV, p. 177, también en *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 350 y ss, con el comentario de P. Lalive, el laudo de 12 de abril de 1977, arbitraje *ad hoc* *LIAMCO c. Gobierno de Libia*, *Rev. arb.*,

siendo, hoy por hoy, el presupuesto del arbitraje más susceptible de afectación por el orden público⁵¹⁶.

134. De lo que se trata es de determinar *a priori* hasta dónde puede llegar la jurisdicción arbitral, ya que en realidad, al tratar del orden público en el arbitraje privado internacional nos estamos preguntando sobre la extensión y los límites del mismo⁵¹⁷. Y, en realidad sobre la libertad que implica la elección del arbitraje⁵¹⁸. La dificultad aquí, como prácticamente a lo largo de toda el trabajo, consistirá en determinar, si no exactamente, al menos estimar, dónde están los límites que deberían ser aplicados al arbitraje privado internacional. O si, por el contrario, no deben existir tales límites y el arbitraje debe desarrollarse por sí mismo. Es la teoría de la arbitrabilidad ilimitada que en su extremo nos lleva a analizar la denominada arbitrabilidad *out of control*, en consonancia con el arbitraje deslocalizado, objeto de tratamiento en la fase final. De hecho, hay muy pocas decisiones relativas a la arbitrabilidad en esta primera fase negocial dándose más en la fase de control del laudo arbitral⁵¹⁹, donde más que invocar la inarbitrabilidad de las controversias en cuanto tal, lo que se suele alegar es que la sentencia arbitral es contraria al orden público internacional⁵²⁰. Aún así, La arbitrabilidad y su antagónico, la no-arbitrabilidad o

1980, pp. 132-191; comentado por B. Stern, "Trois arbitrages, un même problème, trois solutions", *ibid.*, p. 3. También en el *Year. Comm. Arb.*, 1981, vol. VI, p. 89; y el laudos parcial y final del Tribunal *ad hoc* en el asunto del arbitraje entre *Wintershall A.G.*, y otros y el Gobierno de Qatar, de 5 de febrero y 31 de mayo de 1988; *RCEA*, vol. VI, 1990, núm. 2, pp. 233-264, también han manifestado, en más de una ocasión, que tienen totalmente asumida la capacidad de un Estado u organización estatal como parte de un arbitraje privado internacional, sin que ello plantee, en la actualidad, ninguna duda respecto a su consideración de orden público realmente internacional aceptado por todos en el arbitraje internacional.

⁵¹⁶ Así lo demuestra la práctica arbitral internacional, donde es extraño que las referencias que se hagan al presupuesto material de la controversia internacional no vaya acompañada de consideraciones de orden público, *vid.*, entre otros muchos, el laudo de la CCI, núm. 4604/1984, *Journ. dr. int.*, 1985, núm. 4, p. 973, relativo a la arbitrabilidad de la diferencia y normas imperativas antidumping. También, el laudo CCI, núm. 6162/1990, *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, p. 153.

⁵¹⁷ *Cf.*, J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberrí, "Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre...", *loc. cit.*, p. 305.

⁵¹⁸ *How free is the choice to Arbitrate?*, *cf.*, "A Commercial Way to Justice". *International Arbitration Conference. Boston, MA, USA, september, 1996*. Conferencia Internacional de arbitraje de Boston, 26, 27 y 28 de septiembre de 1996. Publicación de dicha Conferencia en, *The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators –Arbitration-*, vol. 3, 1997, núm. 1, pp. 11-25, esp. p. 23.

⁵¹⁹ Como ya fue evidenciado en el comentario al Auto TS (Sala 1ª) de 25 de julio de 1989, *J. De Ferra y Gisbert c. J.F. de Ferra y Gisbert*, *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 209-210, por D.P. Fernández Arroyo, *ibid.*, pp. 210-215. También en la *REDI*, vol. XLIV, 1992, núm. 1, pp. 213-214.

⁵²⁰ Confirmando que la mayor parte de las decisiones arbitrales relativas a la arbitrabilidad, se observan en el procedimiento de exequatur, *vid.*, B. Goldman, "Arbitrage Commercial International:

inarbitrabilidad continúa hoy siendo, junto con el orden público, uno de los auténticos retos de la jurisdicción arbitral⁵²¹. Todo ello partiendo de la convicción de que el entendimiento de la arbitrabilidad/inarbitrabilidad de una controversia internacional depende, más que de ningún otro factor, de la confianza jurídica, legislativa, empresarial, social e institucional que se tenga en la propia institución arbitral. A fin de cuentas, la cuestión de la permisividad del presupuesto material refleja la confianza derivada de la genuina cultura jurídica arbitral existente en una determinada sociedad⁵²².

135. De ahí, que en tercer lugar, no se entre a calibrar la mayor o menor importancia de la intervención del orden público en cada sector o ámbito material aisladamente considerado a la hora de valorar su conformidad con el orden público. Lo importante es analizar sus contenidos y consecuencias en esta primera fase. De su actuación va a depender que sea posible el posterior nacimiento del procedimiento de arbitraje o se considere más conveniente, por consideraciones de orden público, no dar paso a la competencia de los árbitros con el objetivo de evitar consecuencias fatales en la fase final del procedimiento arbitral, la anulación, el no-reconocimiento y/o la inejecución del laudo arbitral. Con ello se quiere subrayar la actitud que se seguirá a lo largo de todo el trabajo, consecuente con el principio teleológico, previamente enunciado, que debe guiar al arbitraje. La eficacia del laudo internacional depende, en primer lugar, del convenio de arbitraje internacional que legitima la competencia de los árbitros y uno de los factores determinantes de la validez del mismo es la validez de su ámbito material. Mejorar la eficacia de las sentencias arbitrales internacionales

Convention d'arbitrage. Formation. Objet. Arbitrabilité", *J.-Cl. dr. int.*, Fascículo 586-3, 1989, núm. 3, pp. 12-13.

⁵²¹ Más de una década después de que A. Sammel, así lo expusiera, la arbitrabilidad como auténtico reto de la jurisdicción arbitral es un tema polémico que está todavía sin aclarar, *cf.*, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration...*, *op. cit.*, p. 125.

⁵²² En sentido contrario, el entendimiento de la no-arbitrabilidad como cuestión de confianza en la institución arbitral ha sido destacado por, E. Gaillard, "Arbitrage Commercial International: Convention d'arbitrage. Arbitrabilité", *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 586-3, 1994, núm. 9, p. 9. Autor que volvió a reiterar su trabajo inicial sobre la arbitrabilidad, en la obra conjunta que escribió junto a Ph. Fouchard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 347; donde se transcribe literalmente el apartado dedicado al método y al entendimiento de la no-arbitrabilidad: "L'étendue de la non-arbitrabilité est très dépendante de la confiance que l'on peut avoir en ce mécanisme privé des différences qu'est l'arbitrage, que l'on considérait, dans le passé, avec une certaine défiance et qui est devenu, au moins en matière internationale, un mode normal de règlement des différends".

presupone asegurar la validez y los efectos del convenio de arbitraje precedido por la arbitrabilidad de la controversia internacional⁵²³.

Nuestro objetivo es analizar el orden público y la arbitrabilidad desde el punto de vista de concretar los aspectos en los que ambos están relacionados, así como saber el lugar actual que ocupa el orden público en la fase negocial a partir del análisis del presupuesto material de la controversia internacional. Por ello, en primer lugar, es necesario realizar unas breves consideraciones sobre los puntos fundamentales que son aquí objeto de estudio cimentados en las relaciones entre la arbitrabilidad y el orden público.

2. PRECISIONES EN TORNO AL PRESUPUESTO MATERIAL: ACEPCIONES DE LA ARBITRABILIDAD

136. La primera precisión que se va a realizar se va a dedicar a las acepciones de la arbitrabilidad de las controversias en el marco internacional y su repercusión en los criterios de determinación de la misma. La arbitrabilidad de las controversias ha adoptado un significado heterogéneo según los distintos criterios a ella asociados combinados de manera muy diferente desde la doctrina y desde la práctica internacional, fieles reflejos, ambas, de la diversidad de sentidos empleados por el correspondiente órgano competencial, sea éste judicial o arbitral, que ha tenido como misión decidir sobre ésta. Existen, pues, distintas acepciones de la arbitrabilidad que deben ser tenidas muy en cuenta en la lectura de las páginas que conforman este trabajo. De entre sus significados se destacan fundamentalmente tres. El primero, a todas luces el más evidente, hace referencia a la consideración dispar de la arbitrabilidad según sea ésta valorada en sede arbitral o en sede judicial, objeto de un análisis más detallado en el apartado relativo al orden público y la ley aplicable a la arbitrabilidad internacional. El segundo, atañe a la diferencia existente entre el ámbito de aplicación del convenio de

⁵²³ En realidad, el objetivo perseguido de la eficacia, es una muestra más de cómo todas las fases del arbitraje están interrelacionadas, ya que la eficacia en cada fase, desde la fase arbitral hasta la consecución del laudo, es decisiva para conseguir la eficacia final. Sobre la eficacia en el procedimiento de arbitraje íntimamente vinculada con la eficacia del laudo final, *vid.*, el resumen de Ph. Fouchard, en este sentido, sobre los trabajos del *ICCA Congress* de 1998, "Suggestions pour accroître l'efficacité...", *loc. cit.*, pp. 653-672, esp. p. 655.

arbitraje internacional y la arbitrabilidad del mismo signo, entendida ésta como objeto de aquel a la vez que como elemento con autonomía propia. El tercero y último, se refiere al distinto significado de la arbitrabilidad según se concrete ésta en el ámbito material o personal. Arbitrabilidad *ratione materiae o ratione personae*, necesaria para apuntalar la distinción entre arbitrabilidad y legitimidad y la intervención del orden público en cada una de ellas.

A) Arbitrabilidad en sede judicial y arbitral

137. Es en la arbitrabilidad donde encontramos una de las más claras mediatizaciones del orden público de los Estados en el arbitraje interno e internacional. A través de su concepción antagónica, la inarbitrabilidad, determinadas materias son sustraídas al arbitraje y devienen vetadas automáticamente a la jurisdicción arbitral. La mediatización del orden público es distinta y opera de manera diferente en cada una de las fases del arbitraje, y dentro de cada una de ellas, desempeña también un papel, muchas veces improvisado e imprevisible, en cada uno de los elementos que la componen. Ello nos lleva a que un mismo aspecto como el que ahora comprobamos, en relación con la arbitrabilidad, deba ser analizado de manera diferente según en que fase del arbitraje esté siendo examinado y, más aún, dependiendo de si su apreciación tiene lugar en sede arbitral o en sede judicial⁵²⁴. Es posible hablar de distintas acepciones de la arbitrabilidad, que en este caso distingue a la arbitrabilidad según la valoremos en sede arbitral, fase negocial, como presupuesto del procedimiento de arbitraje en su conjunto, requisito de validez y eficacia del convenio arbitral y presupuesto de la competencia de los árbitros en el examen que éstos hacen de su propia competencia.

Y, en sede judicial, tanto en la fase negocial, en el análisis que el juez hace de la validez del convenio para afirmar o negar la competencia arbitral, como en la fase post-arbitral, en el trámite de anulación, o por motivo del rechazo o aprobación *ex officio* del laudo arbitral en el trámite de reconocimiento y ejecución, ya que la inarbitrabilidad de

⁵²⁴ En la Sent. de la *Cour d'Appel* de Bruselas, de 4 de octubre de 1985, *Year. Comm. Arb.*, 1989, vol. XIV, p. 618, se subraya la distinción entre la arbitrabilidad de la controversia en cuanto a la validez del convenio de arbitraje, de una parte, y en el estadio del reconocimiento y ejecución, de otra.

la controversia es causa de impugnación del laudo, tanto en el recurso de anulación, art. 45. 4 LA, como en el de reconocimiento y ejecución, art. 59 LA que, como es sabido, resulta inaplicable en el arbitraje internacional a favor de la aplicación del art. V. 2. a) CNY⁵²⁵. En este sentido se puede afirmar que en el ordenamiento español existe una concepción amplia en relación con el entendimiento de la arbitrabilidad de las materias. Las acepciones de la arbitrabilidad internacional, tal y como lo ha expuesto la doctrina española, sería triple. Como condición impuesta por el Derecho de fondo, como condición de validez del convenio arbitral o como presupuesto que posibilita la no anulación o el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral⁵²⁶.

138. La práctica internacional nos proporciona un claro ejemplo de las distintas mediatizaciones del orden público según en la fase arbitral en la que actúe dentro de una misma materia⁵²⁷. Es el caso de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, en concreto, del art. 81 CE⁵²⁸. En primer lugar, puede ocurrir, que el objeto mismo del arbitraje sea contrario al orden público. Por ejemplo, se considera como no arbitrable la controversia que tenga por objeto principal la aplicación directa del artículo 81. 3 CE. En el caso de que la controversia verse directamente sobre la aplicación de la citada disposición el mismo convenio de arbitraje puede declararse nulo por su contrariedad con el orden público procedente de la inarbitrabilidad de la controversia con lo que el árbitro, a su vez, al instituir sobre su propia competencia se declararía incompetente. De otro lado, el orden público exige que para que el laudo sea válido, se respete éste y las disposiciones materiales imperativas sobre una determinada controversia, lo que implica su aplicación por el árbitro en la fase arbitral. Como expresaba Y. Derains, estas dos modalidades de intervención del orden público explican el hecho de que las mismas disposiciones imperativas puedan provocar, en determinadas circunstancias, que un convenio de arbitraje sea invalidado si el objeto principal del mismo es su aplicación y,

⁵²⁵ Cf., E. Artuch Iriberry, "Arbitraje Comercial Internacional", *op. cit.*, p. 479.

⁵²⁶ Sobre las acepciones de la arbitrabilidad internacional aquí enunciadas, en la doctrina española, cf., J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado...*, *op. cit.*, pp. 654-657.

⁵²⁷ *Vid.*, el laudo de la CCI núm. 1397/1966, *Journ. dr. int.*, 1974, núm. 4, p. 878- 884, también, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 61-65, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 65-66, relativo a un contrato de suministro y distribución en exclusiva, sobre la concesión de Know How y la arbitrabilidad de las controversias intervenidas por el orden público general o comunitario, en este caso, de Derecho de la competencia, arts. 85 y 86 CE.

en otras, que el laudo resultante sea nulo si el árbitro no las ha aplicado como Derecho de fondo⁵²⁹.

B) Arbitrabilidad y ámbito de aplicación del convenio arbitral

139. En segundo lugar, desde una perspectiva comparada, las acepciones de la arbitrabilidad encuentran una línea divisoria inicial que separa la arbitrabilidad en sentido estricto, referido a la arbitrabilidad *ratione materiae*, de la extensión de los contornos de la arbitrabilidad referidos al ámbito de aplicación del convenio de arbitraje internacional. El entendimiento de la arbitrabilidad es así desigual entre los países de tradición jurídica romana o continental y en los de la *common law* o de tradición jurídica anglosajona en el tratamiento de la arbitrabilidad y en el del ámbito de aplicación del convenio de arbitraje internacional⁵³⁰. En los primeros, la arbitrabilidad se refiere exclusivamente al objeto material del convenio de arbitraje internacional, independientemente de la discusión subyacente sobre si esta arbitrabilidad puede ser subjetiva además de objetiva⁵³¹. Sin embargo, en los países de la *Common law* la arbitrabilidad se entiende en un sentido más amplio. Es la arbitrabilidad *sensu lato* utilizada para designar el ámbito de aplicación del convenio de arbitraje internacional⁵³².

⁵²⁸ Sobre las características y el articulado que constituye el orden público comunitario de defensa de la competencia, *vid., infra.*, Cap. 3. II.

⁵²⁹ “Mientras que las disposiciones de orden público, no impregnen una controversia hasta el punto de hacerlo inarbitrable, el árbitro debe aplicarlas en nombre de ese mismo orden público”, *cf.* las observaciones de Y. Derains al laudo de la CCI núm. 1397/1966, *id. loc.*, p. 66, del que se han extraído las expresiones descritas en el piso de arriba.

⁵³⁰ Se descarta así, como línea de principio, el tratamiento de la arbitrabilidad en el sentido en que este término es usado en los EEUU para determinar el campo de aplicación del convenio de arbitraje internacional, *cf.*, B. Hanotiau, “The Law Applicable...”, *loc. cit.*, p. 755.

⁵³¹ Aspecto que será discutido más adelante y en el párrafo final dedicado a la distinción entre arbitrabilidad y capacidad, *vid. infra.*, donde se pretende negar las cuestiones de legitimidad como integrantes del concepto subjetivo de la arbitrabilidad.

⁵³² Sobre la diferencia entre arbitrabilidad *sensu lato* y el ámbito de aplicación del convenio de arbitraje internacional, *vid.*, el laudo de la CCI, *Journ. dr. int.*, 1988, núm. 4, pp. 1204-1205, con observaciones de G. Aguilar Alvarez, pp. 1205-1206; también en *Recueil CCI 1986-1990*, p. 358, sobre la arbitrabilidad de demandas fundadas sobre una responsabilidad delictual, estrechamente vinculadas a la demanda sobre la que se basa el contrato.

140. A diferencia de nuestro sistema legal, siguiendo el estudio que realiza B. Hanotiau al respecto, el Tribunal Supremo de los EEUU ha subrayado en más de una ocasión que para determinar si una controversia es o no arbitrable se debe proceder en dos tiempos⁵³³. En un primer tiempo, se debe determinar si la controversia está cubierta por la cláusula de arbitraje sobre las cuales las partes han sometido voluntariamente el contrato. Es decir, los problemas se centran en la búsqueda de la voluntad real de las partes, en interpretar la voluntad de éstas al someter la cláusula a arbitraje. No obstante, desde nuestro punto de vista, aquí no estamos hablando de la arbitrabilidad *stricto sensu*, sino que nos referimos a otro de los presupuestos del arbitraje, el de la autonomía de la voluntad; en concreto, al alcance de dicha autonomía en el convenio de arbitraje. La cuestión de la arbitrabilidad así entendida en el sentido de la determinación del alcance del convenio de arbitraje, ha sido puesta de relieve y objeto de decisión en numerosas controversias ya sean decisión de tribunales estatales o de tribunales arbitrales⁵³⁴. En un segundo momento, se ha de comprobar si la controversia es susceptible de arbitraje según el Derecho aplicable. Aquí tendríamos que aclarar cuál es el Derecho aplicable a la arbitrabilidad, ya dentro de la arbitrabilidad *stricto sensu*. Claro está que el problema fundamental sería que el Derecho aplicable nos llevaría a analizar la arbitrabilidad según un sistema particular, con la consiguiente problemática de si se debe determinar la arbitrabilidad en materia internacional conforme a una determinada *lex fori*, o conforme a una normativa internacional o transnacional en materia de arbitrabilidad⁵³⁵.

141. Es decir, hay que diferenciar la arbitrabilidad *sensu stricto*, tal y como nosotros la entendemos únicamente referida al objeto material del convenio de arbitraje, de la arbitrabilidad *sensu lato*, típicamente anglosajona y particularmente estadounidense, que se refiere a lo que desde nuestra percepción jurídica conocemos

⁵³³ El término original de la arbitrabilidad “*sensu lato*” es propio de B. Hanotiau, *cf.*, “L'arbitrabilité et...”, *loc. cit.*, p. 960.

⁵³⁴ Fue puesto de manifiesto en el asunto *Mitsubishi*, *Year. Comm. Arb.*, 1986, pp. 555-559, y en el asunto que ha dado lugar a la sent. número 1569, de la *Society of Maritime Arbitrators, Inc.*, de Nueva York, de 3 de agosto de 1981, *Year. comm. Arb.*, vol. VIII, 1983, pp. 171-174, donde se plantea una demanda fundada en que la controversia excedía el campo de aplicación del convenio de arbitraje. El tribunal califica la cuestión como una simple cuestión de arbitrabilidad de la controversia, *id. loc.*, p. 960.

⁵³⁵ Cuestiones que se dejarán ahora en suspenso, para ser más tarde analizadas en el apartado dedicado específicamente al Derecho aplicable a la arbitrabilidad, *vid. infra*, cap. II. apartado II.

como el ámbito de aplicación del convenio de arbitraje⁵³⁶. No es lo mismo el papel que juega el orden público únicamente referido a la arbitrabilidad en su acepción de configurar uno de los requisitos de validez del convenio arbitral, que el entendimiento de la arbitrabilidad como sinónimo del ámbito de aplicación de dicho convenio, lo cual presupone un análisis por separado de la actuación del orden público en todos los factores que intervienen en el convenio arbitral o, *sensu contrario*, de todas las causas que pueden anular el mismo, de entre las cuales, la arbitrabilidad, es sólo un aspecto⁵³⁷. El segundo aspecto, consiste en subrayar que dentro de la propia cultura arbitral anglosajona es muy diferente la percepción arbitral inglesa de la norteamericana, en el sentido de que la segunda se encuentra más desarrollada que la primera⁵³⁸.

141. La trascendencia de ésta precisión en la arbitrabilidad es más importante de lo que a primera vista pueda parecer. Ello se debe a que aunque, hoy en día, la mayoría de los prácticos del arbitraje insisten en señalar que las diferencias entre el arbitraje internacional en los países de la *Common law* y los de la *civil law* han dejado de tener sentido⁵³⁹, en el campo de la arbitrabilidad encontramos una excepción. La diferencia entre ambos sistemas sí existe y se hace patente. Cosa distinta, es que no consideremos necesario basar nuestro estudio en la dicotomía entre los distintos sistemas de Derecho común o civil, dado que, a nuestro juicio, ello puede introducir más confusión, que aportar claridad⁵⁴⁰. No se considera aconsejable hacer una distinción entre los países de la *Common law* y los de Derecho civil tampoco en éste sentido. En un arbitraje

⁵³⁶ Para un mayor abundamiento en esta importante distinción de la arbitrabilidad en las distintas culturas jurídicas y, en particular, un estudio del ámbito de aplicación del convenio de arbitraje desde un punto de vista interno en el ordenamiento español, *vid.*, S. Gaspar Lera, quién para analizar el ámbito de aplicación del arbitraje se detiene en examinar cada una de las causas de nulidad del convenio de arbitraje internacional, *El ámbito de aplicación...*, *op. cit.*, pp. 1-315.

⁵³⁷ Las dificultades más importantes sobre la validez del convenio de arbitraje que en caso negativo configuran también las causas de nulidad del convenio son las exigencias de forma requeridas para la validez del convenio, los efectos de la autonomía del convenio en relación con el contrato principal, el alcance de la competencia-competencia de los árbitros, la capacidad de las partes y el entendimiento de la arbitrabilidad de las controversias, *cf.*, Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître...", *loc. cit.*, p. 659.

⁵³⁸ "England, by contrast with the USA, has relatively little material on arbitrability", *cf.*, A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration...*, *op. cit.*, 1989, p. 131.

⁵³⁹ Como ya se puso de manifiesto en el apartado conceptual, *vid.*, *supra.*, siguiendo especialmente los criterios de B.M^a. Cremades, "Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional", *loc. cit.*, p. 1.

⁵⁴⁰ A diferencia de la igualdad afirmada en el capítulo conceptual entre el "ordre public" y el "public policy", *vid.*, *supra.*, Cap. I. II. 2, únicamente se ha pretendido precisar que las diferencias

internacional, la eficacia se ha de buscar por igual en todos los ordenamientos. Si un laudo es decidido y resuelto en uno de los países afines al Derecho común, ello no quiere decir que los jueces públicos o privados que decidan sobre el mismo, no deban tener en cuenta la consideración de la arbitrabilidad en su faceta internacional de cara a asegurar la ejecución del mismo. Por lo tanto, aunque se considere necesario señalar la distinción entre el modo de ver la arbitrabilidad en ambos sistemas, en la práctica internacional tal distinción deja de tener sentido si ampliamos la percepción global dentro de un ámbito comercial globalizado que busca la máxima eficacia del laudo arbitral y aspira a la uniformidad de sus límites marcados por el orden público realmente internacional.

C) Exclusión de la arbitrabilidad subjetiva

142. La tercera precisión que tenemos por objeto destacar se debe a la distinción entre arbitrabilidad objetiva o “*ratione materiae*” y la capacidad como arbitrabilidad subjetiva o “*ratione personae*”. Se pretende aquí negar la disociación existente entre ambas. Una cosa es la arbitrabilidad y otra las cuestiones de capacidad en el arbitraje. Si bien, ambas tienen en común que marcan la posibilidad o no de que dé comienzo el procedimiento arbitral, junto al resto de factores que validan el convenio de arbitraje, en general, la falta de cada una de ellas es un supuesto de invalidez del convenio arbitral, por lo que provoca automáticamente la pérdida de competencia de los árbitros para conocer el asunto. Se considera que cada una tiene que ser tratada en un contexto muy distinto. En contra de los autores que propugnan que no tiene sentido separar la arbitrabilidad de la capacidad de manera individual ya que todo gira en torno al principal punto cardinal que es el convenio de arbitraje internacional⁵⁴¹. Nuestro punto de partida es muy diferente. Analizamos la arbitrabilidad *estricto sensu*, como lo que es, antes de ser un requisito de validez del convenio de arbitraje. No se considera seguir

derivadas de los diferentes "estilos legales" que proporcionan los prácticos pertenecientes a cada tradición, sí tiene sentido en la arbitrabilidad internacional, aunque no nos hagamos eco de la misma.

⁵⁴¹ Muchos son los autores que parecen decir que lo único que importa es examinar la validez del convenio de arbitraje conforme al orden público internacional sin más, entre los que destaca, B. Hanotiau, en sus numerosas obras dedicadas a la arbitrabilidad internacional, *vid.*, "L'arbitrabilité et...", *loc. cit.*, pp.

manteniendo la subdivisión de la arbitrabilidad *ratione materiae* y *ratione personae*, sino tratarlo todo con la autonomía que se merecen, como cuestiones de arbitrabilidad y de legitimidad, esto es, presupuestos distintos de la institución arbitral, cada uno de los cuales es susceptible de una afección por el orden público de manera distinta⁵⁴².

143. La concepción de considerar únicamente la arbitrabilidad en cuanto tal no es innovador. En realidad, es una vuelta al esquema tradicional que también excluía el criterio subjetivo de la arbitrabilidad. La inclusión de la capacidad en la arbitrabilidad se debe, principalmente, a los trabajos de Böckstiegel que justificaba la acepción de la legitimidad como arbitrabilidad subjetiva porque, a fin de cuentas, las dos cuestiones analizadas de manera conjunta pueden responder a cuándo el acuerdo de arbitraje es válido y por tanto admisible. Sin embargo, no se discute aquí la validez del convenio arbitral en el arbitraje privado internacional sino las relaciones entre el orden público y la arbitrabilidad de la controversia en esta primera fase. Las razones que justifican el por qué no lo consideramos unidos obedecen, en primer lugar, al ámbito de acción de cada una de ellas. El concepto de arbitrabilidad implica de por sí una aproximación sustantiva o material que conjuga mal con la acepción personal a la que claramente se refiere la capacidad. Otra de las razones que se argumentan para separar la arbitrabilidad de la capacidad es que en el contexto de los instrumentos convencionales también se tiene en cuenta de manera diferenciada los causales relativos a ambas. Así en el Convenio de Nueva York, el art. V. 2 a), únicamente se refiere a la arbitrabilidad objetiva, y la menciona de manera separada del orden público⁵⁴³. Precisamente, como se tendrá

899-966; "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", *Arb. Int'l.*, 1996, núm. 2, pp. 391-403; "The Law Applicable to the Issue of Arbitrability", *loc. cit.*, pp. 755-779.

⁵⁴² No obstante, en la práctica hay ciertos laudos que vinculan estrechamente la cuestión de la arbitrabilidad subjetiva y la objetiva, no tratando a la primera como cuestión de capacidad sino como cuestión de arbitrabilidad subjetiva con la problemática que, a nuestro juicio, ello implica en la determinación del Derecho aplicable a la misma, *cf.*, el laudo de la CCI núm. 6162/1990, *Year. Comm. Arb.* vol. XVII, 1992, pp. 153-157, *Recueil CCI*, 1991-1995, p. 75. Aplicación de la sede del arbitraje para la determinación de la ley aplicable tanto a la arbitrabilidad objetiva como a la legitimidad.

⁵⁴³ Esta separación, que obedece a razones históricas, simplemente porque la arbitrabilidad aparecía como criterio distinto del orden público desde el Convenio de Ginebra de 1927 y así se mantuvo sucesivamente en los posteriores Convenios, hasta llegar al Convenio de Nueva York, puede resultar superflua si identificamos arbitrabilidad con orden público. Sin embargo, coincidimos con Böckstiegel en que la distinción existente lejos de ser supérflua, es necesaria. Las normas que restringen la arbitrabilidad no necesariamente tienen que ser normas de orden público. El orden público requiere además otros requisitos adicionales. El propio Böckstiegel así lo entiende: "Article V (2) (a), which mentions objective arbitrability...". Sin embargo, a pesar de no incluirse en esta causa convencional apreciable de oficio a la capacidad, el autor no se detiene en explicar el por qué, consecuente con su teoría

ocasión de desarrollar con mayor profundidad en la fase final, la ausencia de diferenciación entre las mismas es una de las consecuencias del mimetismo en la reconducción de todos los causales del art. V. al del orden público⁵⁴⁴.

144. Dentro de las posibilidades de ineficacia del convenio arbitral, la inarbitrabilidad de la controversia, la ilicitud y la incapacidad, en el sentido de que éste no haya sido aceptado por ambas partes, o por partes incapaces, determinan la nulidad del convenio⁵⁴⁵. La arbitrabilidad como tal se regula también de manera separada en los distintos ordenamientos nacionales de las cuestiones de legitimidad o capacidad de los sujetos intervinientes en la relación arbitral⁵⁴⁶. Las últimas corrientes de la doctrina española, también parecen estar a favor de la arbitrabilidad objetiva en su acepción originaria en sentido únicamente material⁵⁴⁷. En consonancia con la tesis defendida, la Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de arbitraje de 2 de diciembre de 1996 elaborada por la Corte Española de Arbitraje, en la proposición de modificación parcial del último inciso del art. 1 se inclina por no recoger la cuestión de la legitimidad en la valoración de la arbitrabilidad⁵⁴⁸. Al referirnos al término objetivo de la institución

de incluirla como arbitrabilidad subjetiva, cf. K.H. Böckstiegel, *Public policy and Arbitrability*, *op. cit.*, p. 183.

⁵⁴⁴ *Vid., infra.*, Cap. V. III. 2. B) y C).

⁵⁴⁵ El resto de posibilidades de ineficacia en sentido estricto, son que el convenio sea ineficaz, por renuncia, novación, capacidad, y extinción, y que sea inaplicable, es decir, sea una cláusula patológica con error insubsanable. Cf. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 149.

⁵⁴⁶ A excepción, únicamente del art. 1676 del Código Belga y el art. 177 LSDIP, donde se tratan los dos aspectos en la misma disposición, lo cual ha llevado a algunos autores a afirmar, sobre ésta excepción, que al tratarse ambas en la misma disposición, se trata de la misma cosa, esto es, de la cuestión de la arbitrabilidad, *ratione materiae* y *ratione personae*, cf., B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 902.

⁵⁴⁷ En contra, S. Alvarez González, "Comentario al art. 60", *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, *op. cit.*, pp. 841-852. También, M. Requejo Isidro, "Arbitrabilidad de la controversia...", *loc. cit.*, p. 45, que insisten en separar la arbitrabilidad objetiva de la subjetiva y el tratamiento del orden público en cada una de ellas.

⁵⁴⁸ Citamos textualmente la justificación de la propuesta de modificación, que, a nuestro juicio, describe perfectamente el cambio de perspectiva que suscribimos enteramente en cuanto a una aclaración definitiva de la delimitación material de la arbitrabilidad: "Cuando la actual redacción de la ley se refiere a materias de "su" libre disposición conforme a Derecho parece implicar, y ésta es la interpretación más frecuente, el concepto de legitimación de las partes que se someten a arbitraje. El problema es que no parece ser ésta la sede formal más adecuada para tal referencia (...). Ni la capacidad de la parte ni su legitimación tienen cabida en el art. 1 de la LA (...). No se entiende, por tanto, por qué se trae a colación tan precozmente la cuestión de la legitimación, también llamada arbitrabilidad subjetiva (...). La referencia a lo que se ha dado en llamar la arbitrabilidad subjetiva introduce un factor de distorsión en esta sede. Basta con exigir que el arbitraje recaiga sobre materia objetivamente arbitrable para que se dé el presupuesto de base de la institución. La valoración de si el concreto sujeto que firmó el convenio arbitral está legitimado para ello vendrá después y será causa de ineficacia del convenio arbitral si es el caso. Pero no puede, en buena lógica, considerarse un presupuesto de la institución sino, más bien, un

arbitral hay que dar por supuesto que los sujetos afectados por la controversia internacional tienen capacidad suficiente para poder someterse a un arbitraje internacional, entendiendo las cuestiones de arbitrabilidad centradas exclusivamente en el objeto del arbitraje desvinculadas de las cuestiones subjetivas relativas a la legitimidad como comprobante final de la ausencia de tratamiento del orden público en la capacidad, *ratione personae*, al no encontrarse ésta dentro del amplio abanico de posibilidades objetivas que ofrece la arbitrabilidad⁵⁴⁹

3. ENTENDIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO EN LA ARBITRABILIDAD

A) Marco legislativo

145. El *modus operandi* que conforma el marco legislativo de las fuentes del arbitraje privado internacional tiende a ampliar considerablemente el campo de las materias arbitrables en lo que al orden público se refiere, al menos, en lo que respecta a las transacciones privadas internacionales. Como señalaba K.P. Berger, a pesar de utilizar una terminología variada las nuevas leyes de arbitraje proporcionan normas sustantivas de DIPr, que abarcan un amplio campo de materias destinadas a ampliar el número de controversias que puedan ser resueltas mediante arbitraje, así como, también, tienden a flexibilizar, en la medida de lo posible, las consideraciones de orden público en torno a la arbitrabilidad con el propósito de ampliar aún más estas materias en el futuro⁵⁵⁰. Con la intención de no caer en la reiteración de un análisis meramente descriptivo de las distintas legislaciones de arbitraje internacional, que serán tratadas más adelante de manera específica en la propuesta del método de las condiciones a través de los criterios generales de la arbitrabilidad, se puede confirmar, *grosso modo*,

requisito de validez del convenio arbitral. Es en aquella sede donde deben discutirse las cuestiones de legitimación y, en concreto, a la extensión de los poderes de los representantes de las personas físicas y jurídicas”, cf., J.C. Fernández Rozas, y E. Artuch Iriberry, “Propuesta de reforma...”, loc. cit., p. 309.

⁵⁴⁹ Confirmando que el ámbito de aplicación subjetivo que viene determinado por la ley personal de los sujetos que son parte en el convenio arbitral, arts. 9. 1 Cc y 60 LA, nada tiene que ver con las cuestiones objetivas de la arbitrabilidad, cf., lo transcrito de, S. Gaspar Lera, *El ámbito de aplicación...*, op. cit., p. 71, nota 1.

⁵⁵⁰ Cf., K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, op. cit., p. 200.

que no existe en ninguna legislación una norma sobre la arbitrabilidad que contenga positivamente un dictado de materias arbitrables⁵⁵¹.

146. De otro lado, en las legislaciones de fuente convencional de arbitraje internacional tampoco se ha dado una definición de cuándo una controversia es internacionalmente arbitrable, ni un criterio claro ni unánimemente aceptado para llegar a ella. En el art. 1 del Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje de 24 de septiembre de 1923, el art. II. 1 del Convenio de Nueva York, y el artículo I. 1 a) del Convenio europeo de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional de 21 de abril de 1961, no se da una definición de la arbitrabilidad⁵⁵². Únicamente, en los tres, se hace una referencia genérica a que las controversias “puedan ser resueltas por medio de arbitraje”, sin indicar cuáles pueden o no ser susceptibles de arbitraje en el contexto internacional y tampoco qué ley o qué criterio es válido para determinar la misma. Esta ausencia normativa se justifica por el simple hecho de que, al igual que el concepto de orden público, las materias objeto de arbitraje también son cambiantes, en el sentido de que algunas de ellas pueden estar afectadas por consideraciones de orden público en un momento determinado y no estarlo en otro. A la vez que materias inarbitrables en el ordenamiento interno, pueden ser objeto de arbitraje si éste es internacional. Por estas razones, la normativa sobre la arbitrabilidad no iría siempre en un camino determinado basado en consideraciones racionales, sino que evolucionaría a modo de reflejo del distinto interés o sensibilidad nacional e internacional del momento de la mano del propio criterio evolutivo del orden público, desde su enclaustramiento en el refugio primitivo de los ordenamientos internos, orden público interno, hasta su conquista actual en el contexto internacional marcada por la prevalencia de un orden público internacional.

⁵⁵¹ Como ya ha sido reiterado en numerosas ocasiones por la doctrina autóctona e internacional, *vid.*, entre otros, los análisis de las legislaciones de arbitraje, de manera genérica referidos a la arbitrabilidad que realizan B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, pp. 901-902; K.P. Berger, *International Economic Arbitration, op. cit.*, pp. 25-196; M. Requejo Isidro, "Arbitrabilidad de la controversia...", *loc. cit.*, pp. 59-63; y, más recientemente, J.B. Racine, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, pp. 27-38. Sin que se observen grandes cambios en el reflejo de la arbitrabilidad internacional, a excepción de los artículos referidos a la misma que se van incorporando en las nuevas leyes de arbitraje internacionales analizados paulatinamente a lo largo del trabajo.

⁵⁵² *Cf.*, A.L. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 32; y M. Requejo Isidro, "Arbitrabilidad de la controversia...", *loc. cit.*, p. 57.

147. Existe una estrecha conexión entre la arbitrabilidad y el factor temporal vinculado a las concepciones de orden público que determinan la misma. El componente sustantivo de la arbitrabilidad como presupuesto de validez del convenio de arbitraje internacional y su alcance relacionado también con el valor de la autonomía de la voluntad de las partes no se interpretará de manera retrospectiva al momento en el que se redactó el convenio, sino en el instante en el que se plantea la controversia en el tiempo. Según esta teoría puede ser que un convenio que fuese nulo *ab initio*, debido a la no-arbitrabilidad del objeto por su contrariedad con el orden público o con una determinada normativa imperativa que prohibía el arbitraje en el momento de su redacción, devenga válido y arbitrable si al plantearse la controversia la legislación o, más frecuentemente, la jurisprudencia ha evolucionado hacia la arbitrabilidad de la controversia en este sentido⁵⁵³. La genuina determinación de la arbitrabilidad internacional se corresponde con el momento temporal en el que se plantee la controversia. El estudio de la incidencia del orden público y de las normas imperativas en la arbitrabilidad internacional, no supone un análisis de ésta normativa en abstracto en el marco del arbitraje, sino su influencia en las controversias sujetas al mismo, a pesar de que el grado de concreción y relatividad práctica y conceptual al respecto sigue siendo altamente negativo⁵⁵⁴.

⁵⁵³ Como clara prueba de ésta teoría, el cambio de orientación determinado por la jurisprudencia norteamericana en el asunto *Mitsubishi* en el sentido de ampliar la arbitrabilidad de las controversias en las demandas basadas en la Ley Rico que con el paso del tiempo llegaron a ser arbitrables. Otro ejemplo significativo de esta interpretación favorable a la arbitrabilidad del convenio dado el momento en que se planteó la controversia nos lo proporciona también la jurisprudencia norteamericana en el asunto *Lauberhorn, United States Court of Appeals, 5th Circuit*, de 27 de marzo de 1987, *Year. Comm. Arb.*, vol. XIII, 1988, p. 138, donde una de las partes, a pesar de la existencia de una cláusula de arbitraje, emplaza al propietario del buque ante los tribunales federales sobre la base de la ley Rico. El fletador, acusaba al propietario de haber conspirado junto con otros miembros del equipo para robar una parte del cargamento. El propietario del navío rechaza la competencia de los tribunales federales basándose en la existencia de una cláusula de arbitraje contenida en la carta de embarque. El fletador invocaba el carácter de no arbitrabilidad de las controversias fundadas sobre la ley Rico, junto con el argumento de que la redacción del convenio de arbitraje era nulo porque en el momento en que la cláusula había sido redactada la jurisprudencia se pronunciaba en contra de la arbitrabilidad de este tipo de controversias. El Tribunal estima que no ha lugar a “congelar” la interpretación de la cláusula a la época de la redacción del contrato, sino que al contrario, había que interpretarlo en el momento del nacimiento del litigio. En consecuencia, el Tribunal estima que la intención de las partes había sido la de someter a arbitraje las controversias basadas en la ley Rico, y, lo mismo fue confirmado por el Tribunal de apelación, *cf.*, el planteamiento de éste supuesto y las conclusiones extraídas sobre los distintos significados de la arbitrabilidad en el tiempo en, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 961, y *vid.*, el resto de casos que allí se citan.

⁵⁵⁴ *Cf.*, las conclusiones de la Conferencia Internacional de arbitraje celebrada en Boston, 26, 27 y 28 de septiembre de 1996. "A Commercial way to justice". *International Arbitration Conference. Boston, loc. cit.*, pp. 11-25. En concreto, las conclusiones P. Lalive que señala la concreción que existe

148. El mismo propósito de flexibilidad marca la preferencia por la inclusión de un listado en sentido negativo de las materias que no son arbitrables en las nuevas leyes de arbitraje, tal y como por ejemplo se hizo en la primera parte del art. 2060 Cc francés y posteriormente ha sido empleado en otras legislaciones como la ley búlgara de arbitraje y la ley de arbitraje de la República China⁵⁵⁵. De manera, que la ampliación de esta lista requerirá una intervención legislativa⁵⁵⁶. Propuesta, que no nos convence, en el sentido de que si recorremos el camino inverso, más habitual en el comercio internacional, lo propio es que cada vez existan nuevas materias que se abran paso en la arbitrabilidad internacional. Según éste método, la restricción de las materias antes inarbitrables que renazcan a la arbitrabilidad deberán depender también de un siempre incómodo proceso de reforma legal que obstaculizará seguro el desarrollo del arbitraje privado internacional. No estamos, pues, a favor de este método de inclusión de materias concretas consideradas legalmente inarbitrables, en sentido negativo, como tampoco a favor de su inclusión en el positivo. Mejor es la aprehensión de la arbitrabilidad a través de los criterios que permitan identificar la posibilidad de la misma de un modo más general y flexible adaptado al dinamismo del propio contexto internacional.

entre el orden público interno y el orden público internacional, junto a las normas imperativas de foro para determinar la arbitrabilidad de la controversia internacional, *id. loc.*, p. 24.

⁵⁵⁵ Del mismo modo que anteriormente había hecho el art. 2060 del Cc francés, *vid.*, la Ley búlgara de arbitraje de 5 de agosto de 1988, publicada por la *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, pp. 149-ss, con el comentario a la misma de E. Gueorguiev, “La loi bulgare sur l’arbitrage commercial international”, *loc. cit.*, pp. 39 -ss, que en el art. 2, emplea el criterio negativo de la arbitrabilidad para especificar dentro del listado de las controversias no-arbitrables que, “*las controversias relativas a los derechos reales a la posesión de un inmueble y a las relaciones de trabajo, no pueden ser objeto de arbitraje*”. De igual modo, el art. 3 de la Ley de arbitraje de la República popular de China, *cf.*, *RCEA*, vol. XII, 1996, pp. 238-248. El art. 3, señala que no se autorizará el arbitraje en dos bloques de cuestiones. El primero se refiere a las controversias relativas al matrimonio, a la adopción, a la tutela, al reconocimiento de los estados civiles, y a las sucesiones. Y, el segundo bloque de materias inarbitrables se corresponde con las controversias administrativas que, según la ley, deban ser sometidas a las autoridades administrativas, *cf.*, *ibid.*, p. 238.

⁵⁵⁶ *Cf.*, la propuesta de incluir en las legislaciones de arbitraje de los distintos ordenamientos internos un listado de aquellas materias que no se consideran arbitrables, para así aportar claridad al tema de la arbitrabilidad en el tráfico internacional y evitar que terceras partes puedan resultar perjudicadas: “*Codification could usefully contain such a list, not only to make finding the law easier, but also to ensure that the real questions involved are posed directly by the legislature, notably that of the point at which the state’s interest in promoting arbitration is outweighed by the damage done by the latter to the interests of third parties and the state in general*”, en, A. Samuel, *Jurisdictional Problems...*, *op. cit.*, p. 146.

149. Otro dato a tener en cuenta es que en las nuevas leyes de arbitraje llama la atención la aparición de determinadas materias de las que no se consideraba usual la contemplación específica de su arbitrabilidad, tales como, por ejemplo, la inclusión de las controversias medioambientales en determinadas legislaciones latinoamericanas⁵⁵⁷. Ello, contrasta con las legislaciones arbitrales de otros países donde no existe el concepto negativo de la arbitrabilidad. Es el caso del Reino Unido, caracterizado por una normativa sobre la arbitrabilidad de las controversias muy amplia a la vez que flexible donde no existe la noción de inarbitrabilidad como tal. Su legislación de arbitraje internacional está sujeta únicamente a las obligaciones impuestas por la Unión Europea en materias afectadas por el orden público comunitario donde obligatoriamente se tiene que aplicar la normativa europea⁵⁵⁸. En el art. 1 b) de la Ley de arbitraje inglesa de 1996 se refleja, de forma implícita, que no se contiene ningún límite a los tipos de controversias que puedan ser resueltas por medio de arbitraje, excepto la salvaguarda genérica del “interés público”, como principio general⁵⁵⁹. Lo cual nos reconduce, en definitiva, al postrímero límite del orden público, como apoyo a nuestra tesis de que con independencia del resto de criterios que sirvan para apreciar la arbitrabilidad de las controversias internacionales, el orden público siempre es, en última instancia, la llave definitiva que abre o cierra el paso a la arbitrabilidad, en cualquier sistema legal en el marco universal, aunque, como en el caso, éste no parezca imponer *a priori* límites a la arbitrabilidad. Factor que nos ha llevado a considerar que el orden público es la condición suficiente de la arbitrabilidad internacional⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ En el primer párrafo del art. 1 de la Ley General de Arbitraje de la República de Perú, LGA, Ley núm. 26572, promulgada el 3 de enero de 1996, se especifica de manera separada a aquellas materias sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición que “*pueden someterse a arbitraje, las controversias relativas a materia ambiental*”.

⁵⁵⁸ Por ejemplo, en las materias relativas al Derecho de la competencia *cf.*, A. Samuel, *Jurisdictional Problems...*, *op. cit.*, 1989, p. 131.

⁵⁵⁹ Art. 1 b) de la Ley de arbitraje inglesa de 1996, *The Arbitration Act Order, (Commencement No. 1) Order*, 1996, núm. 3146, C. 96: “*The parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest*”, *cf.*, la Ley en la RCEA, 1997, vol. XIII, pp. 396-452, con el comentario de M^a.V. Cuartero Rubio, *ibid.*, *loc. cit.*, pp. 452-459, donde, sin embargo, no se hace ninguna referencia explícita a la arbitrabilidad, sino es una mención en el apartado final para especificar que se dejan elementos importantes fuera de su ámbito de aplicación entre los cuales se encuentran el orden público como causa de denegación del reconocimiento y, fundamentalmente, la arbitrabilidad de la controversia.

⁵⁶⁰ *Vid., infra.*, Cap. II. II. 4.

B) Marco doctrinal

150. Desde la perspectiva de la literatura científica arbitral se han aportado varios criterios para reflejar la arbitrabilidad de la controversia internacional y las consideraciones de orden público en ella implícita. Al igual que en las legislaciones se prefiere la concreción de la arbitrabilidad a través de un método que se fije más en el aspecto negativo de la misma, en la doctrina, podemos retener básicamente dos actitudes distintas respecto al fenómeno de la evolución del arbitraje en torno a la arbitrabilidad vinculadas muy estrechamente con el concepto de orden público internacional. Actitudes que, por otra parte, son un reflejo de la práctica arbitral asociada al entorno observacional que desde un primer momento nos ha resultado imprescindible como soporte del método científico⁵⁶¹. Son el aspecto positivo y negativo de la arbitrabilidad o, como define Stempel en la doctrina norteamericana, son los dos hermanos gemelos que conforman los diversos malos tratos de la arbitrabilidad⁵⁶².

151. De un lado, nos encontramos con una actitud optimista y plenamente liberalizadora del arbitraje que se centra en que el orden público no tiene por qué ser un límite para el arbitraje a la hora de decidir sobre la arbitrabilidad de la controversia internacional. Actitud, tendente a la arbitrabilidad de todas las controversias intervenidas por el orden público, dado que lo que tiene que primar es la consideración de la internacionalidad del arbitraje sobre la normativa imperativa y los conceptos de orden público meramente estatales inadaptados al presupuesto material flexibilizado por el factor internacional. Simplemente si la controversia es internacional se tiende a considerar que la materia sobre la que ésta versa tiene que pertenecer automáticamente al terreno de lo arbitrable. Es el *favor arbitrandum* aplicado a la arbitrabilidad⁵⁶³, heredero de la “*presunción de arbitrabilidad*” de la doctrina norteamericana⁵⁶⁴. En el

⁵⁶¹ *Vid., supra.*, Metodología.

⁵⁶² La arbitrabilidad en su acepción general y su hermano gemelo malo, o el sentido negativo del presupuesto material, *cf.*, J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 331, y las consideraciones hechas al respecto en el Cap. I. IV.

⁵⁶³ *Vid.*, el ya clásico trabajo en este sentido de B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, pp. 899-966.

⁵⁶⁴ El progenitor, en la doctrina estadounidense, de la “*presunción de la arbitrabilidad*” es M.F. Hoellering, "Arbitrability of Disputes", *Bus. Lawyer*, vol. 41, 1985, núm. 1, pp. 125-144.

sentido contrario, se ha observado como en los últimos tiempos ha resurgido, precisamente, por parte de la doctrina norteamericana que fue la primera en propugnar una tendencia realmente aperturista a la arbitrabilidad en el campo internacional en el renombrado asunto *Mitsubishi*, una actitud de cautela y de preocupación resultante de la amplia órbita abierta a la arbitrabilidad⁵⁶⁵.

152. Curiosamente, pues, las actitudes más cautelosas vienen de los países que originariamente han sido más aperturistas hacia la arbitrabilidad de la controversia internacional. Se vuelve a los planteamientos tradicionales del orden público en la arbitrabilidad basados en el peligro de que el arbitraje sea un negocio eminentemente lucrativo para los árbitros, especialmente los árbitros internacionales y las instituciones internacionales dedicadas al arbitraje, pero sin llegar a los alarmismos jurisdiccionalistas asociados a aquella época, cuando a la práctica arbitral no se le había dado siquiera la oportunidad de demostrar precisamente todo lo contrario. Simplemente, lejos de cantar las virtudes de la institución arbitral se da un toque de atención a la cara del peligro del arbitraje internacional, entendiendo que la desaparición de los límites del arbitraje, especialmente del límite del orden público, no es una buena cosa porque ello podría dar lugar a un arbitraje deslocalizado, fuera de control o, incluso, controlado por los poderes económicos de los corporativismos más poderosos en el mercado empresarial globalizado. Es el lado oscuro del arbitraje, “*The dark side of arbitration*”⁵⁶⁶. Como aspecto potencialmente problemático que, a nuestro juicio, se torna un tanto exagerado, en la globalización en la que nos encontramos inmersos⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ *Vid., supra.*, las reflexiones al respecto en el apartado dedicado al orden público en la globalización, Capítulo I, IV. I. y las numerosas sentencias citadas proclamando la realidad norteamericana con una política claramente favorable al arbitraje tanto internacional como interno: “*Federal policy favoring arbitration*”, v. gr., la sent. *United States District Court, Southern District of Florida, Miami Division*, de 3 de marzo de 1996, No. 95-492-CIV-MOORE, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 948- 953. Si existe alguna duda sobre si la materia es o no arbitrable en el arbitraje internacional deberá resolverse a favor del arbitraje.

⁵⁶⁶ Doctrina expuesta por R.J. Server, “The Relaxation of Inarbitrability and Public...”, *loc. cit.*, pp. 1661-1697. Y, el trabajo de Carbonneau, que también había previsto con anterioridad los peligros de una arbitrabilidad ilimitada en EEUU, *vid.*, Th.E. Carbonneau, “L’arbitrage en droit américain”, *Rev. arb.*, 1988, núm. 1, pp. 3-51.

⁵⁶⁷ Con carácter previsor en relación con los actuales peligros de la globalización, *vid., supra.*, F. Rigaux, que auguraba que la plena autonomía de las partes legitimadora de la correlativa extensión de la competencia de los árbitros en distintos ámbitos, pudiera favorecer la ampliación de los poderes del árbitro, al tiempo que el de las partes contractuales más fuertes, desvirtuando así el arbitraje hacia una ficción de jerarquías alimentada por los corporativismos más dominantes. Refiriéndose al peligro de que el estudio de las normas imperativas y el orden público en el arbitraje, había sido realizado por autores

153. En esta dualidad de posturas respecto a la liberalización del arbitraje y sus posibles consecuencias, según un arbitraje privado limitado o ilimitado, no es de extrañar las dudas y los miedos que de manera continuada se plantean en la doctrina internacional contemporánea en relación con el papel que debe jugar el orden público en la arbitrabilidad de la controversia internacional. Abogándose por la hipotética solución en la que sería deseable un orden público auténticamente internacional que actuase en toda su extensión como límite necesario a los excesos que supone la globalización que acompañada por una justicia privada eventualmente pueda servir para favorecer ese abuso de poder o para paliar las necesidades de la falta de protección internacional en diversos ámbitos⁵⁶⁸. Sin embargo, ha sido la propia práctica del arbitraje la que ha enterrado estos miedos iniciales, sin necesidad de reforzar, en nuestra opinión, el papel del orden público en el arbitraje privado internacional, que se sigue entendiendo cada vez más restringido sin que ello potencie en ningún caso el fraude, sino todo lo contrario. Lo que demuestra es la confianza de los Estados hacia la especial diligencia y cuidado que en ámbitos materiales sometidos a controversias internacionales dirimidas ante tribunales arbitrales ha consolidado el buen hacer de los árbitros internacionales.

C) Marco jurisprudencial

154. Muchos de los criterios doctrinales tanto en el sentido positivo como negativo de la arbitrabilidad han venido de la mano de la jurisprudencia tanto arbitral como judicial que, en líneas generales, se ha mostrado realmente aperturista en el tema de la arbitrabilidad de la controversia internacional en lo tocante a materias de orden público. Desde el paradigmático caso *Mitsubishi* en adelante, el examen de la práctica

prácticos que favorecerían la ampliación de los poderes de los árbitros, en detrimento de la incidencia que pudiera ejercer sobre la función arbitral el orden público, *cf.*, F. Rigaux, *Droit public et Droit Privé dans, op. cit.*, pp. 390-391. Trasunto de J.A. Pérez Bevia, "Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público...", *loc. cit.*, pp. 81-82.

⁵⁶⁸ Sin referirnos exclusivamente, como viene siendo habitual, a la necesidad de un orden público transnacional de protección en los arbitrajes susceptibles de afectar a las partes débiles de la contratación internacional, sino también en aquellos campos asociados al progreso económico, el biogenético, el de las telecomunicaciones etc., y los problemas en cuanto a las consideraciones de arbitrabilidad que de ellos se derivan, como se puso de relieve en el caso de la hormona del crecimiento, *vid., supra*, las

arbitral muestra que la concepción según la cual el árbitro cuando conoce de una controversia en la que intervienen principios de orden público que exigen respetar las exigencias que de ellos resultan, se encuentra ampliamente considerado en la realidad de la práctica arbitral internacional⁵⁶⁹. La tendencia actual observada en la jurisprudencia internacional tanto en la judicial como en la propiamente arbitral es la de reducir considerablemente el alcance del orden público en el plano de la arbitrabilidad de la controversia internacional y su correlativa extensión al plano interno⁵⁷⁰.

El orden público y la arbitrabilidad no son obstáculos fundamentales para el arbitraje internacional. La reciente práctica, tanto arbitral⁵⁷¹, como jurisprudencial de

consideraciones en cuanto al laudo de la CCI núm. 5617/1989, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 537-546, observaciones de D. Hascher, pp. 547-550.

⁵⁶⁹ De hecho los árbitros en la práctica siempre respetan las exigencias de un orden público verdaderamente internacional y es francamente extraño que caigan en la vulneración de un orden público internacional, *cf.*, E. Gaillard, "Arbitrage commercial international: Convention d'arbitrage. Arbitrabilité", *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 586-3, 1994, núm. 9, p. 14.

⁵⁷⁰ *Cf.*, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 937.

⁵⁷¹ Entre las numerosas sentencias jurisprudenciales y laudos arbitrales que en muchos casos ni siquiera se paran a justificar la arbitrabilidad de la controversia internacional sobre la que están tratando por considerar que inequívocamente ésta se encuentra plena e internacionalmente aceptada, *vid.*, entre otros, en la jurisprudencia de arbitraje internacional, el laudo de la CCI núm. 1397/1966, *Journ. dr. int.*, 1974, núm. 4, pp. 878- 884. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 61-65, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 65-67. Arbitrabilidad de materias intervenidas por el orden público general o comunitario; el laudo de la CCI núm. 1526/1968, *Journ. dr. int.*, 1974, núm. 4, pp. 915-921. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 98-100, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 101-103; el laudo de la CCI núm. 2476/1976, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 173-176; también en *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, p. 936. Arbitrabilidad de la diferencia y competencia del tribunal arbitral; el laudo de la CCI núm. 2811/1978, *Journ. dr. int.*, 1979, núm. 4, pp. 983-986, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 986-989. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 227-233 y en *Recueil CCI*, 1974-1985, pp. 341-346. Arbitrabilidad de los contratos de concesión en exclusiva; el laudo de la CCI núm. 4604/1984, asunto *Editrice Giocchi Sri Milan v. CTG Products Corp. Delaware*, *Journ. dr. int.*, 1985, núm. 4, p. 973-979, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 980-981, sobre la arbitrabilidad de la diferencia en un contrato de licencia de marca en exclusiva, sometido al art. 85 del CE, a las disposiciones imperativas y a las normas anti-dumping; el laudo de la CCI núm. 6149/1990, *Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 41-57. Arbitrabilidad de la diferencia e inaplicabilidad de normas nacionales internas al convenio arbitral internacional; el laudo de la CCI núm. 6162/1990, *Year. Comm. Arb.* vol. XVII, 1992, pp. 153-157, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 75-80; el laudo de la CCI núm. 6248/1990, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 239-255; *Year. Comm. Arb.* vol. XIX, 1994, p. 124, el laudo de la CCI, núm. 6709/1991, *Journ. dr. int.*, 1992, núm. 4, pp. 998-1001, con observaciones de D. Hascher, *ibid.*, pp. 1001-1005. *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 435-442, sobre la arbitrabilidad de la controversia internacional relativa a la explotación de una patente; el laudo de la CCI núm. 7181/1992, *Year. Comm. Arb.*, 1996, vol. XXI, pp. 99-112, acerca de la arbitrabilidad sin existencia de violación de las normas comunitarias sobre Derecho de la competencia; el laudo de la CCI núm. 6719/1994, *Journ. dr. int.*, 1994, núm. 4, pp. 1071-1078, con observaciones de J. J. Arnaldez; y el laudo de la CCI núm. 8938/1996, *Year. Comm. Arb.*, 1999, vol. XXIV, pp. 174-181, que refleja la arbitrabilidad de las controversias internacionales y principio de autonomía de la cláusula compromisoria a la luz del orden público internacional.

arbitraje internacional así lo demuestran⁵⁷². La práctica contemporánea defiende y amplía la liberalidad del arbitraje internacional en materias afectadas por el orden

⁵⁷² Del lado de la jurisprudencia judicial, el amplio reconocimiento de la arbitrabilidad internacional en ámbitos materiales intervenidos por el orden público y las normas materiales imperativas se constata entre otras en las siguientes sentencias. En Egipto, *vid.*, la Sent. de la Corte de Apelación del Cairo, *Commercial Circuit, No 63*, de 19 de marzo de 1997, *Antiquities Organization (Egipto) c. Silver Night Company (UK)*, *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, pp. 168-174. También, en *Rev. arb.*, 1997, núm. 2, pp. 283-289, con nota de Ph. Leboulanger, *ibid.*, pp. 289-296, donde se afirmó la arbitrabilidad internacional de los contratos administrativos firmados por el Estado cuando éste actúa con carácter privado.

Ni que decir tiene en los EEUU, el reconocimiento favorable a la arbitrabilidad de la controversia internacional se da prácticamente en todos los ámbitos. En el campo del Derecho de la competencia o legislación *Antitrust*, *vid.*, la Sent. de la *U. S. Court of Appeals, First Circuit* de 20 de diciembre de 1983, *Soler Chrysler Plymouth c. Mitsubishi Motors Corporation*, *Year. Comm. Arb.*, vol. X, p. 519. *Supreme Court* de 2 de julio de 1985, *Mitsubishi Motors Corporation c. Soler Chrysler Plymouth*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XI, p. 555, *Rev. arb.*, 1986, núm. 2, pp. 273 y ss, comentada por J. Robert, *ibid.*, pp. 173 y ss. En cuanto a la arbitrabilidad en el reaseguro internacional, *vid.*, la Sent. de la *Cour Suprême des États-Unis*, núm. 94-623, de 19 de junio de 1995, *Vimar Seguros y Reaseguros SA, c. M/V Sky Reefer et Al*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 4, pp. 665-670, que también trata de la pérdida de hostilidad hacia la justicia arbitral. En la Sent. *United States District Court, Southern District of Florida, Miami Division*, de 3 de marzo de 1996, No. 95-492-CIV-MOORE, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 948-953, se consolida la política federal a favor del arbitraje en la arbitrabilidad de la controversia internacional. Si existe alguna duda sobre si la materia es o no arbitrable en el arbitraje internacional deberá resolverse a favor del arbitraje. En el mismo sentido, *vid.*, la Sent. de la *United States District Court, Southern District of Florida, Miami Division*, de 3 de marzo de 1996, No. 95-492-CIV-MOORE, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 948-953, sobre la política federal a favor de la arbitrabilidad de la controversia internacional.

En Francia, *vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1ª Ch. Suppl.)* de 19 de junio de 1970, *Hecht c. Société Buisman's*, *Journ. dr. int.*, 1972, pp. 62-ss, con nota de B. Oppetit, donde se abrió la arbitrabilidad en las materias pactadas en acto mixto, entre comerciantes y no comerciantes; Del mismo modo, en la Sent. de la *Cour de cassation (1ª Ch. Civ.)* de 18 de mayo de 1971, *Société Impex c. Sociétés P.A.Z.*, *Rev. arb.*, 1972, núm. 1, pp. 2-6, con nota de Ph. Kahn, *ibid.*, pp. 6-9, sobre las materias que interesan al orden público y la arbitrabilidad de la diferencia; Principio de validez material del convenio de arbitraje internacional en cuanto a su presupuesto material en la Sent. de la *Cour d'appel de París (1ª Ch., sect. C.)* de 29 de marzo de 1991, *Société Ganz et autres c. Société nationale des Chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 478-481, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 481-486, respecto a la arbitrabilidad de las controversias que interesan al orden público y el Derecho de la competencia; En la Sent. de la *Cour d'appel de Paris, première chambre, section A.*- 19 de mayo de 1993, *Société Labinal c/Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *Journ. dr. int.*, 1993, núm. 4, pp. 957-979, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 979-989. Arbitrabilidad en materias relativas al Derecho de la competencia y orden público internacional. También, en la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1ª Ch Civ)* de 24 de marzo de 1994, *Société Deko c. Dingler et société Meva*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 3, pp. 515-520, con nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 520-524, se afirma la arbitrabilidad de las patentes sobre la base del orden público internacional. De otro lado, en otro ámbito material en la Sent. de la *Cour d'appel de París (1ª Ch. D.)* de 20 de septiembre de 1995, *Société Matra Hachette c. Société Reteitalia*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, pp. 87-91, con nota de D. Cohen, *ibid.*, pp. 92-99, se trata la arbitrabilidad de las controversias internacionales relativas a los procedimientos colectivos y el orden público internacional; *Cour d'appel de París (1ª Ch. C)* de 8 de octubre de 1998, *Sam c/ Perrin*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 350-354, con nota de P. Ancel y O. Gout, pp. 354-367. Arbitrabilidad y autonomía de la cláusula compromisoria.

En Japón, *vid.*, la Sent. del Tribunal de Primera Instancia de Yokohama, de 3 de mayo de 1980, *Soc. Ameroido (Japón) c. Soc. Drew (EEUU)*, *Year. Comm. Arb.*, 1983, p. 394. Arbitrabilidad de una demanda fundada sobre un comportamiento delictual. Sentencia comentada por B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 965.

En Suiza, *vid.*, la Sent. del *Tribunal fédéral, 2º Cour civile*, 9 de enero 1995, *Inter Maritime Management SA c. Russin & Vecchi, RSDIE*, 1996, núm. 4, pp. 554-558. También en *Year. comm. Arb.*,

público. La tendencia globalizada y globalizadora en este sentido es la de permitir la relajación de las restricciones a la libertad del contrato para así facilitar el comercio internacional y las transacciones privadas internacionales⁵⁷³.

155. No cabe duda de que si algo aparece absolutamente en todos las acepciones de la arbitrabilidad expuestas, así como en el entendimiento de la misma, es que la respuesta a la arbitrabilidad se encuentra vinculada al orden público. Eso sí, se ha optado por no dejarse llevar por la euforia de unos: “*arbitrabilidad ilimitada*”, “*favor arbitrandum*”, “*presunción de arbitrabilidad*” o, incluso, por la defensa de la ausencia de necesidad de controlar la arbitrabilidad en la fase inicial como consecuencia de que más tarde será controlada en la fase final, ni por la vaguedad de otros criterios generales y generalizadores de la arbitrabilidad en el arbitraje privado internacional, “*materias que interesan al orden público*”. El objetivo del siguiente apartado versará sobre los criterios que se han seguido para aceptar y rechazar la arbitrabilidad para después adoptar uno, que a falta de susceptibles mejoras, hemos considerado como el que mejor se puede adaptar en la práctica como criterio eficaz. Sin pretender adelantar acontecimientos, nos referimos a la construcción de la arbitrabilidad sobre la base de los trinomios de la disponibilidad, la patrimonialidad y la atribución imperativa de jurisdicción, cuyo denominador común será el orden público internacional.

1996, vol., XXII, pp. 789-799; *Président de l'Obergericht de Bâle-Campagne*, de 13 de mayo de 1996, K. M.-Sp. AG c. X. y consorts, RSDIE, 1998, núm. 4, pp. 605-607, comentada por Ph. Schweizer, *ibid.*, pp. 607-608. Es un arbitraje interno: Arbitrabilidad de una controversia de Derecho público.

En Italia, arbitrabilidad en materias de orden público en la Sent. de la *Corte di Appello* de Milán de 4 de diciembre de 1992, *Allsop Automatic Inc. c. Tecnoski snc. (Italia)*, *Year. Comm. Arb.*, 1997, vol. XXII, 1997, pp. 725-726. También en *Riv. dr. int. pr. proc.*, 1994, pp. 873-874.

En España, Auto TS (Sala 1ª) de 30 de enero de 1986, RCEA, vol. III, 1986, pp. 249-253 con nota de A.L. Calvo Caravaca, “La eficacia del compromiso arbitral en el ámbito del exequátur”, *ibid.*, pp. 131-137; *Year. Comm. Arb.*, vol. XIII, 1988, p. 512. Verificación de oficio de la arbitrabilidad de la controversia. No contrariedad con el orden público. Auto TS (Sala 1ª) de 27 de enero de 1988, *Nortente S.A., c. Triker S.A.*, RCEA, vol. VII, 1991, pp. 147-151, con el comentario de S. Alvarez González, “Propiedad industrial, “jugement mixte” y doble exequatur de sentencias francesas de condena de cantidad” (Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1988), *ibid.*, pp. 77-84. Orden público, arbitrabilidad y propiedad industrial. Sent. TS (Sala 1ª) de 20 de noviembre de 1989, RCEA, vol. VI, 1990, pp. 163-168. Arbitraje interno. Arbitrabilidad. Contrato complejo de arrendamiento: No es cuestión que el orden público impida resolver.

En el TJCE, el reconocimiento de la arbitrabilidad en materias relativas al Derecho de la competencia, en la Sent. TJCE de 1 de junio de 1999, As. C-12/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, *Rec.* 1999, con nota de S. Alvarez González, “Arbitraje Comercial Internacional...”, *loc. cit.*, pp. 1-4.

⁵⁷³ Cf., R.J. Sever, “The Relaxation of Inarbitrability Foreign...”, *loc. cit.*, p. 1667.

Nuestra pretensión es que los criterios de determinación de la arbitrabilidad sirvan tanto para determinar la arbitrabilidad en el arbitraje interno y en el internacional. De tal manera, el orden público se adaptará al tipo de arbitraje sobre el que se está resolviendo. Si es un arbitraje interno, el orden público también será interno, si es internacional, será un orden público internacional o realmente internacional, que es el que debe primar en el arbitraje privado internacional, ya que las consideraciones de orden público internacional responden, la mayoría de las veces, a los criterios de internacionalidad vistos desde un determinado ordenamiento.

Así, en primer lugar, veamos los pasos que se han dado para aceptar o rechazar cada uno de los criterios señalados, haciendo especial hincapié en el orden público. No creemos que el único criterio del orden público sirva como referencia para determinar la arbitrabilidad de la controversia internacional, pues ha sido éste un criterio que se ha caracterizado por su restrictividad desde la perspectiva de considerar inarbitrables a las materias que interesan al orden público. La ineficacia práctica de este criterio se ha de buscar en el orden público, por un lado, y en la práctica del arbitraje internacional, por el otro lado. Pero además hay que añadir una serie de principios que en la actualidad se encuentran más o menos consolidados en el arbitraje internacional y que analizaremos en el apartado final⁵⁷⁴. Estos son, el principio de autonomía del convenio arbitral que repercute positivamente en la arbitrabilidad y el *favor arbitrandum*, como criterio, que si bien no es válido desde un análisis riguroso de la arbitrabilidad ya que proviene del principio jurisprudencial francés de validez del convenio arbitral internacional, sí debe ser tenido en cuenta a la hora de explicar la práctica jurisprudencial internacional en estas materias que interesan al orden público. Son las normas materiales de validez del convenio de arbitraje que repercuten positivamente en la arbitrabilidad internacional. Es por ello que se dice que la arbitrabilidad se ha desplazado al control de la sentencia en la

⁵⁷⁴ *Vid., infra.*, Cap. II. III. Referencia especial a la autonomía del convenio arbitral como criterio de validez material

fase final⁵⁷⁵. Criterio con el que no nos manifestamos plenamente de acuerdo porque entendemos que, en cierta medida, va en contra de la regla de la eficacia máxima⁵⁷⁶.

II. El orden público en los criterios de determinación de la arbitrabilidad

1. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN

156. La designación de un criterio que sea eficaz para determinar la arbitrabilidad de las controversias en el terreno internacional ha sido una constante en todo trabajo en el que se plantee el tema del objeto material del arbitraje, ya sea éste, en el ámbito legislativo, jurisprudencial, o doctrinal⁵⁷⁷. Los criterios y los métodos propuestos han sido de lo más heterogéneos a la par que ambivalentes entre sí. Dado que la arbitrabilidad, a fin de cuentas, es más bien un problema coligado al de las normas materiales imperativas y el orden público que refleja los intereses particulares de los distintos Estados en aquellos ámbitos materiales susceptibles de afectar a su soberanía nacional⁵⁷⁸. Así, la arbitrabilidad de la controversia internacional sigue siendo un problema de soberanía nacional en contraste evidente con las tendencias modernas de la práctica arbitral internacional tendentes a ir en una dirección totalmente opuesta a la nacionalidad⁵⁷⁹. De ahí, la dificultad implícita para que los diferentes sistemas se pongan de acuerdo en adoptar una guía práctica que sirva al usuario de arbitraje internacional para saber cuáles son las materias objeto de compromiso internacional y

⁵⁷⁵ Afirmado por B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, núm. 4, pp. 965-966 y J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 38-40 y 231.

⁵⁷⁶ Es por ello que es esencial considerar la estrecha interrelación que tienen las consideraciones aquí expuestas con las que serán planteadas en la fase judicial o post-arbitral. En concreto en este aspecto, *vid., infra*, Cap. V, *Favor arbitrandum versus* principio de eficacia.

⁵⁷⁷ *Vid., supra*, el anterior apartado objeto de análisis.

⁵⁷⁸ Cada Estado decide soberanamente que materias pueden ser objeto de arbitraje, por lo que para trascender a la arbitrabilidad de la controversia internacional primero hay que buscar en cada sistema jurídico, en particular, los límites, refrendados por el orden público en la arbitrabilidad, *cf.*, M. Requejo Isidro, "Arbitrabilidad de la controversia...", *loc. cit.*, pp. 44-45.

⁵⁷⁹ *Cf.*, T. Bernd von Hoffmann, "International Mandatory...", *op. cit.*, p. 17.

cuándo la contrariedad al orden público impide la arbitrabilidad⁵⁸⁰. Desde esta perspectiva se ha recurrido individualmente a la adopción de una lista de materias consideradas arbitrables en cada legislación interna selectiva y restringidamente extrapolable al ámbito internacional en aras de conseguir una mayor flexibilidad⁵⁸¹. En sentido inverso, la determinación negativa de un listado material atinente a la arbitrabilidad se ha llevado a cabo seleccionando aquellas materias inarbitrables como método que ha sido el más utilizado por la doctrina internacional⁵⁸².

157. De otro lado, también ha sido propuesto, en un contexto más general, la armonización *a priori* de las legislaciones de arbitraje como vía necesaria para superar los obstáculos que se presentan en la práctica a la hora de reconocer *a posteriori* la eficacia de las sentencias arbitrales internacionales en cuanto a la validez de su presupuesto material⁵⁸³. Pero ello sería como armonizar el orden público de los diferentes Estados, siendo muy difícil que en la práctica todos coincidan en seleccionar que las mismas materias son materias de orden público del foro que afectan de la misma forma a su soberanía nacional y requieren consideraciones especiales de arbitrabilidad⁵⁸⁴. La única posibilidad a éste respecto sería la de conseguir llegar a un acuerdo universal sobre un orden público transnacional en materia de arbitrabilidad internacional. Un orden público auténticamente internacional como presupuesto

⁵⁸⁰ A pesar de que a primera vista existan muchas similitudes entre las normas relativas a la arbitrabilidad entre los diversos sistemas es muy difícil su uniformidad material final, *cf.* P. Sanders, "Trends in the Field of International Commercial Arbitration", *R. des C.*, 1975-II, p. 221.

⁵⁸¹ Un loable intento de delimitación positiva del ámbito de aplicación material del arbitraje, enumerando los derechos susceptibles de arbitrabilidad de las controversias en el ordenamiento español lo encontramos en J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado...*, *op. cit.*, pp. 167-182.

⁵⁸² En nuestra doctrina, de modo contrario al método anterior, citando las materias que no podrán ser objeto de arbitraje a través de un listado en sentido negativo, se acordó que las siguientes materias no son susceptibles de arbitraje en el ordenamiento español. El estado civil de las personas, la nacionalidad, la adopción, la incapacidad, el domicilio y la residencia civil, las materias relacionadas con la representación y la defensa de personas ausentes, la patria potestad, la paternidad, la filiación, la pensiones compensatorias, las materias relativas al matrimonio, la guarda y custodia, la emancipación de menores y las materias que tienen que ver con un interés político o con derechos relativos al honor, exenciones y privilegios, *cf.*, B.M. Cremades, *Arbitration in Spain*, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁸³ En este sentido, lo aconsejable en el arbitraje sería extraer lo mejor de cada sistema y adoptar una legislación de arbitraje internacional por la vía de la armonización de legislaciones que también consiguiera una uniformidad en la ejecución a partir del tema de la arbitrabilidad, *cf.*, D.A. Redfern, "International Commercial Arbitration and...", *loc. cit.*, p. 375.

⁵⁸⁴ Obstáculos que, más tarde, repercutirán en las consideraciones de orden público en la arbitrabilidad que se volverán a analizar en la fase post-arbitral, *cf.*, Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité...", *loc. cit.*, pp. 653-672.

material indiscutible sería la mejor solución para acabar con los problemas derivados de las distintas concepciones de la arbitrabilidad que sobre la base de las diversas consideraciones de orden público tienen los diferentes sistemas. Lo que ocurre es que, como resulta obvio, existe de *facto* una gran dificultad para llegar a concretar un orden público transnacional en materia de arbitrabilidad y mucho más para llegar a positivizarlo⁵⁸⁵.

158. Por otra parte, ya han sido despuntadas las consignas liberalizadoras que sostienen la permisividad absoluta de la arbitrabilidad de todas las controversias en virtud únicamente de la internacionalidad del arbitraje tutelado por normas materiales⁵⁸⁶. Criterios de liberalidad de la arbitrabilidad internacional apoyados por las corrientes doctrinales europeas y norteamericanas del “*favor arbitrandum*” y de la “*presunción de arbitrabilidad*”⁵⁸⁷ respectivamente, y la corriente jurisprudencial del principio de validez del convenio de arbitraje internacional que garantiza intrínsecamente la permisividad del presupuesto material. En sentido contrario, la prohibición radical de arbitrar en aquellas controversias que versen sobre el orden público, dando lugar a los denominados “*zonas o blocs de incompetencia*”, que sustraen materias enteras al arbitraje debido a su relación directa o indirecta con el orden público⁵⁸⁸.

Los criterios destacan, pues, la mayoría de las veces por su radicalidad distinguiendo la arbitrabilidad *per se* o la inarbitrabilidad *per se*, basada en cuestiones

⁵⁸⁵ *Vid., supra.*, Capítulo I, las consideraciones realizadas en cuanto al orden público transnacional como asignatura pendiente y todavía incompleta en el arbitraje internacional.

⁵⁸⁶ Son los principios jurisprudenciales de orden público internacional, configurados a través de normas materiales surgidas eminentemente de la jurisprudencia francesa como normas de orden público para el arbitraje internacional. Nos referimos al principio de validez del convenio de arbitraje internacional y al principio de competencia-competencia, que serán examinados con posterioridad como factores que han repercutido positivamente en la ampliación de la arbitrabilidad internacional, *vid. infra*, las normas materiales de validez del convenio arbitral, en el apartado dedicado a la autonomía del convenio arbitral como criterio de validez material

⁵⁸⁷ Enunciadas respectivamente, por B. Hanotiau, “L’arbitrabilité...”, *loc. cit.*, pp. 899-966, y, en la doctrina norteamericana por, M.F. Hoellering, “Arbitrability of Disputes”, *loc. cit.*, pp. 125-144.

⁵⁸⁸ La acepción original de los “*blocs de incompetencia*” se la debemos a P. Level, “L’arbitrabilité”, *Rev. arb.*, 1992, núm. 2, p. 234, en la acertada crítica que éste realiza al art. 2060 CC francés, cuya ambigüedad da lugar a una clasificación de materias sustraídas por completo a la competencia de los árbitros.

tradicionales que clasifican la arbitrabilidad según la naturaleza de la controversia⁵⁸⁹. En este sentido, parece ser que existen determinadas materias sobre las cuales no existe ninguna duda de su negativa internacional a que éstas sean objeto de arbitraje. Materias tales como las relativas a los ámbitos personales propios del Derecho de familia⁵⁹⁰, las controversias militares⁵⁹¹, o el Derecho administrativo y penal clásico consideradas por algunos autores como materias “evidentemente” no arbitrables⁵⁹².

Otras veces, la construcción de la arbitrabilidad se hace más taimadamente, a través de “excepciones” y de “cuasi excepciones” a la misma. Correspondiéndose las primeras con las materias inarbitrables por naturaleza tales como el Derecho penal y el Derecho de familia, y las segundas con las que atañen a la quiebra, a las patentes, al Derecho de la competencia, etc.⁵⁹³. Terminología, ésta última que aparece también bajo la denominación de materias “sensibles” a la arbitrabilidad por razones de orden público, para destacar que sí pueden ser objeto de arbitraje “a condición” de que el árbitro aplique la normativa imperativa o de orden público que grava a dichas materias⁵⁹⁴. La problemática en cuanto a la arbitrabilidad se desprende habitualmente de

⁵⁸⁹ Cf., la distinción entre las materias inarbitrables “*per se*” y el “resto” de materias inarbitrables en los comentarios de L. Idot a la sent. de la *Cour d’appel de París (1^a Ch., sect. C.)*, de 20 de febrero de 1989, *Société Phocéenne de Dépôt c. Société Dépôts Pétroliers de Fos*, *Rev. arb.*, 1989, pp. 280-308, y a la sent. de la *Cour d’appel de París (1^a Ch., sect. C.)* de 29 de marzo de 1991, *Société Ganz et autres c. Société nationale des Chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 478-481, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 481-486, ambas relativas a la arbitrabilidad y el orden público en Derecho de la competencia. Clasificación contraria a la opinión de M. Requejo Isidro, quién señala que esta distinción no goza de gran predicamento entre la doctrina internacional, cf., “Arbitrabilidad de la controversia...”, *loc. cit.*, p. 60, nota 63.

⁵⁹⁰ Como por ejemplo, el divorcio que es una materia indisponible con carácter internacional que nunca podrá entrar en el campo de la arbitrabilidad, cf., Ch. Carabiber, *L’arbitrage international de droit privé*, París, LGDJ, 1960, p. 31.

⁵⁹¹ Las controversias surgidas de aquellos servicios que tienen lugar en una batalla de guerra no son arbitrables, cf., la Sent. *United States District Court for the Southern District of New York*, de 21 de diciembre de 1976, *Year. Comm. Arb.*, vol. III, 1978, p. 290.

⁵⁹² O materias en las que la no-arbitrabilidad es evidente, cf., B. Hanotiau, “L’arbitrabilité...”, *loc. cit.*, p. 940.

⁵⁹³ El término innovador de “cuasi excepciones” a la arbitrabilidad es propio de J.W. Stempel, cf., “Pitfalls of Public Policy...”, *loc. cit.*, p. 331.

⁵⁹⁴ Son materias generalmente patrimoniales denominadas sensibles en atención a que revisten un fuerte carácter de orden público. Estas materias son, entre otras, el Derecho de la competencia, los Derechos de patentes y de marcas, el Derecho de los procedimientos colectivos, el Derecho de sociedades, etc, cf., E. Gaillard, “Arbitrage Commercial international: Convention d’arbitrage. Arbitrabilité”, *loc. cit.*, p. 13. También, *vid., infra.*, más adelante nuestra opinión sobre el “arbitraje condicionado” en relación con el orden público.

aquellas controversias que se salgan de los cánones establecidos como normales o más sencillos de aprehender jurídicamente⁵⁹⁵.

Los criterios, en definitiva, se han ampliado y han variado por países y por épocas, en consonancia, también, con el criterio relativo y cambiante del orden público, ya que, aún, en la actualidad, la categoría por antonomasia para definir la arbitrabilidad de las controversias tanto en su acepción primaria, en la fase negocial⁵⁹⁶, como en la relativa a la excepción de la arbitrabilidad, en la fase post-arbitral⁵⁹⁷, sigue siendo el orden público.

159. Partiendo de éste *mare magnum* en el que se encuentra inmersa la arbitrabilidad de la controversia internacional caracterizada por una multiplicidad e indeterminación de criterios y acepciones a la misma puede parecer un contrasentido procurar salir de él asiéndonos de la mano de un concepto no menos tumultuoso, resbaladizo y cambiante como es el orden público. No obstante, se pretende demostrar que paradójicamente existe un orden dentro del aparente caos y la propia incertidumbre que acompaña al presupuesto material internacional. Ese orden es en última instancia el orden público como condición suficiente de la arbitrabilidad de la controversia internacional⁵⁹⁸. Totalmente desvinculado, eso sí, de cualquier acepción del mismo que lo entienda bajo las concepciones de hostilidad hacia el arbitraje que tradicionalmente habían constituido el punto fuerte de su percepción jurídica.

⁵⁹⁵ Como por ejemplo las demandas fundadas sobre la responsabilidad delictual, donde el árbitro fundamenta su propia competencia basándose en la conexidad de las demandas que le plantean, delictual y contractual para concluir que sí pueden ser examinadas, *vid.*, el laudo de la CCI, núm. 5477/1988, *Journ. dr. int.*, 1988, núm. 4, pp. 1204-1205, con observaciones de G. Aguilar Alvarez, pp. 1205-1206, sobre la arbitrabilidad de demandas fundadas sobre una responsabilidad delictual, y el laudo, también de la CCI, núm. 6519/1991, *Journ. dr. int.*, 1991, núm. 4, pp. 1065-1068. Con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1068-1073. Grupos de sociedades y arbitraje. Exámen *prima facie* del convenio de arbitraje. Responsabilidad cuasi delictual y condición suspensiva de eficacia. La jurisprudencia arbitral norteamericana ha sido una de las responsables de la apertura de la arbitrabilidad de la controversia en materias de las que se puede derivar una responsabilidad delictual o extracontractual.

⁵⁹⁶ La práctica totalidad de la doctrina internacional reconoce que existe una estrecha relación entre la definición de la arbitrabilidad de las materias y el orden público, *cf.*, G. Alpa, "La circulation des modèles de resolution extrajudiciaire des conflicts", *Rev. int. dr. comp.*, 1993, núm. 4, p. 762. El orden público como categoría por antonomasia para definir el presupuesto material del arbitraje, *cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *ibid.*, *op. cit.*, p. 187.

⁵⁹⁷ Es habitual que la excepción de la arbitrabilidad de las controversias se basa en la noción de orden público en la fase final, *cf.*, J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 283.

⁵⁹⁸ El caos del orden público sumido en la arbitrabilidad nos recuerda, aunque aquí aplicado al arbitraje como sector autónomo, a los criterios que rigen las teorías postmodernistas del DIPr, enunciados en la doctrina española por, S. Sánchez Lorenzo, "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado", *REDI*, vol. XLVI, 1994, núm. 2, pp. 557-585.

En este sentido, hay que destacar que a pesar de que el orden público siga ocupando el mismo lugar que antaño le sirvió para ser visto con hostilidad por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia internacional obcecada en la desconfianza hacia el arbitraje internacional y en ver impedimentos de orden público donde quizás no los había, hoy nos sirve para comprobar que no existe rastro alguno de las predicciones que agoraramente hubieran podido prevalecer. Al contrario, se puede decir que el orden público ha respetado e incluso favorecido el aumento de las materias arbitrables en el contexto internacional debido a la magnitud que han alcanzado los propios principios de orden público del arbitraje privado internacional⁵⁹⁹. E, incluso, de manera inversa, la apertura de la arbitrabilidad internacional se ha proyectado positivamente permitiendo la arbitrabilidad en el arbitraje interno⁶⁰⁰.

2. PROPUESTA DE DELIMITACIÓN

160. El punto de partida se basa en que para delimitar la arbitrabilidad de las controversias en el ámbito internacional la dificultad no reside en estimar la arbitrabilidad o la inarbitrabilidad de las mismas en abstracto. Hay que designar criterios claros y concretos que despojen a aquellas materias más problemáticas de las trabas impuestas tradicionalmente por los anquilosados criterios del orden público que dieron lugar a una serie de prejuicios jurídicos en el entendimiento de la arbitrabilidad/inarbitrabilidad de la controversia internacional⁶⁰¹. Tomando como referencia la práctica internacional se observa que en la mayoría de los supuestos analizados en los que se discute la arbitrabilidad, ya sea en sede arbitral o en sede judicial, casi siempre aparece una referencia al orden público. Es incuestionable que el papel del orden público es extraordinariamente relevante en la determinación de la arbitrabilidad por lo que siempre debe ser tenido en cuenta, con carácter esencial, en la

⁵⁹⁹ Considerados los principios de orden público transnacional para los propios árbitros internacionales expuestos anteriormente en los contenidos del orden público transnacional, *vid., supra*. Capítulo I, IV. 2, C) b).

⁶⁰⁰ En el asunto *Mitsubishi, id., cit.*, la permisibilidad hacia la arbitrabilidad del Derecho *Antitrust* más tarde se extendió favorablemente al arbitraje interno.

⁶⁰¹ *Vid.*, el entendimiento de la no-arbitrabilidad, según los criterios tradicionales de la jurisprudencia francesa, en E. Gaillard, "Arbitrage Commercial International: Convention d'arbitrage.

elaboración de cualquier método destinado a concretar la arbitrabilidad en un contexto internacional.

161. Nuestra propuesta se va a basar en que el árbitro no se debe centrar con exclusividad en uno sólo de los criterios tradicionalmente enunciados para determinar la arbitrabilidad de la controversia internacional: patrimonialidad, disponibilidad, atribución imperativa de jurisdicción y, por supuesto, el orden público. Todos tienen que ser tenidos en cuenta, puesto que basta que una controversia sea patrimonial pero sobre ella recaiga una atribución imperativa de jurisdicción que sea eficaz en el lugar donde el futuro laudo se tenga que ejecutar para imposibilitar la arbitrabilidad e invalidar todo el proceso llevado a cabo. O, puede que una materia sea patrimonial y no exista una atribución imperativa de jurisdicción sobre ella pero ésta sea ilícita y el orden público vete la arbitrabilidad internacional sobre la misma. Por ello, defendemos los tres primeros elementos como los criterios generales que conforman la condición necesaria de la arbitrabilidad en el apartado dedicado al trinomio de la arbitrabilidad, que responde a la necesidad de agruparlos. Una vez superados éstos se permite pasar a una segunda fase definitiva para establecer la arbitrabilidad en el contexto internacional, la condición suficiente de la arbitrabilidad internacional determinada por el orden público internacional, y en caso de conflicto entre diferentes órdenes públicos internacionales, se apunta la conveniencia de imponer, siguiendo la idea de los rangos del orden público, a aquel más cercano, según los principios democratizadores antes indicados, al orden público auténticamente internacional.

162. Pongamos un ejemplo. Una controversia relativa a un contrato de consumo según las legislaciones que admiten el criterio patrimonial para determinar la arbitrabilidad sería arbitrable. Claro está que desde la óptica de la legislación de arbitraje española actual lo primero que se habría de plantear es el fallo de que éstos criterios aplicados estrictamente no tengan en cuenta la disponibilidad del derecho objeto de la controversia internacional. Hasta después de la investigación de si la parte débil en CGC, tiene o no la libre disposición de sus derechos no se puede justificar su inarbitrabilidad por razón de la indisponibilidad. La duda siempre se plantea de igual

Arbitrabilité”, *loc. cit.*, p. 9, redactado de igual manera en la obra conjunta de Ph. Fouchard, E. Gaillard, y

manera en el sentido de preguntarnos cómo se entiende la disponibilidad o la indisponibilidad en el ámbito internacional. No hay una respuesta, como tampoco la hay, aunque *a priori* parezca mucho más sencilla, para determinar la patrimonialidad y menos aun para determinar la internacionalidad de una atribución imperativa de jurisdicción, que claramente es el criterio que más apegado se encuentra a las concepciones tradicionalmente más foristas. La solución más aconsejable, aunque también de difícil instauración en la práctica arbitral internacional, viene de la mano del orden público transnacional. Es el orden público verdaderamente internacional el que suple las carencias de éstos criterios y actúa como mejor elemento de confrontación para decidir si se da la condición suficiente de la arbitrabilidad.

163. Los criterios los hemos dividido en dos apartados o escalones, delimitados por el orden público. El primer apartado es el que debe cumplir la condición necesaria de la arbitrabilidad. Realmente son los criterios que se imponen desde las distintas legislaciones nacionales o desde la consideración de un orden público interno o internacional estatal. El segundo apartado o escalón es el de la condición suficiente. Se hace referencia al control de inclusión y al control de contenido que realiza el orden público en el arbitraje. El control de inclusión responde a si una materia pasa el primer escalón que mediatiza el orden público. Esto es, si cumple los requisitos que establecen los criterios generales de la arbitrabilidad en relación con la patrimonialidad, la disponibilidad y la atribución imperativa de jurisdicción, la condición necesaria. En segundo lugar o, en el segundo escalón, se encontraría el control del contenido. Una vez que una determinada materia cumple los criterios generales para ser considerada arbitrable, puede ser que dicha materia interese especialmente a una normativa imperativa o al orden público. Conviene recordar en este sentido que hay materias inarbitrables que no interesan al orden público y otras que siendo en principio arbitrables sí lo hacen. En éste caso, puede que el orden público pueda volver inarbitrable una materia que inicialmente cumple los criterios generales de la arbitrabilidad. Si su interés con el orden público es especial, aún nos queda por comprobar si la materia es lícita, vulnera el orden público, o si el arbitraje internacional se preocupa de una manera especial en el concreto sector que está tratando (materia de

inversiones, protección de la parte débil, etc.). En definitiva, puede que se den las condiciones necesarias para la arbitrabilidad de una materia, pero que no se den las condiciones suficientes para que el orden público permita la arbitrabilidad en ella.

164. En la determinación de la arbitrabilidad en el arbitraje interno no haría falta bajar al plano segundo del orden público, puesto que las consideraciones de orden público, en éste caso interno, se encuentran implícitas en los criterios de disponibilidad, patrimonialidad y atribución imperativa de jurisdicción. La jurisprudencia relativa al arbitraje interno ha actuado de manera similar a aquella relativa al arbitraje internacional⁶⁰². En el arbitraje interno, la condición necesaria y la suficiente coinciden a la hora de determinar la arbitrabilidad. No obstante, somos de la opinión de que, en líneas generales, en la actualidad, no hay una distinción esencial entre el arbitraje interno y el arbitraje internacional. Si bien es verdad que podríamos hablar de tal distinción hace diez o veinte años, hoy por hoy, ésta no tiene sentido puesto que la apertura a la arbitrabilidad en los supuestos internacionales ha supuesto la posterior apertura de los mismos en los casos internos. No obstante todavía hay excepciones contradictorias en uno u otro sentido. Por ejemplo, en contratos de consumo, seguros y trabajos, se permite la arbitrabilidad en supuestos internos pero no, según nuestra consideración, en los internacionales, y ello debido al aspecto público de los mismos en su tratamiento interno⁶⁰³.

165. Así pues, el estudio versará, en primer lugar, sobre la reagrupación de los criterios generales de la arbitrabilidad internacional a partir del trinomio de la arbitrabilidad que integrará la condición necesaria de la arbitrabilidad. A continuación se analizará la condición suficiente. Siempre y cuando se cumplan las condiciones necesarias se ha de comprobar que tal materia no es contraria al orden público internacional o auténticamente internacional. En éste último caso, ya se ha puesto de relieve que es muy difícil determinar el contenido de dicho orden público

⁶⁰² A este respecto, son de gran interés las conclusiones de B. Goldman relativas al balance de la jurisprudencia arbitral francesa sobre la arbitrabilidad de la controversia en el arbitraje internacional e interno en materias que interesan al orden público, *cf.*, B. Goldman, "Arbitrage Commercial International: Convention d'arbitrage. Formation. Objet. Arbitrabilité", *loc. cit.*, p. 14.

⁶⁰³ *Vid., infra.*, Capítulo III. II.

supranacional⁶⁰⁴. La supranacionalidad en principio se debe entender en un sentido muy estricto, que dicha materia no sea ilícita, ni vulnere los principios fundamentales del orden público económico de protección ni de dirección. Se podría, pues, hablar de un concepto de orden público transnacional que determina la arbitrabilidad una vez dentro del catálogo de materias arbitrales según los criterios generales de la arbitrabilidad o, lo que es lo mismo, una vez dentro del cumplimiento de las condiciones necesarias para la misma. A continuación, en un segundo escalón o en una segunda fase, el orden público sí que sería el único criterio para determinar la arbitrabilidad de la controversia internacional pudiéndose entonces admitir, sólo aquí, el criterio globalizador del orden público⁶⁰⁵.

3. CONDICIÓN NECESARIA DE LA ARBITRABILIDAD

A) Reagrupación de criterios⁶⁰⁶

166. De entre todos los criterios que existen para definir la arbitrabilidad “*ratione materiae*” de las diferentes controversias que pueden ser resueltas por medio de arbitraje hay que destacar fundamentalmente cuatro. El primero, se basa en la libre disponibilidad de los derechos controvertidos. Criterio seguido, entre otras, por la legislación española de arbitraje⁶⁰⁷, por la italiana⁶⁰⁸, la belga⁶⁰⁹, la guatemalteca⁶¹⁰, la

⁶⁰⁴ Para ello nos remitimos a los criterios generales expuestos en el epígrafe conceptual recalcando la conveniencia de que sean los propios árbitros los que se encargen de aislar los conceptos identificados con el orden público realmente internacional a través de la práctica.

⁶⁰⁵ Vid., *infra.*, Cap. V. III. 2. C).

⁶⁰⁶ Se defiende que los tres criterios, patrimonialidad, disponibilidad y atribución imperativa de jurisdicción, deben ser reagrupados a la hora de cotejar la arbitrabilidad en el contexto internacional, como propuesta integral en lugar de seguir tomando cada uno de éstos criterios por separado y positivizándolos sin más en las legislaciones internas de arbitraje y en los Convenios de arbitraje internacional.

⁶⁰⁷ El art. 1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, dice así: “*mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o más árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho*”. Junto con el art. 2: “*No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. c) las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos*”.

colombiana⁶¹¹, la de los países bajos y la ley suiza para el arbitraje interno⁶¹². El segundo, identifica la arbitrabilidad con la naturaleza económica o patrimonial de la controversia. Es el criterio de la patrimonialidad. La libre disponibilidad significa que el titular del derecho puede renunciar, hacer objeto de transacción del derecho, mientras que la naturaleza patrimonial implica un interés pecuniario⁶¹³. Criterio, este último, tomado por la nueva y novedosa legislación alemana sobre arbitraje⁶¹⁴, y la ley suiza para el arbitraje internacional, que fue la primigenia en adoptar este criterio en el ámbito mundial⁶¹⁵. También hay que destacar que el criterio de la patrimonialidad ha sido

⁶⁰⁸ Sobre los límites a la arbitrabilidad de la controversia contenidos en el art. 806 del Código de Procedimiento Civil italiano, *cf.*, G. Bernini, “Powers and Duties of Arbitrators”, *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, p. 211. En general, sobre el arbitraje en Italia, *vid.*, P.A. De Miguel Asensio, “El arbitraje internacional en Italia tras la reforma legislativa de 1994”, *RCEA*, vol. X, 1994, pp. 348-355.

⁶⁰⁹ El art. 1676 del Código judicial belga identifica la arbitrabilidad con la capacidad de transigir, entendida ésta como sinónimo de la noción de libre disponibilidad de los Derechos, “*Le droit de conclure une convention d’arbitrage est lié au pouvoir et à la capacité de transiger*”. Sin embargo después del Convenio de 20 de enero de 1966, sobre la ley Uniforme en materia de arbitraje que constituye la base de la legislación de arbitraje belga, el criterio de la transacción ha sido aceptado como sinónimo de la noción de derechos en los que las partes tienen libre disposición, *cf.*, G. Horsmans, “L’arbitrage et l’ordre public interne belge”, *Rev. arb.*, 1978, núm. 2, pp. 89-90.

No obstante, en la nueva Ley belga sobre arbitraje de 19 de mayo de 1998, se identifica la disponibilidad con la transigibilidad de los Derechos, pero sin referirse directamente a la primera, sino de nuevo a la segunda, art. 1676: “*Tout différend déjà né ou qui pourrait naître d’un rapport de droit détermine et sur lequel il est permis de transiger, peut faire l’objet d’une convention d’arbitrage*”.

⁶¹⁰ El artículo 3 de la Ley de Arbitraje de 1995, Decreto 67-95 del Congreso de la República, que regula la materia objeto de arbitraje es una copia exacta de los artículos 1 y 2 LA.

⁶¹¹ En el artículo 13. 3 de la Ley 270 de 1996, inserta en la parte preliminar del Decreto núm. 1818 de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre los que se encuentra el arbitraje, se expresa que: “los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, *en asuntos susceptibles de transacción...*”

⁶¹² Mientras en el art. 5 del Concordato de arbitraje suizo se identifica en el arbitraje interno la arbitrabilidad con la disponibilidad es éste un criterio que no se emplea para el arbitraje internacional. El motivo es que el carácter de la disponibilidad requiere un exámen de Derecho material que nos lleva a las diferentes concepciones de la misma en el Derecho interno, cuando las limitaciones de Derecho interno relativas a la disponibilidad de ciertos derechos no está necesariamente adaptada a los intereses del comercio internacional, *cf.*, tales afirmaciones en cuanto a las restricciones de la arbitrabilidad en, P. Lalive, J.F. Poudret, y C. Reimond, *Le droit de l’arbitrage interne et international en Suisse*, Payot Laussane, 1988, p. 305.

⁶¹³ *Cf.*, J.P. Maire y D. Hahn, “L’arbitrabilité, le droit applicable et l’ordre public. Réglementation de la concurrence et évolution du concept”, *op. cit.*, p. 85.

⁶¹⁴ En el artículo 1030, de la Ley alemana de reforma del Derecho relativo al procedimiento arbitral, de 30 de diciembre de 1997: “*Any claim involving and economic interest can be subject of and arbitration agreement...*”, *cf.*, la Ley en la *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 339-353, con los comentarios a la misma, en nuestra doctrina de M. Checa Martínez, “La armonización del derecho...”, *id., loc.*, pp. 353-362; M. Gómez Jene, “La nueva regulación...”, *id., loc.*, pp. 363-373, y R. Lapiedra Alcami, “Comentario a la Ley alemana...”, *loc. cit.*, pp. 312-317. Los tres destacan que la Ley más que una modificación o reforma de la legislación arbitral alemana sin más es una auténtica novedad, que se basa fundamentalmente en la Ley Modelo de la UNCITRAL.

⁶¹⁵ En el art. 177. 1 se expresa que “*Può essere oggetto di arbitrato qualsiasi pretesa patrimoniale*”. Aunque tampoco el art. 177. 1 defina exactamente que se entiende por patrimonialidad, su interpretación se entiende generosamente de tal manera que es patrimonial toda causa controvertida que

adoptado por el Proyecto de reforma de la legislación española de arbitraje en su deseo de adaptarse a las legislaciones más modernas de arbitraje internacional y convertir a España en una sede atractiva para el arbitraje internacional⁶¹⁶. En ocasiones se combinan ambos criterios en uno sólo, por ejemplo la legislación brasileña⁶¹⁷, la costarricense⁶¹⁸, que intercalan los caracteres de la disponibilidad y de la patrimonialidad de los derechos como si se tratasen de un único aspecto⁶¹⁹. El tercer criterio general, es el de la competencia exclusiva de los tribunales judiciales, o lo que es lo mismo, la atribución imperativa de jurisdicción⁶²⁰. Pero, no cabe duda de que el criterio de determinación de la arbitrabilidad más restrictivo, debatido y polémico se encuentra en el método fundamentado en el interés del orden público cuyo estricto

presente un interés pecuniario directo o indirecto, ya sean controversias internacionales civiles o comerciales, de orden contractual o comercial, de Derecho público o de Derecho privado, de Derecho interno o internacional, *cf.*, P. Lalive, J.F. Poudret y C. Reimond, *Le droit de l'arbitrage interne...*, *op. cit.*, p. 306.

⁶¹⁶ Criterio de la patrimonialidad contenido en el art. 57. 2 del Proyecto de reforma de nuestra ley de arbitraje, *cf.*, J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, "Propuesta de reforma de la Ley 36/1988...", *loc. cit.*, pp. 342-345, donde en la introducción inicial se destaca el objetivo de hacer de España una futura sede de arbitrajes internacionales, dado el escaso interés que con la legislación actual tenemos como sede arbitral internacional, *id. loc.*, p. 307.

⁶¹⁷ Artículo 1 de la Ley núm. 9.307, de 23 de septiembre de 1996, sobre arbitraje "*As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*", *vid.*, la ley en la RCEA, vol. XII, 1997, pp. 381-389, y el comentario a la misma de G. Palao Moreno, *ibid.*, pp. 390-395.

⁶¹⁸ El artículo 2 de la Ley sobre la resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social núm. 7727 de 1997, establece la solución de diferencias patrimoniales: "*Toda persona tiene derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible*". Y en el art. 18 de la citada Ley lo vuelve a reiterar: "*Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial (...), fundadas en derechos sobre los que las partes tengan plena disposición...*".

⁶¹⁹ En otras legislaciones, como la nueva legislación de arbitraje venezolana, se prohíbe el arbitraje, exceptuando del mismo las controversias "*que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, excepto que ésta no hubiere sido fijada por sentencia firme*". Nos resulta extraño, en este punto, que después de haber adoptado el criterio general de la disponibilidad de la materia, se haya introducido esta referencia al orden público un tanto ambigua, en el apartado a) del artículo 3 de la Ley de arbitraje comercial del Congreso de la república de Venezuela, Gaceta Oficial núm. 36. 430 de 7 de abril de 1998.

⁶²⁰ Criterio que raras veces ha sido regulado positivamente como criterio único para determinar de manera general la arbitrabilidad, a no ser que tengamos en cuenta el art. 5 del Concordato intercantonal suizo que lo establece como criterio combinándolo con el de la libre disponibilidad de derechos, *cf.*, P. Lalive, J.F. Poudret y C. Reimond, *Le droit de l'arbitrage interne...*, *op. cit.*, pp. 54-55. Y el art. 1 de la reforma de la Ley de arbitraje portuguesa de 29 de agosto de 1986: "*A moins qu'il ne soit exclusivement soumis à un tribunal judiciaire ou à l'arbitrage obligatoire en vertu d'une disposition spéciale, tout litige en portant pas sur des droits indisponibles peut être confié à la décision d'arbitres*", que, no obstante, como se desprende de la lectura, aparece combinado con el criterio de la disponibilidad. Positivación, ésta última, señalada por J.B. Racine, *L'arbitrae...*, *op. cit.*, p. 49, quién por otra parte realiza un admirable estudio de Derecho positivo de la arbitrabilidad explícitamente reconocido por nosotros en la reseña de su obra en la RCEA, vol. XV, *en prensa* y, también, por L. Idot, *Rev. arb.*, 1999, núm. 4, pp. 897-898

seguimiento implica el prohibir específicamente el arbitraje en todas aquellas materias tocantes al orden público⁶²¹.

167. Es por ello, que en el breve análisis inicial que hagamos de los criterios generales de la arbitrabilidad (disponibilidad, patrimonialidad y atribución imperativa de jurisdicción), no nos referiremos exclusivamente a cada uno de ellos tomado por separado sino es para analizar su significado con fines didácticos y con el objetivo de reparar en las carencias de orden público que de cada uno de ellos aislados se derivan. Atenderemos al trinomio de la arbitrabilidad, que obedece al propósito de reagrupar a los mismos puesto que, en definitiva, el orden público siempre intervendrá en última instancia en el arbitraje internacional tras la comprobación de éstos. Existen materias inarbitrables por causa de orden público pero otras que sin interesar al orden público resultan inarbitrables. Una cosa es la arbitrabilidad de la controversia y otra muy distinta, que el orden público permita dicha arbitrabilidad. Por supuesto que si una materia es inarbitrable porque no cumple los requisitos generales de patrimonialidad y disponibilidad y se halle en ella una atribución imperativa de jurisdicción que afecte al plano internacional, no da lugar a que se considere no-arbitrable por razones de orden público. Su inarbitrabilidad viene por las causas marcadas en la condición necesaria de la arbitrabilidad, pero no porque interese directamente al orden público, como condición suficiente. De otro lado, existen materias arbitrables, según los criterios generales enunciados, esto es, según las condiciones necesarias, que sin embargo el orden público, como condición suficiente vuelve inarbitrables⁶²².

168. El siguiente apartado versará, en primer lugar, sobre un análisis de los criterios necesarios para determinar la arbitrabilidad internacional en el sentido tradicional que se corresponde con las distintas concepciones de la patrimonialidad, la disponibilidad o la atribución imperativa de jurisdicción propia de cada ordenamiento interno analizadas a partir de su entendimiento internacional. Una vez reagrupados los tres criterios de la condición necesaria de la arbitrabilidad de la controversia internacional y habiendo sido examinado el criterio del interés del orden público desde su evolución tradicional hasta su consideración en la actualidad, pasaremos a analizar la

⁶²¹ *Vid., infra.*, el apartado dedicado a las materias que interesan al orden público.

condición suficiente de la arbitrabilidad cotejada con el orden público internacional hacia un criterio de orden público auténticamente internacional válido para considerar la arbitrabilidad en un contexto internacional⁶²³.

B) El trinomio de la arbitrabilidad⁶²⁴

a) Disponibilidad

169. El primer criterio para determinar el presupuesto material arbitral, sin atender a un orden de prelación entre ellos puesto que los vamos a reagrupar, identifica a la arbitrabilidad con la disponibilidad de los derechos. Criterio válido como parte integrante de la condición necesaria de la arbitrabilidad internacional. Son arbitrables únicamente aquellas materias sobre las cuales las partes pueden disponer libremente⁶²⁵. Esta acepción de arbitrabilidad responde al principio general de que sólo las controversias que pueden ser objeto de compromiso por las partes pueden ser sometidas a arbitraje⁶²⁶. Varias son las nociones susceptibles de ser abarcadas por la libre disponibilidad de los derechos utilizadas como sinónimos de comprometer, de transigir, de estar dentro del ámbito de la autonomía de la libertad para contratar, del libre

⁶²² *Vid., infra.*, Capítulo III, un estudio más detallado de estos casos.

⁶²³ *Vid., supra.*, el orden público transnacional como criterio de validez material y los criterios de B. Goldman encaminados a conseguir una arbitrabilidad transnacional cimentada en un orden público del mismo signo, *cf.*, B., Goldman, "Arbitrage Commercial International...", *loc. cit.*, p. 12.

⁶²⁴ Hay que destacar que la expresión relativa al trinomio de la arbitrabilidad responde a un empleo más didáctico que dogmático. Se utiliza para indicar que son tres los criterios más utilizados por las distintas legislaciones nacionales y por la práctica, judicial y arbitral, para determinar si una materia es o no internacionalmente arbitrable. Al estimar, nosotros, que cada uno de los criterios enunciados individualmente considerado carece de entidad suficiente para determinar la validez del presupuesto material de la controversia internacional hemos adoptado la expresión antedicha que engloba a todos.

⁶²⁵ *Cf.*, A. Samuel, *Jurisdictional problems...*, *op. cit.*, pp. 126-127.

⁶²⁶ En este sentido, la identificación que realiza P. Level de la arbitrabilidad con la noción de la disponibilidad de los derechos es total. Los derechos disponibles son arbitrables y un derecho es disponible cuando se encuentra bajo el dominio total de su titular, el cual puede enajenarlo y renunciar a él. El autor procede a realizar la siguiente clasificación. En primer lugar, entre los "*Derechos definitivamente indisponibles*", que son inarbitrables, se encuentran el estado y la capacidad de las personas. En segundo lugar, entre los "*Derechos parcialmente disponibles*", están los derechos pecuniarios nacidos del Derecho patrimonial de familia, por ejemplo el *quantum* de una pensión alimentaria, en materia de sucesiones, una sucesión abierta y también de régimen matrimonial. También realiza una precisión entre los Derechos indisponibles si el derecho es "*eventual*" y disponibles si el derecho es "*nacido y actual*". Precisión fundamental que se traerá más tarde a colación en las condiciones generales de contratación, *cf.*, P. Level, "L'arbitrabilité", *loc. cit.*, p. 219 y *vid., infra.*, Cap. III, 1. A) b).

cambio, de la renunciabilidad de los derechos, etc.⁶²⁷. Pero, al igual que la exigencia de la arbitrabilidad existe tanto para el arbitraje interno como para el internacional, la dificultad está en determinar cuál es el entendimiento de la arbitrabilidad identificado con la libre disponibilidad de los derechos con carácter internacional.

170. No existe un criterio de disponibilidad comúnmente aceptado por todos los países que sea válido en un contexto internacional⁶²⁸. La abstracción del concepto de disponibilidad y su carácter oscilante vinculado a la variabilidad, no sólo entre las distintas legislaciones internas entre sí sino también dentro de un mismo foro que pondrá a prueba su versatilidad en el momento temporal en el que deba decidir *ratione materiae*⁶²⁹, resta utilidad al criterio de la disponibilidad como pauta determinante para decidir el presupuesto material del convenio de arbitraje internacional. Y ello, no hace sino redundar negativamente en las expectativas de considerar a éste como el único criterio determinante de la arbitrabilidad internacional⁶³⁰.

171. Aun así, son numerosas las legislaciones que han seguido el criterio de la disponibilidad para concretar la materia objeto de arbitraje en sus respectivos sistemas internos⁶³¹. En general, podemos afirmar que la ley de arbitraje española determina la

⁶²⁷ Para transigir con sus derechos las partes tienen que tener la libre disposición de los mismos, *cf.*, G. Horsmans, “L’arbitrage et l’ordre public...”, *loc. cit.*, p. 90. En Bélgica, únicamente se puede comprometer en una relación de derecho sobre la cual las partes puedan transigir, y para transigir, las partes tienen que tener la capacidad de poder disponer del objeto de la transacción controveída. El convenio de arbitraje, no puede ser derogado “únicamente por leyes que interesan al orden público”, *cf.*, L. Goffin, “Arbitrage et droit européen”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1990, p. 321.

⁶²⁸ Los criterios de disponibilidad internos suelen coincidir con los de orden público interno, sin embargo, en el ámbito internacional no existe un criterio claro sobre la facultad de disponer y los intentos de aproximación al mismo nos remiten a otros métodos también indeterminados que tampoco resultan válidos, como sería, por ejemplo, el caso de los criterios patrimoniales, *vid.*, M^a.P. García Rubio, “El convenio arbitral en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988”, *RCEA*, vol. V, 1988-1989, pp. 71-95.

⁶²⁹ Ya que, como se expuso con anterioridad, al referirnos al asunto *Lauberhorn, United States Court of Appeals, 5th Circuit*, de 27 de marzo de 1987, *Year. Comm. Arb.*, 1988, p. 138, existe una estrecha conexión entre la arbitrabilidad y el factor temporal que determina la misma incluso dentro de la apreciación temporal en un mismo ordenamiento cuyas concepciones de orden público pueden cambiar y, en consecuencia, también la consideración de la arbitrabilidad, *vid.*, *supra.*, Cap. II. 1. C) a).

⁶³⁰ En nuestro ordenamiento, el rechazo a la disponibilidad como único criterio para determinar la arbitrabilidad en el arbitraje interno, utilizando una expresión similar a la arriba transcrita, ha sido defendido por S. Gaspar Lera, *El ámbito de aplicación...*, *op. cit.*, p. 89.

⁶³¹ Entre las cuales se encuentran, aparte de las citadas con anterioridad, *vid.*, *supra.*, apartado A), los arts. 2059 y 2060 del Código Civil francés, la ley de arbitraje colombiana, el art. 1 de la ley brasileña de arbitraje de 23 de septiembre de 1996, la ley húngara de 8 de noviembre de 1994, el Convenio europeo de 20 de enero de 1966 sobre ley uniforme en materia de arbitraje, etc, *cf.*, J.B. Racine, *L’arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 40-41.

arbitrabilidad de las controversias sin necesidad de recurrir a un elenco de materias arbitrables o inarbitrables⁶³². Se basa en un criterio general que es el de la libre disponibilidad deducido de los arts. 1 y 2 del citado cuerpo legal identificados con la renunciabilidad de los derechos⁶³³, que no hace distinción entre el carácter público o privado de la relación controvertida, lo cual es un acierto ya que existen materias de Derecho público sobre las que sí cabe disponer⁶³⁴. Dentro del art. 2 LA, uno de los apartados más controvertidos es el del art. 2. 1 b) donde, sobre la base también del criterio general de la disponibilidad, se especifica que no podrán ser objeto de arbitraje, las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición, aunque las primeras sí sean disponibles. No obstante, sí podrán arbitrarse las consecuencias civiles derivadas del ilícito penal o las cuestiones patrimoniales dimanantes del Derecho de familia, aunque éstas sean en principio de una indisponibilidad absoluta. Es decir, si bien, es de sobra conocido que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, sí se puede sobre las cuestiones patrimoniales que se deriven del mismo porque éstas no afectan al orden público, sino a los intereses privados de los particulares⁶³⁵.

172. El criterio de la disponibilidad no aparece sólo, sino que se encuentra acompañado del criterio de la patrimonialidad y del orden público como límite final. Además, muchas de las materias indisponibles están protegidas por una atribución imperativa de jurisdicción. De ahí, que muchas veces se haya identificado la

⁶³² Para un estudio completo de la utilización de la disponibilidad como sinónimo de la arbitrabilidad en el Derecho privado interno e internacional desde el punto de vista del ordenamiento español, *vid.*, M. Requejo Isidro, "Arbitrabilidad de la controversia...", *loc. cit.*, pp. 48-53.

⁶³³ El criterio de arbitrabilidad de la controversia se caracteriza por admitir únicamente a aquellas materias que son renunciables, *cf.*, E. Artuch Iriberry, "Arbitraje Comercial Internacional", *op. cit.*, pp. 478-479.

⁶³⁴ En este sentido, S. Gaspar Lera pone de relieve que la LA de 1988 se mostró mucho más aperturista que la antigua Ley de Arbitraje de 1953 que había establecido como pauta determinante de la arbitrabilidad la pertenencia de la misma al sector del Derecho Privado, mientras que la Ley de arbitraje actual no hace distinción alguna entre lo público y lo privado de manera positiva ya que existen materias de Derecho administrativo y de Derecho de familia, que sí son disponibles y por lo tanto arbitrables, *cf.*, *El ámbito de aplicación...*, *op. cit.*, pp. 87-88.

⁶³⁵ Aunque no pueda ser objeto de arbitraje una cuestión relativa a la filiación matrimonial o no matrimonial, *cf.*, la Sent. TS de 28 de noviembre de 1992, *RAJ*, 1992, 9449, ni tampoco, las cuestiones relativas a las pensiones de alimentos a favor de los hijos, *cf.*, el Auto de la Aud. Prov. de Vizcaya de 9 de febrero de 1994, *Act. Civ.*, 1994, 637; ello no impide que sí se pueda transigir con los intereses patrimoniales devengados por cuestiones matrimoniales, *cf.*, la Sent. del TS, de 4 de diciembre de 1985, *RAJ*, 1985, 210. Ya, en Francia, Ch. Carabiber, señalaba que aunque el divorcio no sea arbitrable las

indisponibilidad con la atribución imperativa, lo que nos sirve para demostrar que es necesaria la reagrupación de criterios para concretar la condición necesaria de la arbitrabilidad. Al final, será el orden público internacional o el orden público verdaderamente internacional el que se encargará de definir la misma. Existen determinadas materias “fundamentalmente indisponibles”, como señalaba Goldman, donde se asienta un orden público no sólo internacional desde el punto de vista del foro sino realmente internacional, que en consecuencia se impondrá tanto a los árbitros como al juez estatal⁶³⁶. En definitiva, la cuestión no puede ser examinada y resuelta nada más que caso por caso, en atención al derecho indisponible en causa y a lo que respecta según su naturaleza y el fundamento de la indisponibilidad. Es decir, si la indisponibilidad de los derechos responde a las particularidades jurídicas del foro que conoce o si responde a un orden público realmente internacional, lo que equivaldría a decir que hay derechos que sí son indisponibles en toda la comunidad internacional únicamente en virtud de un orden público realmente internacional.

b) *Patrimonialidad o “Financial Interest”*

173. En segundo lugar, el criterio de la patrimonialidad o del “*Financial Interest*” como criterio útil para determinar las materias que pueden ser objeto de arbitraje restringe el campo de actuación del arbitraje al del Comercio⁶³⁷. Importante dato, que ya de entrada constituye un fuerte indicio de disconformidad en adoptar a éste

cuestiones relativas a los intereses pecuniarios de los esposos en materia de divorcio, sí deberían serlo, *cf.*, *L'arbitrage international...*, *op. cit.*, pp. 30-31.

⁶³⁶ No se podría, pues, argumentar que la indisponibilidad del derecho es de orden público internacional de un foro determinado sino únicamente de un “orden público verdaderamente internacional o transnacional”. Son los derechos a la libertad individual, al matrimonio, al establecimiento de la filiación, etc., los cuales no podrán ser objeto de arbitraje en ningún sistema nacional ni internacional cualquiera que sea la ley aplicable al fondo de la relación jurídica, al convenio de arbitraje o a la propia arbitrabilidad, *cf.*, B. Goldman, “Arbitrage Commercial International: Convention d’arbitrage. Formation. Objet. Arbitrabilité”, *loc. cit.*, p. 12. Teoría que conjuga a la perfección con la idea de los rangos de orden público, expuesta a continuación, en el epígrafe núm. 2.

⁶³⁷ Según, K.P. Berger, el análisis de la noción de “*Financial interest*”, comprende todos los casos en los cuales al menos una de las partes tiene un interés económico en someter la controversia a arbitraje, aún cuando, ese interés esté relacionado con los “Efectos indirectos” que se puedan derivar de la decisión del tribunal, *cf.*, el criterio del “interés financiero” o, lo que es lo mismo, un interés económico, expuesto por K.P. Berger, en el estudio que hace sobre qué se entiende por arbitrabilidad en las distintas legislaciones de arbitraje, referido en este caso al art. 177. 1 de la Ley Suiza de DIPr (LSDIP), que

como único criterio determinante de la arbitrabilidad internacional siendo coherentes con un trabajo que como el presente lleva inserto en el título la calificación de arbitraje privado internacional y no estrictamente comercial. A pesar de que la primera legislación que recogió el criterio de la patrimonialidad, la Ley Suiza de DIPr, declare en el art. 177 que son arbitrables todos los casos que puedan ser valorados en términos monetarios⁶³⁸, la cuestión no está únicamente en cuándo una materia va a poder ser expresada económicamente⁶³⁹, sino en cuándo las partes pueden realizar un acuerdo privado, articulado en un convenio arbitral, para lo cual se debe contrastar, entre otras cosas, cuándo las partes pueden disponer libremente de las materia susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje al plantearse una controversia.

174. En efecto, aunque los derechos indisponibles se identifiquen con los extrapatrimoniales, por ejemplo, con la edad de las personas, el derecho moral de autor, etc., la situación inversa no siempre es verdad. No todos los derechos patrimoniales son disponibles. Existen materias patrimoniales no disponibles o que caen bajo una atribución imperativa de jurisdicción y no se pueden arbitrar ni aún en la vertiente internacional apreciada desde el punto de vista de un ordenamiento jurídico interno. Por ejemplo, la pensión compensatoria es patrimonial y no es disponible desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, por lo que no es arbitrable⁶⁴⁰. De otro lado, existe un *tertium genus* que considera a las materias patrimoniales “sensibles” al orden público como sí arbitrables internacionalmente a pesar de que en la mayoría de los ordenamientos internos se consideren como no arbitrables⁶⁴¹. Así, aunque en la práctica internacional, como es sabido, se suele utilizar el criterio de la patrimonialidad como criterio identificador de la arbitrabilidad su empleo no se corresponde con la acepción

requiere que la materia objeto de la controversia tenga un interés económico, *International Economic Arbitration, Studies in Transnational Economic Law, op. cit.*, p. 193.

⁶³⁸ Cf., Art. 177. 1: “*Può essere oggetto di arbitrato qualsiasi pretesa patrimoniale*”, y las referencias realizadas en la nota indicada en el marco general de la reagrupación de criterios, *vid., supra.*, junto a las apreciaciones de A. Samuel a este respecto, *Jurisdictional Problems..., op. cit.*, p. 132.

⁶³⁹ Aunque la práctica arbitral más reciente se ha manifestado a veces en sentido contrario, por ejemplo, entre la jurisprudencia se especifica que el carácter del arbitraje internacional se deduce de la naturaleza de la operación económica que implica intereses comerciales sin que importe nada más, *cf.*, el laudo de la CCI, núm. 8938/1996, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 174-181, esp. p. 175.

⁶⁴⁰ Cf., B.M. Cremades, *Arbitration in Spain, op. cit.*, 1991, p. 23.

⁶⁴¹ Cf., E. Gaillard, “Arbitrage commercial international: Convention...”, *loc. cit.*, pp. 12-14.

estricta del término. Su uso se entiende ampliado incluso a aquellos casos que no afectan estrictamente a un interés económico o comercial⁶⁴².

175. Es por ello que, estrictamente, el criterio de la patrimonialidad por sí sólo tampoco nos sirve, a pesar de que, por una parte, lo podamos adaptar a través de una interpretación amplia del mismo⁶⁴³, y por otra, sea éste el método más defendido dada su fácil determinación como principal criterio de referencia para decidir la arbitrabilidad de las controversias en el terreno internacional⁶⁴⁴. Por ello, aunque en la actualidad se está fomentando el criterio patrimonial en las nuevas legislaciones de arbitraje⁶⁴⁵ y sea éste un criterio que goza de gran difusión en la jurisprudencia y en la doctrina internacional⁶⁴⁶, no se está de acuerdo en que sea ésta la única pauta decisiva para determinar la arbitrabilidad internacional.

176. En suma, aun habiéndose llegado a afirmar que, en la actualidad, el criterio de la naturaleza patrimonial de la causa, excluye toda discusión sobre el carácter de

⁶⁴² Cf., M. Checa Martínez, “La armonización del derecho de arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje”, *loc. cit.*, p. 360, en el comentario a la Ley alemana de arbitraje de 30 de diciembre de 1997, *id.*, *loc.*, pp. 339-353.

⁶⁴³ Cf., P. Schlosser, “La nouvelle législation allemande sur l’arbitrage”, *loc. cit.*, p. 294.

⁶⁴⁴ Dado que es más fácil determinar cuándo una materia puede ser objeto comercial de transacción en el mercado internacional que cuándo es disponible internacionalmente. Según Gaillard, como claro defensor de que los criterios imperantes en la determinación de la arbitrabilidad internacional sean sustituidos progresivamente por el de la patrimonialidad, numerosas materias sensibles al orden público son arbitrables únicamente porque son materias patrimoniales, *sensu contrario*, las causas extrapatrimoniales no son arbitrables, *cf.*, E. Gaillard, “Arbitrage Commercial International...”, *loc. cit.*, pp. 13-14. Criterio también defendido por K.P. Berger, *International Economic...*, *op. cit.*, p. 193.

⁶⁴⁵ La mayoría de las legislaciones modernas de arbitraje en sus reformas han sustituido el criterio de disponibilidad de derechos por el de patrimonialidad. Tomando como modelo el art. 177 de la LDIP suiza, que dispone que “toda causa de naturaleza patrimonial puede ser objeto de arbitraje”. Como el art. 1030 de la nueva legislación alemana, citada con anterioridad “*Any claim involving an economic interest (“vermögensrechtlicher Anspruch”) can be subject of an arbitration agreement*”, junto al Proyecto de reforma de nuestra ley de arbitraje, concretamente en el art. 57. 2, específico para el arbitraje internacional: “Es arbitrable toda controversia de naturaleza patrimonial”, *cf.*, J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988...”, *loc. cit.*, p. 342, y la justificación del cambio del art. 57. 2 hacia la patrimonialidad en las pp. 343-345.

⁶⁴⁶ Aparte de las defensas ya enunciadas, gozan de una amplia aceptación los modelos basados en los principios de las finanzas internacionales porque éstos proporcionan a los árbitros una guía clara simple y uniforme para evaluar determinados aspectos que puedan ser cuantificables dentro del procedimiento de arbitraje. Por ejemplo, basándose en estos criterios cuantificadores se procede a la evaluación de los intereses indemnizatorios del laudo a través de fórmulas matemáticas manteniendo siempre la flexibilidad necesaria, dependiendo de los atributos individuales en cualquier caso, *vid.* J.Y. Gotanda, “Awarding Interest in International Arbitration”, *A.J.I.L.*, 1996, núm. 1, p. 63.

orden público de las normas aplicables a la controversia⁶⁴⁷, es ésta una opinión más que discutible desde la percepción que aquí se defiende según la cual el orden público existirá en todo momento en la institución arbitral. Si no es en esta fase negocial será posteriormente en la fase de control. De otro lado, la expresión literal del “*Financial Interest*” no tiene en cuenta otros factores más allá de los meramente económicos o de carácter comercial, como son los de la protección de la parte débil, en particular, y los de la disponibilidad o la existencia de una atribución imperativa de jurisdicción, en general⁶⁴⁸. Se ha de reiterar el propósito de reagrupar todos ellos bajo la denominación general de la condición necesaria de la arbitrabilidad por considerar que todos son igualmente influyentes en la determinación de la arbitrabilidad de la controversia internacional, a salvo de considerar el orden público internacional.

c) Atribución imperativa de jurisdicción

177. La autonomía del arbitraje vinculada a su liberalización ha hecho también efecto en aquellas materias que tradicionalmente habían quedado encerradas a la jurisdicción arbitral bajo la llave de una atribución imperativa de jurisdicción o de una competencia exclusiva⁶⁴⁹. La imperatividad de la jurisdicción estatal en estas materias tiene su justificación en la protección especial de determinados sectores considerados relevantes en el tráfico jurídico internacional. Sectores en los que la imperatividad ha ido cayendo en algunos campos reservados inicialmente en exclusiva a las jurisdicciones estatales⁶⁵⁰. No existe, pues, una correspondencia directa que permita

⁶⁴⁷ Así afirmado en el caso del *Tribunal Cantonal del Canton de Vaud, Ampaglas v. Sofia*, de 28 de octubre de 1975, *cf.*, D. Hascher, “Les conditions d’arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory report”, *Competition and Arbitration, op. cit.*, p. 163, sobre el orden público suizo y el criterio de la patrimonialidad para determinar la arbitrabilidad internacional de las controversias.

⁶⁴⁸ Por ejemplo, en una controversia que enfrente a un empresario y a un trabajador internacional por una cuestión relativa al salario, aunque exista un interés económico ello no permite deducir que la controversia se pueda arbitrar automáticamente, *vid., infra.*, Cap. III, 4.

⁶⁴⁹ No se observa una diferencia clara entre la exclusividad, obligatoriedad o imperatividad de la jurisdicción de los tribunales estatales y en la práctica los tribunales la interpretan en el mismo sentido, *cf.*, B. Oppetit, “L’arbitrage en matiere de brevets d’invention apres la loi du 13 juillet 1978”, *Rev. arb.*, 1979, núm. 1, p. 91. Más concretamente, sobre la arbitrabilidad en materias sometidas a una atribución imperativa de jurisdicción, que tienen carácter de orden público referido a las patentes, *id. loc.*, pp. 93-94.

⁶⁵⁰ A título de ejemplo, materias como el Derecho de la competencia, objeto de estudio, entre otros, de los trabajos del XII Congreso de la CCI, *Arbitrage et Concurrence*, publicación de la CCI, núm. 480-3, 1993. Así como, otros trabajos más específicos, *vid.*, H. Moitry, “Arbitrage international et droit de

deducir que cuando los Estados se reservan la competencia exclusiva en una determinada materia la arbitrabilidad internacional vaya a quedar automáticamente excluida de la misma⁶⁵¹.

178. En los supuestos internos una atribución imperativa de jurisdicción equivale a la inarbitrabilidad automática de la materia sobre la cual recaiga dicha competencia exclusiva, pero la inconsistencia de este criterio se sostiene en muchas ocasiones en el propio ámbito interno⁶⁵². Ello se pone claramente de manifiesto en el ordenamiento español en materia de seguros, donde a pesar de que exista una atribución imperativa de jurisdicción lo único ésta implica es la competencia territorial pero no tiene trascendencia alguna para la arbitrabilidad⁶⁵³. La indeterminación propia de arbitraje interno se acentúa considerablemente en el orden internacional donde se posibilita que aunque exista una competencia atributiva de jurisdicción respetada internamente, ésta no pueda no tener efecto si la controversia sobre la que se está decidiendo es internacional atendiendo al principio de especialidad. La razón de la imperatividad no es

la concurrence”, *Rev. arb.* 1989, núm. 1, p. 3, donde no sólo nos referiremos someramente al *antitrust* típico del derecho americano, con el famoso laudo, de obligada referencia, *Soler Chrysler Plymouth c. Mitsubishi Motors Corporation*, decidido por la U.S. Court of Appeals, First Circuit de 20 de diciembre de 1983, *vid. Year. Comm. Arb.*, vol. X, 1985, pp. 519-ss; sino que nos detendremos más detenidamente en las normas sobre la competencia dentro del marco comunitario, En este sentido, *vid.* con carácter general, L. Goffin, “L’arbitrage et le droit européen”, *loc. cit.*, p. 315. La imperatividad en la atribución de jurisdicción, también ha quebrado en el ámbito de la propiedad industrial, *vid.*, las actas del coloquio CIADI, “La propriété intellectuelle et l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1993, núm. 4, p. 507. Así como, el trabajo de E. Gaillard, “Arbitrage Commercial International”, *loc. cit.*, p. 13, donde se ha producido una apertura a la jurisdicción arbitral, también operada en el ordenamiento español, *vid.* P.A. de Miguel Asensio, “Arbitraje y contratos internacionales sobre propiedad industrial en el Derecho español”, *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 27-47.

⁶⁵¹ Ocurre así en el Derecho de la competencia donde en prácticamente todos los Estados existen autoridades especializadas en Derecho de la competencia y ello no implica que la materia sea arbitrable, *vid.*, *infra.*, Cap. 3. II.

⁶⁵² Una controversia no puede ser arbitrable si se da la hipótesis de que ésta sea competencia exclusiva de las autoridades judiciales nacionales que deciden sobre la arbitrabilidad de la misma, *cf.*, B. Hanotiau, “L’arbitrabilité...”, *loc. cit.*, pp. 926-927.

⁶⁵³ Centrándonos en aspectos que puedan incidir en la arbitrabilidad, en un principio puede creerse que en materia de seguros existe una atribución imperativa de jurisdicción, según se desprende del tenor literal del art. 24 de la Ley de Contrato de Seguros, lo cual ya ha sido descartado. Como han expresado J.M. Chillón Medina, J.F. Merino Merchán, no estamos ante un supuesto de atribución imperativa. Dicho artículo, que dispone que será juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado, siendo nulo cualquier pacto en contrario, simplemente determina la competencia territorial objetiva para el conocimiento judicial de las controversias derivadas del contrato de seguros. Lo que se prohíbe en el art. 24 LCS, es el pacto de sumisión a un fuero jurisdiccional distinto al del domicilio del asegurado, pero no el uso del arbitraje como método de justicia alternativo al propuesto por el Estado, *cf.*, *Tratado de arbitraje privado...*, *op. cit.*, p. 217. Sobre la determinación de la competencia arbitral según el domicilio del asegurado, *vid.*, L. Navarro Lorente, “El sistema arbitral de consumo”, *loc. cit.*, p. 57, *vid.*, *infra.*, Cap. 3. III. 3.

un ataque encubierto a la institución arbitral, ya que al igual que los árbitros quedan excluidos de la posibilidad de arbitrar en éstas materias también lo están, en gran parte de las ocasiones, la jurisdicción ordinaria⁶⁵⁴.

179. Continuos pronunciamientos ponen en evidencia la adopción general de criterios más flexibles en lo que concierne a la arbitrabilidad de la controversia internacional en materias características de competencias exclusivas internas⁶⁵⁵. Pero, la falta de rigurosidad del criterio de la atribución imperativa de jurisdicción no quita para que sea éste un límite que subsiste como importante punto de referencia a la hora de determinar la arbitrabilidad de las controversias y la jurisprudencia haya hecho uso de él en numerosas decisiones relativas a aquella⁶⁵⁶. Ello es porque al igual que el resto de los criterios al menos sirve para dar un indicio de aquellas materias en las que hay que poner una especial atención en aras de determinar la arbitrabilidad de la controversia internacional.

Sin embargo, el criterio de la atribución exclusiva de competencia no sirve como única pauta para determinar la arbitrabilidad en el plano internacional. No se puede prohibir automáticamente el arbitraje cada vez que una determinada materia haya sido

⁶⁵⁴ Por ejemplo, la competencia exclusiva que tiene la Comisión Europea para decidir sobre determinados acuerdos y exenciones en materias relativas al Derecho de la competencia, lo es, por el momento, tanto para los árbitros internacionales como para los jueces nacionales de los Estados miembros, *vid. infra.*, la especial referencia a las atribuciones imperativas de jurisdicción en Derecho(s) de la competencia.

⁶⁵⁵ En decisiones relativas a procedimientos colectivos, objeto de laudos interlocutorios de la CCI, donde se observa la compatibilidad de la arbitrabilidad de la controversia, unida indisolublemente a criterios de competencia de los árbitros, con la atribución imperativa de jurisdicción en determinados ámbitos por mor de su internacionalidad, *vid.*, el laudo de la CCI, núm. 6697 de 26 de diciembre de 1990, *Casa c. Cambior*, que se pronuncia a favor de la competencia de un tribunal arbitral para conocer de una demanda fundada en un procedimiento colectivo. También, el laudo interlocutorio CCI, núm. 6632 de 27 de enero de 1993, donde el tribunal estima que el procedimiento colectivo del que era objeto una de las sociedades partes, no es obstáculo para que el tribunal arbitral se pronuncie sobre una demanda de *security for cost*. Recientemente, sobre este aspecto, *vid.* la nota de D. Cohen (París, 1.º Ch. D., 20 de septiembre de 1995), “Arbitrabilité des litiges et compétence des arbitres face au droit des procédures collectives”, *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, pp. 87-100.

⁶⁵⁶ En el asunto *Ganz*, se ve la importancia de éste criterio. La jurisprudencia confirma que excepto aquellas controversias que versen sobre una atribución imperativa de jurisdicción que son inarbitrables por naturaleza, el resto de controversias en las cuales actúa la legislación imperativa son arbitrables, *cf.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1ª Ch., sect. C.)* de 29 de marzo de 1991, *Société Ganz et autres c. Société nationale des Chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 478-481, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 481-486. También, en la Sent. de la *Cour d'appel de París (1ª Ch., sect. C.)*, de 20 de febrero de 1989, *Société Phocéenne de Dépôt c. Société Dépôts Pétroliers de Fos*, *Rev. arb.*, 1989, pp. 280-303, con nota de L. Idot, pp. 303-308; y en la Sent. de la *Cour d'appel de París (1ª Ch. Suppl.)* de 16 de febrero de 1989, *Société Almira Films c. Pierrel ès qual*, *Rev. arb.*, 1989, núm. 4, pp. 711-715, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 715-722.

reservada a un tribunal estatal bajo una atribución imperativa de jurisdicción, ni es pertinente considerar de orden público internacional todas las disposiciones que atribuyen una competencia exclusiva a los tribunales estatales para conocer de una determinada categoría de controversias. En consecuencia, no se erige éste tampoco en un criterio que destaque por su habilidad para ser aplicado con carácter de exclusividad con el objetivo de determinar la arbitrabilidad internacional de las controversias⁶⁵⁷. Todos los criterios se encuentran combinados en mayor o menor medida en la mayoría de las legislaciones y de la práctica internacional.

180. En conclusión, los criterios de determinación de la arbitrabilidad en el ámbito internacional no se pueden desprender residualmente de las pautas adoptadas por la justicia estatal para llegar a ella, pues éstas sólo obedecen a concepciones internas del foro y además ninguno de los criterios vale por sí sólo para ser aplicado con carácter general como criterio de determinación de la arbitrabilidad de las controversia internacional. De otro lado, es erróneo pensar que la noción de orden público está excluida simplemente por el hecho de que el criterio que siguen las distintas legislaciones expuestas no se refieren directamente al orden público para determinar la arbitrabilidad⁶⁵⁸. Ninguno de los criterios por ahora tratados es autónomo del concepto del orden público, y así es reconocido por la mayoría de la doctrina internacional⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ De la misma opinión, autores como, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 938; P. Level, "L'arbitrabilité", *loc. cit.*, p. 255; B. Oppetit, "L'arbitrage en matiere de brevets d'invention apres la loi du 13 juillet 1978", *Rev. arb.*, 1979, núm. 1, pp. 83-94, esp. pp. 90-91, reflejaban la necesidad de disociar la arbitrabilidad del juego de la atribución imperativa de jurisdicción en el arbitraje internacional.

⁶⁵⁸ De hecho, la jurisprudencia española ha confundido erróneamente el orden público con la indisponibilidad. Así, ha llegado a afirmar que determinadas cuestiones de Derecho privado son inarbitrables porque afectan al orden público, cuando la verdadera causa de que éstas queden excluidas del mismo es su indisponibilidad material. *Vid.*, entre otras, la exclusión de materias relativas a la sucesión hereditaria y a la fijación de la legítima en la Sent. TS de 23 de octubre de 1992, *RAJ*, 1992, 8280. La exclusión de la filiación en la Res. DGRN, de 11 de mayo de 1993, *RAJ*, 1993, 3923. Del nombre y del apellido de las personas físicas, en la Sent. TS, de 30 de marzo de 1993, *RAJ*, 1993, 2541, etc. *Vid.*, en general, las sentencias citadas por, F. Cordón Moreno, Código de Arbitraje, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 30-40, relativas a las materias litigiosas que pueden ser objeto de arbitraje en el ordenamiento español, a aquellas sobre las cuales las partes tengan poder de libre disposición, y a aquellas que se encuentran excluidas del arbitraje, en materias penales y administrativas, determinadas cuestiones societarias, legislación sobre marcas, etc.

⁶⁵⁹ *Cf.*, Ch. Jarrosson, "L'arbitrabilité: présentation méthodologique", *op. cit.*, p. 3, del mismo modo P. Level: "La notion d'ordre public est complémentaire de celle de la disponibilité des droits. Les droits échappent à la volonté de leur titulaire lorsque l'ordre public s'y oppose", *cf.*, "L'arbitrabilité", *loc. cit.*, p. 232. En el mismo sentido, B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflicts de lois*, *op. cit.*, p. 100. Enumerados y comentados por J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 43, nota 106, quién a pesar de reconocer igualmente que la arbitrabilidad se define por razones de orden público, no se

Nuestra línea indagatoria apunta a que de lo que hay que desvincularse no es del criterio de orden público como tal para definir la arbitrabilidad, sino de las acepciones de carácter restrictivo asociadas tradicionalmente al mismo en el arbitraje. Ello, en apoyo de la tesis de que, en definitiva, el orden público es el que tiene la última palabra en la delimitación del presupuesto material del arbitraje internacional. Lo deseable sería un orden público moderno y actual en el sentido de su auténtica internacionalidad, desvinculado de los criterios restrictivos y tradicionales generalmente apegados a consideraciones internas, que no encuentran sentido en la uniformidad a la que va encaminada la práctica del arbitraje internacional⁶⁶⁰. Aunque, de otro lado, tampoco podemos huir de la realidad en la que sigue prevaleciendo los valores meramente internos utilizado por cada sistema estatal para decidir sobre la validez del presupuesto material de la controversia internacional.

C) CONDICIÓN SUFICIENTE DEL ORDEN PÚBLICO

181. Como viene siendo anunciado es necesario desprenderse de los arcaicos criterios del orden público que alimentaron la hostilidad tradicional que ha caracterizado a las relaciones entre el orden público y la institución de arbitraje internacional⁶⁶¹. De otro lado, se aboga para que el orden público sea la clave actual para determinar y fijar la arbitrabilidad de la controversia internacional, como condición suficiente de la arbitrabilidad. Por ello, se ha de considerar cuáles son los criterios de orden público que hay que desechar (A) y cuál es el orden público actual a apreciar en atención a la condición suficiente como criterio delimitador de la arbitrabilidad internacional (B).

decide a decantarse por ella como criterio definitivo, reconociendo el peso del art. 2060 del Cc francés y su mención a las “*matières qui intéressent l'ordre public*”.

Es curioso, empero, como al final ninguno de estos autores se ha decidido por incluir el criterio de orden público como criterio general delimitador de la arbitrabilidad internacional, quizás como consecuencia de que al ser la práctica totalidad de los mismos, autores franceses, todavía sienten muy de cerca la carga del art. 2060 de su Cc, que tantas veces ha sido criticado por el conjunto de la doctrina internacional.

⁶⁶⁰ Reafirmando ésta postura se encuentra P. Level, para el cual aunque la noción de la disponibilidad de los derechos es un criterio útil para determinar la arbitrabilidad de las controversias, la noción de orden público es complementaria a aquella. De tal manera que los derechos escapan a la voluntad de su titular cuando el orden público se opone a ello, *cf.*, “L’arbitrabilité”, *loc. cit.*, p. 232.

⁶⁶¹ Así afirmado en la Sent. de la *Cour Suprême des États-Unis*, núm. 94-623, de 19 de junio de 1995, *Vimar Seguros y Reaseguros SA, c. M/V Sky Reefer et Al*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 4, pp. 665-670.

A) Criterio tradicional del interés del orden público

a) Pasividad en la adecuación legislativa

182. Una de las causas de que la cuestión de la arbitrabilidad de la controversia se considere permanentemente vinculada al orden público se debe a la existencia, en distintas legislaciones nacionales, de disposiciones que prohíben comprometer expresamente en aquellas materias que interesan al orden público. El adalid de dichas disposiciones legislativas es el artículo 2060 del Código Civil francés que prescribe que: “*No se podrá comprometer en las cuestiones de Estado y de capacidad de las personas, en los asuntos relativos al divorcio y a la separación o sobre las controversias que versen sobre los establecimientos públicos y más genéricamente en aquellas materias que interesen al orden público*”. La redacción actual de dicha disposición legal se debe a la Reforma del Cc operada en Francia el 5 de julio de 1972. Desde entonces, y hasta nuestros días, éste ha sido uno de los artículos que más quebraderos de cabeza ha provocado a la doctrina y a la jurisprudencia del arbitraje internacional, en general, y, a la francesa, en particular.

No han faltado voces que en múltiples ocasiones han abogado por la reforma de la citada disposición legislativa. El intento más enérgico tuvo lugar el 5 de septiembre de 1990, cuando el presidente del Comité francés de arbitraje, Ph. Fouchard, propuso una reforma completa del Derecho francés del arbitraje especialmente centrada en el cambio del art. 2060, considerado “gravemente inadaptado” a la situación actual del arbitraje internacional⁶⁶². Reforma que, sin embargo, al día de hoy todavía no se ha llevado a cabo. Aún así, no cabe duda, que la disposición citada refleja a través de una redacción ciertamente desafortunada una manifiesta contradicción desprovista de exactitud y coherencia con la práctica arbitral internacional⁶⁶³. Tal es así que *de lege*

⁶⁶² Cf., D. Hahn, y J.P. Maire, “Réglementation de la concurrence et évolution du concept d’arbitrabilité”, *Competition and Arbitration Law.*, *op. cit.*, p. 87, también, en su redacción en inglés, “Competition Regulation and Evolution of the Concept of Arbitrability”, *ibid.*, *op. cit.*, p. 97.

⁶⁶³ Críticas de B. Goldman, “L’arbitrabilité, le droit applicable et l’ordre public...”, *op. cit.*, pp. 109-117. También en las conclusiones, “Conclusions”, *ibidem.*, pp. 331-341, y de E. Gaillard, “Arbitrage commercial international: Convention d’arbitrage. Arbitrabilité”, *loc. cit.*, pp. 1-17.

ferenda, en la mayoría de los casos, los jueces y los árbitros al decidir sobre la cuestión de la arbitrabilidad de una determinada controversia la tienen por no puesta⁶⁶⁴.

183. Se trae su situación a colación porque lo que más nos ha llamado la atención no es la redacción del precepto en sí, pues, es una de las disposiciones más comentadas por la literatura científica desde su aparición hace ya casi treinta años, infaustamente heredera de la concepción contraria al arbitraje propia de la primera mitad del siglo pasado y del total de su antecesor. Un nuevo comentario aquí al respecto, no haría más que redundar en las consabidas críticas a la generalidad e inadecuación del criterio del interés del orden público. La gran perplejidad que nos provoca en relación con la arbitrabilidad de la controversia internacional se debe a que a pesar de las críticas, éste artículo haya sido tomado como modelo para las reformas, más o menos actuales, de distintas legislaciones de arbitraje. Y, no nos referimos únicamente a los análisis ya realizados sobre las legislaciones en el marco comparado a éste respecto, donde se especifica que el criterio restrictivo que vincula a la arbitrabilidad de la controversia con la noción de orden público, en sentido amplio, fue acogido por alguna de las legislaciones más o menos coetáneas en el tiempo a la citada disposición⁶⁶⁵. Así, en el art. 7. 4 de la ley danesa de 24 de marzo de 1972, en la legislación India, y, en el art. 1926. 2 del Cc de Quebec. A las que después se agregaron las legislaciones de arbitraje de Argentina⁶⁶⁶, Algeria, Túnez y Egipto⁶⁶⁷, como ejemplo de normas que excluyen el arbitraje de las materias “*qui intéressent l’ordre public*”. Críticas que recientemente se extienden, lamentablemente, al que parecía ser un

⁶⁶⁴ Cf., M.C. Kenneth, "Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws", *Defense Counsel J.*, vol. 64, 1997, núm. 2, p. 274.

⁶⁶⁵ Tal y como fue recogido en el análisis legislativo realizado por L. Idot, *vid.*, "Rapport introductif. L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public des litiges intéressant la concurrence", *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, p. 20. Análisis, que ha sido transcrito por J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 28-29, aunque completado por las legislaciones que citamos más abajo, complementadas con las que aquí se añaden.

⁶⁶⁶ *Vid.*, H. Grigera Naón, "Public Policy and International Commercial Arbitration: An Argentine view", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, op. cit.*, pp. 329-336, *id.*, "Public Policy and International Commercial Arbitration: The Argentine Perspective", *Jour. int. arb.*, 1986, vol. III, pp. 7-27, esp. p. 23.

⁶⁶⁷ Concretamente, en el artículo 7 del Código de arbitraje de Túnez, y en el art. 1 del Decreto legislativo sobre el arbitraje en Algeria de 25 de abril de 1993. Con carácter específico, para un estudio de las últimas reformas que han tenido lugar en Algeria, Túnez y Egipto, *vid.*, respectivamente, V.M. Bedjaoui y A. Mebroukine, "Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie", *loc. cit.*, p. 873; V.K. Meziou y A. Mezghani, "Le code tunisien de l'arbitrage", *loc. cit.*, p. 521; y la Ley de Arbitraje de

prometedor Tratado de la Organización para la Armonización en Africa del Derecho de los negocios (OHADA), que había elaborado un Proyecto de Acta Unica Uniforme para el Arbitraje, donde se establece un vínculo inoportuno entre arbitrabilidad y orden público⁶⁶⁸.

Sino que, sobre todo, desde el punto de vista de la perspectiva española y los estrechos lazos que la unen con el Continente Latinoamericano, aún nos ha chocado más, si cabe, la adaptación literal de la concepción del orden público delimitadora de la arbitrabilidad observada en alguna de las últimas reformas de arbitraje operadas en América Latina. Lo cual no casa en absoluto con el propósito generalizado de crear una auténtica cultura en y para el arbitraje en los países latinoamericanos adaptado a las necesidades transnacionales del comercio globalizado⁶⁶⁹. El art. 1, apartado 3 de la Ley General de Arbitraje peruana, en adelante LGA, se atiene, como norma general, al criterio de la arbitrabilidad sobre la base de la libre disposición, excepto en aquellas materias “*que interesen al orden público*” que serían consideradas inarbitrables⁶⁷⁰. En la última reforma de la legislación arbitral panameña el criterio se hace aún más estricto. El Art. 2, dispone que no podrán ser sometidas a arbitraje, entre otras, “*las controversias reguladas por normas imperativas de Derecho*”⁶⁷¹. Identificándose el orden público con la normativa imperativa, claramente apegada a la concepción del interés nacional, como un manifiesto retroceso a la arbitrabilidad de las controversias en un ámbito internacional. Criterio que choca con que posteriormente en ésta misma ley se especifique encomiablemente y, por primera vez, que cuando se trate de un arbitraje

Egipto, de 21 de abril de 1994, *loc. cit.*, p. 763, comentada por V.B. Filion-Dufouleur y Ph. Leboulanger, “Le nouveau droit égyptien de l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1994, p. 665.

⁶⁶⁸ Así, en el art. 2. 1 del Proyecto del Acta de Arbitraje OHADA que, al igual que la última reforma de la ley de arbitraje senegalesa, art. 826. 2, prohíbe comprometer en todas las materias que interesen al orden público, trasunto de los criticados criterios de la legislación francesa, *cf.*, F. Camara, “Le nouveau droit de l’arbitrage au Sénégal...”, *loc. cit.*, pp. 54-55.

⁶⁶⁹ *Vid., supra.*, Cap. I. IV.

⁶⁷⁰ En Perú, *vid.*, el artículo 3. 1, en la Ley General de Arbitraje, de 3 de enero de 1996, Ley núm. 26572, que derogó a la anterior Ley núm. 26572: “*Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse, excepto*”: (...) apartado 3: “*Las que interesan al orden público o las que versan sobre delitos o faltas*”.

⁶⁷¹ Art. 2. 1 de la Ley General de arbitraje, conciliación y mediación de la República Panameña, Decreto Ley núm. 5, de 8 de julio de 1999, *Gaceta Oficial* núm. 23.837, sábado 10 de julio de 1999: “*No podrán ser sometidas a arbitraje, las siguientes controversias: 1. Las que surjan de materias que no sean de libre disposición de las partes. Se entiende por tales, entre otras, todas aquellas afectas al desempeño de potestades públicas o las que derivan de funciones de protección o tutela de personas o las que están reguladas por normas imperativas de Derecho*”.

internacional, el único orden público que se contemplará será el orden público internacional⁶⁷². Aunque, eso sí, no se ha avanzado en el sentido de la transnacionalidad ya que es un orden público entendido desde la perspectiva internacional del foro panameño⁶⁷³.

Es de lamentar, pues, las contradicciones legislativas existentes y éstas recientes vinculaciones a las concepciones restrictivas del orden público como único criterio para determinar la arbitrabilidad, cuando, ya se ha señalado, que los principales países exportadores de dichos conceptos abogan por desecharlos definitivamente⁶⁷⁴.

184. El análisis legislativo comparado, nos lleva a centrarnos en el tenor literal del precepto francés utilizado como ejemplo emblemático para diseccionar el criterio que excluye la arbitrabilidad de aquellas materias que interesan al orden público. Es notoria la imprecisión de ésta cláusula que impide a las partes comprometer en una serie indeterminada de materias atinentes al orden público pero sin especificar cuáles son esas materias. Tal actitud genérica contrasta con la primera parte del precepto en la que sí se cita individualizadamente distintos ámbitos materiales que están específicamente prohibidos al arbitraje⁶⁷⁵. La respuesta al porqué el legislador optó por enumerar por separado dichas materias, que también podrían ser consideradas dentro de los criterios generales de orden público según el criterio globalizador del mismo, obedece, a nuestro juicio, a una simple técnica legislativa que pretende subrayar que en los casos enumerados particularizadamente existe un fuerte interés público que entiende que la

⁶⁷² Ya se ha manifestado nuestro punto de vista orientado a destacar la encomiable redacción y técnica legislativa que ha acompañado a la legislación de arbitraje panameña. Especialmente positivo nos parece el art. 43, que enuncia una serie de disposiciones especiales en atención a la internacionalidad del arbitraje. El último párrafo del apartado tercero del artículo citado prescribe que “*Cuando se trate de un arbitraje comercial internacional, el orden público que se contemplará es el orden público internacional*”.

⁶⁷³ En el art. 41. 2, b) se dicta el orden público internacional de Panamá. Es por ello por lo que no casa el entendimiento del orden público restrictivo identificado con las normas imperativas en la arbitrabilidad y el orden público flexible e internacional destacado en los artículos que tratan del mismo en la fase post-arbitral.

⁶⁷⁴ Cf., lo anteriormente reflejado sobre el intento de reforma del art. 2060 del CC francés auspiciado por el Comité francés de arbitraje el 5 de septiembre de 1990, y las críticas generalizadas en el ámbito mundial que se evidenciarán a lo largo de todo nuestro comentario.

⁶⁷⁵ Estos son las cuestiones de estado y de capacidad de las personas, los que se refieran al divorcio y a la separación y aquellas controversias que versen sobre establecimientos públicos. “*On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public*”, cf.,

mejor manera de preservar a estos ámbitos del arbitraje es mediante la prohibición clara y expresa de comprometer en ellos; para, después, dejar a la cláusula general del interés del orden público que actúe ampliamente en un número indeterminado de materias con el objetivo de no permitir su arbitrabilidad. La discrecionalidad, pues, está servida.

185. Nótese, que el criterio del interés, tal y como ha sido descrito en la citada disposición francesa, no se refiere literalmente a aquellas materias consideradas de orden público o materias de orden público sin más, sino que con una intencionada falta de precisión jurídica se dirige a las materias que “interesan” al orden público como punto de referencia para considerar una determinada controversia como no-arbitrable. La ambigüedad de este concepto esconde así una importante sutileza que tiene consecuencias contrarias al arbitraje, ya que el criterio ha sido diseñado y utilizado fundamentalmente para ampliar, en un sentido negativo, el ámbito material de actuación del orden público en el arbitraje ya sea éste interno o internacional⁶⁷⁶. De tal manera, la indeterminación del precepto permite considerar que cualquier materia en la que simplemente entren en juego las normas imperativas internas, pueda ser considerada como no arbitrable. Ello implica que cualquier Tribunal judicial que aplique éste concepto, generalmente identificado con la normativa imperativa considerada de orden público interno en un territorio determinado, encuentra en él una justificación para impedir o rechazar la arbitrabilidad de la controversia, aún siendo internacional, mediante la aplicación de criterios del foro, lo cual basta para detener la posibilidad de éxito o siquiera de iniciación del procedimiento arbitral.

también en inglés, con un énfasis añadido en el segundo apartado de la disposición en A. Samuel, *Jurisdictional problems...*, *op. cit.*, p. 132.

⁶⁷⁶ Lejos de excluir estrictamente a toda controversia que verse directamente sobre una materia de orden público, como por ejemplo, aquellas relativas al Derecho de familia, el criterio del interés abarca también a cualquier materia que simplemente “toque” en algo al orden público, tal y como por ejemplo la ejecución de un contrato que verse sobre una mercancía sujeta a disposiciones administrativas. Es el clásico ejemplo, empleado por Goldman, para explicar la errónea inarbitrabilidad de las “mercancías tasadas”, simplemente por “interesar” éstas al orden público, *vid.*, las observaciones al respecto, así como diversos casos jurisprudenciales que excluyen del arbitraje a “*tout litige qui touchait à l'ordre public*”, en B. Goldman, “Arbitrage Commercial International: Convention d'arbitrage. Formation. Objet. Arbitrabilité”, *loc. cit.*, p. 12. Aunque, eso sí, los casos se encuentran un tanto desfasados porque la mayoría de ellos pertenecen al s. XIX, y primera mitad del s. XX. Así, por ejemplo, la Sent. *cass. civ.* de 9 de enero de 1854, *D.P.*, 54, 1, 69 y la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 9 de febrero de 1954. *Cour d'appel* de París de 9 de febrero de 1954, *S.A. Agricole c. Torris*, *Rev. arb.*, 1955, p. 2. Criterio restrictivo

186. Cosa distinta es que a pesar de su impreciso tenor literal, en la práctica, la contrariedad a la arbitrabilidad de las materias que interesan al orden público se haya identificado efectivamente con las materias de orden público, entre las cuales se encuentran, indiscutiblemente, las normas relativas al Derecho de la competencia, y, en general, todas aquellas protegidas por el denominado orden público económico⁶⁷⁷. Criterio que, en la actualidad, ya se ha demostrado que no convierte a estas materias en inarbitrables⁶⁷⁸. Queda claro el rechazo implícito, en la teoría y en la práctica, al “criterio del interés del orden público”, como pauta que se muestra torpe y caduca para determinar la arbitrabilidad. De ahí, su ineficacia para tales fines como criterio material utilizado con carácter de exclusividad.

b) Evolución jurisprudencial

187. Una buena prueba de la adaptabilidad del criterio del orden público al nuevo ámbito económico y comercial internacional gracias a la práctica jurisprudencial lo encontramos en la meritoria evolución de la jurisprudencia francesa, en el sentido de haber llegado a ignorar por completo un criterio legislativo delimitador de la arbitrabilidad que le obstaculizaba su desarrollo en el ámbito internacional. Las consecuencias negativas que el criterio del interés del orden público comportaban para el arbitraje fueron seguidas a rajatabla por dicha jurisprudencia durante el s. XIX y la primera mitad del s. XX. El cambio de actitud a favor de la arbitrabilidad tuvo lugar con

a la arbitrabilidad de las controversias en aplicación del art. 2060 Cc francés y del art. 1004 del C. Procesal, de no permitir comprometer en “*aquellas materias que interesen al orden público*”.

⁶⁷⁷ Al ser la normativa de la competencia claramente de orden público ello ha provocado que en distintos casos no se permita en ella la arbitrabilidad a pesar de ser el supuesto internacional. Así, el Tribunal de Primera Instancia de Bolonia declaró inarbitrable una controversia por ir en contra de la normativa imperativa de defensa de la competencia del art. 85 del Tratado de Roma, actual art. 81 CE, en aplicación del art. II. 3 del CNY y del art. 806 del Código de Procedimiento Civil Italiano, en la sent. de 18 de julio de 1987, *Coveme v. CFI*, *Riv. dr. int. pr. proc.*, 1988, p. 740, *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, p. 534. Según el Tribunal italiano únicamente los tribunales estatales pueden decidir sobre aquellas controversias donde la libertad de las partes para transigir esté limitada por disposiciones de orden público, *cf.*, B. Hanotiau, “L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, *loc. cit.*, p. 923.

⁶⁷⁸ *Vid. infra.*, en el apartado primero relativo al Derecho de la competencia, Cap. 3. II. 1 A), se exponen las consideraciones que no dejan lugar a dudas de que la normativa imperativa sobre el Derecho de la competencia es de orden público, pero no por ello se va a impedir a un árbitro que decida sobre determinadas cuestiones relativas a una materia de orden público, sobre todo en atención a la internacionalidad del supuesto.

el asunto *Tissot* de 29 de noviembre de 1950⁶⁷⁹. Fue aquí donde, por primera vez, se estimó que la inarbitrabilidad de una controversia no debía entenderse en el sentido estricto de su vinculación a una normativa imperativa o de orden público interno. El convenio de arbitraje no está prohibido sólo porque el objeto de la controversia se refiera a una materia que interese al orden público. Únicamente en el caso de que se descubra que la operación donde el convenio de arbitraje se encuentra inserto es ilícita y está atacada de invalidez por haber contravenido efectivamente al orden público, no se permitirá el arbitraje⁶⁸⁰. Únicamente la cláusula compromisoria sólo estaría prohibida en lo tocante a cuestiones que interesan al orden público si efectivamente ese orden público hubiera sido violado⁶⁸¹. En el ámbito del arbitraje privado internacional, la Corte de Casación francesa ha mantenido una enorme prudencia al respecto y al igual que la doctrina ha coincidido en afirmar que el orden público no debe seguir siendo apreciado desde el punto de vista tradicional, esto es, como orden público interno aplicado en materia internacional⁶⁸².

188. De este modo, la jurisprudencia posterior siguió en esta línea de apertura hacia el arbitraje en aquellas materias consideradas de interés para el orden público y

⁶⁷⁹ Los hechos a los que se refiere este caso confirmaban la demanda de exequátur de un laudo arbitral relativo a un determinado producto, la cebada, que tenía el precio prefijado reglamentariamente. El mero hecho de la actuación de una norma imperativa identificada con una norma administrativa que tasase el precio de un producto, se consideraba como “materia que interesa al orden público”, con la consecuencia automática de su inarbitrabilidad y la consiguiente nulidad de la cláusula compromisoria, *vid.*, la Sent. de la *Cour de Cassation (1^a Chambre civile)*, de 29 de noviembre de 1950, *arrêt Tissot*, desarrollado y comentado por E. Gaillard, “Arbitrage commercial international: Convention d’arbitrage. Arbitrabilité”, *loc. cit.*, p. 10, y por B. Goldman, “Arbitrage Commercial International: Convention d’arbitrage...”, *loc. cit.*, p. 12.

⁶⁸⁰ “La no arbitrabilidad no resulta del hecho de que existan normas de orden público aplicables al contrato objeto de controversia, sino de la violación eventual de una regla o norma de orden público por ese contrato”, *cf.*, el comentario de E. Gaillard, “Arbitrage commercial international: Convention d’arbitrage. Arbitrabilité”, *loc. cit.*, p. 10.

⁶⁸¹ Jurisprudencia reafirmada en 1971 en el asunto *Impex*, donde se puso de manifiesto que en materia internacional no son aplicables las disposiciones restrictivas a la arbitrabilidad basadas en el orden público, refiriéndose, de manera implícita al art. 2060 Cc francés. *Vid.*, *Cour de cassation (1^o Chambre civile)* de 18 de mayo de 1971, *Société Impex c. Sociétés P.A.Z.*, *Rev. arb.*, 1972, núm. 1, pp. 2-6, con nota de Ph. Kahn, *ibid.*, pp. 6-9. Materias que interesan al orden público y arbitrabilidad de la diferencia, esp. p. 9, donde se afirma que las materias de orden público únicamente rinden ineficaz la sentencia arbitral, cuando el orden público no ha sido aplicado, de donde se deriva que el orden público ha sido violado.

⁶⁸² Es claro que la jurisprudencia francesa a la hora de decidir sobre la validez de una controversia de cara al orden público cuenta con textos inadaptados a la realidad internacional, por lo que ha optado por la aplicación de un método jurisprudencial particular, adaptado a la realidad internacional, *cf.*, E. Gaillard, “Arbitrage commercial international: Convention...”, *loc. cit.*, p. 8.

aunque sufrió algún que otro revés, tanto en el arbitraje interno⁶⁸³ como en el internacional⁶⁸⁴, en el sentido de volver a retomar los criterios estrictos de la arbitrabilidad que se desprenden del art. 2060 Cc, la práctica reciente ha vuelto a recuperar y consolidar la línea de seguir permitiendo la arbitrabilidad en las materias de orden público internacional, dando buenas muestras de una interpretación positiva de la citada disposición legislativa en el sentido de permitir a los árbitros conocer de aquellas materias que interesen al orden público si en la resolución de la controversia se impone dicho orden público, a riesgo de que el laudo final sea anulado por la violación de aquel en la sentencia arbitral definitiva. Esta consideración aperturista del orden público que consiste en aplicarlo de manera restrictiva en el arbitraje se verá repetida en prácticamente todos los casos sobre materias consideradas de orden público o especialmente bañados por las normas materiales imperativas que han sido decididos por los Tribunales franceses⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Curiosamente cuatro años después del asunto *Tissot*, en un caso de iguales características a aquel que también versaba sobre una mercancía tasada, no se tuvo en cuenta lo acordado por la Corte de Casación francesa el 29 de noviembre de 1950, y en la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 9 de febrero de 1954, *S. A. Agricole c. Torris, Rev. arb.*, 1955, núm. 1, p. 21, se acordó no permitir la arbitrabilidad del litigio porque la tasación de las mercancías interesa al orden público, y, por tanto, no son arbitrables. En definitiva, se retrocedió respecto a lo anteriormente afirmado en la jurisprudencia *Tissot* a favor de la arbitrabilidad. Del mismo modo, en el laudo núm. 2558/1976 de la CCI, *vid.*, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 952-957. También en, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 189-192, con las observaciones al respecto de Y. Derains, *ibid.*, pp. 192-195. Aunque se esté de acuerdo con el resultado material alcanzado, creemos que las afirmaciones del árbitro relativas a la inarbitrabilidad, se encuentran ancladas en el criterio tradicional francés, restrictivo a la arbitrabilidad de las controversias en aplicación del art. 2060 Cc y del art. 1004 del C. Procesal, que consiste en que no permiten comprometer en "aquellas materias que interesen al orden público", al igual que las Sentencias que cita el árbitro, *Sent. Cour. Cass.* de 2 de diciembre de 1964, *Dalloz*, 1965, p. 412, y a la *Sent. Cour. Cass.*, de 11 de octubre de 1971, *Dalloz*, 1972, p. 688, también apegadas a las consideraciones más tradicionales de la jurisprudencia francesa, que limitan la arbitrabilidad en materias relacionadas con el orden público.

⁶⁸⁴ En el mismo sentido que la anterior sentencia ésta considera prohibido el arbitraje en un contrato que versaba sobre una disposición de orden público, *vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel* de Orleans, de 15 de mayo de 1961, *Sté. Jean Tardits c. Korn Og Foderstof Kompagniet, Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 779, con nota de E. Mezger. Se decía también que los árbitros no pueden intervenir en aquellas controversias en las que la interpretación y la aplicación de las normas de orden público son necesarias.

⁶⁸⁵ A este respecto, son de gran interés las conclusiones de B. Goldman relativas al balance de la jurisprudencia arbitral internacional francesa sobre la arbitrabilidad de la controversia en el arbitraje internacional en aquellas materias que interesan al orden público aquí resumidas. En líneas generales, se puede decir que el conjunto de la jurisprudencia internacional relativa a la arbitrabilidad de las controversias que tratan sobre materias que interesan al orden público, a pesar de haber conocido fluctuaciones considerables en este sentido, ha seguido globalmente una técnica liberal y aperturista en relación con la arbitrabilidad de la controversia internacional, *cf.*, B. Goldman, "Arbitrage Commercial International: Convention d'arbitrage. Formation. Objet. Arbitrabilité", *loc. cit.*, pp. 12-13, especialmente las conclusiones tal y como han sido transcritas arriba en la p. 14.

Gracias a una adecuada interpretación jurisprudencial del orden público éstos han ampliado los horizontes de la arbitrabilidad adaptándose a las necesidades del comercio internacional. Así, en materias relativas al Derecho de la competencia⁶⁸⁶, a las patentes⁶⁸⁷, a los procedimientos colectivos⁶⁸⁸, al Derecho del trabajo⁶⁸⁹, al arbitraje internacional de consumo⁶⁹⁰, etc. La jurisprudencia más reciente ha precisado esta evolución y el importante papel que tiene el árbitro internacional en la consideración del orden público de modo que ha enunciado que “*la arbitrabilidad de una controversia no queda excluida por el sólo hecho de que una norma de orden público sea aplicable a la relación litigiosa, en materia internacional, el árbitro aprecia su propia competencia en cuanto a la arbitrabilidad de la controversia en lo que respecta al orden público internacional y dispone de poder para aplicar los principios y las normas de orden público así como sancionar el desconocimiento del mismo, bajo reserva del juez de anulación*”⁶⁹¹.

189. Si bien, el sistema expuesto no es un régimen con el que se sienta formalmente identificado el legislador español, debido a que, al menos, en teoría, nuestro ordenamiento determina la arbitrabilidad de la controversia basándose en la

⁶⁸⁶ Vid., la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^a Ch., sect. C.)*, de 20 de febrero de 1989, *Société Phocéenne de Dépôt c. Société Dépôts Pétroliers de Fos*, *Rev. arb.*, 1989, pp. 280 y ss, con nota de L. Idot, p. 303. Los árbitros pueden pronunciarse en materia del Derecho de la competencia de la misma forma que los tribunales civiles. *Cour d'appel de Paris, première chambre, section A*, de 19 de mayo de 1993, *Société Labinal c/Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *Journ. dr. int.*, 1993, núm. 4, pp. 957- 979, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 979-989. Arbitrabilidad en materias relativas al Derecho de la competencia y orden público internacional.

⁶⁸⁷ Vid., la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 24 de marzo de 1994, *Société Deko c. Dingler et société Meva*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 3, pp. 515-520, con nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 520-524. Arbitrabilidad de patentes y orden público internacional.

⁶⁸⁸ Vid., la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch. D.)* de 20 de septiembre de 1995, *Société Matra Hachette c. Société Reteitalia*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, pp. 87-91, con nota de D. Cohen, *ibid.*, pp. 92-99, sobre la arbitrabilidad de los procedimientos colectivos y su no contrariedad al orden público internacional.

⁶⁸⁹ Vid., la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C)* de 3 de julio de 1997, *Millac-Deletang c. SCOP Couécou*, *Rev. arb.*, 1997, núm. 4, pp. 611-612, con observaciones de L. De Gryse, *ibid.*, pp. 612-615. Arbitrabilidad de la controversia en un contrato de trabajo internacional y orden público.

⁶⁹⁰ Cf., nota de V. Heuzé, al asunto, *Meglio et Renault c. Sté V 2000*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, núm. 1, p. 92.

⁶⁹¹ Así, ha sido afirmado tanto en el caso *Velcro*, *vid.*, la Sentencia de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 14 de octubre de 1993, *Société Aplex c. Société Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 164-170. Nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 170-173; como en la sentencia *Labinal*, *vid.*, *Cour d'appel de Paris, première chambre, section A.*- 19 de mayo de 1993, *Société Labinal c/Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *Journ. dr. int.*, 1993, núm. 4, pp. 957- 979, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 979-989. Donde claramente se permite la arbitrabilidad en materias relativas al Derecho de la competencia, consideradas de orden público internacional, económico y comunitario.

disponibilidad del objeto material; resulta curioso, que en parangón con nuestro país vecino, muchas veces hayamos tenido la impresión de ser nosotros los que hubiésemos tenido la citada norma dispositiva de orden público en su lugar. Aunque en Francia, y en el resto de las legislaciones anteriormente enumeradas, en la desgraciada adaptación legislativa observada, el criterio legislativo para determinar la arbitrabilidad sea mucho más restrictivo que el nuestro, al catalogarla según los anquilosados criterios del orden público; en la práctica, la jurisprudencia de éstos países, en especial la francesa, ha hecho caso omiso de tal concepto para determinar la arbitrabilidad⁶⁹². Mientras que en España, donde no hemos tenido un axioma de tales características, en la práctica, lo hemos venido aplicando de manera implícita, no sólo en la arbitrabilidad de la controversia en la fase inicial, donde no hemos tenido una práctica importante, sino, sobre todo, en los numerosos ejemplos de rechazo a un laudo internacional por razones de orden público identificándolo con la inarbitrabilidad, en la fase final⁶⁹³.

Tal actitud disonante de la jurisprudencia también ocurría *de facto* fuera de nuestras fronteras en otros países de nuestro entorno, tales como Bélgica⁶⁹⁴ e Italia⁶⁹⁵, y, antiguamente, en la jurisprudencia norteamericana, que utilizaba en la práctica los criterios de orden público para determinar la arbitrabilidad tanto en la fase inicial como

⁶⁹² La prueba de que en Francia se ha limitado tanto la aplicación del art. 2060 en la práctica internacional, que en la actualidad es uno de los países más flexibles y favorables al arbitraje ha sido destacada por M.C. Kenneth, "Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory...", *loc. cit.*, p. 274, que cita a A.T. Von Mehren, "International commercial arbitration: The contribution of the French Jurisprudence", *La. L. R.*, 1986, pp. 1045-1059. Flexibilidad que en la jurisprudencia francesa ha sido destacada por, B. Goldman, "L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public. La situation in France", *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, pp. 109-117.

⁶⁹³ Así, no estamos de acuerdo con lo dictado en la Sent. del TS de 28 de noviembre de 1992, *RAJ*, 1992, 9449, donde el Tribunal justifica la inarbitrabilidad de las cuestiones relativas a la filiación, matrimonial o no matrimonial, porque son cuestiones de orden público. Por esta regla de tres toda cuestión de orden público sería inarbitrable y no es así. Las cuestiones relativas al Derecho de Familia son de orden público, pero su inarbitrabilidad no deriva de ahí, sino de que son cuestiones de Derecho Público y no entran dentro del objeto del arbitraje privado ni interno ni internacional, *vid.*, de manera especial las sentencias citadas y las reflexiones al respecto de J.D. González Campos, "Sobre el convenio de arbitraje...", *loc. cit.*, pp. 3-52.

⁶⁹⁴ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'Appel* de Lieja de 22 de mayo de 1977, *Audi-NSU c. S. A. Adelin Petit*, *Year. Comm. Arb.*, 1979, p. 254. Rechazo del reconocimiento del laudo arbitral en razón de la no-arbitrabilidad de la controversia, y la Sent. de la *Cour de Cassation* de Bélgica de 28 de junio de 1979, *Audi-NSU c. S. A. Adelin Petit*, *Year. Comm. Arb.*, 1980, p. 257, como claro ejemplo de interconexión entre las nociones de orden público y de arbitrabilidad, significativo del rechazo del exequátur de una sentencia arbitral por causa de inarbitrabilidad, con base en el art. V. 2, b) del Convenio de Nueva York.

⁶⁹⁵ *Cf.*, la Sent. de 18 de julio de 1987, *Coveme v. CFI*, *Riv. dr. int. pr. proc.*, 1988, p. 740, *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, p. 534, anteriormente descrita.

en la judicial⁶⁹⁶. Queda claro, pues, que la verdadera trascendencia del arbitraje opera de *lege ferenda* más que en cualquier otro campo del Derecho del comercio internacional. Es la práctica la que tiene la última palabra. El arbitraje evoluciona a pasos agigantados, dejando atrás sus intentos de aprehensión jurídica y legislativa, incluso en los ordenamientos más evolucionados y confiere a los árbitros una gran responsabilidad al ser éstos los que inicialmente llevan la batuta de la práctica arbitral que después se va imponiendo y va siendo refrendada por los distintos sistemas jurisdiccionales en la fase de control.

190. De manera general, la jurisprudencia internacional es consciente de la inutilidad de identificar la inarbitrabilidad con los conceptos relativos a un orden público draconiano. Así, en los Países Bajos, la admisión de la arbitrabilidad de las controversias que versen sobre materias de orden público se encuentra ampliamente aceptada⁶⁹⁷. Al igual que, en otros países, del más variado entorno, donde se ha llegado a admitir la arbitrabilidad de materias de tan alto interés público, que incluso se han llegado a abarcar los ámbitos típicamente reservados al Derecho público, que han alcanzado ámbitos penales o, para ser más exactos, cuasi-penales permitiendo la arbitrabilidad de los “*Punitive damages*” y de los “*Treble damages*”⁶⁹⁸. Se imposibilita a un Estado invocar la imperatividad de su Derecho administrativo interno con el objetivo de incumplir un compromiso internacional⁶⁹⁹. En los distintos sistemas se va

⁶⁹⁶ Cf., J.W. Stempel, “A Better Approach...”, *loc. cit.*, pp. 1392-1393.

⁶⁹⁷ *Vid.*, el caso más reciente de la *Gerechthof, 's-Gravenhage* (Corte de Apelación de la Haya), en la Sent. de 28 de marzo de 1996; *Eco Swiss China Time Ltd.*, (Hong Kong), c. *Benetton international* (Países Bajos), *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, pp. 180-187, y la Sent. del Tribunal Supremo, *Hoge Raad*, de 21 de marzo de 1997, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton international*, *ibidem*, pp. 187-195, respecto al art. 81 CE, Derecho de la competencia comunitario y orden público.

⁶⁹⁸ *Vid.*, *infra.*, Cap. III. I, en relación con los *Punitive damages* y los *Treble damages*. Consideraciones en cuanto a la arbitrabilidad en Derecho Penal o Cuasi-Penal, con la polémica doctrinal que se deriva de su aceptación, *vid.*, recientemente, las consideraciones al respecto sobre las condiciones específicas de la incorporación de una cláusula penal en un laudo arbitral, en el laudo de la Asociación de Arbitraje Italiana, caso 75/97 de 20 de julio de 1998, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 189-195.

⁶⁹⁹ *Vid.*, recientemente la sent. de la Corte de Apelación del Cairo, *Commercial Circuit, No 63*, de 19 de marzo de 1997, *Antiquities Organization (Egipto) c. Silver Night Company (UK)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIII, 1998, pp. 168-174, también en *Rev. arb.*, 1997, núm. 2, pp. 283-289, con nota de Ph. Leboulanger, *ibid.*, pp. 289-296. Arbitrabilidad de los contratos administrativos bajo la ley egipcia. En este sentido, la influencia del contrato administrativo en materia de inversiones no conlleva la anulación de los aspectos básicos del segundo a favor del primero ni lo convierte en inarbitrable. Este sería perfectamente arbitrable en su vertiente internacional. En la obra de J. Paulsson, se llega a la conclusión de que nunca una persona moral de Derecho público puede invocar el Derecho Administrativo interno para repudiar el contrato internacional en caso de contratos de Estado, *vid.*, “May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration?”, *Arb., int'l.*, 1986, p. 90.

extendiendo la arbitrabilidad internacional de las controversias en ámbitos materiales tradicionalmente considerados de orden público gracias a la considerable labor de la jurisprudencia. Así, entre otros, en Japón⁷⁰⁰, Suiza⁷⁰¹, Egipto⁷⁰² y EEUU⁷⁰³, etc.

191. Y, todo ello, gracias a la adecuada interpretación del orden público en el arbitraje internacional que muchas veces ha sido la verdadera causa de que se haya catapultado la arbitrabilidad. En la actualidad, el orden público más que actuar como un rígido control de la arbitrabilidad actúa como garantía. Permite la arbitrabilidad en los ámbitos materiales que protege “a condición” de que sean los propios árbitros los que apliquen ese orden público y, en su caso, las normas materiales imperativas que garantizan el correcto y leal comportamiento de la justicia privada en dichas materias especialmente sensibles o delicadas a determinados valores protectores y directores que no se pueden obviar en el desarrollo internacional de las relaciones privadas

Tesis avalada por las siguiente jurisprudencia. Sent. de la Cour d’appel de París de 5 de abril de 1990, *Sté Courrèges Design, c. Sté André Courrèges*, *Rev. Arb.*, 1992, 110, note H. Synvet, *Rev. crit dr. int. pr.*, 580, note C. Kessedjian. Corte de Apelación del Cairo, *Commercial Circuit, No 63*, de 19 de marzo de 1997, *Antiquities Organization (Egipto) c. Silver Night Company (UK)*, *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, pp. 168-174. También en *Rev. arb.*, 1997, núm. 2, pp. 283-289, con nota de Ph. Leboulanger, *ibid.*, pp. 289-296, que especifica que los contratos administrativos bajo la ley egipcia, son perfectamente arbitrables.

⁷⁰⁰ Tribunal de Primera Instancia de Yokohama, de 3 de mayo de 1980, *Soc. Ameroido (Japón) c. Soc. Drew (EEUU)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. VIII, 1983, p. 394. Sentencia comentada por B. Hanotiau, “L’arbitrabilité...”, *loc. cit.*, p. 965, relativa a la arbitrabilidad de una demanda fundada sobre un comportamiento delictual.

⁷⁰¹ Aquí, en un arbitraje interno, incluso se acepta la arbitrabilidad de una controversia de Derecho Público. *Président de l’Obergericht de Bâle-Campagne*, de 13 de mayo de 1996, *K. M.-Sp. AG c. X. y consorts, RSDIE*, 1998, núm. 4, pp. 605-607, comentada por Ph. Schweizer, *ibid.*, pp. 607-608.

⁷⁰² *Vid., supra.*, tres notas más arriba.

⁷⁰³ Donde, como viene siendo reiterado, existe un orden público federal a favor de la arbitrabilidad *Vid., United States Court of Appeals, Second Circuit*, 2 June 1993, Docket 97-9032, *John S. Roby and others (USA), c. Corporation of Lloyd’s (UK) and others*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 864-880. *Arbitrability of securities claims. United States District Court, Southern District of Florida, Miami Division*, de 3 de marzo de 1996, No. 95-492-CIV-MOORE, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 948- 953. Y, sobre la permisividad de la arbitrabilidad en la “Security Claims”, *vid.*, las sentencias *United States District Court, Eastern District of New York*, 5 March 1993, 91 CV 5156, *Cheshire Place Associates (nationality not indicated), Marine Movements, Inc. (nationality not indicated), Standard Marine Transport Services, Inc. (nationality not indicated), Standard Marine Towing Services, Inc. (nationality not indicated), Standard Marine Services, Inc. (nationality not indicated), c. The West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (Luxemburg), The West of England Ship Owners Mutual Insurance Services Ltd. (UK)*, *Yearbook Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 847-855. Y, la *United States Court of Appeals, Second Circuit*, 2 June 1993, Docket 97-9032, *John S. Roby and others (USA), c. Corporation of Lloyd’s (UK) and others*, *Yearbook Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 864-880. *Arbitrability of Securities Claims.*

transfronterizas⁷⁰⁴. La confianza dada a los árbitros a través del principio de competencia-competencia ha sido la auténtica propulsora de la ampliación de la arbitrabilidad internacional que ha delegado en los árbitros la responsabilidad de velar y aplicar correctamente el orden público. Recientemente el laudo de la CCI núm. 8938/1996, reafirma que el convenio de arbitraje es autónomo pero que “debe validarse por el propio árbitro” en atención con el principio de competencia en relación con la arbitrabilidad de las controversias “a la luz del orden público internacional”⁷⁰⁵.

192. En conclusión, todas las consideraciones expuestas en torno a la inarbitrabilidad originaria de aquellas materias que interesan al orden público no tienen en la actualidad cabida en la práctica del arbitraje privado internacional. Es un criterio que está en desuso en su interpretación amplia y tradicional. No sirve, ni mucho menos, como punto de referencia para determinar la arbitrabilidad internacional de las controversias en su acepción tradicional⁷⁰⁶. Hoy en día, se puede afirmar, con total seguridad que la arbitrabilidad no queda excluida por el único hecho de que una norma de orden público sea aplicable a la relación controvertida. La incompatibilidad con el orden público que puede entrañar la no-arbitrabilidad es aquella que trata sobre el objeto mismo de la relación, cuando las normas de orden público no se apliquen al supuesto controvertido. Sobre todo, teniendo en cuenta la actual corriente que desplaza la intervención del orden público al momento de control de la sentencia, como claro exponente de la relajación de la figura restrictiva que tradicionalmente se había asociado al orden público en la arbitrabilidad de las controversias⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ Se insiste en la existencia de un arbitraje “condicionado” que gracias al orden público ha permitido la arbitrabilidad en muchas materias con la única condición de que dicho orden público se aplique.

⁷⁰⁵ Cf., *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 174-181. Principio de competencia-competencia, arbitrabilidad de las controversias internacionales y principio de autonomía de la cláusula compromisoria a la luz del orden público internacional, esp. p. 175: “*The arbitrator has jurisdiction over his own jurisdiction in so far as the arbitrability of the dispute in the light of international public policy*”.

⁷⁰⁶ De hecho, el criterio de “materias que interesan al orden público”, ha sido considerado, de manera acertada por la doctrina, como un criterio “inútil” para determinar la arbitrabilidad de las controversias, *vid.*, J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.* pp. 28-38. Del mismo modo se ha manifestado, M.C. Kenneth, “Redefining Public Policy...”, *loc. cit.*, p. 275.

⁷⁰⁷ Sobre el desplazamiento del orden público a la fase de control, *vid.*, *infra.*, Cap. V. I.

B) Criterio actual del orden público

193. El segundo piso que cierra el edificio de los criterios que sirven para determinar la arbitrabilidad de la controversia internacional está habitado únicamente por el orden público internacional aunque sería de desear que este fuera auténticamente internacional, como condición suficiente de la arbitrabilidad internacional. En una primera fase, la arbitrabilidad se confunde con los criterios delimitadores de su validez a través de la disponibilidad, de la patrimonialidad y de la atribución imperativa de jurisdicción. Sólo superada esta, se entraría en la delimitación y los límites de la frontera del orden público. Son los dos pisos que configuran los criterios de determinación de la arbitrabilidad internacional, condición necesaria y condición suficiente para que una materia sea considerada arbitrable internacionalmente.

194. La aplicación del orden público internacional/transnacional como condición suficiente de la arbitrabilidad actúa, al contrario de lo que podría pensarse, a favor de la propia arbitrabilidad internacional. Coadyuva al desprendimiento del lastre que en muchos países aun se mantiene respecto al recelo que suscita arbitrar en ámbitos materiales protegidos por el orden público. En la práctica arbitral cuando un tribunal arbitral se enfrenta a una materia que interesa al orden público debe despegarse de las convicciones *legforistas* a las que en un primer momento podría sentirse más vinculado por ser su método de actuación muy parecido al de los jueces estatales dada la tendencia actual a la jurisdiccionalización del arbitraje. El árbitro internacional debe esforzarse por aplicar el orden público transnacional o “verdaderamente internacional”, el cual es el único del que los árbitros son guardianes y al que éstos están obligados, aunque indirectamente lo estén respecto al orden público internacional estatal.

Pongamos el caso del Derecho de la competencia. En aquellos supuestos en que las legislaciones internas excluyan la arbitrabilidad de la controversia en materia de Derecho de la competencia por estar protegidas por el orden público internacional del foro, se admite que si el arbitraje es internacional el árbitro podrá aplicar un Derecho extranjero que no la excluya, siempre y cuando ello no sea contrario a un orden público realmente internacional, en apoyo de la tesis de la condición suficiente de la

arbitrabilidad internacional⁷⁰⁸. O bien, directamente un orden público transnacional que admite con carácter supranacional la arbitrabilidad de las controversias en materias relativas al Derecho de la competencia⁷⁰⁹.

195. Ello no quiere decir que tengamos que subsumir los criterios de la arbitrabilidad en el orden público bajo la égida del criterio globalizador del orden público en el ámbito de la arbitrabilidad. No hay que confundir el orden público como criterio que determina la arbitrabilidad internacional de las controversias, en la fase negocial, con el criterio globalizador del orden público en materias de arbitrabilidad, en la fase post-arbitral, según la aplicación conjunta observada en la práctica de los tribunales estatales en relación con el art. V. 2 b) del CNY en supuestos que deberían ser tratados en atención al apartado V. 2 a)⁷¹⁰. Al haberse trasladado la tarea de concretar el orden público transnacional a los árbitros es inútil pretender establecer aquí un orden público internacional o con validez supranacional en abstracto como condición suficiente de la arbitrabilidad internacional. Se aconseja determinarlo en cada ámbito material concreto. Causa por la que nos remitimos en este apartado a la consideración de la condición suficiente en los ámbitos analizados específicamente relativos al orden público de dirección en el Derecho de la competencia y al orden público de protección en CGC (Cap. III), junto a los apartados subsiguientes en los que el orden público auténticamente internacional volverá a ser tratado desde el punto de vista del Derecho aplicable a la arbitrabilidad.

⁷⁰⁸ Tal y como ha sido señalado en diferentes laudos, como el de la CCI núm. 1397/1966, *Journ. dr. int.*, 1974, núm. 4, pp. 878- 884, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 61-65, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 65-67 y el laudo núm. 2811/1978, *vid.*, *Journ. dr. int.*, 1979, núm. 4, pp. 983-986, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 986-989, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 227-233 y en *Recueil CCI*, 1974-1985, pp. 341-346, donde se confirma la arbitrabilidad (implícita) de materias intervenidas por normas de orden público, general o comunitario.

⁷⁰⁹ Criterio seguido por B. Goldman “L’arbitrabilité, le droit applicable et l’ordre public. La situation in France”, *Institute of International Business Law and Practice*, *op. cit.*, p. 115 y p. 331. Y, *vid.*, *infra*, un mayor abundamiento a éste respecto en las consideraciones específicas al orden público transnacional y los principios de validez material.

⁷¹⁰ *Vid.*, *infra.*, en la fase post-arbitral, el aspecto globalizador del orden público sobre la arbitrabilidad.

III. El orden público en el Derecho aplicable a la arbitrabilidad

196. El problema de la ley aplicable a la arbitrabilidad sólo se plantea si el arbitraje es internacional⁷¹¹. Su determinación es susceptible de dos aproximaciones divergentes según que la cuestión sea presentada ante un órgano judicial estatal o sometida a un árbitro internacional, siendo la actitud del juzgador público y privado esencialmente diferente⁷¹². El juez estatal al juzgar la arbitrabilidad de la controversia lo hace en nombre del orden jurídico público del que él es guardián, por lo que es natural que la mayor parte de las veces se deje llevar por criterios meramente internos en el momento de apreciar el presupuesto material del convenio de arbitraje internacional. De lo contrario, el árbitro no está obligado por las causas de inarbitrabilidad dictadas por el Derecho nacional⁷¹³. Se juega mucho en la decisión de la validez material del convenio arbitral puesto que de ésta depende, entre otros factores, su propia competencia. Debe, pues, esforzarse por respetar la validez de la cláusula compromisoria de donde extrae sus poderes⁷¹⁴. Sin obviar, que más tarde su decisión va a ser reconsiderada, bajo los parámetros de las normas imperativas y el orden público, por el juez del lugar donde se presente un recurso de anulación contra el laudo o por aquel de donde éste vaya a ser reconocido o la jurisdicción que deba ejecutarlo⁷¹⁵.

⁷¹¹ En el plano interno no existe tal problema ya que en éste la cuestión queda subsumida, simplemente, en un único ordenamiento jurídico, *cf.*, L. Idot, "Rapport introductif. L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public des litiges intéressant la concurrence", *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, p. 23. Su delimitación solamente plantea no pocas dificultades cuando el arbitraje es internacional y al árbitro se le plantea la cuestión de determinar la ley aplicable a la arbitrabilidad, *cf.*, A. McClellan, "Arbitrability, Applicable Law and Public Policy. EC Situation", *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, p. 102.

⁷¹² Con una expresión similar, *cf.*, las dos aproximaciones a la arbitrabilidad internacional por parte de árbitro y del juez estatal en D. Hascher, "Case Law and Arbitrability. Rapport introductif", *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, p. 155 y p. 169. Perspectiva dual contemplada en casi la práctica totalidad de la doctrina que trata el tema de la ley aplicable a la arbitrabilidad de la controversia internacional. Entre otros, *cf.*, K.H. Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", *op. cit.*, p. 184.

⁷¹³ *Cf.*, P. Mayer, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", *loc. cit.*, pp. 281-282.

⁷¹⁴ *Cf.*, D. Hascher, "Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory report", *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, p. 155.

⁷¹⁵ *Cf.*, K.P. Berger, *International Economic Arbitration, op. cit.*, p. 189. En la práctica el árbitro por muy libre que teóricamente sea, a la hora de la verdad, tiene que responder no sólo ante las partes sino también respecto a los Derechos nacionales implicados en la controversia, es decir, respecto a las normas consideradas imperativas y de aplicación fundamental en dichos ordenamientos, *vid.*, el laudo interlocutorio de la CCI, núm. 4504/1985,1986, *Journ. dr. int.*, 1986, núm. 4, pp. 1118-1127, con observaciones de S. Jarvin, *ibid.*, pp. 1127-1131. Para un mayor abundamiento, *vid.*, *infra.*, Cap. V.

197. Una cosa es clara, las respuestas a la ley aplicable a la arbitrabilidad deben forjarse, en primer lugar, en atención a la especial consideración del factor internacional, a partir del cual hay que encontrar el equilibrio necesario entre el orden público y los intereses del comercio internacional, como refleja con una claridad casi didáctica la solución alcanzada el 10 de septiembre de 1997 en la Sentencia *Société Chambon c/ Société Thomson CSF*⁷¹⁶. En aquellos casos en que las legislaciones internas, por ejemplo sobre competencia, excluyan la arbitrabilidad de la controversia, se admite que si el arbitraje es internacional, tanto los jueces como los árbitros podrán aplicar un Derecho extranjero que no la excluya, siempre y cuando ello no sea contrario a un orden público realmente internacional, en apoyo de la tesis defendida de la condición suficiente de la arbitrabilidad internacional⁷¹⁷. Ante la incertidumbre sobre la existencia de una norma material transnacional que se encargue del objeto del arbitraje es habitual que su determinación corra a cargo de una ley estatal, lo que comporta el peligro de que tal ley pueda ser restrictiva en materia de arbitrabilidad, no la admita, o limite los poderes del árbitro⁷¹⁸. Lo cual debe ser tenido en cuenta en un arbitraje internacional, para no dejarse llevar por criterios legeforistas que decidan equívocamente sobre el presupuesto material de la controversia internacional⁷¹⁹. No es por ello de extrañar que lo más lógico será que dicho árbitro busque, en la medida de lo posible, la aplicación de la ley o de las leyes que le sean más favorables a la

⁷¹⁶ Vid., la Sent. de la Corte de Apelación de París en el asunto *Chambon*, cf., *Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C)* de 10 de septiembre de 1997, *Société Chambon c/ Société Thomson CSF*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 121-122, con observaciones de D. Bureau, *ibid.*, pp. 122-123.

⁷¹⁷ Tal y como ha sido señalado en diferentes laudos, como el de la CCI núm. 1397/1966, *id.*, *cit.*, y en el laudo núm. 2811/1978, *id. cit.*, donde claramente se aprecia la arbitrabilidad (implícita) de las materias intervenidas por normas de orden público.

⁷¹⁸ Aunque para muchos la incertidumbre de que exista una norma sustantiva en materia de arbitrabilidad no es tal ya que directamente niegan la existencia de la misma como punto de partida, cf., L. Idot, "Rapport introductif. L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public des litiges intéressant la concurrence", *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, p. 23, en la misma monografía, cf., A. McClellan, "Arbitrability, Applicable Law and Public Policy...", *loc. cit.*, p. 102 y D. Hascher, "Case Law and Arbitrability. Rapport Introductive", p. 155.

⁷¹⁹ Vid., la Sent. de 18 de julio de 1987, *Coveme v. CFI*, *Riv. dr. int. pr. proc.*, 1988, p. 740, *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, p. 534, en la que el Tribunal de Primera Instancia de Bolonia declaró inarbitrable una controversia simplemente por versar sobre la normativa imperativa de defensa de la competencia del art. 85 del Tratado de Roma, actual art. 81 CE. En aplicación del art. II. 3 del CNY y del art. 806 del Código de Procedimiento Civil Italiano, una controversia que trata sobre la validez de una cláusula de no-competencia supuestamente contraria al art. 85 TCE, actual art. 81 CE, no es arbitrable. Según el Tribunal italiano únicamente los tribunales estatales pueden decidir sobre aquellas controversias donde la libertad de las partes para transigir esté limitada por disposiciones de orden público y de interés público, cf., B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 923.

permissividad del objeto material sobre la que poder versar un mediato procedimiento arbitral. Búsqueda a la que costosamente se presta un órgano judicial nacional⁷²⁰.

198. La complejidad del tema expuesto en cuanto a la competencia dual del órgano judicial o arbitral encargado de decidir el presupuesto material, unido al hecho de que desde la perspectiva legal la arbitrabilidad puede cambiar dependiendo de si ésta es examinada en el lugar del arbitraje, en el momento de la fase prearbitral, preliminar o negocial o, en un lugar distinto, donde se desarrolle el reconocimiento y la ejecución, en la fase final, revela que la determinación *ratione materiae* es relativa, limitada y condicionada por las normas del foro que en cada momento conozca del problema. Ello nos lleva a afirmar que según el tribunal estatal que decida sobre la cuestión de la arbitrabilidad, una misma controversia podría ser arbitrable en determinados ordenamientos e inarbitrable en otros, alimentando una desigualdad que no conjuga bien con la uniformidad a la que aspira el arbitraje privado internacional⁷²¹. El amplio campo de materias que pueden o no ser arbitrables en los distintos ordenamientos estatales convierte en una empresa prácticamente irrealizable la de establecer un listado de materias arbitrables en el ámbito internacional sin que exista un criterio claro a la hora de delimitar las mismas en cuanto a la incidencia del orden público se refiere observada aquí particularmente⁷²². Como consecuencia de este alto grado de abstracción unido a la amplia heterogeneidad predicable entre las distintas legislaciones comparadas, la dirección proporcionada hacia el objetivo de la solución material es ciertamente desigual⁷²³.

⁷²⁰ Estando en ambas ocasiones por precisar el método particular que resuelva la ley que se ha de aplicar.

⁷²¹ Así, por ejemplo, si una misma controversia de carácter laboral fuese estimada por un tribunal italiano, la *lex fori* aplicada a la arbitrabilidad declararía la controversia inarbitrable, como fue lo ocurrido en la Sent. de la *Corte di Cassazione*, de 27 de abril de 1979, *Riv. dr. int. pr. proc.*, 1979, núm. 3, pp. 565-571, *id. loc.*, 1980, p. 458, y *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1983, p. 229. Sin embargo, la arbitrabilidad estaría asegurada si fuese un tribunal estadounidense el que decidiera sobre el mismo caso, *vid.*, *Unitedpaperworkers Int'l Union v. Misco, Inc.*, de 1 de diciembre de 1987; J.E. Dunsford, "The judicial doctrine of public policy: Misco Reviewed", *Labor L.*, núm. 4, 1988, pp. 669-681, J. Parker, "Judicial Review of Labor arbitration awards: *Misco* and its impact on the public policy exception", *Labor L.*, 1988, núm. 4, pp. 683-714 y *vid.*, *infra.*, Cap. V, IV. 2, B) a).

⁷²² La imposibilidad de establecer un listado de materias arbitrables, válido para todos los sistemas en el contexto internacional no es sino una utopía. Habiendo sido descartado éste como un método del que podamos extraer conclusiones ciertas, *cf.*, R. David, *L'arbitrage dans...*, *op. cit.*, pp. 204-205, y *vid.*, *supra.*, las consideraciones realizadas al respecto en los anteriores apartados.

⁷²³ Ello a pesar de haber sido muchos los autores que ya han expuesto sus consideraciones sobre éste punto, entre los cuales destacan, siguiendo una delimitación geográfica meramente indicativa y sin

Veamos como se lleva a cabo dicha determinación en las distintas sedes, judicial y arbitral, y las conclusiones generales en relación con el orden público y la regulación de la arbitrabilidad de la controversia internacional extraíble de cada una de ellas.

1. DETERMINACIÓN DE LA INARBITRABILIDAD POR EL JUEZ ESTATAL

199. El cauce natural de la cuestión de la arbitrabilidad discurre a favor de que sea el propio árbitro el que determine la ley aplicable a ésta en la fase negocial. No obstante, en teoría, al menos cuantitativamente, el juez estatal tiene más posibilidades de decidir sobre el presupuesto material de la controversia que el árbitro internacional. Puede hacerlo no sólo en la fase negocial sino también en la fase post-arbitral, y en ésta última, en una dualidad de ocasiones. Al decidir sobre el recurso de anulación presentado contra el laudo arbitral internacional o en su impugnación en el procedimiento de reconocimiento y ejecución. Ante este hecho diferencial se han de hacer dos precisiones. En primer lugar, señalar las graves carencias de las que adolece la decisión judicial en lo que respecta al ámbito material, al menos, en la primera etapa del

ánimo de exhaustividad. En la doctrina española, M. Requejo Isidro, "Arbitrabilidad...", *loc. cit.*, pp. 43-87, esp. pp. 71-75; y E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, pp. 183-187, estudiando la arbitrabilidad como presupuesto material del convenio de arbitraje internacional. En la doctrina francesa, B. Goldman, "L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public...", *op. cit.*, pp. 109-117 y pp. 331-341. Así como el estudio de la ley aplicable a la arbitrabilidad en determinadas materias específicas, tales como: la propiedad industrial, Ph. Fouchard, "Les conflicts de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle", *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 63-72. Entre los autores alemanes que han debatido la cuestión de la arbitrabilidad y la ley aplicable a la misma se encuentran K.H. Böckstiegel, "Public policy and arbitrability", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, *op. cit.*, pp. 184-186 y T. Bernd von Hoffmann, "International Mandatory Rules...", *op. cit.*, pp. 16-28. En la doctrina belga, *vid.*, V.B. Hanotiau, "What Law Governs...", *loc. cit.*, pp. 391-403, y la "L'arbitrabilité des litiges en droit belge au regard de la pratique internationale", *Mélanges R.O. Dalcq, Responsabilités et assurances*, Bruselas, Larcier, 1994, pp. 269-280 y, del mismo autor, *The Law Applicable to the Issue of Arbitrability*, *RDAL*, 1998, núm. 7, pp. 755-779. En la italiana, P. Bernardini, "L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public. La situation in Italie", *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, pp. 117-125 y G. Bernini, *Lezioni di diritto dell'arbitrato. (Normativa interna e Convenzioni internazionali)*, Bolonia, Editrice, 1992, pp. 494-501. Entre los autores británicos y norteamericanos destacan S. Jarvin, "Arbitrability, Applicable Law and Public Policy. Comments on U.S. Court Decisions", *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, pp. 145-153; junto a los trabajos en el mismo Dossier de D.W. Rivkin, "Arbitrability, Applicable Law and Public Policy. The U.S. Situation", pp. 125-145 y de A. McClellan, "Arbitrability, Applicable Law and Public Policy. EC Situation", *ibid.*, pp. 99-109, así como la inevitable referencia a J.D.M. Lew, "Determination of Arbitrator's Jurisdiction and the Public Policy Limitations on that Jurisdiction", *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Nueva York, Oceana Publications, 1978, pp. 74-78, y A. Robert, "Arbitrability", *Arb. int.*, 1994, pp. 263-276, entre otros.

procedimiento arbitral, la fase negocial⁷²⁴. En segundo lugar, se pretende subrayar que el órgano judicial competente para decidir sobre la ley aplicable a la arbitrabilidad no trata en realidad con un talante positivo sobre la misma. Al juez no se le suele plantear la arbitrabilidad de la controversia como si de una cuestión de auxilio jurisdiccional se tratara.

En la práctica, la instancia jurisdiccional, ya sea de oficio o a instancia de parte, decide en el sentido negativo del término arbitrable. Más que comprobar la arbitrabilidad de la controversia internacional se dedica a constatar la “in arbitrabilidad” de la misma en atención, la mayor parte de las veces, a su contrariedad con la *lex fori* identificada con el orden público interno, en el peor de los casos, o con el orden público internacional, también del foro, en el mejor de ellos. De ahí, la reconsideración de denominar al título de este epígrafe en el sentido negativo de la arbitrabilidad para subrayar que lo que generalmente comprueba el juez estatal es la inarbitrabilidad alegada por la parte reticente al arbitraje.

El juez, en un primer momento, ante un supuesto de arbitraje internacional debería aplicar las normas, si las hubiere, contenidas en los Convenios internacionales de arbitraje. Se trata de comprobar si la controversia es internacionalmente arbitrable y si el convenio de arbitraje es válido en atención a la validez de su presupuesto material, siempre dentro de los límites impuestos por el orden público internacional⁷²⁵.

A) Panorama normativo

a) *Aplicación de los Convenios internacionales de arbitraje*

200. La cuestión de la arbitrabilidad de las controversias y el orden público en los principales Convenios internacionales de arbitraje nos conduce irremediamente a

⁷²⁴ *Vid. infra.*, el apartado II. B. a) “*El orden público en la excepción de incompetencia arbitral*”.

⁷²⁵ Nuestra jurisprudencia inició, hace más de quince años, dicha práctica en la aplicación de Convenios internacionales sobre arbitraje cuando ha tenido que decidir sobre un arbitraje internacional. Por ejemplo, en el Auto TS (Sala 1ª) de 17 de junio de 1983, *Ludmila C. Shipping Co. Ltd. c. Maderas G. L., S.A.*, RCEA, vol. I, 1984, pp. 187-190; *Year. Comm. Arb.*, vol. XI, 1986, p. 525; *Rev. dr. aff. Int.*,

la aplicación de criterios legeforistas⁷²⁶. El juez que conoce se basa en la *lex fori* para determinar si la materia sobre la que versa la controversia se puede arbitrar o no según su propio ordenamiento interno, sin tener en cuenta, como línea de principio, el factor internacional que coadyuva a la flexibilidad material. Sólo, una vez superada esta tendencia inicial a recurrir al foro se pueden adaptar criterios más flexibles que los internos, de cara a la internacionalidad del supuesto⁷²⁷. Del lado contrario, los árbitros no están obligados a usar los Convenios internacionales sobre arbitraje. Su aplicación no es imperativa sino potestativa para ellos, aunque en la realidad práctica éstos tengan muy en cuenta dichos Instrumentos convencionales en la toma de sus decisiones sustantivas y procesales, como un referente más de la jurisdiccionalización del arbitraje⁷²⁸.

201. Una vez en el cuerpo de los Convenios es necesario advertir que la mayoría de las disposiciones que éstos contienen en materia de arbitrabilidad no se centran en especificar directamente la ley aplicable a la misma. Ello provoca, de un lado, que el juez aplique a la arbitrabilidad la misma ley que ha sido precisada para determinar otros aspectos del cuerpo arbitral en la fase negocial, como de hecho ocurre con gran frecuencia ésta sea la ley rectora del convenio de arbitraje internacional⁷²⁹. De otro lado,

1985, núm. 6, pp. 763-765, que decidió que en modo alguno podía ser enervada la inclusión del art. 954 LEC, en el concepto de orden público, porque contraviene lo dispuesto en los Convenios.

⁷²⁶ El Derecho positivo de los Convenios internacionales sobre arbitraje, nos remiten a criterios legeforistas. Por lo tanto, la arbitrabilidad, se determina en razón de una regla de conflicto que remite a la *lex fori* de un ordenamiento nacional, a modo de dispositivo de defensa de las concepciones jurídicas imperativas y de orden público de aquel país en donde debe desplegar su eficacia el laudo arbitral, *cf.*, J.M. Chillón Medina, y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 657-661.

⁷²⁷ Un llamamiento a la flexibilidad también ha sido secundado por la jurisprudencia francesa desde la sentencia *Hecht* al caso *Dalico*, *vid.*, la Sent. de la *Cour de cassation (2^a Chambre civile)* de 4 de julio de 1972, *Hecht c. Société Buisman's*, *Journ. dr. int.*, 1972, núm. 4, p. 843, con nota de B. Oppetit, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1974, pp. 82 ss, con nota de P. Level, *Rev. arb.*, 1972, núm. 1, p. 76, *Rev. trim. dr. com.*, 1973, p. 499, con nota de Y. Loussouarn. Y, en la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^a Ch., sect. C.)* de 26 de marzo de 1991, *Comité populaire de la Municipalité d'El Mergéb c. Société Dalico contractors*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 456-462, con nota de H. Gaudemet-Tallon, *ibid.*, pp. 462-469.

⁷²⁸ Poniendo como ejemplo el Convenio de Nueva York, E. Artuch Iriberry, citando numerosa doctrina, *cf.*, P. Mayer, "L'application par l'arbitre des Conventions Internationales de Droit Privé", *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, París, Dalloz, 1994, p. 288, y jurisprudencia arbitral, *cf.*, el laudo de la CCI núm. 6281/1989, *Journ. dr. int.*, 1991, núm. 4, p. 1054-1056, con observaciones de D. Hascher, *ibid.*, pp. 1056-1059, y el laudo CCI núm. 5730 de 1988, *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1029-1036, con observaciones *Clunet*, *ibid.*, pp. 1036-1039; justifica con creces la utilización práctica de los Convenios por parte de los árbitros aunque no estén éstos obligados a ello, *cf.*, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, *op. cit.*, p. 157.

⁷²⁹ Solución con la que, no obstante, parece mostrarse conforme gran parte de la doctrina, *cf.*, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 920.

la falta de precisión también induce a que se aborde el presupuesto material de un modo mucho más general sobre la base de criterios como el de comercialidad en consonancia con la patrimonialidad que no acaban de concretarse en su vertiente material internacional⁷³⁰. El artículo primero del Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje, de 24 de septiembre de 1923⁷³¹, se refiere estrictamente a que sólo admitirá la arbitrabilidad de las diferencias que pudieran suscitarse en un contrato internacional si éste trata sobre una materia comercial. Coincidiendo, en este sentido, con el art. I. 1, a) del Convenio de Ginebra de 1961, que considera con carácter exclusivo la arbitrabilidad de las controversias surgidas o que puedan surgir de operaciones de comercio internacional. En el art. 1º *in fine* del Protocolo, se impone la reserva de comercialidad a través de la implantación de un criterio de territorialidad⁷³². A todo Estado contratante se le reserva el derecho a limitar la aplicación del Convenio a los contratos que se consideren comerciales según su propio derecho nacional, sin ofrecer ninguna indicación de cuáles son las materias que responden a la condición de comercialidad en un ámbito internacional⁷³³.

202. El art. 1. segundo párrafo, apartado a), del Convenio de Ginebra relativo a la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 26 de septiembre de 1927⁷³⁴, también reconduce la arbitrabilidad internacional a criterios de consideración interna del foro. Dispone que uno de los requisitos para obtener el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera es que el objeto de la sentencia debe ser susceptible de solución por vía de arbitraje con arreglo a la ley del país donde dicha sentencia arbitral

⁷³⁰ *Vid., supra*, lo señalado anteriormente a éste respecto en los criterios generales de la arbitrabilidad internacional.

⁷³¹ Protocolo ratificado en España por Decreto-ley, el 6 de mayo de 1926, publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 128, el 8 de mayo del mismo año.

⁷³² Otros países que siguen estrictamente el principio de territorialidad entre los que se encuentran la práctica totalidad de los países que han adoptado, sino transcrito literalmente, en sus legislaciones de arbitraje internas, la ley modelo de la UNCITRAL, que como sabemos, también sigue dicho principio. En ésta línea, encontramos que el criterio geográfico de la determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad, al Derecho de fondo y al convenio arbitral, es el más numeroso en cuanto a su aplicación universal. Más de una treintena de países han adoptado ya la Ley Tipo, *cf.*, G. Kaufmann-Kohler, "le lieu de l'arbitrage...", *loc. cit.*, p. 520. Entre los que destacan por bloques geográficos, los países árabes y los latinoamericanos que recientemente han reformado sus legislaciones de arbitraje adaptándose a la Ley Modelo.

⁷³³ Se deja a cada Estado que decida al respecto según su Derecho interno, obviando expresamente una mención específica al factor de la internacionalidad, *cf.*, B. Goldman, "Arbitrage Commercial International: Convention d'arbitrage. Formation. Objet. Arbitrabilité", *loc. cit.*, p. 15.

⁷³⁴ *Gaceta de Madrid*, de 15 de enero de 1930.

sea invocada. De manera muy similar a lo que posteriormente el Convenio de arbitraje internacional *erga omnes* habría de dictar, sobre la base de un criterio geográfico que guían la arbitrabilidad hacia la no-contrariedad del supuesto controvertido con el orden público del país de ejecución de la sentencia arbitral internacional.

Como no podría ser de otra manera, el referido instrumento *erga omnes* es el Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, suscrito en Nueva York, el 10 de junio de 1958⁷³⁵, donde existen dos disposiciones que se refieren a la arbitrabilidad de la controversia. El artículo II. apartados 1 y 3, deduce que el asunto debe poder ser resuelto por vía de arbitraje en atención al criterio que siga el órgano que decide la arbitrabilidad de la controversia en la fase negocial, pero sin especificar la ley a la que éste se debe referir. De otro lado, el art. V. 2 a) y b) dispone que la no-arbitrabilidad de la materia será relevante en el lugar de reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral extranjera “si la autoridad competente del país en el que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) si el reconocimiento o la ejecución de la sentencia fuesen contrarios al orden público de ese país”. En definitiva, mientras que en el art. II. hay una ausencia de referencia expresa a la ley determinante de la arbitrabilidad de la controversia en la fase negocial, en el art. V. 2 del mismo instrumento convencional se impone la ley del país en el que se demande el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral.

203. De la dualidad de disposiciones neoyorquinas se deriva un problema de coherencia interna que ha dado lugar a diversas interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales sobre cuál es la ley que prevalece en la determinación de la arbitrabilidad internacional⁷³⁶. Una de ellas, de carácter marcadamente jurisprudencial, argumenta que la arbitrabilidad de la controversia debe ser cimentada sobre la base de diferentes criterios según que la cuestión se plantee *a priori*, en torno a la validez de la cláusula

⁷³⁵ BOE, núms. 162 y 164, de 9 y 11 de julio de 1977.

⁷³⁶ Cf., el planteamiento de la polémica que únicamente se plantea al juez estatal cuando éste decide sobre la arbitrabilidad al cuestionar la valoración de la misma según dos leyes distintas, arts. II. 3 y art. V. 2 a) del Convenio de Nueva York, o según una única ley del foro, en M. Requejo Isidro, "Arbitrabilidad de la controversia...", *loc. cit.*, p. 64.

compromisoria, o *a posteriori*, en la fase de reconocimiento y ejecución⁷³⁷. Criterio que debe ser rechazado porque introduce una mayor dispersión que la existente al respecto y no aporta una solución específica a la determinación de la arbitrabilidad. A pesar de que todos los Convenios internacionales buscan *ex professo* cierta uniformidad finalista, en el Convenio de Nueva York es particularmente complejo encontrar en este punto una coherencia interna.

A la dificultad legislativa de base se suma que en la práctica no es habitual que el juez que decide la arbitrabilidad de una controversia internacional según el art. II, sea el mismo que probablemente resuelva sobre la misma en la ejecución⁷³⁸. El hecho de que ambas disposiciones normativas no ofrezcan una unidad positiva se debe a la desconexión entre los trabajos preparatorios del Convenio y el resultado final. La interpretación posterior que surgió para justificar el fallo anteriormente no previsto argumentó que no era necesario incluir también en el art. II, lo previsto en el art. V. 2, la determinación de la arbitrabilidad según la *lex fori* del lugar del exequátur como criterio determinante en la apreciación de la arbitrabilidad de la controversia internacional⁷³⁹. En suma, la pugna interpretativa se resuelve con otra nueva interpretación de la misma. En el sentido de entender la primacía de la orientación material que propugna el entendimiento de la *lex fori* del país del exequátur, art. V. 2. En todo caso, lo fundamental es que la perspectiva convencional nos anima a descartar cualquier posibilidad de recurrir al método conflictual con el objetivo de abordar el tema de la normativa aplicable al presupuesto material de la controversia internacional⁷⁴⁰.

⁷³⁷ Decisión acorde con la anterior jurisprudencia al respecto que incide en la necesidad de hacer una distinción entre la arbitrabilidad de la controversia como requisito previo a la validez del convenio de arbitraje, por una parte, y en el estadio del reconocimiento y ejecución, por la otra. *Vid.*, la Sentencia de la *Cour d'Appel* de Bruselas, de 4 de octubre de 1985, *Year. Comm. Arb.*, vol. XIV, 1989, p. 618, que subraya dicha distinción.

⁷³⁸ *Cf.*, B. Hanotiau, "The Law Applicable...", *loc. cit.*, pp. 771-772, quién tampoco considera demasiado acertado el criterio interpretativo establecido por la Corte Suprema italiana en la Sent. de 27 de abril de 1979 que identifica, en el sentido arriba indicado, que tanto el art. II, como el art. V del Convenio de Nueva York se refieran a la misma *lex fori*.

⁷³⁹ La desconexión entre la labor preparatoria del Convenio como causa de incoherencias internas ha sido subrayado por A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Netherlands-Antwerp-Boston-London-Frankfurt, T.M.C. Asser Institute, The Hague, 1981, pp. 360-361.

⁷⁴⁰ Un rechazo radical a la perspectiva conflictualista para determinar la ley aplicable al ámbito material del convenio de arbitraje internacional, aunque si bien su utilización se suele referir conjuntamente al convenio de arbitraje internacional, se encuentra en P. Schlosser, *Das Recht Der Internationalen Privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, vol. I, Tubinga, Max Planck Instituut, 1985, p. 189.

204. Una interpretación más audaz, basada en la aplicación de una norma de Derecho material, sostiene que la arbitrabilidad como condición de validez del convenio de arbitraje internacional, debe ser determinada según la ley que rige el convenio arbitral que, en caso de no haber sido fijada directamente no debe ser otra que la del principio de validez del convenio arbitral internacional de creación jurisprudencial, francesa, y que por lo tanto, carece del rigor normativo extensible al resto de la práctica internacional contemporánea⁷⁴¹. Así, se determinaría que la controversia fuese arbitrable y el convenio internacional válido en todo caso, con la única reserva del orden público internacional⁷⁴². Esta solución, claramente favorable a la validez material de todo objeto controvertido de carácter internacional con el único límite del orden público internacional, cuenta con números adeptos por parte de la doctrina internacional, los cuales propugnan, basándose en el criterio de validez material que parte de la validez del convenio de arbitraje internacional, consignan a favor de la “presunción de la arbitrabilidad”⁷⁴³ o del “*favor arbitrandum*”⁷⁴⁴, como baluartes del claro avance material del que somos testigos en el ámbito internacional⁷⁴⁵. Dichas premisas conjugan

Sobre la inadecuación de la aplicación del método conflictual utilizado equívocamente en la Sent. de la *Cour de Cassation* francesa de 14 de abril de 1964, “Asunto San Carlo”, *journal. dr., int.*, 1965, núm. 4, con nota de B. Goldman, *cf.*, B. Hanotiau, *The Law Applicable...*, *loc. cit.*, p. 757.

⁷⁴¹ Recientemente, siguiendo esta aproximación, *cf.*, la sent., antes comentada, da de la *Cour d'appel de París (1° Ch. C)* de 10 de septiembre de 1997, *Société Chambon c/ Société Thomson CSF*, *id. loc.* Los pasos a seguir se adecuan perfectamente a las respuestas clásicas. La solución de la controversia depende, en primer lugar, del carácter interno o internacional del arbitraje en causa. Si se afirma el carácter internacional del arbitraje, tal y como aquí ha ocurrido, la autonomía de la cláusula compromisoria confiere su validez internacional como principio de validez material a la arbitrabilidad.

⁷⁴² *Cf.*, B. Hanotiau, “L'arbitrabilité...”, *loc. cit.*, pp. 899-966, esp. pp. 925-926. Para Hanotiau, cualquiera que sea la aproximación adoptada en cuanto a la determinación del Derecho aplicable, los tribunales estatales deben decantarse por dos principios dominantes en este sentido. El principio del *favor arbitrandum*, en primer lugar, es el que debe guiar al juez en caso de duda ante la arbitrabilidad de la controversia, ya sea en el exámen del convenio arbitral o ante una excepción de incompetencia. El segundo, que una prohibición de orden público interno relativa a la inarbitrabilidad de las controversias no debe extenderse a los arbitrajes internacionales, *cf.*, *ibid.*, p. 927.

⁷⁴³ *Cf.*, M.F. Hoellering, “Arbitrability of Disputes”, *loc. cit.*, pp. 125-144.

⁷⁴⁴ *Cf.*, B. Hanotiau, “L'arbitrabilité...”, *loc. cit.*, pp. 899-966. Según Hanotiau, ésta posición, tiene la ventaja de alinear la actitud del árbitro y del juez para evitar toda discordancia en el tratamiento de la cuestión.

⁷⁴⁵ *Cf.*, en éste sentido, la sent. de la *Cour d'appel de París (1° Ch. C)* de 8 de octubre de 1998, *Sam c/ Perrin*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 350-354, con nota de P. Ancel y O. Gout, pp. 354-367, entre las sentencias más recientes que validan sin discusión la arbitrabilidad internacional de las controversias a partir del principio de validez de la cláusula compromisoria internacional.

a la perfección con la creación de normas internacionales de Derecho sustantivo desvinculadas de cualquier referencia a una ley nacional⁷⁴⁶.

205. El reverso de la moneda, se encuentra aquí representado de la cara de la cautela. El dar paso a una arbitrabilidad “ilimitada” por el mero hecho de tratarse de una controversia internacional va mucho más allá de los criterios de flexibilidad que, estamos de acuerdo, deben guiar la práctica internacional⁷⁴⁷. No es aconsejable, ni siquiera para el arbitraje, una arbitrabilidad desbocada o fuera de control, causante de un ansia deslocalizadora en la fase negocial que a modo de artificio cree una falsa ilusión de que todo se puede arbitrar cuando no hay nada más alejado de la realidad práctica internacional. Siempre existe el peligro, a la vez que la garantía potencial, de toparse con un freno inesperado e irremediable en la fase final, representado por el orden público internacional y por la inarbitrabilidad como aspecto individualizado materialmente del carácter globalizador del primero, arts. V. 2 a) y b) del Convenio de Nueva York. Sujeción dispositiva que en definitiva garantiza que la arbitrabilidad no se encuentre tan “fuera de control” como los criterios que tan generosamente amplían la misma parecen indicar⁷⁴⁸. El sentido de éstas corrientes doctrinales, más previsoras, deja leer entre líneas el verdadero mensaje constitutivo de otra de las interpretaciones del instrumento convencional, a través de la cual se entiende que en todo caso la ley que debe primar en la consideración de la arbitrabilidad es la ley del exequátur. Sin que quepan excusas de que el lugar donde éste va a producirse no es conocido en el

⁷⁴⁶ Cf., la sent. de la Corte Suprema de los EEUU, de 29 de marzo de 1991, 760 *F. Supp.*, 1991, 1036, *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, p. 686, citada por B. Hanotiau, “The Law Applicable...”, *loc. cit.*, pp. 774-775, como supuesto ejemplificativo que reclama la existencia de normas internacionales o incluso transnacionales de orden público internacional a favor de la arbitrabilidad internacional.

⁷⁴⁷ Uno de los más claros exponentes de la crítica a la arbitrabilidad ilimitada a partir de los criterios de validez material del convenio de arbitraje internacional lo encontramos en Th.E. Carbonneau, “L’arbitrage en droit américain”, *loc. cit.*, pp. 3-51.

⁷⁴⁸ Es la arbitrabilidad “*out of control*” expuesta por R.J. Sever, “The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy...”, *loc. cit.*, pp. 1661-1697.

momento de decidir sobre la arbitrabilidad⁷⁴⁹, ni tampoco sirvan los pretextos relativo a la dificultad de prever el lugar o lugares en el que el exequátur se va a desarrollar⁷⁵⁰.

206. En el artículo VI. 2, del Convenio Europeo de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional, firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961⁷⁵¹, se da una lista de una serie de conexiones subsidiarias que debería aplicar el juez para determinar la validez del convenio de arbitraje internacional, pero no la ley aplicable a la arbitrabilidad como erróneamente indica gran parte de la doctrina⁷⁵². No nos hemos referido directamente a la ley aplicable a la arbitrabilidad porque aquí es de destacar la identificación absoluta que en éste Instrumento Convencional se hace entre la ley que rige el convenio arbitral en su conjunto y la ley aplicable a su presupuesto material, corregida, ésta última, de manera eventual por el principio de validez del convenio de arbitraje internacional⁷⁵³. En éste sentido, la regla de la inarbitrabilidad del foro no podrá prevalecer sobre la ley que rige el convenio de arbitraje nada más que en la medida en la cual ésta ha sido realmente considerada como no solamente aplicable al caso controvertido sino como orden público internacional de creación jurisprudencial⁷⁵⁴.

⁷⁴⁹ No es competencia de un tribunal arbitral la cuestión de saber el lugar donde la sentencia dictada recibirá sanción legal, *cf.*, Y. Derains, "Application of European Law by Arbitrators –Analysis of Case Law", *L'arbitrage et le droit européen*, Actas del coloquio de la CEPANI de 25 de abril de 1997, Bruselas, Bruylant, 1997, p. 70, reiterando lo expuesto en el comentario al laudo de la CCI núm. 2476/1977, anteriormente comentado.

⁷⁵⁰ *Vid. supra*, la polémica planteada al respecto en las observaciones al laudo de la CCI, núm. 2476/1977, entre Y. Derains y Ph. Fouchard. En el mismo sentido de señalar las dificultades de prever el país de ejecución de la sentencia ante la eventualidad de la pluralidad de países donde pueda ser solicitado el exequátur de la misma, convirtiéndolo, en algunos casos, dicha tarea en irrealizable, *cf.*, J.A. Pérez Bevia, "Algunas consideraciones sobre el árbitro...", *loc. cit.*, p. 84.

⁷⁵¹ *BOE*, núm. 238, de 4 de octubre de 1975.

⁷⁵² Mientras E. Artuch Iriberry, a nuestro juicio, acertadamente sostiene que ni siquiera existe ley aplicable al convenio arbitral en su conjunto y que el art. VI CG es una lista de conexiones en cascada, dirigidas al juez para que aplique la ley rectora a la validez del acuerdo de arbitraje internacional, *cf.*, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 192, la mayoría de los autores consideran al artículo VI como el directamente aplicable para determinar la ley rectora de la arbitrabilidad. Ello puede tener varias lecturas pero la más probable se deba precisamente a una identificación entre la ley aplicable al convenio de arbitraje y la arbitrabilidad, *cf.*, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 910-911; *id.*, "The Law Applicable to the Issue of Arbitrability", *loc. cit.*, p. 764.

⁷⁵³ Siguiendo la segunda de las interpretaciones observadas anteriormente por el Convenio de Nueva York, B. Goldman, señala que a través de la identificación que se desprende en el Convenio de Ginebra entre la ley aplicable a la arbitrabilidad y la ley que rige el convenio de arbitraje internacional en su conjunto, los principios generales del Derecho actúan como correctivos a la arbitrabilidad, *cf.*, "Arbitrage Commercial International: Convention...", *loc. cit.*, p. 16.

⁷⁵⁴ Transcribimos en este punto literalmente las razones expuestas por Hanotiau según las cuales la aplicación del art. VI. 2) c) del Convenio de Ginebra no debería conducir a estimar la inarbitrabilidad en contra de la ley del convenio de arbitraje internacional, *cf.*, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 920.

207. De otra parte, siguiendo puntualmente, ahora, las explicaciones de B. Hanotiau en este aspecto concreto, si el Estado del foro que decide sobre la ley aplicable a la arbitrabilidad es igualmente parte en otro convenio bilateral o multilateral, cuya aplicación conduciría a declarar la controversia arbitrable, el juez estatal debería estar llamado a hacer prevalecer ésta solución sobre otras del Convenio de Ginebra, en atención al *favor arbitrii*⁷⁵⁵, en atención estricta a la arbitrabilidad⁷⁵⁶. Comparación que se hace fundamentalmente en relación con los postulados anteriormente señalados de las interpretaciones que sobre el orden público en la arbitrabilidad se desprenden del Convenio neoyorquino. Dado que todos los Estados que han ratificado el Convenio de Ginebra han ratificado también el de Nueva York, es precisamente a fuerza de constatar que la propiedad teleológica de éste último es mucho más operativa en la práctica a la hora de conseguir el *favor executionis*⁷⁵⁷. Acorde a la regla de la eficacia máxima, contenida en su art. VII. 1, éste suele resultar de aplicación preferente sobre otros Convenios bilaterales y multilaterales que como en el caso aquí referido a la determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad internacional y su cuidado especial en atención al orden público internacional son susceptibles de resultar aplicados⁷⁵⁸.

208. En todo caso, es conveniente no identificar ambos instrumentos convencionales en cuanto a que su finalidad y sus funciones evidentemente responden a objetivos muy diferentes. El Convenio de Ginebra, en lo que ahora nos concierne, responde a un papel importante de colaboración judicial en la puesta en marcha del procedimiento arbitral. La arbitrabilidad volverá a ser tratada en la fase final donde resultará lógico la despreocupación del Convenio ginebrino respecto a este aspecto en particular. En concreto, en la fase de control motivada por el recurso de anulación de alguna manera el laudo pasa de largo por ese Estado o por el ordenamiento jurídico

⁷⁵⁵ En otro orden de ideas, no tanto referida a la ley aplicable a la arbitrabilidad pero sí en relación al *favor arbitrii* y al *favor executionis* perseguidos desde el punto de vista convencional, *cf.*, las observaciones realizadas al Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1998. *Ets Sebtegrains c. Armengol Hermanos, SA*, *A.E.DIPr*, pp. 708-710.

⁷⁵⁶ *Cf.*, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 920.

⁷⁵⁷ *Vid.* M^a.V. Cuartero Rubio, "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: La vía de los Convenios Bilaterales", *RCEA*, 1996, vol. XII, pp. 29-52, esp. p. 31

⁷⁵⁸ Para un estudio claro y genérico de los problemas de delimitación de Convenios, *vid. per omissis*, J.C. Fernández Rozas, "Nota al auto del TS (Sala de lo Civil) de 22 de enero de 1992", *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 229-223.

potencialmente encargado de comprobar la arbitrabilidad de la controversia internacional respecto a su orden público. El único contacto que tiene es, pues, competencial. Pero, la misión del CNY es si cabe aquí más importante. Su función es que los Estados acojan en su ordenamiento la sentencia arbitral internacional. Hasta el punto de que la ejecuten forzosamente. Aquí, el laudo o el convenio de arbitraje internacional referidos al orden público y a su presupuesto material, no son simplemente controlados, sino que por la finalidad misma del exequátur son sancionados de validez y corrección. Se trata de dar “carta de naturaleza” a un laudo arbitral internacional en un ordenamiento estatal, lo que implica un análisis total y exhaustivo de adecuación al ordenamiento de acogida o recepción. De ahí, las continuas referencias a la necesaria correspondencia de la arbitrabilidad de la controversia internacional con el orden público internacional del lugar del exequátur.

209. En el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965⁷⁵⁹, en el artículo 25, párrafo 1⁷⁶⁰, el Convenio dispone que el Centro será competente para las controversias de naturaleza jurídica relativas a inversiones, definiéndose en el párrafo segundo de su artículo primero el ámbito subjetivo que determina el concepto de inversión⁷⁶¹. Resulta curioso que no se mencione aquí en ninguna disposición al orden público ni siquiera como posible causa de rechazo al reconocimiento y ejecución del laudo dictado en el seno del CIADI, arts. 53, 54 y 55⁷⁶². Este punto merecería una reflexión más profunda que la que meramente se puede indicar en este apartado dedicado al análisis convencional de la arbitrabilidad. Sólo manifestar nuestra preocupación ante éste hecho en contra del carácter laudatorio del mismo que parece haber sido otorgado por parte de la doctrina que señala la probabilidad de que el orden público no haya sido incluido en éste instrumento

⁷⁵⁹ *BOE*, núm. 219, de 13 de septiembre de 1994.

⁷⁶⁰ *Vid.*, un estudio al respecto de E. Artuch Iriberry, “La jurisdicción del CIADI de acuerdo al art. 25 del Convenio de Washington”, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 287-295.

⁷⁶¹ A vueltas con la definición de inversión en el Convenio *vid.*, el laudo del CIADI de 9 de mayo de 1998 en el caso núm. ARB/96/3, *Fedax N.V. (Neth Antilles) v. Republic of Venezuela*, *Year. Comm. Arb.*, vol., XXIV, 1999, pp. 23-43.

⁷⁶² *Vid.*, *supra.*, las consideraciones realizadas sobre este aspecto en concreto en el Cap. I. IV.

convencional porque los riesgos que comporta ésta excepción pesan más que las ventajas de su no-inclusión⁷⁶³.

210. Desde nuestra perspectiva, el debate no debe entenderse en el sentido de las ventajas o desventajas que el orden público aporta al arbitraje internacional. La pregunta debería recaer en quiénes son los sujetos realmente beneficiados por la supresión del orden público en éste instrumento convencional. No es lo mismo entender que el beneficio repercute directamente en la institución arbitral internacional, en general, que descubrir que en el fondo, realmente las ventajas benefician a los inversores que resuelven sus controversias a través de éste Convenios, siempre y cuando ello fuera a costa del orden público. Esta afirmación resultaría demasiado peligrosa de cara a la justificación del aumento de poder de los grandes inversores privados internacionales que podrían encontrar a través del Convenio de Washington un mecanismo arbitral para resolver sus controversias por encima de las normas materiales internacionalmente imperativas y del orden público internacional de los Estados⁷⁶⁴.

El papel del orden público no se entiende en función de las ventajas o desventajas que proporciona al comercio internacional, ni se mide en relación con las pérdidas o beneficios que aporta a los protagonistas del método privado de resolución de controversias en el contexto internacional sino, en su sentido original, de constituir un límite y una garantía de la Institución arbitral. Por lo tanto, aunque por el momento no se haya planteado ninguna problemática al respecto, creemos que el orden público, al menos, sí debería contemplarse en el referido Convenio⁷⁶⁵.

⁷⁶³ Cf., J. García de Enterría, "The Role of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 440: "*Public policy has already been omitted as a basis to deny enforcement in some international conventions, such as the Convention on the Settlement of Investment Disputes, probably because the risks connected with the exception clearly outweigh its possible advantages*".

⁷⁶⁴ *Vid., supra.*, las consideraciones vertidas en los peligros de la globalización y la especial observación que, a nuestro juicio, requiere los mecanismos propios de control y la ausencia del orden público como límite en el Convenio de Washington.

⁷⁶⁵ He aquí, otra de las causas de que el título de nuestro trabajo no se corresponda con el del "arbitraje comercial internacional", sino con el del "arbitraje privado internacional", en el sentido de que

b) *Principio de eficacia en los Reglamentos internacionales de arbitraje*

211. A continuación, dentro de la lógica esencial que acompaña la razón de ser del arbitraje administrado o institucionalizado, es natural deducir que la arbitrabilidad de las controversias internacionales escapa del ámbito procedimental de actuación de los Reglamentos de los Centros internacionales de arbitraje que operan en un contexto internacional. De ahí, que ni el entendimiento de la arbitrabilidad de la controversia internacional ni la ley aplicable a la misma se encuentre contenida en disposición normativa alguna de dichos Reglamentos⁷⁶⁶. Sin embargo, indirectamente se advierte que éstos se decantan por aplicar a la arbitrabilidad la ley del exequátur, siguiendo, pues, el criterio impuesto en el Convenio de Nueva York. En el art. 35 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional se insta a que el laudo sea susceptible de sanción legal lo que comporta, entre otros factores, la no-contrariedad de la arbitrabilidad con el país donde el laudo se pretende reconocer y ejecutar.

212. Los árbitros internacionales están supeditados a dos imperativos: la flexibilidad y la eficacia. La regla general que corola el Reglamento de la CCI, vigente a partir del 1 de enero de 1998, subraya el segundo de los imperativos en su artículo 35 (antiguo artículo 26) de la siguiente manera: *“En todos los casos no previstos expresamente en el Reglamento, la Corte y el Tribunal Arbitral procederán según el espíritu de sus disposiciones y esforzándose siempre para que el laudo sea susceptible de ejecución legal”*. La flexibilidad es aplicada por los árbitros, por ejemplo, en el principio de la interpretación estricta de la cláusula compromisoria, al admitirla únicamente si la voluntad de las partes de someterse a arbitraje es inequívoca, lo cual nos lleva de nuevo al imperativo de la eficacia, ya que si el laudo no declina su competencia en un primer momento basándose en la interpretación estricta de la

éste constituya un mecanismo de protección y defensa no sólo económica, sino también de las partes débiles de la contratación internacional que se puedan ver afectadas por el arbitraje.

⁷⁶⁶ Por supuesto, en el caso de que en una controversia internacional sometida a un Reglamento internacional de arbitraje una de las partes invoque la invalidez del convenio por el motivo de que la controversia no es arbitrable, el tribunal arbitral deberá pronunciarse sobre esta pretensión. La duda surge en relación a qué norma deberá aplicar para estimar la arbitrabilidad si el Reglamento no hace referencia al objeto material del arbitraje. Algunos autores como B. Goldman estiman que en estos casos los árbitros deberían aplicar de hecho, los principios y las reglas a las cuales recurren los tribunales arbitrales internacionales para resolver al respecto, pero no dice cuales son esos principios, *cf.*, "Arbitrage Commercial International: Convention...", *loc. cit.*, p. 17.

cláusula compromisoria, seguramente el laudo dictado sea anulado en la fase post-arbitral⁷⁶⁷. Al mismo tiempo que entró en vigor el actual Reglamento de la CCI lo hicieron también muchos otros con una filosofía si no idéntica sí muy similar. Entre ellos, el art. 32. 2, del Reglamento de la London Court of International Arbitration (LCIA)⁷⁶⁸, que con una redacción exactamente igual al art. 35, citado con anterioridad y al art. 34. 3 del Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Singapur, en vigor desde el 22 de octubre de 1997⁷⁶⁹, permiten deducir la determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad teniendo muy en cuenta que el laudo final reciba aprobación legal.

Norma general que no se contiene de manera específica en las Reglas de Mediación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA), en vigor desde el 15 de marzo de 1996⁷⁷⁰, pero que se desprende de su espíritu general, así como del resto de los Reglamentos de arbitraje contemporáneos, tales como el de la Netherlands Arbitration Institute (NAI), en vigor desde el 1 de enero de 1998⁷⁷¹, el Reglamento de la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón (JCAA), en vigor a partir del 1 de octubre de 1997⁷⁷² y el Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje Alemán, en vigor a partir del 1 de enero de 1998, que sorprende, una vez más, en cuanto a la coincidencia con la fecha de entrada en vigor con los Reglamentos previamente citados⁷⁷³. Diversidad de Reglamentos que convergen en

⁷⁶⁷ Prueba de la correcta actitud de los árbitros en aras de la interpretación estricta de la cláusula compromisoria, ante la equívoca voluntad de las partes en la misma, *vid.*, el laudo de la CCI núm. 2138/1974, *Journ. dr. int.*, 1975, núm. 4, pp. 934-938. También en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 122-123, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 123-127, y el Laudo 2321/1974, *Journ. dr. int.*, 1975, núm. 4, pp. 938-942. También en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 127-130, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 130-134, y en *Year. Comm. Arb.*, vol. I, 1976, pp. 133-135.

⁷⁶⁸ *Vid.*, “The new 1998 LCIA Rules”, en *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIII, 1998, pp. 366-393, esp. p. 388, y los comentarios a la misma de V.V. Veeder, *ibid.*, pp. 366-369. E-mail: lcia@lcia-arbitration.com.

⁷⁶⁹ Art. 34. 3: “(...) shall act in the spirit of these Rules and shall make every reasonable effort to ensure that the award is legally enforceable”, *cf.*, El Reglamento en *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIII, 1998, pp. 424-440, esp. p. 440. E-mail: sinarb@singnet.com.sg.

⁷⁷⁰ Reglamento realizado de acuerdo a los objetivos del art. 2022 en el marco del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN/NAFTA), aunque en la introducción se desprende que únicamente contempla los “conflictos comerciales privados que surgirán inevitablemente”.

⁷⁷¹ *Cf.*, El Reglamento en *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIII, 1998, pp. 395-422, esp. p. 422, art. 65.

⁷⁷² *Cf.*, El Reglamento en *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIII, 1998, pp. 338-362, e-mail: jcaa@ta2.so-net.or.jp.

⁷⁷³ *Cf.*, El Reglamento en *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIII, 1998, pp. 288-306, e-mail: dis@dis-arb.de, página web: <http://www.dis-arb.de>. Sin dejar de mencionar otros Reglamentos de Centros institucionales de arbitraje interno e internacional como el del Centro de arbitraje belga para el estudio y

lo esencial como consecuencia de la inspiración común de todos ellos de las directrices básicas de la Ley Modelo de la UNCITRAL⁷⁷⁴.

El art. 1. 1, de la Ley Tipo de la UNCITRAL, expresa que la Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, por lo tanto, se sobrentiende que las materias arbitrables son aquellas que entren dentro del criterio de comercialidad. No obstante, en relación con el art. 7. 1, que define el acuerdo de arbitraje, se nos dice que podrán ser sometidas a arbitraje las controversias que surjan al respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, con lo cual se deja la puerta abierta a una interpretación generosa del arbitraje privado internacional y no únicamente comercial, como es la adoptada en el presente trabajo⁷⁷⁵. En el art. 34. 2, b), i), donde se contempla el recurso de anulación como el único posible contra la sentencia arbitral, el laudo internacional va a poder ser anulado si el Tribunal comprueba que según la ley del Estado donde se solicita la nulidad, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, y en el art. 34. 2, b), ii) que el laudo es contrario al orden público de ese Estado⁷⁷⁶. Por lo tanto de la Ley Tipo se deduce la aplicación a la arbitrabilidad de la ley de la sede y de la ley del reconocimiento previsible, en la fase negocial, o actual, en la fase post-arbitral, del laudo internacional.

213. Una vez contemplado el aspecto positivo de la arbitrabilidad de la controversia internacional, constatado el criterio eminentemente legeforista que del panorama normativo se deriva y la cercanía de la regulación convencional de la arbitrabilidad con el criterio de orden público, se trata ahora de comprobar cuál es la

la práctica del arbitraje interno e internacional (CEPANI), cuyas normas son aplicables desde el 1 de enero de 1997. Cf., El Reglamento en *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIII, 1998, pp. 271-280, e-mail: cepani@vbo.feb.be. Y, el del Centro Regional de Arbitraje Comercial Internacional del Cairo, cf., El Reglamento en *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIII, 1998, pp. 241-270, e-mail: crcica@idsc1.gov.eg.

⁷⁷⁴ Ley Tipo, que también ha servido para inspirar la mayoría de las nuevas legislaciones en materia de arbitraje, tales como las latinoamericanas y las africanas antedichas al igual que la última reforma de la Ley alemana también citada, *vid. supra*.

⁷⁷⁵ En éste mismo sentido, B. Goldman, estima que el término comercial debe ser interpretado con un criterio amplio, con el objetivo de abarcar todas aquellas cuestiones que tengan relación con el carácter comercial, contractual o no contractual de una determinada materia, cf., "Arbitrage Commercial International: Convention...", *loc. cit.*, pp. 16-17; *vid., supra.*, en la introducción.

⁷⁷⁶ Así, en este caso, según Goldman, el juez debería tener en cuenta tanto el conjunto de normas y principios que forman la ley del país en cuestión, en cuanto a la arbitrabilidad de la controversia internacional, y también debería observar los principios generales del arbitraje internacional que

actitud que en la práctica toma en relación con el mismo el órgano judicial ante una controversia internacional, y si realmente sólo se aplican criterios territorialistas en atención exclusiva a la normativa imperativa y al orden público del lugar que pueda resultar afectado, sea éste aquel donde el arbitraje se lleva a cabo o donde probablemente deba ser reconocido o ejecutado el laudo⁷⁷⁷.

B) El orden público en la excepción de incompetencia arbitral

214. Ante la inexistencia de un cauce procesal idóneo para plantear la cuestión de la arbitrabilidad *per se*, la determinación del presupuesto material del convenio de arbitraje internacional se puede abordar desde diversos frentes. Dejando por el momento de lado la posibilidad a la que generalmente recurre la parte condenada por la sentencia arbitral ya dictada consistente básicamente en impugnar la inarbitrabilidad de la controversia internacional ante el órgano judicial encargado del recurso de anulación o del procedimiento de homologación en la fase post-arbitral⁷⁷⁸, nos referiremos aquí exclusivamente a la impugnación de la arbitrabilidad de la controversia internacional por la parte reticente al arbitraje planteada ante el árbitro internacional o ante los jueces estatales, en la fase negocial. Nos encontramos, pues, con una dualidad de opciones. En el primer caso, al comenzar el arbitraje se puede plantear la excepción de incompetencia por inarbitrabilidad de la controversia ante los propios árbitros o tribunal arbitral que se encargará de resolverla. En el segundo supuesto, también cabe la posibilidad de que existiendo un convenio arbitral se plantee una demanda judicial por inarbitrabilidad de la controversia ante un juez o tribunal judicial y que la otra parte se defienda interponiendo en la contestación una excepción de incompetencia arbitral⁷⁷⁹. En este

corregirían el derecho estatal aplicable en el país del exequátur, *cf.*, B. Goldman, "Arbitrage Commercial International...", *loc. cit.*, p. 16.

⁷⁷⁷ Tal y como se desprende de la práctica arbitral acorde con los Convenios internacionales en la materia, en la aplicación de criterios territorialistas a salvo de las normas materiales imperativas y de orden público del foro, *cf.*, A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration...*, *op. cit.*, pp. 152-154. De la misma opinión, P. Nygh, "Choice of forum and laws...", *loc. cit.*, pp. 1-33, esp. pp. 3-7.

⁷⁷⁸ *Vid., infra.*, el tratamiento correspondiente a este respecto en el Cap. V. II. 1. C).

⁷⁷⁹ Acogemos el término de excepción de incompetencia arbitral en este punto, conscientes de la polémica doctrinal existente al respecto sobre si sería más adecuado tratar de una cuestión declinatoria de competencia. Nos convence más el argumento dado por E. Artuch Iriberry quien justifica que no se puede hablar de cuestiones de competencia entre jueces y árbitros: "La excepción de arbitraje es un supuesto autónomo y único, que configura una vía procesal de defensa igualmente autónoma. Que se haya

último caso, el juez o tribunal estatal competente no se corresponde necesariamente con el del domicilio o el de la sede social de la parte renuente al arbitraje, pudiendo ser éste cualquiera al que se le atribuya tal competencia por las partes⁷⁸⁰.

215. Ante la cuestión de saber cuál es la ley que servirá para determinar la arbitrabilidad el juez o tribunal nacional competente, fiel a la normativa, aplicará los criterios jurídicos de los que disponga para resolver sobre la misma. En este sentido, los jueces están obligados a aplicar las normas de su ordenamiento, incluidas la ley o las leyes a donde les lleve la aplicación de las técnicas del DIPr. El problema es que no hay que olvidar que lo que se le ha planteado al juez es una cuestión de inarbitrabilidad por lo que su predisposición natural hacia la misma será la de constatar que la controversia no es arbitrable según los criterios de legalidad propios de su ordenamiento estatal. Aunque lo deseable sería que en su decisión el juez recurriera al método comparado para comprobar las posibilidades de contrariedad de la controversia con el orden público internacional no sólo relativo a su sistema legal sino también al de la *lex causae* que pudiera verse afectada, lo cierto es que la práctica se demuestra que éste decide únicamente en atención al orden público internacional de carácter estatal⁷⁸¹, cuando no, en atención al orden público meramente interno o según sus propias normas imperativas⁷⁸².

incluido en las dilatorias del art. 533 LEC no supone más que la necesidad de encuadre desde el punto de vista legislativo”, cf., “El convenio arbitral...”, op. cit., pp. 249-250.

⁷⁸⁰ Esta precisión es debida a que parte de la doctrina se empeña en afirmar que el tribunal competente para decidir sobre la cuestión de la arbitrabilidad se corresponde con el del domicilio o sede social de la parte que impugna la arbitrabilidad como elemento relevante para localizar el lugar donde la parte demandada va a plantear la excepción de incompetencia arbitral, cf., B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 919. Aspecto del que se discrepa, porque simplemente recurriendo al Convenio de Bruselas se comprenderá que al empezar cualquier asunto "normal" en el que se haya de indagar mínimamente en la competencia judicial internacional suele haber dos o más jurisdicciones nacionales potencialmente competentes. Basta con que una parte impugne en un determinado lugar y la otra parte se someta a ella para dirimir la excepción de incompetencia.

⁷⁸¹ En este caso el juez decide la arbitrabilidad según criterios internos, aunque relativos al orden público internacional, *vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^a Ch., sect. C.)* de 29 de marzo de 1991, *Société Kinsqhalasi c. Société nationale des Chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 478-481, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 481-486, como indica el laudo de la CCI, núm. 8938/1996, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, p. 175, nota núm. 5.

⁷⁸² Tratando el caso como si de un arbitraje interno se tratara, *vid.*, la Sent. dictada por el Tribunal Federal suizo, *Président de l'Obergericht de Bâle-Campagne*, de 13 de mayo de 1996, *K. M.-Sp. AG c. X. y consorts*, *RSDIE*, 1998, núm. 4, pp. 605-607, comentada por Ph. Schweizer, *ibid.*, pp. 607-608.

216. Evidentemente el juez estatal se encuentra constreñido por el principio de legalidad. No puede ir más allá en la aplicación de la ley a la arbitrabilidad de la controversia internacional ni aplicar criterios indeterminados relativos a principios de validez material asentados en criterios no positivizados de orden público internacional o auténticamente internacional. La crítica aquí más evidente consiste en desestimar, en primer grado, la aplicación que el juez nacional realiza al emplear criterios de orden público internos para determinar la arbitrabilidad en el arbitraje internacional. Por ejemplo, declarar contrario al orden público la arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia por su contrariedad a la normativa imperativa interna, cuando el supuesto es claramente arbitrable desde el punto de vista del orden público internacional en el arbitraje internacional.

La segunda posibilidad es que el juez decida que la controversia es arbitrable y reenvíe a las partes al arbitraje. Una vez en sede arbitral, puede ocurrir que el árbitro se plantee la cuestión de la arbitrabilidad y, en el exhaustivo examen que de ella hace tras valorar todas las posibilidades concluya por estimar que la materia es inarbitrable por su contrariedad a un orden público internacional o incluso auténticamente internacional en materia de arbitrabilidad debido a la ilicitud de la controversia⁷⁸³, declarándose, en consecuencia, incompetente. Pensemos, de nuevo en el supuesto del Derecho de la competencia, donde el árbitro una vez llegado al fondo del asunto se da cuenta que éste versa sobre un ilícito y debe desestimar su competencia⁷⁸⁴. O, sin haber llegado a la fase procedimental del arbitraje, previamente en la misma fase negocial, el árbitro observa que a pesar de que el juez estatal ha determinado a favor de la arbitrabilidad, es muy difícil que según el orden público internacional del país donde es “previsible” el reconocimiento y la ejecución el laudo arbitral que pretende dictar, éste sea eficaz. La problemática es compleja de enunciar en sentido abstracto y requiere un equilibrio en la colaboración entre jueces y árbitros.

⁷⁸³ La necesidad de hallar un orden público transnacional en materia de arbitrabilidad se reclama cada vez con más frecuencia, *cf.* B. Goldman, *vid., infra.*, las observaciones realizadas al caso *Jaguar, vid., Cour d'appel de París* (1er Ch, D), de 7 de diciembre de 1994, *Sté V 2000 anciennement Jaguar France et Sté Proyect XJ 220 LTD c. M. Meglio y M. Renault, Rev. arb.*, núm. 2, 1996, pp. 67-72, con nota de Ch. Jarrosson, pp. 72-80. En el Capítulo III. II. 2. B.

⁷⁸⁴ *Vid., infra.*, la paradójica situación que en este sentido se da en dicho ámbito material.

217. No obstante, no estamos ante un problema teórico sino ante una necesidad de la práctica donde al juez estatal cuando se le presenta una excepción de incompetencia arbitral no tiene otro remedio que decidir sobre la misma según las pautas legales de las que dispone para construir una solución jurídica respetando el principio de legalidad. Cosa distinta es que lo deseable sería que el juez no tuviera que decidir sobre la arbitrabilidad en la fase negocial ya que en su valoración sobre la misma no tiene en cuenta ni el orden público internacional ni el principio de eficacia que debe guiar al árbitro internacional. No es lo mismo, por lo tanto, que compruebe la validez del convenio en relación con la arbitrabilidad de la controversia internacional, un juez que un árbitro. El árbitro internacional, aun disponiendo de mayor libertad en la determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad es muy escrupuloso y cuidadoso en el uso de la misma. Ya que, incluso teniendo en cuenta, al igual que el juez, la aplicación del Convenio de Nueva York a la arbitrabilidad de la controversia internacional éste siempre se guía o, al menos, se debe guiar por una propiedad finalista, lo que le lleva a considerar el art. II. 3, con el orden público del país donde previsiblemente el laudo sea reconocido y ejecutado, según el art. V, siguiendo la interpretación adoptada con anterioridad.

Sin embargo, si es el tribunal judicial el que tiene que decidir sobre la arbitrabilidad de la controversia probablemente se guiará por el principio de legalidad, haciendo caso omiso del orden público internacional del país de reconocimiento y ejecución en el sentido del art. V y de cualquier criterio que no se encuentre positivado, dado que los jueces no tienen ese deber “moral” de previsibilidad de la eficacia del laudo⁷⁸⁵. El juez privado suele sopesar con más detenimiento todos los pros y los contras de la decisión *ratione materiae*, no sólo porque de su determinación deberá extraer la posibilidad de su propia competencia sino porque de ella también dependerá, en gran medida, la eficacia del laudo que va a dictar. En definitiva, el árbitro se juega mucho en atención al presupuesto material, tanto su competencia como la propia reputación de la institución arbitral⁷⁸⁶, por lo que no es de extrañar su especial diligencia.

⁷⁸⁵ De la misma opinión, *cf.*, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 922.

⁷⁸⁶ El arbitraje se ha tenido que ganar a pulso, una buena “reputación” necesaria, no sólo para ganar la confianza de los Estados, sino para que una vez ganada, el clima de crédito y proclividad hacia la

218. De ahí, que sin obviar el punto de partida relativo a que no existe ningún cauce procesal adecuado a todas las precisiones que exige el presupuesto material de la controversia internacional y teniendo presente las limitaciones intrínsecas de la misión jurisdiccional estatal compelida por el principio de legalidad, al juez estatal no se le pueden pedir más esfuerzos hacia la consolidación de un orden público internacional cuando deba decidir la cuestión de la excepción de incompetencia arbitral. Ello no quita, para que una vez reconocida la función judicial en este punto y los límites naturales de la misma nos inclinemos por dar un voto favorable al deber de diligencia que consideramos que en éste estadio sería deseable que fuera cedido únicamente a la instancia privada en el camino hacia su propia competencia de cara a la resolución internacional de las controversias. Como medio de lucha definitivo contra las prácticas dilatorias en éste sentido y como voto de confianza innegable al criterio que tan buenos resultados ha propinado al arbitraje consistente en la conjugación de los valores de eficacia y justicia material que con tanto esmero y dedicación son cuidados por la instancia arbitral internacional⁷⁸⁷.

La responsabilidad y capacidad previsoras del árbitro es mayor y podrían ser únicamente éstos los legitimados para decidir sobre la adecuación del orden público a la arbitrabilidad internacional de las controversias en la fase negocial. De hecho, la mayor parte de la doctrina muestran su preferencia para que la cuestión de la arbitrabilidad sea decidida únicamente en el foro arbitral durante la fase negocial⁷⁸⁸. Dejando claro que no

institución arbitral, se siga manteniendo creciente, cf. B.L. Benson, "Customary Law as a Social Contract: International Commercial Law", Londres, *Constitution-Politic-Economic*-, 1992, pp. 9-10.

⁷⁸⁷ En este sentido Sammuel se preguntaba por qué los tribunales tienen que jugar un rol a lo largo de todo el procedimiento de arbitraje. El coste de la intervención judicial a veces puede ser ineficiente e inoportuno, cf. A. Sammuel, *Jurisdictional problems...*, op. cit., p. 18. Sin ser éste debido a la negligencia de los jueces estatales en la adaptación a los supuestos arbitrales internacionales. Lejos de ser así, los jueces hacen todo lo posible por respetar y adaptarse a las exigencias y necesidades que surgen de la instancia arbitral, sobre todo, en lo relativo a cuestiones procesales procedentes de supuestos arbitrales. Lo que ocurre es que el estricto cumplimiento y aplicación de los jueces y tribunales judiciales nacionales del principio de legalidad tampoco les permite ir mucho más allá.

⁷⁸⁸ No se cree que sea aquí necesaria la intervención del órgano jurisdiccional. En la doctrina estadounidense Hollering muestra la preferencia para que la arbitrabilidad sea decidida en sede arbitral, al preguntarse sobre "*Who Decides the Question of Arbitrability?*", poniendo numerosos ejemplos de cómo tanto en el Reglamento de la *American Arbitration Association*, como en las decisiones de la Corte Suprema de los EEUU, se sostiene que las cuestiones procesales y legislativas concernientes a la arbitrabilidad deben ser decididas por los propios árbitros, cf., M.F. Hoellering, "Arbitrability of Disputes", loc. cit., pp. 142-144.

se pretende despejar la función judicial en cuanto a la decisión de la arbitrabilidad en relación con la competencia arbitral. El control posterior del juez estatal se considera más que suficiente para salvaguardar los principios de orden público que la cuestión de la arbitrabilidad puede haber dañado o vulnerado en una fase preliminar⁷⁸⁹.

2. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA ARBITRABILIDAD POR EL ÁRBITRO INTERNACIONAL

A) Carencia de método

219. El juez privado no dispone de ningún método específico que le permita determinar la ley aplicable *ratione materiae* como requisito previo para estatuir sobre su propia competencia, aun a pesar de que la arbitrabilidad es el factor determinante para autentificar dicha competencia a partir del cumplimiento del requisito de validez sustantiva del convenio de arbitraje internacional⁷⁹⁰. Obviamente, en la fase negocial, el árbitro no está todavía legitimado para resolver sobre el fondo de la controversia, pero sí lo está, en virtud del principio de competencia-competencia, para decidir sobre la legalidad del objeto material⁷⁹¹. Como contrapartida a la autonomía otorgada por dicho

⁷⁸⁹ Coincidiendo con lo arriba enunciado, el juez resulta menos aconsejado para plantearse la cuestión de la arbitrabilidad en el caso de tratarse de un arbitraje internacional. La razón de ello se basa en que es muy difícil que el juez estatal cambie de la perspectiva interna a la internacional en un supuesto de tales características, siendo suficiente la fase de control para decidir sobre la vulneración del orden público en la arbitrabilidad, *cf.*, D. Hascher, “Les conditions d’arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory report”, *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, p. 165. Cosa distinta es la apreciación *ratione materiae* en la fase post-arbitral, donde obviamente el único órgano competente para decidir sobre la problemática de la arbitrabilidad internacional en relación con el orden público es el juez estatal legitimado para ello en el recurso de anulación, si lo hubiere, o en la fase de reconocimiento y ejecución. Apartado que será analizado al hilo de las consideraciones aquí realizadas en la correspondiente fase post-arbitral, *vid., infra.*, Cap. V.

⁷⁹⁰ La arbitrabilidad, una vez más, como requisito sustantivo de validez del convenio de arbitraje internacional ha sido destacada en la jurisprudencia más reciente en la Sent. de la *Cour de cassation* (1^o Ch. C) de 5 de enero de 1999, *M. Zanzi ès qualités c. M. de Coninck et autres*, *Rev. cri. dr. int. pr.*, 1999, núm. 3, pp. 546-548, con nota de D. Bureau, *ibid.*, pp. 548-558. También en la *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 260-262, con nota de Ph. Fouchard.

⁷⁹¹ Al igual que lo está para otros tipos de actuaciones que en principio se suponen reconocidas al órgano arbitral por el mero hecho de la existencia de una cláusula compromisoria, *cf.*, la Sent. de la *Cour de Cassation* (1^{er} Ch. civ.), de 10 de marzo de 1998, *Société Isautier c/ Société Prudence Creole, Cour d’appel de Versailles* (2^a Ch), de 8 de octubre de 1998, *Société Akco Nobel et autres c/ SA Elf Atochem*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 57-64, con nota de A. Hory, pp. 64-70, esp. p. 66, donde se reafirma la capacidad del árbitro para que pueda recurrir a las jurisdicciones de derecho común para obtener unas

principio, el juez privado debe apreciar dicha competencia en cuanto a la arbitrabilidad de la controversia ya sea *ex officio* o a instancia de parte que invoque la inarbitrabilidad en lo que respecta al orden público internacional⁷⁹².

Aunque la indagación de la ley aplicable a la arbitrabilidad de la controversia internacional debe ser objetiva, tampoco debe extrañar que el árbitro o tribunal arbitral internacional se incline por elegir una ley favorable a la arbitrabilidad del supuesto que pretenda tratar con el objetivo de validar su competencia. La búsqueda de tal ley no está exenta de problemas en el ámbito internacional, puesto que la vía más sencilla no es la más fácil. Esta consistiría en crear directamente una norma material que actuase como salvoconducto de la arbitrabilidad de la controversia internacional, o incluso recurrir a una costumbre del comercio internacional permisiva al presupuesto material. Método que parece obviar que tal elección es susceptible de una posterior sanción legal en la fase de control y que la idea de una arbitrabilidad aceptada unánimemente en el contexto universal conlleva como requisito *sine qua non* la aceptación y consecuente determinación de un orden público transnacional sustantivo o material que legitime dicha arbitrabilidad.

220. La cuestión sería menos ardua de solventar para el árbitro internacional si las partes hubiesen determinado previamente la ley aplicable a la arbitrabilidad. Hecho que rara vez ocurre en la práctica, ya que las éstas si acaso eligen ley lo normal es que lo hagan para seleccionar el Derecho aplicable al fondo de la controversia y, en raras ocasiones, puede que incluso elijan la normativa aplicable al convenio de arbitraje internacional, pero lo cierto es que no suelen hacerlo para determinar la ley aplicable a la arbitrabilidad⁷⁹³. Otra posibilidad, vendría de la mano del recurso a las legislaciones estatales de arbitraje y a los Instrumentos convencionales en la materia, pero tampoco aquí encontramos ninguna respuesta concreta. La práctica totalidad de las legislaciones

medidas cautelares con la única finalidad de preservar una situación todavía no definida, aunque todavía no haya resuelto éste sobre su propia competencia.

⁷⁹² Trasunto de la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C)* de 10 de septiembre de 1997, *Société Chambon c/ Société Thomson CSF*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 121-122, con observaciones de D. Bureau, *ibid.*, pp. 122-123, esp. p. 123: “*Les arbitres ont notamment compétence pour apprécier leur propre compétence quant à l’arbitrabilité du litige au regard de l’ordre public international*”.

de arbitraje internas no hacen referencia expresa a la determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad de las controversias, a excepción del art. 177. 1 LSDIP⁷⁹⁴. Y, no hay que olvidar, que los sujetos a los que van dirigidos los Convenios Internacionales en materia de arbitraje, al contrario de lo que pudiera parecer, no son los árbitros sino los jueces y tribunales judiciales de los distintos Estados partes de los mismos⁷⁹⁵.

221. Así, en principio, el árbitro se encuentra desprovisto de recurso material y legislativo alguno en un tema de relevancia práctica tan importante cual es el de la determinación de la arbitrabilidad del cual va a depender su propia competencia. Por ello, es habitual que éstos se las ingenien a través de una serie de actuaciones concretadas en una dualidad de métodos que se pueden articular de la siguiente manera. El primer método, es el recurso a la analogía o, lo que es igual, la aplicación de criterios similares a los que emplean los jueces nacionales cuando tienen que decidir sobre la ley aplicable a la arbitrabilidad de la controversia internacional, en sede arbitral o en sede judicial, para lo que nos será de gran utilidad el panorama normativo analizado con anterioridad. Es, de nuevo, la jurisdiccionalización del arbitraje como una de las tendencias más destacadas del arbitraje internacional⁷⁹⁶. El segundo método, se fundamenta de *lege ferenda*. Es el llamamiento que se hace a los árbitros para que sean ellos mismos, a través de la práctica, los que sean capaces de imponer una norma material aplicable a la arbitrabilidad del litigio internacional. Veamos en qué consiste cada uno de ellos y la implicación en lo que al orden público y a la normativa internacionalmente imperativa se desprende de la determinación jurídica del presupuesto material del arbitraje internacional.

⁷⁹³ La búsqueda de práctica en este sentido ha resultado frustrante. Ya había señalado M. Requejo Isidro, que pocas veces existirá una elección de ley expresa a éste respecto en ningún sentido, *cf.*, "Arbitrabilidad de la controversia...", *loc. cit.*, p. 67.

⁷⁹⁴ Para un mayor abundamiento al respecto, *vid.*, *supra.*, en la patrimonialidad como integrante de la condición necesaria de la arbitrabilidad y, *vid. infra.*, "Criterio geográfico. Principio de territorialidad", junto a las apreciaciones relativas a la arbitrabilidad en sede judicial en el Cap. V.

⁷⁹⁵ Factor que ya fue puesto de relieve, *vid. supra.*, el apartado referido a los Convenios internacionales y, con carácter específico, en uno de nuestros anteriores trabajos, *cf.*, "Armonización legislativa del arbitraje privado en la Unión Europea", *La armonización legislativa en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 147.

⁷⁹⁶ Destacando esta tendencia, *cf.*, C. Reymond, "Une réflexion fondamentale sur l'arbitrage...", *loc. cit.*, p. 6, e, Y. Derains, "Les tendances de la jurisprudence...", *loc. cit.*, pp. 830-855, esp., p. 836.

B) Recurso a la analogía judicial: localización de la ley aplicable en un ordenamiento estatal

222. Las clasificaciones más o menos complejas realizadas en torno a la determinación de la ley que se debe adaptar a la validez del presupuesto material internacional suelen guiar los pasos del órgano arbitral que decide hacia un foro determinado⁷⁹⁷. Se aplica así una ley estatal, lo cual acarrea el peligro de que la elección sea afortunada o desafortunada dependiendo del mayor o menor grado de cultura arbitral implantado en el país seleccionado. Sobre todo en cuanto a las consideraciones de orden público que hacia el arbitraje allí se sostienen⁷⁹⁸. Cuando no se acude a una única *lex fori* se superponen distintas leyes nacionales que deberán ser tenidas en cuenta por igual si el árbitro quiere que el procedimiento de arbitraje tenga éxito y el laudo sea ejecutable y ejecutado, respetando las normas imperativas y todos los posibles órdenes públicos susceptibles de ser aplicados. Es el poder del orden público que gravita de manera especial sobre los deberes de prudencia, previsibilidad y responsabilidad que aconsejan al juez privado en su decisión sobre cuál será el régimen normativo que decidirá la arbitrabilidad internacional⁷⁹⁹. Lo cual, no está nada claro, como si por efecto de la influencia del orden público estuviese abocado a ser éste también un criterio normativo indeterminado y sólo determinable individualmente en cada supuesto práctico a pesar de haberse destacado que en principio el orden público no es un obstáculo a la arbitrabilidad de la controversia internacional⁸⁰⁰.

223. Lo que sí parece manifiesto es que cuando de aplicar una normativa se trata el árbitro en la determinación de la ley que habrá de regir ya sea el convenio arbitral, la

⁷⁹⁷ Cf., A. McClellan, "Arbitrability, Applicable Law and Public Policy...", *op. cit.*, p. 102.

⁷⁹⁸ Lo que viene a refrendar que la aplicación de la *lex fori* a la arbitrabilidad de la diferencia hace depender esta cuestión de la concepción que cada Estado mantenga de la institución arbitral, cf., E. Artuch Iriberrí, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 183.

⁷⁹⁹ Varios son los autores que han destacado el deber moral que tiene el árbitro para que el laudo final sea ejecutado. El deber implica una gran responsabilidad que conlleva, a su vez, una exhaustiva labor de investigación por parte del órgano decisor arbitral para no violar cuestiones delicadas para la soberanía nacional o el orden público de aquellos sistemas que puedan verse afectados por la decisión arbitral. Entre éstos autores, destacan los trabajos específicos sobre el tema de P. Mayer, "La règle morale dans l'arbitrage international", *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 379-401; Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales", *loc. cit.*, pp. 653-672; y, B. Oppetit, "Théorie de l'arbitrage", *op. cit.*

⁸⁰⁰ Cf., D. Hascher, "Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence...", *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, p. 164.

arbitrabilidad, o el Derecho aplicable al fondo del asunto, aunque no esté obligado a ello, suele acudir a criterios de fijación de ley muy parecidos, sino idénticos, a los empleados por los órganos jurisdiccionales⁸⁰¹. Ya que, en definitiva, la determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad por parte del órgano arbitral suele ser prácticamente igual al método de aplicación que se sigue en la fase arbitral para determinar el Derecho aplicable al fondo del contrato, confirmando de nuevo la tendencia a la jurisdiccionalización del arbitraje. Los dos, recurren a la aplicación de criterios basados en los métodos extraídos del DIPr⁸⁰². Así, la ley aplicable a la arbitrabilidad se localiza, en primer lugar, en un determinado sistema legislativo estatal. Esta será la norma que se aplique a título principal, siendo práctica más habitual la aplicación cumulativa de diversas leyes pertenecientes a ordenamientos estatales distintos que tengan relación con el asunto que a través de la instancia arbitral se pretende llevar a cabo⁸⁰³.

224. Ello nos lleva al fondo del problema ilustrado con un supuesto práctico. Los Estados consideran de manera distinta la cuestión de la arbitrabilidad según sus propias concepciones del foro. Lo que es arbitrable en el Reino Unido, por ejemplo, el Derecho de familia, puede que no lo sea en Africa, Asia, Latinoamérica ni en el resto de Europa

⁸⁰¹ Partiendo de la ausencia de obligatoriedad para un árbitro internacional de seguir las directrices impuestas a los jueces y tribunales estatales es práctica común que sí recurran a la analogía judicial, considerándose además ésta muy recomendable, *cf.*, A.J. Van den Berg, “Should and International Arbitrator Apply the New York Arbitration Convention of 1958?”, *The Art of Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1982, p. 39.

⁸⁰² De igual manera que se verá más adelante en la actuación de los árbitros en el Derecho aplicable al contrato, donde la determinación de la ley aplicable tendente a su localización en un ordenamiento estatal determinado es similar tanto para los jueces como para los árbitros, *cf.*, P.A. de Miguel Asensio, “Armonización normativa...”, *loc. cit.*, p. 863. Refiriéndose, éste autor, no tanto a la ley aplicable a la arbitrabilidad sino a los criterios que sigue el árbitro para determinar la ley aplicable al contrato, de donde podemos extraer conclusiones análogas en el modo de actuar el árbitro ésta primera fase.

⁸⁰³ Tal y como muestra el laudo de la CCI, núm. 4604/1984, asunto *Editrice Giocchi Sri Milan v. CTG Products Corp. Delaware*, *Journ. dr. int.*, 1985, núm. 4, p. 973-979, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 980-981, donde se aplican cumulativamente la ley francesa, por guardar ésta relación con la controversia, la ley suiza, por ser ésta la del lugar de arbitraje y la ley italiana, correspondiente a la nacionalidad de una de las partes, como señala, J.B. Racine, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, p. 152. Al igual que anteriormente lo había hecho K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, *op. cit.*, p. 189, y K.H. Böckstiegel, “Public policy and Arbitrability”, *op. cit.*, p. 184. Aquí, una vez separada la ley aplicable a la arbitrabilidad subjetiva de la objetiva con la que anteriormente hemos manifestado nuestra disconformidad en el sentido de encontrarse las dos englobadas en la concepción estricta de la arbitrabilidad que aquí se defiende, se indican las diferentes leyes aplicables a la arbitrabilidad y las fuentes doctrinales adscritas a cada una o, a varias de ellas.

donde las concepciones de orden público en materia de arbitrabilidad son distintas⁸⁰⁴. Cuando el arbitraje es internacional el árbitro necesariamente tiene que afrontar la determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad, ya que, como se ha dicho, de ello depende su propia competencia. Si la materia de la que se trata es relativa al Derecho de familia, es lógico que el árbitro se encuentre tentado de aplicar la ley del Reino Unido que le permite autentificar el presupuesto objetivo del convenio arbitral cuya validez global le confiere legitimidad. La dificultad se plantea cuando se trata de sopesar a qué precio es factible que el árbitro decida la ley aplicable a la arbitrabilidad sólo para validar su competencia cuando el riesgo de que el laudo resultante sea anulado es considerablemente alto. Si el árbitro elige la ley de Reino Unido que le permite arbitrar en Derecho de familia y, al mismo tiempo, es muy probable que ese laudo haya de ser reconocido y ejecutado, por ejemplo, en España, donde será rechazado por la inarbitrabilidad de la materia y la contrariedad del laudo con el orden público internacional español que considera inarbitrable tales cuestiones, ¿Debería aún así el árbitro llevar a cabo el procedimiento arbitral?. Se plantea así una cuestión fundamental relativa a averiguar dónde es preferible que actúe el orden público, con carácter “previsor” en la fase negocial o un orden público “represor”, en la fase post-arbitral⁸⁰⁵.

225. Para gran parte de la doctrina la respuesta está clara. Debe primar el deber de responsabilidad y de previsibilidad del árbitro, el cual se tiene que plantear dónde puede ser posible una ejecución del laudo para saber si admite la validez de la cláusula compromisoria con atención especial a la previsibilidad del orden público en su presupuesto material⁸⁰⁶. No obstante, la cuestión implica una difícil decisión para el árbitro. Por una parte, tiene que buscar la validez del convenio arbitral a través de su presupuesto material que lo legitima, y por otro, tiene un deber moral de hacer el laudo ejecutable, para lo cual debe aplicar el orden público susceptible de entrar en conflicto

⁸⁰⁴ Como se ha expuesto al analizar las diferencias observadas en cuanto a la interpretación del orden público en los distintos sistemas legales, la peculiaridad esencial del Reino Unido es que la ley inglesa no contiene ningún límite en materia de arbitrabilidad de la controversia internacional. El sistema inglés no conoce el concepto de que una materia sea inarbitrable, *cf.*, A. Samuel, *Jurisdictional problems in international commercial arbitration*, *op. cit.*, p. 131. Un ejemplo similar en relación a la extremada liberalidad que muestra el Derecho inglés al permitir la arbitrabilidad en controversias relativas al Derecho de familia lo encontramos en B. Hanotiau, “The Law Applicable...”, *loc. cit.*, p. 766.

⁸⁰⁵ *Vid. infra.*, Cap. V, *favor arbitrandum* v. Principio de eficacia.

⁸⁰⁶ *Cf.*, entre otros, Y. Derains, “Powers and duties of arbitrators”, *op. cit.*, p. 254; B. Hanotiau, “What Law Governs...”, *loc. cit.*, p. 396.

con la ejecución⁸⁰⁷. De manera que la elección por el árbitro de la ley aplicable a la arbitrabilidad es más problemática de lo que en un principio se hubiera podido esperar. Es lo que se ha dado en llamar, la incomfortable libertad del árbitro en la determinación del Derecho aplicable⁸⁰⁸.

Es incomfortable, porque aunque en teoría el árbitro sea libre para decidir sobre la ley aplicable en cualquier fase del proceso puesto que no está vinculado a ningún ordenamiento determinado ni a ningún orden público en concreto, como sí lo está el juez estatal; en la práctica, sí está obligado por un deber moral de lograr la ejecución del laudo arbitral internacional. Es así, desde la fase negocial, donde ha de determinar la ley aplicable a la arbitrabilidad, hasta el desarrollo del procedimiento arbitral, donde el árbitro habrá de elegir el Derecho aplicable al fondo del asunto, con los límites y garantías que de ambas decisiones se derivan en cuanto a la previsible intervención del orden público internacional. De manera general, el árbitro se debe a las partes en la designación del Derecho aplicable a cualquiera de los aspectos requeridos bajo su intervención siempre y cuando no hubiera una declaración en contrario expresa de las partes en este sentido, o habiéndola tengan que considerar si es conveniente la arbitrabilidad teniendo en cuenta las disposiciones de orden público internacional⁸⁰⁹.

226. Es en la pendencia de indicar cuáles son esas leyes susceptibles de afectar al presupuesto material de la controversia internacional donde más se aleja la doctrina de la idea de la originalidad. Desde el trabajo de B. Goldman, en 1989, el compendio de leyes estatales que pueden incidir *ratione materiae* se ha tratado de manera prácticamente igual en todos los análisis al respecto⁸¹⁰. Variando, si acaso en su relación

⁸⁰⁷ Obligación moral que impone al árbitro el deber de aplicar a la ley determinante de la arbitrabilidad las disposiciones de policía susceptibles de afectar al ámbito material aunque hayan sido expresamente obviadas en la elección del Derecho realizada por las partes. El objetivo es conseguir la eficacia de la sentencia arbitral e impedir un fácil recurso de anulación o la inejecución del laudo por ese motivo, *cf.*, B. Hanotiau, "The Law Applicable...", *loc. cit.*, p. 768.

⁸⁰⁸ De igual manera, las dificultades que encuentra el árbitro en la determinación de la ley aplicable se pondrán de manifiesto en cualquiera de las otras fases del arbitraje donde se precisa la determinación del Derecho, *vid., infra*, Capítulo IV: Fase Arbitral. Derecho aplicable al fondo del asunto.

⁸⁰⁹ De manera específica para la cláusula compromisoria, un árbitro en su forma de actuar, únicamente debería tener en cuenta las normas que contengan disposiciones de orden público internacional, *cf.* J.P. Ancel, "L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1991-92, París, Pédone, 1994, p. 102.

⁸¹⁰ *Vid.*, B. Goldman, "Arbitrage Commercial International: Convention...", *loc. cit.*, pp. 1-21, y "L'arbitrage international et le droit de la concurrence", *Bull. ASA.*, 1989, p. 260. De igual manera, en su

numérica, o en la importancia concedida por la doctrina a cada una de las leyes de aplicación material más representativas⁸¹¹. En un intento de aportar un mínimo de originalidad a las referidas clasificaciones estándar que existen en cuanto al Derecho aplicable a la arbitrabilidad de la controversia internacional por el órgano arbitral, se pretende diferenciar las cinco leyes estatales consideradas susceptibles de afectar a la ley aplicable a la arbitrabilidad internacional en tres tipos de criterios.

El primero, obedece a la autonomía de la voluntad de las partes, donde se recoge la ley aplicable al convenio de arbitraje internacional y la ley aplicable al fondo de la controversia⁸¹². No se ha incluido en éste último el criterio de la sede, porque aunque si bien es verdad que éste puede constituir un índice particularmente fuerte de la autonomía de la voluntad de las partes no se considera realmente significativo de la misma. En el segundo, prevalecen los criterios geográficos del principio de territorialidad. Enmarcándose aquí la ley de la sede del arbitraje y la ley del exequátur. El tercero, es un criterio donde prima la consideración del orden público o de la normativa imperativa cuya aplicación se reclama. Es la ley de policía que pretende ser aplicada en materias particularmente intervenidas por el orden público y la normativa imperativa. De ahí, el nombre de criterio intervencionista.

trabajo posterior, *id.*, “L’arbitrabilité, le droit applicable et l’ordre public. La situation in France”, *op. cit.*, pp. 109-117, y las importantes conclusiones al respecto, *vid.*, “Conclusions”, *ibid.*, pp. 331-339.

⁸¹¹ Para Y. Derains son cuatro las leyes susceptibles de intervenir para decidir sobre la arbitrabilidad, en general, aunque se refiera al Derecho de la competencia, en particular: el Derecho del país de ejecución, el Derecho aplicable al convenio de arbitraje, el Derecho de la sede del arbitraje y el Derecho relativo a la competencia cuya aplicación es invocada, *cf.*, “Powers and Duties of Arbitrators”, *op. cit.*, p. 254. Para B. Goldman son cinco las leyes en torno a las cuales la arbitrabilidad puede ser apreciada: la ley del convenio de arbitraje, la ley del contrato, la ley de la sede del arbitraje, la ley del país donde sea previsible el exequátur y la *lex causae* que de manera imperativa sea demandada, *cf.*, “L’arbitrabilité, le droit...”, *op. cit.*, p. 113. Otros autores, proponen tres reglas generales para que el árbitro proceda a determinar el Derecho aplicable a la arbitrabilidad sin tener en cuenta el Derecho de la competencia. La primera, la ley aplicable al convenio de arbitraje que sería la misma que la ley aplicable a la controversia. La segunda, la *lex fori*, entendiendo como tal la ley de la sede del Estado donde esté situado el arbitraje. La tercera, se refiere al resto de los casos que deberán ser determinados en la práctica de manera muy prudente por los árbitros, pero sin especificar cuáles son esos supuestos, *cf.*, L. Goffin, “L’arbitrage et le droit européen”, *loc. cit.*, p. 318. No así en la doctrina española donde el trabajo de M. Requejo Isidro, “Arbitrabilidad de la controversia...”, *loc. cit.*, pp. 43-87, no se adscribió a la tónica general en éste sentido.

⁸¹² La diferenciación de los criterios, en atención al principio de autonomía y al principio de territorialidad, ha sido extraída del trabajo de G. Kaufmann-Kohler, referido éste, de forma general, a la ley rectora del procedimiento arbitral y el valor del lugar de arbitraje en su determinación, *cf.*, “le lieu de l’arbitrage...”, *loc. cit.*, p. 519.

a) *Criterio de la autonomía de la voluntad*

227. En primer lugar, la ley aplicable a la arbitrabilidad se identifica con la ley de la autonomía de la voluntad determinada por las propias partes en la elección del Derecho aplicable al convenio de arbitraje⁸¹³. Sistema que descuida que en la práctica es poco frecuente que las partes especifiquen la ley que quieren que rija la cláusula compromisoria y, aunque así lo hicieran, la ley aplicable al convenio y la ley aplicable a la arbitrabilidad no tienen por qué ser las mismas⁸¹⁴. Si individualizamos el supuesto y nos centramos en la apreciación que del Derecho aplicable al convenio de arbitraje ha de realizar el propio árbitro, nos encontramos con un problema de determinación normativa de iguales características que el que aquí se suscita.

228. No existe una hipotética ley aplicable con carácter general al convenio arbitral internacional, y en caso de que existiera, la ley que rige la arbitrabilidad es distinta de la ley que rige la cláusula compromisoria en su conjunto. Ambas son conexiones autónomas a la vez que interdependientes entre sí. Es cierto que de la ley aplicable a la arbitrabilidad, vinculada a la concepción de orden público imperante en cada ordenamiento estatal, depende como cuestión previa la validez del convenio arbitral, pero ello no significa que ambas obedezcan a la misma determinación jurídica⁸¹⁵. Tras el rechazo formal de que la arbitrabilidad se rija por la ley aplicable al convenio arbitral, no parece ser que la identificación entre las dos leyes resulte la más

⁸¹³ La precisión inicial al respecto recae sobre la necesidad de diferenciar que el criterio de la autonomía se impone al determinar la ley aplicable a la arbitrabilidad únicamente en el caso de que las partes hayan hecho uso de dicha autonomía. Esto es, que las propias partes hayan elegido la ley aplicable al convenio, en el primer caso y al fondo del asunto, en el segundo. Si no es así, será el árbitro el encargado de determinar la legalidad en ambos supuestos. Siendo, en éste último aspecto, donde el principio de la autonomía debería ser reconducido de nuevo a los criterios individuales de la ley aplicable al convenio y la ley aplicable al contrato.

⁸¹⁴ Es realmente raro que las partes elijan una ley aplicable al convenio de arbitraje. Si acaso eligen una ley aplicable al contrato, pero no suelen hacer indicación de que la misma, u otra distinta, sea la aplicable al convenio, *cf.*, Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître...", *loc. cit.*, p. 659; y M. Requejo Isidro, "Arbitrabilidad de la controversia...", *loc. cit.*, p. 67.

⁸¹⁵ E. Artuch Iriberry, tras un meritorio análisis exhaustivo de la práctica y de la doctrina a éste respecto, ya puso de manifiesto que si algo claro se podía extraer de la complejidad que implicaba la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral internacional es que no existía tal ley si se pretendía extraerse ésta de manera individual. Y, es más, en caso de precisar la ley que rige la arbitrabilidad, a pesar de ser ésta un presupuesto de validez del convenio arbitral no tiene por qué ser la misma que "la misteriosa" ley aplicable a la validez del convenio arbitral, *cf.*, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, esp., p. 182.

apropiada. Su equiparación no ofrece las suficientes garantías, siendo su determinación bastante incompleta⁸¹⁶.

229. No obstante, no se puede negar que en la práctica ambas leyes se encuentran identificadas en algunos laudos arbitrales y sentencias judiciales internacionales. Como por ejemplo, en el laudo de la CCI núm. 6149/1990⁸¹⁷, que se preocupa de apreciar la legalidad de la arbitrabilidad de la controversia sobre la base de la ley aplicable al convenio de arbitraje internacional. El cual se supone válido como consecuencia de la validez del presupuesto material porque las normas de orden público internas son inaplicables en los acuerdos de arbitraje internacional⁸¹⁸. A la vez que ha sido defendida por la doctrina de lo más variada como consecuencia de su adhesión comparativa a los Instrumentos internacionales de arbitraje anteriormente analizados⁸¹⁹.

Defensa ensombrecida por la mayoritaria presencia en la práctica contemporánea que considera que la brújula que debe marcar el rumbo de la ley aplicable a la arbitrabilidad, siguiendo el criterio de la autonomía de la voluntad, responde a la orientación marcada por la elección del Derecho aplicable al fondo del contrato, que en definitiva, para éstos autores viene a ser la misma. Es a partir de ésta determinación de la cual se deriva que la ley aplicable al convenio, y por ende la ley aplicable a la arbitrabilidad, debe ser igual⁸²⁰. Supuesto que más de una vez también hemos encontrado en la práctica⁸²¹ y que nos llevaría a unificar, en última instancia, todo el Derecho aplicable a cualquiera de los aspectos del arbitraje según el criterio de la

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 192.

⁸¹⁷ *Vid.*, *Year. Comm. Arb.* vol. XX, 1995, pp. 41-57.

⁸¹⁸ Hecho que también se recoge, entre otras, en la Sent. de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 30 de junio de 1998, *Mediterranean Shipping Co c/Urcoopa*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 80-81, con nota de M.L. Niboyet, *ibid.*, p. 83.

⁸¹⁹ D. Hascher, se decanta por la ley del convenio de arbitraje. Ley de la autonomía de la voluntad de las partes. Al igual que B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 920, y en su trabajo más reciente, "The Law Applicable...", *loc. cit.*, p. 764, para el cual según el art. VI. 2 a) del Convenio de Ginebra y los arts. II. 1 y V. 1 a) del Convenio de Nueva York, la cuestión de la arbitrabilidad se decidirá en aplicación de la ley que rija el convenio de arbitraje.

⁸²⁰ La primera ley que se debe tener en cuenta para determinar la arbitrabilidad de la controversia es la ley aplicable al convenio de arbitraje que se deduce fácilmente porque es la misma ley que la ley aplicable al fondo de la controversia, *cf.*, L. Goffin, "L'arbitrage...", *loc. cit.*, p. 318.

⁸²¹ *Vid.*, el laudo de la CCI, núm. 2626/1976, *Journ. dr. int.*, 1978, núm. 4, p. 981, con nota de Y. Derains. También, en español en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 201-205, donde se produce una identificación de la ley aplicable a la arbitrabilidad con la ley aplicable al convenio de arbitraje, que a la vez se deduce de la ley aplicable a la controversia.

autonomía determinado, no en el convenio, sino en el Derecho aplicable al fondo de la controversia⁸²².

230. La discusión que se plantea en relación con el orden público internacional y el principio de autonomía, ya sea en la identificación jurídica del objeto material con la ley aplicable al convenio o con la ley aplicable al fondo de la controversia, es que dicho orden público pueda ir en contra de la voluntad de las partes o viceversa⁸²³. Los árbitros se deben a una dualidad de límites. Por un lado, el límite que impone el respeto a la voluntad de las partes en el convenio de arbitraje y en la elección que éstos hayan hecho de la ley aplicable. Es la naturaleza contractual del arbitraje, la voluntad de las partes como fuente y limitación de los poderes del árbitro. De otro lado, el árbitro, dentro de su componente o naturaleza jurisdiccional debe respetar el orden público o normativa imperativa internacional susceptible de ir en contra a la autonomía de la voluntad de las partes, como recientemente ha sido afirmado en la Sentencia “*Coquard*”, el 6 de enero de 1999⁸²⁴. El convenio de arbitraje es el que inviste al árbitro del poder de juzgar, pero es necesario actualizar ésta investidura con la posibilidad de que la ley de un Estado, y en última instancia el orden público que decida sobre la arbitrabilidad, confiera validez al objeto de la controversia con independencia de la elección de las partes⁸²⁵.

231. Las partes pueden elegir una ley aplicable a la controversia que viole una norma imperativa del lugar donde sea previsible la ejecución del laudo. En éste caso, el árbitro debe valorar todos los elementos a su alcance a la hora de decantarse por la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del Derecho aplicable en la *lex contractus*, que puede ser contrario al orden público de otro foro vinculado con el arbitraje. Y, además debe poner especial atención en la identificación entre la *lex contractus* y la ley que rige la arbitrabilidad, así como en la determinación de dicha imperatividad, interna o internacional sobre la que recae el riesgo del no-reconocimiento

⁸²² Cf., B. Hanotiau, “The Law Applicable...”, *loc. cit.*, p. 764.

⁸²³ Por ejemplo, siguiendo con el ejemplo empleado desde el principio, el elegir una ley que permita la arbitrabilidad de cuestiones relativas al Derecho de familia, como así lo permite la ley inglesa, para llevar por vía del arbitraje determinados supuestos que en la mayoría de los países no se pueden arbitrar por su contrariedad al orden público internacional, *vid. supra*.

⁸²⁴ *Vid.*, la Sent. del Tribunal de Grande Instance de Paris (*ord. réf.*) de 6 de enero de 1999, A. *Coquard c/ Sociétés Vidéopole*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 134, con observaciones de A. H., *ibid.*, pp. 134-138, esp. p. 135.

del laudo arbitral. El laudo de la CCI, núm. 6752/1991, da buena cuenta de ello⁸²⁶. Ante una controversia planteada sobre un contrato de distribución en exclusiva, las partes eligen como Derecho aplicable al contrato el Derecho italiano. El árbitro, siguiendo el criterio amplio de la autonomía de la voluntad, identifica ese Derecho como el que debe regir el convenio arbitral y por ende la arbitrabilidad, subsumiendo la determinación normativa de todos los elementos del arbitraje a la autonomía de la voluntad determinada por las partes en la *lex contractus*. Ante la casi seguridad de que el laudo sea ejecutado en Bélgica, donde los contratos de distribución en exclusiva son inarbitrables según una normativa imperativa contenida en la ley belga de 27 de julio de 1961, modificada por la Ley de 13 de abril de 1971, el árbitro estima que la imperatividad a la que se hace referencia en Bélgica es interna y no afecta al orden público internacional por lo que la sentencia será allí reconocida sin que quepa alegar la inarbitrabilidad interna ni la contrariedad con el orden público interno en un supuesto internacional⁸²⁷. Se aplica, pues, la *lex contractus* para determinar la arbitrabilidad, tras la comprobación del carácter no interventor de la ley del lugar de ejecución, luego, se tiene en cuenta la normativa belga. Lo importante es que es internacionalmente arbitrable según ambos sistemas.

232. Es por ello que, con carácter general, el criterio de la autonomía debe ser combinado con el resto de criterios susceptibles de incidir en la arbitrabilidad de la controversia internacional. La aplicación exclusiva de los criterios basados en el principio de autonomía quiebran cuando se trata de materias intervenidas por las normas imperativas o leyes de policía de terceros Estados que se pueden ver afectados por la controversia⁸²⁸. Por ejemplo, en el Derecho de la competencia, las normas relativas a la arbitrabilidad en el Estado de la sede o en el Derecho aplicable al fondo del contrato o del convenio únicamente intervienen si las normas sobre competencia de los Derechos

⁸²⁵ Tal y como señala B. Goldman, “L’arbitrabilité, le droit applicable...”, *op. cit.*, p. 113.

⁸²⁶ Cf., el laudo núm. 6752/1991, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 195-198. Identificación del Derecho aplicable al contrato con la ley aplicable a la arbitrabilidad e inexistencia de una norma material imperativa belga, aunque sea éste el lugar de ejecución.

⁸²⁷ Del mismo modo, en el laudo de la CCI núm. 6379/1990, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 134-142, también en *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, pp. 202-220, se estima que internacionalmente no son imperativas las normas de intervención belgas que deciden sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la anulación de una concesión de venta exclusiva de duración indeterminada.

en causa son aplicadas⁸²⁹. En el laudo de la CCI núm. 6719/1994⁸³⁰, el tribunal arbitral hace aplicación de la ley del lugar de la sede (Suiza) para regir el Derecho aplicable a la arbitrabilidad, en atención a la ley aplicable a la cláusula compromisoria. Se identifica pues, la ley del convenio con la de la arbitrabilidad, pero poniendo especial atención a la ley de la sede con vistas a que el laudo no sea anulado por su falta de presupuesto material o por su contrariedad con el orden público del país donde va a tener lugar el recurso de anulación. Supuesto, este último, que nos lleva a analizar la aplicación del principio de territorialidad en la ley aplicable a la arbitrabilidad por el árbitro internacional y la importancia que el orden público y las normas imperativas “geográficamente” localizadas tienen sobre éstas.

b) Criterio geográfico. Principio de territorialidad

233. Conforme al criterio geográfico la localización de la ley aplicable a la arbitrabilidad se hace en atención a la ley de un Estado tomando como referencia un lugar determinado y el orden público internacional que allí impera. Ya sea la ley de la sede donde el arbitraje se pretenda llevar a cabo o la ley del lugar donde el laudo previsiblemente pueda desplegar sus efectos, la ley del exequátur. El método de recurrir a los criterios geográficos para determinar el orden público que impera en territorios determinados susceptibles de localizar el laudo y contrastar conforme al mismo la ley que se aplicará a la arbitrabilidad de la controversia internacional con el objetivo de asegurar que el laudo no devenga ineficaz en la fase final por contrariar al orden público en el foro donde pretenda desplegar sus efectos, ofrece la posibilidad de comprobar *in situ* dos de los posicionamientos más actuales inductores de los más variados debates en los foros de arbitraje internacionales. La deslocalización del arbitraje y las posibilidades

⁸²⁸ Cf., el laudo de la CCI, núm. 7337/1996, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 149-161. La obligatoriedad de respetar el compromiso arbitral en caso de quiebra no supone contrariedad con el orden público internacional.

⁸²⁹ *Vid., infra*, los problemas de orden público que este criterio plantea, y que dan lugar a una arbitrabilidad condicionada como requisito para validar el presupuesto material.

⁸³⁰ Cf., *Journ. dr. int.*, 1994, núm. 4, pp. 1071-1078, con observaciones de J.J. Arnaldez.

de éste en la era de la tecnología con los correlativos planteamientos del orden público que indiscutiblemente ello implica⁸³¹.

234. De un lado, el principio de territorialidad es un criterio que cada vez está perdiendo más adeptos. Las nuevas posibilidades del arbitraje, el arbitraje electrónico o el arbitraje “*on line*” junto a la existencia del “*cybertribunal*” arbitral vinculadas a la aceptación del comercio electrónico y a las múltiples controversias que se pueden derivar del mismo provocan automáticamente que deje de tener sentido plantearse el recurso a la sede donde el arbitraje tiene lugar para centrar más la atención en otros tipos de criterios⁸³². En la actualidad, se tiende a considerar que la sede del arbitraje tiende a devenir una ficción desprovista de un vínculo material necesario con el territorio en el que se desarrolla el procedimiento de arbitraje⁸³³, por lo que sería éste un criterio con no demasiados visos de continuidad en la determinación no sólo de la ley aplicable a la arbitrabilidad sino también en otros muchos sectores del arbitraje internacional⁸³⁴. Pero, de otro lado, su importancia sigue siendo fundamental de cara al recurso de anulación y al orden público aplicable al mismo⁸³⁵.

a. Ley de la sede

235. El lugar de la sede de arbitraje es el criterio adoptado indirectamente por la ley suiza de arbitraje, art. 176 LSDIP, donde se ha dictado una regla material que viene

⁸³¹ *Vid., supra.*, Cap. I, IV.

⁸³² *Vid., supra.*, Cap. I, IV. 1. B) c).

⁸³³ Tal y como lo contempla en la introducción y en las conclusiones, G. Kaufmann-Kohler, “le lieu de l’arbitrage...”, *loc. cit.*, p. 517, y la conclusión: “*le siège, une fiction*”, *ibid.*, pp. 534-536.

⁸³⁴ En el Auto del TS (Sala de lo Civil), el 29 de septiembre de 1998, *Ets Sebtigrains c. Armengol Hermanos, SA*, *Anuario español de DIPr*, pp. 708-710, se indica que la sede tampoco es determinante para decidir el idioma del arbitraje. No es necesario, como se creía en un principio realizar todas las actuaciones arbitrales en torno a la sede. Según el art. 16 del Reglamento de la CCI, la determinación del idioma del arbitraje es independiente de la sede donde se desarrolle el mismo. Este se determinará según lo previsto por las partes y, a falta de acuerdo entre ellas, será el Tribunal Arbitral el que indique el idioma/s del procedimiento.

⁸³⁵ En el laudo de la CCI núm. 6162/1990, *Year. Comm. Arb.* vol. XVII, 1992, pp. 153-157, se sostiene que la aplicación de la ley de la arbitrabilidad de la diferencia ha de hacerse según el sistema normativo que rige en el lugar donde se vaya a desarrollar el arbitraje, la sede arbitral. En este caso a pesar de que el Derecho elegido por la *lex contractus* era el Derecho egipcio que declaraba inarbitrable las controversias en los contratos administrativos por el mero hecho de celebrarse el arbitraje en Suiza, la causa se declaró arbitrable porque el Derecho suizo sí admite la arbitrabilidad en tales materias, al entender que no se trataba estrictamente de un contrato administrativo y en atención a que el supuesto es internacional, *cf.*, Ph. Fouchard, E. Gaillard, y B. Goldman, *Traité de l’arbitrage...*, *op. cit.*, p. 341.

a indicar que todos los arbitrajes que se desarrollen en el territorio de los cantones se registrarán por la ley Suiza de manera muy favorable a la arbitrabilidad⁸³⁶. Nos encontramos, pues, con una positivación poco común en el método comparado, donde, además el orden público se encuentra directamente implicado, ya que no es habitual que el Derecho positivo del país donde el arbitraje tenga lugar disponga que es contrario al orden público internacional de dicho país que se desarrolle sobre su territorio una controversia no-arbitrable según sus criterios⁸³⁷. En este sentido, hay que señalar que muchos de los laudos dictados en controversias relativas al Derecho de la competencia han aplicado criterios legeforistas o territorialistas que han llevado a apreciar la arbitrabilidad de la diferencia internacional tomando como referencia si la arbitrabilidad está permitida por el derecho del foro donde el arbitraje se va a llevar a cabo con su correspondiente límite de orden público⁸³⁸. El seguimiento del criterio de la sede en Suiza implica que el único límite que existe para la arbitrabilidad en todos los arbitrajes que se celebren en éste país es el orden público considerado allí internacional. Sin importar las limitaciones a la arbitrabilidad incluso de orden público internacional que provengan de otro Derecho extranjero o que incluso sean susceptibles de poner trabas al reconocimiento en ese otro Derecho⁸³⁹. Lo cual, no deja de ser criticable en atención al orden público auténticamente internacional y al resto de las consideraciones que se están aquí vertiendo⁸⁴⁰.

⁸³⁶ En el art. 176 LSDIP se contiene una regla material en materia de arbitrabilidad para todos los arbitrajes celebrados en Suiza, según el cual se aplicaran las disposiciones específicas para el arbitraje internacional si éste tiene lugar en Suiza, *cf.*, L. Idot, “Rapport introductif...”, *op. cit.*, p. 24, quién nos remite sobre éste punto al rapport de Bernini y Bernardini. *Cf.*, el art. 176. 1 LSDIP en el libro de P. Lalive, J.F. Poudret, y C. Reimond, *Le droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 289, cuya traducción oficiosa vendría a indicar que: “las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todo tribunal arbitral con sede en Suiza, (...)”.

⁸³⁷ Como exponía B. Goldman, es ésta una hipótesis muy extrema que no se suele encontrar en la práctica internacional, *cf.*, “L’arbitrabilité, le droit...”, *op. cit.*, p. 113.

⁸³⁸ Esta es la solución adoptada en el laudo de la CCI núm. 4604/1984, asunto *Editrice Giocchi Sri Milan v. CTG Products Corp. Delaware*, *Journ. dr. int.*, 1985, núm. 4, p. 973-979, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 980-981, donde se aplica la ley del Concordato intercantonal suizo para apreciar la arbitrabilidad de una controversia internacional que implicaba la aplicación del art. 85 CE, actual art. 81. De igual modo, aunque sin referirse directamente al Derecho de la competencia, el laudo núm. 2476/1976, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 173-176, también en *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, p. 936.

⁸³⁹ El único límite que debe observar el árbitro internacional es el orden público internacional de Suiza contemplado en el art. 190. 2 e), y las reservas que implica la necesaria observación de la autonomía de la voluntad de las partes en el convenio de arbitraje, *cf.*, P. Lalive, J.F. Poudret, y C. Reimond, *ibid.*, *op. cit.*, p. 308.

⁸⁴⁰ Como ya se ha explicado con anterioridad en sede judicial. No tiene sentido que se critique el inmovilismo de los jueces en cuanto a que éstos se guíen exclusivamente por el orden público del foro y no tengan en cuenta los órdenes públicos extranjeros susceptible se afectar la arbitrabilidad internacional

236. Los árbitros son pragmáticos en la decisión de la ley aplicable a la arbitrabilidad, así como en el Derecho aplicable a cada una de las causas susceptibles de nulidad del convenio arbitral porque deben procurar que el laudo que se dicte sea susceptible de recibir sanción legal y no sea anulado⁸⁴¹. Según los criterios enunciados en la Ley Modelo de la UNCITRAL, arts. 34. 2, b), i) y ii), el árbitro al igual que el juez debería tener en cuenta tanto las disposiciones de su propia ley, ley de la sede, como las de orden público del lugar del previsible exequátur. Siempre partiendo de la base de que el criterio de la sede es una noción estrictamente jurídica, determinada por las partes o por la Institución arbitral que administra el arbitraje, pero no supone una vinculación material con el lugar donde se llevan a cabo las actuaciones procesales, o se firme la sentencia. La importancia de fijar una sede es fundamental para el recurso de anulación, que será decidido por los tribunales localizados en el lugar geográfico previamente determinado, pero ello no quita para que el arbitraje se pueda desarrollar en uno o varios lugares con el consiguiente respeto al orden público internacional de cada uno de ellos que será igualmente requerido⁸⁴².

237. La importancia práctica de la ley del lugar de la sede es incuestionable. De hecho el criterio de la sede del arbitraje o, más ampliamente, el criterio territorial es el que ha seguido el sistema español⁸⁴³. Debe ser tenida siempre en cuenta, pero no como

de las controversias y, sin embargo, se permita un criterio similar en una legislación arbitral, que descarta de plano la posibilidad de un criterio de orden público transnacional para la arbitrabilidad internacional.

⁸⁴¹ Esta fue la postura arbitral adoptada en el laudo de la CCI, núm. 5730/1988, *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1029-1036, con observaciones *Clunet, ibid*, pp. 1036-1039, donde se constata el pragmatismo de los árbitros en la determinación del Derecho aplicable al convenio arbitral y por ende a la arbitrabilidad. Estos parecen desear que el laudo sea susceptible de recibir sanción legal, para lo cual aplican la ley del lugar en que se desarrolla el arbitraje, junto a otras normas, siempre indicando que en ningún caso sean contrarias al orden público.

⁸⁴² Los hechos, acontecidos en el emblemático asunto *SPPB c/ Libye*, explican con claridad el valor dado a la sede por la práctica actual, donde se asienta la consideración jurídica y no material del lugar de la sede en el arbitraje internacional. *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C)* de 28 de octubre de 1997, *Société Procédés de préfabrication pour le béton c/ Libye, Rev. arb.*, núm. 2, 1998, p. 399, con nota de B. Leurent. En este supuesto se concluye, tras una sólida argumentación, que la sede del arbitraje es una noción meramente jurídica y no-material. Si bien, las partes habían fijado, en primer lugar la sede del arbitraje en Ginebra posteriormente ésta fue trasladada a Francia. Aunque las actuaciones procesales fueron llevadas a cabo por los árbitros en sus respectivos domicilios fuera de Francia, y el laudo tampoco había sido dictado en Francia ello no implica que el arbitraje esté deslocalizado o la pérdida de la sede a nivel formal porque nada tiene que ver dónde se desarrolle el arbitraje, pues, a veces puede no coincidir con la sede formalmente establecida previamente, *cf.*, a este respecto el art. 14 del Reglamento de la CCI de 1998.

⁸⁴³ *Cf.*, M. Requejo Isidro, "Arbitrabilidad de la controversia...", *loc. cit.*, p. 69.

criterio único sino cotejándolo a su vez con otras leyes⁸⁴⁴. Si se fija la sede arbitral en un lugar se ha de saber que los jueces que decidan el recurso de anulación del laudo arbitral serán los del lugar donde el laudo ha sido dictado. De tal manera, que es conveniente tener en cuenta el orden público y la normativa imperativa susceptible de afectar a una determinada materia porque cualquiera de las partes podría invocar la falta de respeto al orden público de la sede del arbitraje como justificante con mucho peso para anular la sentencia. No es de extrañar, por tanto, que sea un deber inexcusable para el árbitro conocer la normativa que se considera de orden público internacional en el lugar o lugares donde se vaya a desarrollar el arbitraje para evitar en la medida de lo posible la anulación de la sentencia⁸⁴⁵. A costa, incluso, de caer en responsabilidad por no haber aplicado el árbitro la normativa imperativa que hubiera debido aplicar⁸⁴⁶. En una reciente sentencia de la Corte de Casación de París, dictada el 3 de junio de 1998, A. c. X., Y. y Z⁸⁴⁷, se afirma implícitamente que el Derecho a aplicar en la arbitrabilidad debe ser el del lugar de la sede arbitral ya que, aunque el árbitro se decida directamente por aplicar otro Derecho a la cuestión de la arbitrabilidad, debe cuidar que no infringe el orden público del lugar de la sede porque el recurso de anulación se dirige fundamentalmente contra el laudo arbitral internacional en ese sentido.

238. El objetivo teleológico que enunciábamos al comienzo de la fase negocial siempre debe guiar todas y cada una de las fases del arbitraje con el propósito de conseguir la ejecución del laudo arbitral y no contrariar al orden público internacional. Es el art. 7 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, trasladado al arbitraje que implica que todas las leyes imperativas sean

⁸⁴⁴ *Vid.*, el laudo de la CCI núm. 1110/1963, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996, pp. 47-53. En cuanto a la ley que se debe emplear para determinar la arbitrabilidad se acude a la ley de la sede del tribunal arbitral junto a la del país del exequátur donde la sentencia sea reconocida o ejecutada. No obstante en este caso cobra especial relevancia la ley aplicable al contrato porque la ilicitud del mismo determinará su inarbitrabilidad. En la doctrina, Y. Derains, se muestra partidario de dar preferencia a la ley que rige el convenio arbitral sumada a la ley de la sede arbitral como criterios determinantes que siempre deben ser tenidos en cuenta en la apreciación de la ley aplicable a la arbitrabilidad y a la propia competencia arbitral, *cf.*, “Powers and Duties of Arbitrators”, *op. cit.*, p. 255.

⁸⁴⁵ *Cf.*, K.H. Böckstiegel, en su *Rapport*, al igual que el de Y. Derains en la cita anterior dedicado a “Powers and Duties of Arbitrators”, *Competition and Arbitration Law. op. cit.*, p. 205.

⁸⁴⁶ *Vid.*, *infra.*, Cap. V.

⁸⁴⁷ *Vid.*, la Sent. de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 3 de junio de 1998, A. c. X., Y. y Z., *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 71-74. Con nota de E. Loquin, *ibid.*, pp. 74-79.

tenidas en cuenta en la determinación del Derecho aplicable a la arbitrabilidad de la controversia internacional⁸⁴⁸.

b. Ley del exequátur

239. Con la misma fuerza de la precaución que impone la observancia debida a la no violación del orden público internacional de la sede, en atención al recurso de anulación, se presenta con una trascendencia aun mayor, al menos en lo que a la actuación de la jurisprudencia se refiere, la tendencia a privilegiar el criterio geográfico del “previsible” lugar de ejecución y el orden público de éste que por razón de la inarbitrabilidad pueda denegar la homologación del laudo arbitral internacional en la fase final⁸⁴⁹. Tanto es así que gran parte de la doctrina defiende que en la determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad y en la del Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional, el árbitro tiene un deber de decidir a la luz del orden público internacional del lugar donde previsiblemente la sentencia sea ejecutada, según se desprende del art. V. 2 b) del Convenio de Nueva York. Entendido además como uno de los requisitos necesarios que debe observar el árbitro en la determinación del Derecho aplicable en cualquier fase⁸⁵⁰.

240. Criterio que implícitamente también se recomienda por el art. 35 del Reglamento de arbitraje CCI, y en el resto de disposiciones normativas a las que nos hemos referido con anterioridad en el ámbito de los Reglamentos internacionales de arbitraje⁸⁵¹. En la práctica arbitral, no son pocas las ocasiones en las que se ha determinado la arbitrabilidad de la diferencia y la competencia del tribunal arbitral en función de justificar la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley del país

⁸⁴⁸ En el mismo sentido, *vid., infra.*, Cap. IV.

⁸⁴⁹ Como se manifestó en los criterios a seguir por el órgano estatal, aunque las primeras tendencias observadas en este sentido, llevan a la aplicación de la *lex fori* del tribunal que conoce del asunto de la arbitrabilidad, la solución defendida por los propios Tribunales aconseja la aplicación del Convenio de Nueva York, del lugar de ejecución para la determinación de la arbitrabilidad, *vid.*, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc., cit.*, pp. 923-927, esp. p. 923. Y, A.J. Van den Berg, *The New York...*, *op. cit.*, p. 153, aunque sin perder de vista el criterio geográfico, en general, ya que también aboga por la ley de la sede para deducir la arbitrabilidad: “*The courts of the country where the arbitration is to take, or is taking, place is the more convenient forum for the question of arbitrability*”.

⁸⁵⁰ *Cf.*, H.M. Holtzmann, *Rapport: “Powers and Duties of Arbitrators”*, *op. cit.*, p. 248.

⁸⁵¹ *Vid., supra.*, en el apartado dedicado al *Principio de eficacia en los Reglamentos internacionales de arbitraje*.

donde la sentencia va a ser potencialmente ejecutada⁸⁵². Y la importancia de la interconexión entre la arbitrabilidad y el orden público del lugar de la ejecución⁸⁵³. Sin embargo, la incertidumbre es la base que sustenta este criterio. El árbitro puede prever el lugar de ejecución del laudo, pero no puede garantizarlo. Si todas sus actuaciones dependen del cumplimiento de una hipótesis, que el laudo sea ejecutado en el lugar previsto por el árbitro, y esto no se cumple, todo el procedimiento de arbitraje se puede venir abajo.

241. Por ello, a pesar de la importancia indudable que tiene este método que desplaza el control de la arbitrabilidad a la última fase del procedimiento arbitral no se estima que deba ser ésta empleada como única pauta de referencia que guíe al árbitro en la verificación de su competencia⁸⁵⁴. En ningún caso, la decisión de la ley aplicable a la controversia debe estar influenciada por simples hipótesis relativas al lugar de ejecución de la sentencia. De un lado, se critica que deba ser ésta la ley empleada para determinar la ley aplicable a la arbitrabilidad ya que, el árbitro no ejerce de adivino que acierte siempre y con toda seguridad el lugar de ejecución de la sentencia arbitral. Hay que tener en cuenta que las exigencias de orden público particulares de un único país donde sea probable que se solicite la ejecución forzosa conllevan un riesgo considerable de que el mismo laudo sea tachado de nulo en muchos otros países del mundo, donde se

⁸⁵² Así, en el laudo de la CCI núm. 2476/1976, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 173-176; también en *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, p. 936. En el emblemático asunto *Mitsubishi*, se entiende que la ley que debe prevalecer sobre las demás en la determinación del Derecho aplicable a la arbitrabilidad es la ley del lugar donde previsiblemente deba ser reconocida y ejecutada la sentencia, *cf.*, H.M. Holtzmann, *Rapport: "Powers and Duties of Arbitrators"*, *op. cit.*, p. 248. Un tribunal norteamericano decidirá a la luz del orden público internacional de los EEUU, y será libre de hacerlo porque se encuentra totalmente legitimado para ello por el art. V. 2 b) del CNY. Por mucho que todas las leyes aprueben la arbitrabilidad de un acuerdo comercial que pueda afectar a la economía de los EEUU, el laudo dictado no se reconocerá en EEUU si éste vulnera sus disposiciones de orden público internacional relativas a la arbitrabilidad.

⁸⁵³ La Sent. de la *Cour de Cassation* de Bélgica de 28 de junio de 1979, *Audi-NSU c. S. A. Adelin Petit*, *Year. Comm. Arb.*, vol. V, 1980, p. 257, muestra la interconexión entre las nociones de orden público y de la arbitrabilidad, como ejemplo significativo de rechazo del exequátur de una sentencia arbitral por causa de inarbitrabilidad sobre la base del art. V. 2, b) del Convenio de Nueva York.

⁸⁵⁴ En el laudo de la CCI, núm. 2476/1976, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 173-176; también en *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, p. 936, se trata el tema de la arbitrabilidad de la diferencia y la consiguiente competencia del tribunal arbitral, en función de justificar la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley del país donde la sentencia va a ser potencialmente ejecutada. Este laudo es particularmente ilustrativo porque se establece una polémica entre Y. Derains y Ph. Fouchard, expuesta en las notas siguientes sobre el deber del árbitro en relación con el previsible lugar de ejecución de la sentencia arbitral.

considera que el árbitro no se ha pronunciado según la ley competente⁸⁵⁵. Actitud, criticada por otros autores, de entre los que destaca Ph. Fouchard, que achaca ésta a una falta de deontología profesional del árbitro internacional como clara manifestación de un desconocimiento de las reglas de Derecho aplicable a la ejecución forzosa de los laudos arbitrales internacionales⁸⁵⁶.

242. Participamos de la opinión de que a pesar de las divagaciones necesarias que implica el respecto del orden u órdenes públicos que con carácter internacional son susceptibles de encontrarse imbricados en la controversia arbitral, el principio de eficacia y efectividad obliga al árbitro internacional a buscar siempre en la práctica la ejecutoriedad del laudo arbitral que va a dictar. Es por ello que en lugar de dejarnos llevar por una serie de entelequias doctrinales que nos lleven a sopesar los pros y los contras de todas las posibilidades de las que disponemos en cuanto a la aplicación de una determinada ley a la cuestión de la arbitrabilidad, lo más interesante es que el árbitro tiene la obligación moral de tomar en consideración la ley del Estado de ejecución en aras precisamente de conseguir la efectividad del procedimiento de arbitraje internacional⁸⁵⁷. Es la “regla de la eficacia máxima”, la que debe guiar todas las actuaciones del árbitro o tribunal arbitral⁸⁵⁸. Deber de prudencia y previsibilidad

⁸⁵⁵ Es la opinión de Y. Derains, “*la cuestión de la fuerza ejecutoria del laudo no es competencia del Tribunal arbitral, que no puede llegar ciertamente a conocerla*”, *cf.*, las reflexiones que hace en este sentido en, “L’expérience de la Cour d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale en matière de propriété industrielle”, *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, p. 40. Similares a las realizadas en su comentario al laudo de la CCI, núm. 2476/1976, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 175: “Sería erróneo estimar que los árbitros, al negarse a apreciar su competencia y más especialmente la arbitrabilidad del litigio, a la vista del Derecho del país de su posible ejecución, hacen suyo el arranque “después de mí el diluvio...””, como intento de justificar su competencia sin que *a priori* deba importar mucho la ejecución de la sentencia, debido al alto riesgo que ello implica, *ibid.*, p. 176, como refrendo a lo ya expuesto en el laudo de la CCI, núm. 2448/1972, *Recueil CCI*, 1974-1985, pp. 253-257.

⁸⁵⁶ O, lo que es lo mismo, viene a decir que un “buen” árbitro debe saber cual será el lugar/es previsible/s del exequátur, *cf.*, Ph. Fouchard, “Les conflicts de lois en matière...”, *loc. cit.*, pp. 63-72. De manera similar, lo expresa en uno de sus últimos trabajos, siempre preocupado por la eficacia del arbitraje como deber moral del árbitro internacional, *cf.*, Ph. Fouchard, “Suggestions pour accroître...”, *loc. cit.*, pp. 653-672.

⁸⁵⁷ La necesaria consideración por el árbitro o tribunal arbitral de la ley del Estado o Estados donde previsiblemente sea ejecutado el laudo, es catalogada por muchos autores como un auténtico deber u obligación moral, *cf.*, entre otros, L. Goffin, “Arbitrage et droit...”, *loc. cit.*, p. 318, y K.H. Böckstiegel, “Public Policy and Arbitrability”, *op. cit.*, p. 185.

⁸⁵⁸ En España, *cf.*, la propiedad finalista que impulsa la necesidad de conseguir un régimen arbitral completo y uniforme en pos de la eficacia máxima del laudo, esto es, su ejecución tanto en España como en el extranjero, en E. Artuch Iriberry, “Arbitraje Comercial Internacional”, *op. cit.*, p. 472. Y, en la Propuesta de reforma de la nueva Ley de arbitraje, *cf.*, J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988...”, *loc. cit.*, pp. 303-359, especialmente en la introducción al

recogido en el art. 35, a modo de broche de cierre como “Regla General” del actual Reglamento de Arbitraje de la CCI, a cuyo tenor literal, los árbitros deben siempre esforzarse para que el laudo que se dicte sea susceptible de ejecución legal. En la práctica internacional se impone la prudencia que empuja al árbitro a apreciar la arbitrabilidad de la controversia no sólo en su cuidado como presupuesto de su competencia arbitral y las normas imperativas y el orden público del conjunto de leyes enunciadas en la fase negocial, sino también considerando muy especialmente la ley donde probablemente se solicite la ejecución del laudo que va a dictar y la falta de contravención allí con el orden público internacional⁸⁵⁹.

c) *Criterio intervencionista: orden público y leyes de policía*

243. Por último, una consideración realmente especial merece la *lex causae*, en el sentido, ya que en el arbitraje no hay *lex fori* ni *lex causae*⁸⁶⁰, de ser ésta la ley de policía que reivindica ser aplicada siempre que la controversia sea susceptible de entrar dentro del ámbito de aplicación espacial de la misma⁸⁶¹. No es la ley del contrato en su conjunto, sino la ley que rige una determinada materia positivizada de manera inexcusablemente imperativa. En este sentido, la arbitrabilidad depende de las leyes de policía y de la normativa imperativa que tradicionalmente van aparejados a ámbitos materiales muy concretos, tanto en lo tocante al orden público económico de protección: consumo, seguros y Derecho del trabajo⁸⁶², como en lo relativo al orden público

respecto que hace J.C. Fernández Rozas, *ibid.*, pp. 303-308, con el propósito de adaptar nuestro sistema interno e internacional de arbitraje a las necesidades que surgen del tráfico jurídico.

⁸⁵⁹ Cf., B. Goldman, "Arbitrage Commercial International...", *loc. cit.*, p. 15.

⁸⁶⁰ Ni tampoco normas de policía del foro y extrañas a éste, sino simplemente normas de policía de la *lex contractus* y exteriores a la *lex contractus* o, en caso de haber elegido una ley distinta para el convenio y otra para la arbitrabilidad, normas de intervención que puedan incidir en dicha elección normativa. El árbitro al no ser una autoridad estatal no está vinculado por la ley del foro ni por ninguna norma de Derecho extranjero, esto es, por ningún ordenamiento jurídico. Todas las leyes estatales deben tener para él el mismo valor a excepción de la ley elegida por las partes y las normas de policía exteriores a dicha elección, *cf.*, B. Hanotiau, "The Law Applicable...", *loc. cit.*, p. 767, y J. García de Enterría, "The role of public policy...", *loc. cit.*, pp. 432-433. Y, *vid. infra.*, las especiales consideraciones al respecto en la fase arbitral en el apartado dedicado al estudio de la incidencia de las normas de intervención y el orden público en el Derecho aplicable, Cap. IV. II.

⁸⁶¹ Las leyes de policía que se aplican a la arbitrabilidad de forma extraterritorial e inmediata aunque la situación esté localizada en el extranjero, cualquiera que sea la norma extranjera aplicada, *cf.*, A. Nuyts, "L'application des lois de police...", *loc. cit.*, p. 263.

⁸⁶² *Vid. infra.*, un estudio específico de éstos ámbitos en el Capítulo III. II.

económico de dirección: Derecho de la competencia, propiedad industrial e intelectual, Derecho de la quiebra o de los procedimientos colectivos, etc.⁸⁶³.

244. Es este un criterio en el que existe una casi unanimidad doctrinal que considera que siempre debe ser defendido, puesto que en las materias regidas por las normas imperativas o que interesan al orden público de manera particular, la arbitrabilidad se encuentra íntimamente vinculada al Derecho aplicable al fondo⁸⁶⁴. Aunque de otro lado, también nos encontramos con detractores de ésta opinión que rechazan la aplicación *ratione materiae* de las normas de policía extranjeras que restrinjan la arbitrabilidad⁸⁶⁵.

245. La concesión que el Estado realiza al permitir la arbitrabilidad de las controversias en materias especialmente sensibles al orden público requiere una contraprestación a cambio y es que los jueces privados apliquen la normativa imperativa y el orden público en el Derecho aplicable al fondo como requisito *sine qua non* para definir la arbitrabilidad⁸⁶⁶. La interconexión entre el Derecho aplicable al fondo y el Derecho aplicable a la arbitrabilidad se acrecienta hasta el punto de producirse la extraña paradoja de que el árbitro debe incluso descender a la fase arbitral como requisito previo para apreciar la arbitrabilidad y su propia competencia en la fase negocial⁸⁶⁷. El carácter de orden público de éstas materias limita la libertad de las partes

⁸⁶³ *Vid., infra*. El ejemplo típico, es la ley imperativa o norma de policía que rige el Derecho de la competencia, apartado en el que no nos vamos a detener puesto que será objeto de un posterior análisis más sostenido, Cap. III. I.

⁸⁶⁴ *Cf.*, P. Mayer, "Le contrat illicite", *Rev. arb.*, núm. 2, 1984, pp. 205-225, y los comentarios a la sentencia de la *Cour d'appel* de Paris, première chambre, section A.-19 de mayo de 1993, *Société Labinal c/Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *Journ. dr. int.*, 1993, núm. 4, pp. 957- 979, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 979-989, sobre arbitrabilidad en materias relativas al Derecho de la competencia y orden público internacional.

⁸⁶⁵ *Cf.*, entre otros, los comentarios realizados al laudo de la CCI, núm. 6719/1994, *Journ. dr. int.*, 1994, núm. 4, pp. 1071-1078, con observaciones de J.J. Arnaldez donde se defiende como único límite a la ley aplicable a la arbitrabilidad el orden público internacional del lugar de la sede, Suiza, pero no las disposiciones restrictivas a la arbitrabilidad del Derecho extranjero.

⁸⁶⁶ *Cf.*, B. Goldman, "L'arbitrabilité, le droit applicable...", *op. cit.*, p. 114.

⁸⁶⁷ Sobre éste polémico tema que da la vuelta al procedimiento arbitral tradicional obligando al árbitro a bajar a la fase arbitral para apreciar la arbitrabilidad, dado que si aplica la ley al fondo del asunto y en su aplicación descubre que se encuentra ante un caso ilícito ello determina la inarbitrabilidad automática de la controversia y que en consecuencia debe declinar su incompetencia *vid. infra.*, en éste mismo capítulo el apartado III. 2. B) dedicado a los obstáculos a la arbitrabilidad internacional de la controversia en Derecho de la competencia.

y de los árbitros en relación con las mismas⁸⁶⁸. Es el “arbitraje condicionado” en materias de orden público que implica que la ley que gobierna el fondo deba ser también la ley que gobierna la arbitrabilidad⁸⁶⁹. Dado que la noción de orden público condiciona la arbitrabilidad en éstas materias los árbitros tienen la obligación de aplicarlas al ser normas de orden público “verdaderamente internacional”, a pesar de que la ley aplicable al contrato sea otra distinta de la que contiene la normativa imperativa que se impone en determinados ámbitos sustantivos especialmente protegidos por normas de intervención estatal⁸⁷⁰. Prevalece en éste caso el orden público a la autonomía de la voluntad de las partes, y, en consecuencia sobresale, en éste sentido, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje sobre el carácter contractual del mismo.

246. Mención especial merecen aquí ámbitos materiales que se han caracterizado por ser puntos de desencuentro tradicionales respecto a la arbitrabilidad de la controversia en relación con el orden público económico de dirección imperante. Nos referimos, por ejemplo, al Derecho de la competencia, donde es habitual que el árbitro tenga también en cuenta la ley relativa al Derecho de competencia cuya aplicación es invocada⁸⁷¹. La Propiedad industrial e intelectual, donde se ha producido una apertura a la jurisdicción arbitral de la que también ha sido partícipe el ordenamiento jurídico español⁸⁷². La doctrina coincide en señalar que la ley aplicable a la arbitrabilidad es la ley del lugar donde se haya registrado la marca o donde se haya depositado la patente, vinculándose, pues, al principio de territorialidad coincidente con la ley de policía que reclama ser aplicada⁸⁷³. Otro ámbito conflictivo donde la arbitrabilidad de la

⁸⁶⁸ Cf., Ph. Fouchard, “Les conflicts de lois...”, *loc. cit.*, p. 63.

⁸⁶⁹ Es por ello que el siguiente apartado lo hemos dedicado a resolver desde un ámbito concreto todos los problemas que en relación con la arbitrabilidad y con la normativa imperativa y el orden público se pueden derivar de la fase negocial. Sobre el “arbitraje condicionado” a que en efecto el árbitro aplique el orden público y la normativa imperativa al fondo de la controversia y la consiguiente “arbitrabilidad condicionada”, *vid., infra*, el apartado reservado a ésta expresión en el Derecho de la competencia.

⁸⁷⁰ Cf., S. Franco, “L'Arbitrage et le Droit Européen”, *loc. cit.*, pp. 356-357.

⁸⁷¹ *Vid.*, entre otras la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^a Ch., sect. C.)* de 29 de marzo de 1991, *Société Ganz et autres c. Société nationale des Chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 478-481, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 481-486. Arbitrabilidad de las controversias que interesan al orden público en el Derecho de la competencia.

⁸⁷² Relativo al arbitraje en la propiedad industrial, *vid.* P.A. de Miguel Asensio, “Arbitraje y contratos internacionales...”, *loc. cit.*, pp. 27-47. Sobre la quiebra de la imperatividad en el sentido de la arbitrabilidad en la propiedad industrial, *cf.*, las actas del coloquio CIADI, acerca de “La propriété intellectuelle et l'arbitrage”, *Rev. arb.*, 1993, núm. 4, p. 507.

⁸⁷³ Cf., Ph. Fouchard, “Les conflicts de lois...”, *loc. cit.*, pp. 67-71. *Vid.*, en ésta misma edición todos los comentarios relativos a diferentes aspectos de la propiedad industrial, A. Chavanne, “Arbitrage

controversia, unida indisolublemente a criterios de competencia de los árbitros, plantea problemas debido a su consideración de orden público es el Derecho de quiebra y las decisiones relativas a los procedimientos colectivos que la acompañan⁸⁷⁴.

247. Cuando una entidad, especialmente una Compañía internacional, entra en bancarrota comienza un proceso del cual forman parte muchos contratos algunos de los cuales contienen convenios de arbitraje. La cuestión de saber si los aspectos relativos al arbitraje pueden ser ejecutados por causa de la quiebra o si la ejecución del laudo dictado va a ser imposible sobre la base de la alegación de la excepción de orden público, parece haber sido resuelta. Los tribunales al resolver este tipo de controversias han adoptado de manera uniforme la visión de que el hecho de que se contenga una cláusula arbitral en los contratos puede dar lugar a una amplia discrecionalidad por parte del tribunal sobre todo en cuanto a la aplicación de orden público se refiere⁸⁷⁵. La problemática relativa a la ley aplicable a la arbitrabilidad en materia de quiebra versa fundamentalmente sobre el impedimento que supone una atribución imperativa de jurisdicción en éstas materias. Hecho que en la mayoría de los ordenamientos es solucionado gracias a la aplicación del principio de especialidad y el de flexibilidad internacional que permite la arbitrabilidad de las controversias en determinados aspectos sustantivos y procesales de la quiebra únicamente si el supuesto es internacional⁸⁷⁶. Con

et transfert de brevets, savoir-faire, marques de fabrique et de commerce et autres droits de nature à promouvoir la coopération internationale”, *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 5-20; H. Briseño Sierra, “L’utilisation de l’arbitrage pour le règlement des litiges de transfert de technologie”, *ibid.*, pp. 20-33; G. Sebestyen, “Arbitrage et coopération industrielle internationale”, *ibid.*, pp. 33-40; Y. Derains, “L’expérience de la Cour d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale en matière de propriété industrielle”, *ibid.*, pp. 40-61. B.M^a Cremades, “L’arbitrage dans les contrats internationaux de transfert de technologie passés par des entreprises espagnoles”, *ibid.*, pp. 72-93; G. De Berti, “Arbitrage et transfert de brevets, know how, marques de fabrique et droits semblables en vue de promouvoir la coopération industrielle internationale. Aperçu de la position italienne”, *ibid.*, pp. 93-97 y G. Recchia, “Nouvelles questions constitutionnelles sur les droits de propriété industrielle et l’arbitrage en Italie”, *ibid.*, pp. 97-102.

⁸⁷⁴ Objeto de laudos interlocutorios de la CCI, *vid.*, el laudo de la CCI, núm. 6697 de 26 de diciembre de 1990, *Casa c. Cambior*, que se pronuncia a favor de la competencia de un tribunal arbitral para conocer de una demanda fundada en un procedimiento colectivo. También el laudo interlocutorio CCI, núm. 6632 de 27 de enero de 1993, donde el tribunal estima que el procedimiento colectivo del que era objeto una de las sociedades partes, no es obstáculo para que el tribunal arbitral se pronuncie sobre una demanda de *security for cost*, *vid.*, también la nota de D. Cohen a la Sent. de la *Cour d’appel* de París, de 20 de septiembre de 1995, “Arbitrabilité des litiges et compétence des arbitres face au droit des procédures collectives”, *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, pp. 87-100.

⁸⁷⁵ Algunos autores juzgan innecesario la utilización de los razonamientos de la excepción de orden público en este sentido, *cf.*, J.W. Stempel, “Pitfalls of Public Policy...”, *loc. cit.*, pp. 333-335.

⁸⁷⁶ En EEUU, existe una atribución imperativa de jurisdicción, competencia atribuida por el *Bankruptcy Code* de 1978, que atribuye a un Tribunal exclusivo y especializado la competencia en este

las reservas correspondientes que excluyen la arbitrabilidad de las controversias en determinadas cuestiones que versan sobre procedimientos colectivos y sobre competencias exclusivas que lo siguen siendo en el ámbito internacional, y requieren un análisis más detenido que aquí expresamente se ha excluído⁸⁷⁷.

248. Hay que retener que todos los criterios enunciados, el de la autonomía de la voluntad, geográficos e intervencionistas, individualmente considerados son improductivos en la práctica. No existe una única ley estatal que resuelva de manera definitiva y en su totalidad todos los supuestos del problema del Derecho aplicable al ámbito material. Y, en caso de que existiera, en un supuesto particular, ésta será susceptible de impugnación en la fase de control donde siempre se podrá alegar la inarbitrabilidad de la diferencia por su contrariedad al orden público internacional⁸⁷⁸. La conclusión que se impone es la de apelar por la necesidad de que la instancia arbitral tenga en cuenta más de una ley en relación con el sujeto material. Ello conduce a que prevalezca la consideración por el árbitro de las leyes más restrictivas en cuanto a la arbitrabilidad encausada, que se corresponden con la ley de policía sospechosa de ser aplicada y la ley del lugar del exequátur que suele coincidir a menudo con la primera. De acuerdo con Ph. Fouchard y P. Lalive, se impone la “regla de la severidad” a la hora de seleccionar la ley aplicable a la arbitrabilidad de la controversia internacional⁸⁷⁹.

determinado ámbito material de casos de quiebra o de bancarrota. Sin embargo, esta atribución imperativa de jurisdicción no surte efecto cuando una de las partes no está sometida a la jurisdicción de los tribunales norteamericanos. Esto es, en el caso en que el convenio de arbitraje sea internacional, *cf.*, M.F. Hoellering, "Arbitrability of Disputes", *loc. cit.*, pp. 138-139.

⁸⁷⁷ Después de la apertura del procedimiento colectivo, el curador, el administrador o el liquidador, podrán someter a arbitraje las controversias que escapen a la competencia exclusiva del juez de la quiebra, es decir aquellas que no pongan su causa en la quiebra, *cf.*, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, pp. 959-960; *vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel* de París (*1^a Ch. Suppl.*) de 16 de febrero de 1989, *Société Almira Films c. Pierrel ès qual*, *Rev. arb.*, 1989, núm. 4, pp. 711-715, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 715-722, relativa a los procedimientos colectivos y a la arbitrabilidad en el reconocimiento y ejecución contrarios al orden público internacional.

⁸⁷⁸ Los criterios enunciados están abocados a un ataque continuo fomentado por la posibilidad de su impugnación material basada en la contrariedad al orden público por la inarbitrabilidad de la diferencia, sea cual sea la ley aplicable a la arbitrabilidad, *cf.*, E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 183.

⁸⁷⁹ *Cf.*, Ph. Fouchard, "Les conflits de lois...", *loc. cit.*, p. 67. En el mismo sentido que éstos autores, J.B. Racine, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, p. 160, coincide en que este es un criterio que tiene mucho que ver con la ley del exequátur dado que la mayor parte de las ocasiones en las que una controversia entra en el campo de aplicación de una ley de policía ésta suele coincidir con el lugar previsible de ejecución de la sentencia. Incluso en el apartado dedicado por B. Hanotiau al respecto habla de las leyes de policía extranjeras del lugar de ejecución del contrato o de la sentencia, *cf.*, "The Law Applicable...", *loc. cit.*, p. 766.

Cuanto mayor sea el número de leyes susceptibles de incidir en la arbitrabilidad que sean aplicadas por el árbitro internacional, mayor seguridad tendrá éste de que posteriormente el laudo dictado no sea anulado o fácilmente irreconocible o no ejecutado. Desde la fase inicial en atención al orden público internacional hay que insistir en el deber de responsabilidad y en la búsqueda de la eficacia del laudo arbitral por el árbitro internacional.

249. Para evitar la confusión que lleva implícita el método de recurrir a una aplicación cumulativa de distintas leyes para resolver la cuestión de la arbitrabilidad internacional y con el propósito de ayudar al tribunal arbitral a ahorrar tiempo en su decisión jurídica, no cabe duda que un método deseable y altamente recomendable es el de proporcionar a los árbitros una especie de guía formada por normas materialmente elaboradas que sean de utilidad práctica⁸⁸⁰ o, mejor aún, la implantación de un orden público transnacional adecuado al arbitraje internacional que solucione de una vez por todas el tema de la arbitrabilidad⁸⁸¹. En definitiva, la ley que gobierna la arbitrabilidad es crucial pero no exclusivamente determinante de la misma ya que, en la actualidad, la evolución del arbitraje tiende a prevalecer en los rangos del orden público, principios de validez material con la pretensión de importar más que las normas estatales determinantes de la arbitrabilidad. Los principios se han impuesto sobre cualquier normativa de carácter estatal⁸⁸².

C) Orden público transnacional y criterios de validez material

250. Como se viene poniendo de manifiesto en las páginas precedentes, la discusión en torno a la ley aplicable a la arbitrabilidad de la controversia es muy similar a la determinación de la misma cuestión en el Derecho aplicable al fondo del litigio. En

⁸⁸⁰ Idea propuesta por K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, *op. cit.*, p. 190.

⁸⁸¹ Solución conocida defendida por B. Goldman consistente en estimar la arbitrabilidad en atención a un orden público internacional, *cf.*, “L’arbitrabilité, le droit applicable...”, *op. cit.*, pp. 109-117, en especial las conclusiones, *ibid.*, pp. 331-341.

⁸⁸² *Cf.*, J.G. Wetter, “The Internationalisation of International Arbitration: Looking Ahead to the Next Ten Years”, *The Internationalisation of International Arbitration. The LCIA Centenary Conference*, M. Hunter, A. Marricct, V.V. Veeder, (editores), London-Dordrecht-Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, p. 90.

este orden de ideas es totalmente lógico que al igual que el árbitro se ha referido a la existencia de normas transnacionales para determinar el fondo en la fase arbitral⁸⁸³, nos planteemos si puede ser posible que en la fase negocial se apliquen principios generales del arbitraje internacional como criterios sustantivos que sirvan para determinar el presupuesto material. El planteamiento que se pretende abordar es si existe *de facto* una regla material transnacional que se pueda aplicar para determinar la ley aplicable a la arbitrabilidad⁸⁸⁴. Punto del que partimos impulsados por una paridad de criterios encontrados.

251. Mientras que para algunos autores, ante la constancia de la inexistencia de una norma transnacional unánimemente aceptada para determinar la arbitrabilidad, la ley a aplicar sería siempre de naturaleza estatal⁸⁸⁵. Para otros, sí existe una norma transnacional que se pueda aplicar directamente como si de un principio de orden público internacional de validez *ratione materiae* se tratase, sin necesidad de confrontar la misma con ninguna *lex fori*⁸⁸⁶. Según B. Goldman, adalid por excelencia en la promoción de un orden público transnacional aplicable al presupuesto material, todas las dudas en torno a la arbitrabilidad de las controversias podrían ser superadas si se admite que para un tribunal arbitral internacional el problema de la arbitrabilidad debería ser resuelto con la aplicación de una norma material de arbitraje internacional. Después de apreciar la práctica arbitral internacional, en un ámbito material concreto, como fue el Derecho de la competencia, observó que existe un principio de orden público transnacional a favor de la arbitrabilidad, que sostiene que resulta infructuoso debatir sobre la ley aplicable a la misma puesto que sea ésta la que sea, la arbitrabilidad

⁸⁸³ Uno de los laudos en el que el árbitro estima conveniente la aplicación de la *lex mercatoria* al fondo de la controversia, aunque sin identificar ésta directamente con el Derecho transnacional y considerarse posteriormente dicha elección insuficiente, lo encontramos en el laudo parcial de la CCI núm. 7319/1992, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 141-148.

⁸⁸⁴ Cuestión planteada, entre otros, en el laudo de la CCI, núm. 6719/1994, *Journ. dr. int.*, 1994, núm. 4, pp. 1071-1078, ya comentado.

⁸⁸⁵ Cf., L. Idot, "Rapport introductif. L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public des litiges interessant la concurrence", *op. cit.*, p. 23, en la misma monografía, cf., A. McClellan, "Arbitrability, Applicable Law...", *loc. cit.*, p. 102 y D. Hascher, "Case Law and Arbitrability...", *op. cit.*, p. 155.

⁸⁸⁶ Contra este criterio de determinar la arbitrabilidad de las controversias basándose en distintas leyes nacionales, B. Goldman, exponía que la arbitrabilidad de las diferencias internacionales tendría que ser considerada como un principio transnacional, sin que cupiese valoración alguna con un concreto sistema legal determinado, cf., B. Goldman, "L'arbitrabilité, le droit applicable...", *op. cit.*, p. 115. *Vid.*, también las interesantes conclusiones al respecto, *ibid.*, p. 331.

en Derecho de la competencia será admitida en virtud de un orden público transnacional. Instando a la práctica para que fuesen los árbitros, en primer lugar, los que apreciaran la arbitrabilidad de la controversia internacional no en relación a una determinada ley estatal sino en atención a una regla material de orden público internacional⁸⁸⁷.

252. De otro lado, se ha comprobado que la conveniencia de recurrir a normas materiales aplicables a la arbitrabilidad había sido fomentada por las legislaciones de arbitraje más modernas mediante la incorporación de criterios materiales específicos en esta materia⁸⁸⁸. No obstante parece ser que la complejidad del tema y la falta de acuerdo internacional de la que se deriva la dificultad de elaborar normas materiales que sean de utilidad en el marco internacional ha provocado un comprensible desencanto en el hecho de que las legislaciones más novedosas no hayan seguido por ésta línea. Parecía que las nuevas reformas de las leyes de arbitraje habían dado un paso al frente al proporcionar normas materiales de DIPr que resolvían el problema de la arbitrabilidad estimando que debe ser la ley del lugar donde se desarrolla el arbitraje la que decida acerca del presupuesto material en todos aquellos casos donde al tribunal arbitral se le planteara dicha cuestión⁸⁸⁹. El modelo para elaborar dichas reglas propuesto por la doctrina surge, a partir de la obligada referencia a la ley federal suiza de DIPr, de 18 de diciembre de 1987, que identifica la arbitrabilidad internacional con la patrimonialidad del supuesto, art. 177. 1⁸⁹⁰. Criterio con el que ya hemos manifestado nuestra parcial disconformidad si se pretende utilizar aisladamente como pauta de aplicación genérica válida para la arbitrabilidad de la controversia internacional aplicada con carácter de supranacionalidad. Este nunca sería transnacional ya que su origen parte de los criterios

⁸⁸⁷ Siguiendo con el ejemplo utilizado por B. Goldman, en un anterior trabajo, *vid.*, el laudo de la CCI núm. 5477/1988, *Journ. dr. int.*, 1988, núm. 4, pp. 1204-1205, con observaciones de G. Aguilar Alvarez, pp. 1205-1206. Arbitrabilidad de demandas fundadas sobre una responsabilidad delictual, estrechamente vinculadas a la demanda sobre la que se basa el contrato, *cf.*, "Arbitrage Commercial International: Convention d'arbitrage...", *loc. cit.*, p. 18.

⁸⁸⁸ Nos referimos al art. 177 de la Ley suiza de DIPr y al índice que recoge la LM de la Uncitral, entre otras normas, ya derogadas, *cf.*, E. Artuch, *cf.*, *El convenio ...*, *op. cit.*, p. 183.

⁸⁸⁹ *Cf.* El laudo de la CCI núm. 6162/1990, *Year. Com. arb.*, vol. XVII, 1992, p. 153, donde se aplica la ley de la sede arbitral a la arbitrabilidad de la diferencia.

⁸⁹⁰ Sus artículos 177 y 178, fijan para todos aquellos convenios de arbitraje que tengan lugar en Suiza, y en los que se aplique derecho suizo, sus condiciones de validez de forma y de fondo. En el art. 177. 1, se especifica que es arbitrable toda controversia de naturaleza patrimonial, *cf.*, Ph., Fouchard, "Suggestions pour accroître...", *loc. cit.*, p. 660. Criterio de la patrimonialidad que, como se recordará, también fue el adoptado por la nueva ley de arbitraje alemana, *vid.*, *supra.*, apart. II. 3. B) b).

de un país determinado y todavía no existe una “democratización” suficiente del mismo ya que no es un número considerable el de las legislaciones de arbitraje que lo han adoptado⁸⁹¹.

253. Los únicos criterios que de manera general servirían para determinar la arbitrabilidad son los anteriormente enunciados en cuanto a las condiciones necesarias y la condición suficiente del orden público en la arbitrabilidad. Se ha descartado la existencia de un criterio común en el ámbito internacional que acuerde en qué consiste la disponibilidad, la patrimonialidad o los ámbitos materiales donde existe una atribución imperativa de jurisdicción que impidan la arbitrabilidad internacional. A nuestro entender, los métodos tratados en la actualidad, tal y como se desprende del devenir observado por la doctrina y por la práctica jurisprudencial y arbitral internacional, dan como resultado, más que criterios dispositivos resolutivos, una serie de principios que deberían guiar la práctica tanto arbitral como judicial. Se vuelven a traer a colación los principios del “*favor arbitrandum*”, el de la “*presunción de arbitrabilidad*” y el principio derivado de la jurisprudencia francesa de validez del convenio de arbitraje internacional⁸⁹². La interpretación *in favore validitatis* del convenio de arbitraje internacional⁸⁹³, es consustancial con el principio de validez material y con el del *favor arbitrandum* en la arbitrabilidad de la controversia internacional.

D) El orden público en el principio de validez del convenio de arbitraje internacional: discrepancias en cuanto a su alcance realmente internacional

254. Sin entrar de nuevo en el fondo de un asunto que ya ha sido objeto de un exhaustivo análisis por parte de nuestra doctrina⁸⁹⁴, nuestra pretensión se encamina a

⁸⁹¹ Vid., *supra.*, “la democratización de los contenidos del orden público transnacional”, como ejemplo que aquí no se cumple en materia de arbitrabilidad, Cap. I. IV.

⁸⁹² Principio, especialmente este último, que lógicamente contagia de validez al presupuesto material, con las cautelas necesarias que impone el orden público transnacional, ya que estos principios se encuentran aceptados en la jurisprudencia francesa pero no tienen un carácter supranacional, *cf.*, E. Artuch. Iriberrí, *El convenio arbitral ...*, *op. cit.*, pp. 97-192.

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 132.

⁸⁹⁴ En líneas generales el principio de validez o de autonomía del convenio viene a decir que la autonomía del convenio de arbitraje no sólo consiste en que éste se pueda someter a una ley diferente de la que rige el contrato, sino que va mucho más allá. El convenio no quedaría regulado por ninguna ley

situar el papel desempeñado por el orden público en el principio de autonomía del convenio de arbitraje internacional donde es indudable que éste juega un papel fundamental. Según este principio el convenio de arbitraje es válido únicamente por ser internacional. Su validez no tiene por qué confrontarse con ninguna ley estatal ni con ningún orden público ni normas de intervención particularmente apegadas a un sistema nacional, pues la referencia a su independencia se entiende en su radicalidad, esto es, autonomía del convenio internacional respecto a toda ley y criterio nacional⁸⁹⁵. La validez conflictual del principio trasladado al Derecho aplicable a la arbitrabilidad haría que el estudio de este apartado dejase de tener sentido puesto que resultaría absurdo preocuparse por la ley aplicable *ratione materiae* cuando la validez de ésta es independiente a toda ley estatal. Cualquier materia se podría arbitrar únicamente por incluir en ella una cláusula compromisoria y ser el supuesto internacional. O, lo que es igual, la admisión del principio de validez internacional del convenio arbitral permitiría deducir la validez material por el mero hecho de su internacionalidad⁸⁹⁶.

estatal, la existencia y la validez del convenio sería una norma transnacional, *cf.*, E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, pp. 159-176, esp. pp. 159-161.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 169. Autonomía conflictual del principio de validez del convenio de arbitraje internacional afirmada por primera vez en un tribunal en la sentencia de la jurisprudencia francesa conocida como el “asunto Dalico”, *vid.*, *Cour d’appel de Paris (1^a Ch., sect. C.)* de 26 de marzo de 1991, *Comité populaire de la Municipalité d’El Mergéb c. Société Dalico contractors*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 456-462, con nota de H. Gaudemet-Tallon, *ibid.*, pp. 462-469.

⁸⁹⁶ La jurisprudencia francesa, es la que se arroga la maternidad de reconocer el principio de validez de la cláusula arbitral como una norma material de alcance internacional. Un breve recorrido por los orígenes y la situación actual de su aceptación, en la práctica arbitral y en la doctrina jurídica, nos traslada desde el asunto *Gosset*, donde por primera vez se estableció la autonomía sustantiva o material del convenio de arbitraje internacional, *vid.*, la Sent. del Tribunal de Casación (1.^a Sala Civ.) de 7 de mayo de 1963, en el asunto “*Gosset*”, *cf.* J.D. González Campos, “El convenio de arbitraje...”, *loc. cit.*, p. 27. Pasando por los asuntos *Hecht* y *Menicucci*, que reafirmaron la jurisprudencia favorable a la autonomía material del convenio, *vid.*, la sent. de la *Cour d’appel* de París (1.^a Ch. Suppl.), de 19 de junio de 1970, *Hecht c. Société Buisman’s*, *Journ. dr. int.*, 1972, p. 62, con nota de B. Oppetit, sobre la arbitrabilidad de materias pactadas en acto mixto, entre comerciante y no comerciante, y la sent. de la *Cour d’appel* de París de 13 de diciembre de 1975, *Menicucci c. Mahieux*, *Journ. dr. int.*, 1976, núm. 1, pp. 106 ss; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1976, p. 511, con nota de B. Oppetit, también, en *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 147-149, con nota de Ph. Fouchard, *ibid.*, pp. 149-150. La cláusula compromisoria internacional es válida en un acto mixto entre comerciantes y no comerciante.

En el asunto *Dalico*, fue donde, por primera vez, a la autonomía material del convenio internacional se le añadió el reconocimiento también de la autonomía conflictual del mismo, consagrándose definitivamente la autonomía conflictual del convenio internacional desvinculado de toda ley estatal, *vid.*, la Sent. de la *Cour d’appel de Paris (1^a Ch., sect. C.)* de 26 de marzo de 1991, *Comité populaire de la Municipalité d’El Mergéb c. Société Dalico contractors*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 456-462, con nota de H. Gaudemet-Tallon, *ibid.*, pp. 462-469. Criterio seguido a su vez, entre otras, por la Sent. *Cour d’appel* de París, de 8 de marzo de 1990, *Coumet et Ducler c. Sté Polar-Rakennusos a Keythio*, *Rev. arb.*, 1990, pp. 675 y ss, con nota de P. Mayer, la Sent. de la *Cour d’appel* de París, de 17 de diciembre de 1991, *Rev. arb.*, 1993, pp. 281 y ss, con nota de H. Synvet y la Sent. de la *Cour d’appel* de París, de 14 de noviembre de 1991, *Cts Legrand c. Sté European country hotels limited*, *Rev. arb.*,

255. El principio tal y como ha sido enunciado en el párrafo anterior causa cuanto menos un motivo de alarma que debe ser mitigada en el sentido de que la amplia liberalidad que se desprende de su consideración general no es total. El orden público internacional es el único límite que actúa como causa de nulidad exclusiva no sólo del convenio de arbitraje internacional sino también de su presupuesto material. Criterio que, en consecuencia, vendría a significar que el orden público internacional habría pasado a ser la única causa de invalidez del convenio de arbitraje internacional⁸⁹⁷. Por mucho que se extienda el principio de autonomía de la cláusula compromisoria respecto a toda la ley estatal y el reconocimiento de su validez como norma material de Derecho internacional del arbitraje, la autonomía llevada a sus últimas consecuencias no se posibilitará. Siempre existe un límite, una cláusula general de salvaguarda consistente en el orden público internacional, o transnacional. Aún en el supuesto de admitir que el principio de validez del convenio es una norma transnacional del arbitraje internacional el orden público que limita hasta dónde debe llegar la desvinculación de esa validez de toda normativa será un orden público transnacional.

256. La aceptación de estas premisas no dejan de plantear problemas relativos a la falta de garantías respecto a la fijación y a la consideración del orden público susceptible de anular el convenio de arbitraje internacional y las repercusiones casi ilimitadas que parecen desprenderse en relación con la arbitrabilidad de la controversia internacional. Como viene siendo afirmado, al día de hoy no existe un orden público

1994, pp. 545 y ss, nota de Ph. Fouchard; Sent. de la *Cour d'appel* de París, de 26 de marzo de 1991, *Rev. arb.*, 1991, pp. 456 y ss, con nota de Gaudemet-Tallon.

En todas ellas, se especifica que el convenio de arbitraje posee una completa autonomía jurídica respecto de toda ley estatal, y la única reserva a la misma está en el orden público internacional: "...la *validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international*". En las siguientes sentencias los jueces han considerado, tanto en apelación como en casación, únicamente al orden público internacional como límite al principio de validez del convenio arbitral, excluyendo la aplicación de las normas imperativas de Derecho francés. *Vid.*, por ejemplo, la Sent. de la Corte de Apelación de París, de 13 de junio de 1996, *Sté Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c. Sté Icori Estero Spa y Sté Lombardini Estero Spa*, *Rev. arb.*, 1997, pp. 251 y ss, con nota de E. Gaillard, y de E. Loquin, *Journ. dr. int.*, 1997, p. 151. También, la Sent de la Corte de Casación de 21 de mayo de 1997, *Renault c. Sté V 2000 (Jaguar France)*, *Rev. arb.*, 1997, pp. 537 y ss, con nota de E. Gaillard. En todo caso, para un mayor abundamiento de las sentencias citadas y una explicación más detallada de la evolución jurisprudencial del principio de validez material, *vid.*, la obra precitada de E. Artuch Iriberry, *ibid.*, pp. 159 y ss, y J.B. Racine, *ibid.*, pp. 184-199.

transnacional que entienda de manera universal qué materias entran dentro de la arbitrabilidad y la consideración del orden público meramente “internacional” como se deduce de la afirmación del principio no deja de plantear la validez del convenio internacional según los criterios internacionales del foro. Nuestra postura sobre dicho principio se entiende a través de un rechazo o si se quiere de una aceptación parcial del mismo. En efecto, la teoría de la autonomía conflictual del convenio de arbitraje de toda ley estatal supone la aceptación del principio de validez del convenio arbitral como principio material del Derecho internacional, sólo que no estamos de acuerdo con el alcance global al que parece ir dirigido tal principio y tampoco con la aceptación *prima facie* del pretendido carácter transnacional que de él se desprende⁸⁹⁸. En lo que sí nos manifestamos plenamente conformes es en considerar la necesidad de que se adopten reservas al mismo mediante las limitaciones de orden público.

257. Las discrepancias vienen del lado de que no consideramos al principio de validez como una norma transnacional del arbitraje internacional. Existen argumentos de peso contrarios a que la jurisprudencia francesa esté aplicando una norma material transnacional en su sentido estricto, puesto que cuando un Tribunal aplica un principio de validez material no significa que este sea transnacional sino simplemente es una norma material de DIPr francés⁸⁹⁹. Postura que se reafirma ya que, de otro lado, tampoco toda la doctrina la comparte⁹⁰⁰, ni tampoco el total de la propia jurisprudencia francesa está a favor del principio de validez del convenio arbitral como norma transnacional⁹⁰¹. Se descarta, pues, que el principio de validez del convenio de arbitraje

⁸⁹⁷ En este aspecto, J.B. Racine subraya que la conclusión primordial por él extraída en la fase negociada es que el orden público ha devenido la única causa de nulidad del convenio de arbitraje internacional, *cf.*, *ibid.*, p. 183 y p. 437.

⁸⁹⁸ En contra, J.B. Racine, y la mayoría de la doctrina francesa que defiende sin paliativos que el principio de autonomía del convenio de arbitraje internacional es un principio considerado de orden público transnacional para el arbitraje internacional, *vid.*, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, pp. 183-195, y la bibliografía allí citada.

⁸⁹⁹ Argumentos trasuntos de la investigación de E. Artuch Iriberry, *El convenio de arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 166-167.

⁹⁰⁰ E. Gaillard, niega que el principio de validez sea una norma material transnacional creada ni pretendida por la jurisprudencia francesa, *cf.* en su nota a la sentencia *Dalico*, *Journ. dr. int.*, 1994, núm. 2, p. 439.

⁹⁰¹ Aunque se trate de una jurisprudencia muy reducida, sólo conocemos dos supuestos en el que el convenio ha sido invalidado por normas concretas y ha sido ampliamente criticada tanto por ser demasiado estricta como poco consecuente con la internacionalidad del supuesto, *vid.* *Asunto Société Pia Investments c. Société L & B Cassia*, Sentencia en apelación: *Sent. Cour d'appel de Paris (1er Ch.)* de 26 de febrero de 1988, y en casación: *Sent. Cour de Cassation* de 10 de julio de 1990, *Rev. arb.*, 1990, núm.

sea una norma auténticamente internacional o transnacional. Por el momento, es más aconsejable limitar su universalidad conforme a la realidad práctica internacional hasta que realmente exista una aceptación de este principio con carácter universal para que éste pueda ser considerado “realmente” internacional y no existan dudas de que sólo sea una norma material de DIPr francés⁹⁰².

258. En definitiva, aunque se reconozca el indudable valor que tiene el principio de validez del convenio de arbitraje internacional y se aprecie que éste se ha ido imponiendo en la práctica arbitral y en la jurisprudencia internacional hasta cotas altamente considerables⁹⁰³, todavía nos mostramos un tanto recelosos en cuanto a su aceptación supranacional y el orden público válido para limitarlo. De otro lado, nunca hay que perder de vista la realidad práctica internacional, donde los árbitros siempre se deben guiar por un deber de prudencia y previsibilidad. A los jueces privados no les preocupan tanto todos estos mecnos teóricos sobre las posibilidades de decidir varios de los aspectos aquí tratados sin remitirse a ninguna ley estatal. Lo que les preocupa es que todo el tiempo invertido en el arbitraje sirva para algo, es decir que el laudo sea ejecutado. Y para ello, hoy por hoy, con independencia de que lo deseable sería poder acudir a los principios enunciados de validez material en el arbitraje internacional, es imprescindible tener en cuenta las normas de orden público de los Estados implicados en la controversia, las de la sede del arbitraje y allí donde sea previsible el reconocimiento o la ejecución del laudo.

4, pp. 851 y ss, con nota de J.H. Moitry-C. Vergne; *Journ. dr. int.*, vol. 119, 1992, núm. 1, pp. 168 ss, con nota de E. Loquin. Y la Sent.de la *Cour de Cassation (1re Ch. Civ.)*, de 11 de octubre de 1989, *Rev. arb.*, 1990, núm. 1, pp. 134-136, con nota de C. Kessedjian, *id.*, p. 136-141.

⁹⁰² *Vid., supra.*, la necesidad de partir de principios ampliamente aplicados por todos los sistemas legales o por la mayoría posible de los mismos para llegar a ser considerados de carácter transnacional, Cap. I. IV.

⁹⁰³ *Cf.*, en este sentido, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1º Ch. C)* de 8 de octubre de 1998, *Sam c/ Perrin*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 350-354, con nota de P. Ancel y O. Gout, pp. 354-367, entre las sentencias más recientes que validan sin discusión la arbitrabilidad de las controversias internacionales a partir del principio de validez de la cláusula compromisoria internacional.

IV. Los rangos del orden público en los principios de validez material

259. La autonomía del arbitraje respecto al control de las leyes y tribunales nacionales ha avanzado de modo espectacular en los últimos quince años. Es en la fase negocial donde más visiblemente ha trascendido la reducción del control del orden público en la arbitrabilidad de las controversias internacionales. El actual reconocimiento universal de principios que pueden considerarse como principios de orden público transnacional en el arbitraje privado internacional como son el principio de la autonomía del compromiso arbitral, acompañado de los principios de competencia-competencia del tribunal arbitral para determinar su propia competencia, y el principio de especialidad por mor de la internacionalidad ha contribuido enormemente en el desarrollo de la citada autonomía⁹⁰⁴. La competencia de los árbitros en los dominios de actuación de las normas imperativas y el orden público se encuentra ampliamente reconocida en la actualidad. La apertura a la arbitrabilidad internacional y después interna en materias de orden público es un logro de la institución de arbitraje del que no se puede renegar. Es altamente positivo y confirma como la “buena reputación” del arbitraje internacional se ha ido ganando la confianza de los Estados que le han abierto las puertas a la arbitrabilidad en materias especialmente delicadas para su soberanía nacional⁹⁰⁵.

260. No obstante, la euforia de la que somos testigos hacia la arbitrabilidad de la controversia internacional en ámbitos materiales influenciados en mayor o menor grado por el orden público, las normas materiales imperativas y las leyes de policía de los Estados no es tan desbordante ni tan ilimitada como el movimiento liberalizador del arbitraje internacional parece indicar. Por mucho que se reduzcan hasta un mínimo los controles del orden público en la arbitrabilidad, desaparezcan o se trasladen éstos a la fase final, la pérdida de control en la fase negocial no impedirá un posterior control en la fase post-arbitral⁹⁰⁶. El control de los tribunales estatales en la fase final se presenta como una amenaza ya desde esta primera fase. Aunque éste haya sido reducido no ha

⁹⁰⁴ Confirmando el desarrollo del arbitraje internacional gracias, entre otros factores, a la consolidación de estos principios, *cf.*, P. Nygh, “Choice of Forum and Law...”, *loc. cit.*, p. 27.

⁹⁰⁵ *Cf.*, T. Bernd von Hoffmann, “International Mandatory Rules...”, *loc. cit.*, p. 17.

⁹⁰⁶ En palabras de Racine, el control de la arbitrabilidad se ha desplazado a través de unos vasos comunicantes a la fase post-arbitral, *cf.*, *ibid.*, conclusión final, p. 183 y p. 437.

sido eliminado al menos en lo que respecta al reconocimiento y a la ejecución de los laudos⁹⁰⁷. Incluso en la propia fase negocial los límites subsisten y es recomendable que así sea. Lo que ocurre es que el criterio del orden público como límite a la arbitrabilidad de las controversias no es entendido como antaño, identificado con un orden público hostil. Es por ello que no hay que atacar al orden público ni considerarlo el enemigo del arbitraje sino entenderlo como necesario en el aspecto garantista que de él precisamos.

261. La postura que se adopta en relación con el orden público contemporáneo minimizado hasta el máximo en la fase negocial es que éste no es el enemigo del arbitraje sino el garante de la justicia arbitral en un mundo globalizado. Es necesaria una garantía de orden público que coadyuve al equilibrio necesario entre lo público y lo privado, como punto de encuentro incluso de la doble naturaleza del arbitraje, judicial y contractual. Se defiende que siga existiendo un mínimo de control de orden público en la fase negocial entendido como garantía. Así, es el propio orden público el que se opone a la existencia del arbitraje imperativo o a aquellos apellidados obligatorios o forzosos⁹⁰⁸, lo cual es otra de las muestras de que aquí el orden público actúa a favor del arbitraje y no como la tradicional acepción del mismo como límite. Al tiempo que, precisamente, ha sido el orden público el que ha permitido la arbitrabilidad en los ámbitos materiales problemáticos al orden público descritos. Si los Estados han cedido la arbitrabilidad en ellos es con una condición, la de que los árbitros apliquen las normas de intervención y el orden público que grava a las materias cedidas. Esto es, el orden público ha pasado de ser la mayor restricción a la arbitrabilidad de las controversias a ser el requisito *sine qua non* para que ésta pueda posibilitarse. Los arbitrajes son condicionados al buen hacer de los árbitros que deben aplicarlo.

262. Por lo tanto, no abogamos por los criterios generales del *favor arbitrandum* o de la arbitrabilidad ilimitada o fuera de control como aspecto positivo en la fase

⁹⁰⁷ De la misma opinión de que los controles subsisten, pero relativo al convenio de arbitraje internacional, cf. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, op. cit., p. 146: "En el convenio arbitral el control de los supuestos específicos subsiste, ya sea desde el Derecho, a través del orden público internacional, o sea desde la ley, a través de una norma material imperativa".

⁹⁰⁸ C.B. Hagen, & K.B. Hayward, expresan la contrariedad del orden público en los arbitrajes denominados imperativos, al menos en aquellos relativos a la obligatoriedad de recurrir al arbitraje en aquellas controversias dentro del ámbito laboral en los Estados Unidos, cf., "The Issues Concerning...", loc. cit., p. 22.

negocial, sino por establecer poco a poco criterios de orden público transnacional en determinados ámbitos materiales especialmente problemáticos en materia de arbitrabilidad por estar intervenidos por la normativa imperativa y el orden público, de la forma que se ha expuesto. A modo de establecer unos rangos de orden público en materia de arbitrabilidad que tanto el árbitro como el juez nacional se tienen que plantear y deben respetar en los supuestos especialmente problemáticos en relación con aquel. La única manera de avanzar en este sentido es a través de la práctica arbitral internacional y la consolidación de los criterios de la arbitrabilidad mejor definidos en cada ámbito material.

263. La realidad práctica actual se basa en que la extrema dificultad que acompaña a la problemática anexa a la ley aplicable a la arbitrabilidad de la controversia internacional no arroja una solución uniforme. Dificultad incrementada por la problemática derivada de la estrecha vinculación y dependencia que ésta mantiene con la fase post-arbitral. Su determinación dependerá del Tribunal ante la cual ésta se plantea, ya sea en sede arbitral o en sede judicial⁹⁰⁹. Aspecto que nos conduce a la principal traba a la transnacionalidad que existe de *lege ferenda* en la actualidad. La arbitrabilidad evoluciona y el orden público con ella pero los criterios procedimentales nacionales permanecen estancados. Por mucho que se quiera una arbitrabilidad de la controversia sobre la base de criterios realmente internacionales o supranacionales al final ésta va a ser decidida por un juez nacional que aplicará criterios estatales, que también varían dependiendo del momento en el que tiene que ser resuelta, pues difiere según que su consideración sea en la fase negocial que compele a los jueces al estricto principio de legalidad, o que ésta sea en la fase post-arbitral, y aquí variará si nos encontramos ante una acción de anulación o en el procedimiento del exequátur⁹¹⁰. Todo dependerá, en definitiva, de la mayor o menor cultura arbitral que tenga el órgano decisor del control.

264. Con el propósito de ir un poco más allá a partir del razonamiento del orden público internacional y transnacional nos hemos de fijar en la jerarquización del propio

⁹⁰⁹ Afirmado por M. Requejo Isidro, como conclusión final en su trabajo sobre la arbitrabilidad, *cf.*, "Arbitrabilidad de la controversia...", *loc. cit.*, p. 87.

⁹¹⁰ *Cf.*, B. Hanotiau, "The Law Applicable...", *loc. cit.*, p. 762.

orden público como causa de validez/invalides material en la fase negocial. Son los distintos rangos de orden público susceptibles de competir en la determinación de la arbitrabilidad de la controversia internacional. La idea del establecimiento de una serie de rangos de principios internacionales de orden público deriva del comentario de M. L. Niboyet a la Sentencia de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 30 de junio de 1998, *Mediterranean Shipping Co c/Urcoopa*⁹¹¹, donde refiriéndose al conflicto producido entre dos principios de orden público de Derecho francés, relativos a la interrupción de la prescripción, se propone para ganar en coherencia “*accéder au rang de principes d’ordre public international*”. A partir de aquí, la idea principal consiste en apuntar que dichos principios deben ser corregidos por la jerarquización del orden público que puede ir en contra de una apertura radical a la arbitrabilidad en determinados supuestos susceptibles de entrar en conflicto con el orden público transnacional, de rango superior a los principios considerados de orden público interno y a los de orden público internacional que entren en conflicto. Rangos que también se establecen entre dos o más principios de orden público internacional e incluso entre los propios principios considerados de orden público transnacional.

265. De manera similar a los principios de orden público internacional aceptados como aquellos valores esenciales para un ordenamiento en particular o para un grupo de integración regional, los principios de orden público transnacional son, por un lado, aquellos que se encuentran generalmente aceptados y reconocidos por la comunidad internacional, muchos de ellos identificados con valores esenciales del *jus cogens* de carácter ético y moral, tales como, el principio de libre competencia en el desarrollo de las transacciones comerciales en el ámbito internacional, el principio de la buena fe contractual, el equilibrio de las prestaciones entre las partes, el principio de protección a la parte débil, la protección de los valores y Derechos humanos considerados fundamentales, el Derecho a no comercializar con el cuerpo humano, ni con sustancias peligrosas, el Derecho a la propiedad, la protección del patrimonio histórico y cultural y el medioambiente, la prohibición de la corrupción y del tráfico de influencias, la prohibición del contrabando, etc.⁹¹².

⁹¹¹ Cf., *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 80-85, esp. p. 85.

266. Por otro lado, aquellos principios que en el arbitraje privado internacional son confirmados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como principios pertenecientes al derecho “anacional” del arbitraje internacional. Entre los que se encuentra, en primer lugar, la posibilidad que tiene el árbitro de proveer sobre su propia competencia considerada una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral internacional⁹¹³. En segundo lugar, el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria en relación con el contrato que la contiene que también pertenece al derecho anacional del arbitraje. En tercer lugar, la capacidad del Estado para comprometer también se reconoce como una regla consuetudinaria que los árbitros consideran de orden público internacional⁹¹⁴. E, incluso, en materia de prueba, otra norma que es considerada como de orden público internacional de grado transnacional, enunciada con anterioridad, es la regla “*Actori Incumbit probatio*”, etc.⁹¹⁵.

267. Pues bien, al igual que éstos principios se encuentran asentados en la jurisprudencia arbitral internacional y se consideran de orden público internacional, se aboga por un principio de orden público internacional en materia de arbitrabilidad, que confirme la validez de la misma sin importar la normativa estatal aplicable, que pudiera intervenir cuando una determinada ley nacional considerada inarbitrable una materia por su contrariedad al orden público cuando en la mayoría de las legislaciones de arbitraje o de la práctica internacional el orden público no supusiera un obstáculo para su arbitrabilidad. O, por el contrario, que pudiera considerar inarbitrable una controversia mayoritariamente inarbitrable en el ámbito universal, pero que fuera arbitrable en un determinado ordenamiento estatal.

⁹¹² *Vid., supra.*, Cap. I. IV.

⁹¹³ *Vid.*, la Sent. de la *Cour de cassation* (1^o Ch. C) de 5 de enero de 1999, M. Zanzi ès qualités c. M. de Coninck et autres, *Rev. cri. dr. int. pr.*, 1999, núm. 3, pp. 546-548, con nota de D. Bureau, *ibid.*, pp. 548-558. También en la *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 260-262, con nota de Ph. Fouchard. Autonomía de la cláusula compromisoria. Principio de competencia-competencia y validez de la cláusula como principio de orden público internacional.

⁹¹⁴ Los tres principios reconocidos expresamente en el laudo de la CCI, núm. 1526/1968, *Journ. dr. int.*, 1974, núm. 4, p. 915-921. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 98-100, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 101-103, y en el laudo preliminar de la CCI dictado en el asunto núm. 2521/1975, *Journ. dr. int.*, 1976, núm. 4, pp. 997-999. También en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 165-166, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 166-168. Capacidad para comprometer de un establecimiento público, como principio de orden público internacional “anacional”, eje central de la *lex mercatoria*.

⁹¹⁵ *Vid., supra.*, todos ellos, en el Cap. I. IV.

268. En el primer caso, por ejemplo, llevaría a confirmar la arbitrabilidad del Derecho de la competencia en el ámbito transnacional. Si existe una determinada ley estatal que no permite arbitrar y por consiguiente no va a reconocer una sentencia concerniente en Derecho de la competencia por considerarla contraria al orden público internacional, determinado, insistimos, según sus propios criterios internos de internacionalidad, ésta legislación no sería reconocida y quedaría automáticamente derogada en el arbitraje internacional. Se establecería un “rango de ordenes públicos”, que debe observar el juez del país donde existe este criterio restrictivo a la arbitrabilidad. Entre la aplicación de su orden público internacional que no reconoce la arbitrabilidad de las controversias en Derecho de la competencia y un orden público transnacional que sí las reconoce debe aplicar éste último. El principio de orden público transnacional en materia de arbitrabilidad en éste ámbito material tiene un rango superior al del orden público internacional de una sede determinada que restringe la arbitrabilidad⁹¹⁶. Por ejemplo, en la Sentencia de 18 de julio de 1987, *Coveme v. CFI*⁹¹⁷, el Tribunal de Primera Instancia de Bolonia, en aplicación del art. II. 3 del CNY y del art. 806 del Código de Procedimiento Civil Italiano, declaró inarbitrable una controversia por ir en contra de la normativa imperativa de defensa de la competencia, porque una diferencia que trata sobre la validez de una cláusula de no-competencia supuestamente contraria al art. 85 TCE, actual art. 81 CE, no es arbitrable. Según el Tribunal italiano únicamente los tribunales estatales pueden decidir sobre aquellas controversias donde la libertad de las partes para transigir esté limitada por disposiciones de orden público y de interés público⁹¹⁸. Sin embargo, la aplicación en este supuesto de un orden público transnacional de rango superior que no cuestionara la arbitrabilidad en Derecho de la competencia hubiese permitido aquí la arbitrabilidad aplicándose por encima del orden público internacional italiano.

269. En el segundo caso, que el orden público transnacional considere inarbitrable una controversia que así lo sea mayoritariamente en el contexto

⁹¹⁶ En el laudo de la CCI, núm. 6503/1990, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 613-617. Alegación por parte de la demandada de las normas comunitarias de orden público transnacional de Derecho de la competencia.

⁹¹⁷ *Vid.*, la Sent. de 18 de julio de 1987, *Coveme v. CFI*, *Riv. dr. int. pr. proc.*, 1988, p. 740, *Year. Comm. Arb.*, 1992, p. 534.

⁹¹⁸ *Cf.*, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 923.

internacional aunque esté permitida en un determinado sistema, estamos en el ejemplo característico del Reino Unido que no conoce el concepto de no arbitrabilidad de la controversia internacional. Ante un país demasiado permisivo a la arbitrabilidad que admite en éste caso la arbitrabilidad de las controversias relativas al Derecho de familia y un orden público transnacional en materia de arbitrabilidad que no las admite, la ley del Reino Unido no sería aplicable por su contrariedad con el orden público transnacional en materia de arbitrabilidad. Siguiendo estos criterios llegaríamos, seguro, a una comprensión uniforme y auténticamente internacional de la arbitrabilidad de la controversia internacional. Satisfaciendo, las insistentes reclamaciones que desde la doctrina y la práctica vienen siendo efectuadas de cara a definir la existencia de normas internacionales o incluso transnacionales de orden público internacional a favor de la arbitrabilidad internacional⁹¹⁹. La única manera de avanzar en éste sentido es a través de la práctica arbitral y jurisprudencial internacional y la consolidación de los de criterios de arbitrabilidad, y ello se debe dejar en manos de los propios árbitros internacionales. Los árbitros no deben temer ser más audaces en la toma de sus decisiones, pues, está demostrado que la prudencia y el celo excesivo que éstos defieren al pacto de confianza inicial para no defraudar al poder jurisdiccional, muchas veces, les condiciona *in extremis* en la toma de decisiones para las cuáles éstos están plenamente capacitados, e incluso con un deber de prudencia y responsabilidad que supera al de la jurisdicción estatal en el ámbito internacional⁹²⁰.

⁹¹⁹ Cf., la Sent. de la Corte Suprema de los EEUU de 29 de marzo de 1991, 760 F. Supp., 1991, 1036, *Year. Comm. Arb.*, 1992, p. 686, *vid.*, B. Hanotiau, "The Law Applicable...", *loc. cit.*, pp. 774-775.

⁹²⁰ La minuciosidad y extremado cuidado que ponen los árbitros en el arbitraje a ellos encomendado es suficiente garantía para confiar en una justicia privada a través de los árbitros que cada vez se parece más a la justicia estatal o incluso, en muchas ocasiones, la supera, por la menor dilación y mayor diligencia que e demuestra a través de la práctica arbitral. Defendiendo esta idea, *vid.*, recientemente a Ph. Kahn, "À propos de l'ordre public...", *loc. cit.*, pp. 1539-1550.

CAPÍTULO III

ORDEN PÚBLICO DE DIRECCIÓN Y DE PROTECCIÓN EN LA

ARBITRABILIDAD

I. Justificación de la selección material

270. Con el objetivo de justificar el porqué de la localización sustantiva que se ha seleccionado para analizar en ámbitos materiales concretos la problemática de la arbitrabilidad y el orden público en el contexto internacional se ha de reparar, en primer lugar, en el marco general del examen llevado a cabo. El conflicto de intereses que se le plantea al árbitro en materias de orden público encuentra su origen en la doble raíz de la que brotan los poderes del árbitro⁹²¹. De un lado, su potestad deriva de las atribuciones que le confiere el propio Estado a través de la ley. Los Estados, no sólo permiten el arbitraje sino que además en pocos años han mostrado una actitud particularmente conciliadora y aperturista al ceder el poder arbitrar en materias que tradicionalmente habían permanecido vetadas a la institución arbitral por estar éstas especialmente protegidas por los límites que impone el orden público y las normas materiales imperativas. El catalizador de ese poder en la fase negocial es la permisividad de arbitrar *ratione materiae* adaptada a la mayor flexibilidad que reclama el contexto internacional cada vez más globalizado. Arbitrabilidad, que expande, condiciona y limita el ámbito de la competencia arbitral. De otro lado, la segunda fuente de la autoridad del árbitro emana de las propias partes las cuales legitiman la competencia de los árbitros a través de un convenio de arbitraje válido. Son las fuentes de la investidura y de la competencia de los árbitros⁹²².

271. En cada una de las fuentes de legitimidad señaladas, el campo de intervención de la actuación del arbitraje se encuentra restringido. En efecto, los dos fundamentos tratan de los límites que conlleva implícito la propia naturaleza del arbitraje, contractual y jurisdiccional, como ha sido afirmado recientemente en la sentencia del *Tribunal de Grande Instance de París*, de 6 de enero de 1999, *A. Coquard*

⁹²¹ Entre los numerosos autores que inciden en los orígenes del arbitraje, recordando su doble naturaleza, o de manera más personalizada, la doble identidad del árbitro, destacamos, en éste aspecto relativo a la arbitrabilidad, a Y. Derains, "Powers and Duties of Arbitrators", *op. cit.*, p. 253.

⁹²² Es la diferencia entre "investidura", que confiere al árbitro el poder de juzgar, resultante de la propia ley, y la "competencia", que traza las fronteras de ese poder y se deriva del convenio arbitral, *cf.*, B. Goldman, "L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public...", *op. cit.*, 1993, p. 112.

*c/ Société Vidéopole*⁹²³. En el primero, porque los Estados, aunque cada vez menos, siguen imponiendo restricciones *ratione materiae* a la arbitrabilidad de las controversias. Unas veces, se prohíbe el arbitraje en determinados asuntos. Otras, la prohibición sólo afecta al arbitraje interno pero no al internacional. En otras ocasiones, se permite la arbitrabilidad en ámbitos especialmente delicados para la soberanía nacional “condicionados” a que el árbitro cumpla su deber de respetar las disposiciones imperativas y el orden público de necesaria aplicación sobre éstos⁹²⁴, etc. En el segundo caso, son las propias partes las que constriñen la competencia del árbitro, circunscribiendo su misión estrictamente a los puntos que éstas le plantean. Si el árbitro se extralimita en sus funciones corre el riesgo de que las partes, en la etapa final de control, la fase post-arbitral, se opongan a su decisión mediante la petición del no reconocimiento y la denegación de la ejecución del laudo por haber sido dictado *ultrapetita*, como señala el art. V 1 c) del Convenio de Nueva York.

272. Otro dato a tener en cuenta es que cada situación es diferente por lo que no ha lugar a establecer una teoría general sobre los límites del orden público en la institución arbitral. Mientras que, por un lado, el Estado plantea las mismas restricciones a todos los arbitrajes en lo que al orden público y a la arbitrabilidad de las controversias se refiere, distinguiendo únicamente cuando el arbitraje es interno o internacional. Aunque, como ya hemos visto cada vez es más inusual esta diferenciación y dentro de un mismo Estado no ha lugar a “congelar” el presupuesto material del convenio de arbitraje internacional ya que la arbitrabilidad y el contenido del orden público evoluciona con las nuevas necesidades emergentes de las transacciones privadas transfronterizas y del comercio internacional al que éstos se quieren adaptar a través de

⁹²³ *Vid.*, la Sent. del Tribunal de Grande Instance de Paris (*ord. réf.*) de 6 de enero de 1999, A. Coquard *c/ Société Vidéopole*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 134, con observaciones de A.H., *ibid.*, pp. 134-138, donde se corrobora la afirmación transcrita señalando además que los árbitros son libres de organizar el procedimiento arbitral, pero deben de atenerse a una dualidad de límites. Por un lado, el límite que impone el respeto a la voluntad de las partes en el convenio de arbitraje. Es la naturaleza contractual del arbitraje, la voluntad de las partes es la fuente de la dimanan los poderes del árbitro pero también es su límite, *cf.*, el comentario a la sentencia arriba citada, p. 135. De otro lado, el árbitro, como juez que es, debe respetar las garantías fundamentales de la justicia, dentro de su componente jurisdiccional.

⁹²⁴ Aspecto, éste último, el de los arbitrajes “condicionados” que es el que más se va a destacar en la fase propiamente arbitral, atinente al orden público en el Derecho aplicable y al orden público en el Derecho de la competencia, *vid.*, *infra*, cap. IV y el cap. III. II. Se permite en ellos la arbitrabilidad “a condición” de que el árbitro internacional aplique el orden público o las normas imperativas que versan sobre una determinada materia.

la reducción del número de materias de orden público restringidas a la arbitrabilidad. De otro lado, las partes, en cada arbitraje plantean una serie de peticiones concretas, variando así el margen de amplitud del poder decisor que le permiten al árbitro. Lo correcto, sería entonces hablar del alcance y de los límites del arbitraje y del orden público en el arbitraje “caso por caso”, puesto que es prácticamente imposible establecer en abstracto las particulares prescripciones de las partes a las que se debe el árbitro. Una respuesta global por parte del investigador, sólo puede venir del lado de la investidura de los árbitros, esto es, de lo que prescriba la ley en cuanto al orden público y el arbitraje pero, no del lado de la competencia de éstos, otorgada por las partes que dictan una serie de peticiones distintas en cada caso⁹²⁵.

273. El principal problema se plantea, cuando en aquellos ámbitos marcados por el orden público y la normativa imperativa las dos fuentes del poder del árbitro se enfrentan. Las partes intentan esquivar la aplicación de determinadas disposiciones imperativas y el medio que pretenden utilizar para ello es la institución de arbitraje. La difícil decisión del árbitro comporta la opción entre sus dos progenitores. Debe decantarse entre su lealtad a las partes y su deber de aplicar el orden público en determinadas materias que le han sido confiadas por el Estado. Es el difícil equilibrio entre el orden público y la libertad que implica la autonomía de la voluntad en la institución arbitral. Para resolver el dilema que se le plantea al árbitro, siendo coherentes con un propósito de plenitud y exhaustividad tendríamos que revisar, como se ha especificado, caso por caso, todos los supuestos en los que se plantee este conflicto. Dada la imposibilidad de ello y las pocas opciones de éxito que comporta acaparar todos los ámbitos materiales para analizar en bloque en cada uno de éstos la actitud del árbitro al decidir entre las peticiones de las partes y la aplicación de la

⁹²⁵ No se puede predeterminar en abstracto las posibles vulneraciones al orden público que pueden resultar de cada arbitraje. La opción de analizar el ámbito material del arbitraje “caso por caso” es prácticamente adoptada por todos los prácticos y estudiosos que se dedican a éste tema. El método casuístico es aquí útil para llegar a conclusiones científicamente fiables en relación con los distintos ámbitos materiales entre sí y la actuación del orden público en cada uno de ellos o, según la intervención de las normas imperativas y el orden público laudo por laudo, individualmente considerado, *vid.*, estas opciones seguidas, entre otros, por I. Fadlallah, "L'ordre public dans les sentences...", *op. cit.*, pp. 369-430; e Y. Derains, "Public Policy and the Law Applicable...", *op. cit.*, pp. 227-257, esp. p. 253. Y, el trabajo más completo y elaborado de todos los analizados, pues su análisis no se circunscribe a un solo ámbito material bañado por las normas imperativas y el orden público sino que abarca un gran número de ellos, *vid.*, J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 52-147.

normativa imperativa y el orden público, se ha optado por analizar sólo alguno de éstos ámbitos.

274. Opción que implica una difícil preselección que comporta elegir de entre las numerosas posibilidades de acción que se nos presenta en las numerosas materias en las que interviene el orden público o las normas imperativas: Derecho (s) de la propiedad industrial e intelectual, Derecho (s) de patentes y marcas, Derecho (s) de sociedades y arbitraje, Derecho (s) de quiebra y procedimientos colectivos, arbitrabilidad y embargo internacional, normas imperativas y orden público características de ámbitos más vinculados con el Derecho público, Derecho de familia, Derecho administrativo y fiscal, el orden público y la intervención estatal en temas relacionados con el arbitraje y el medioambiente, los contratos internacionales de telecomunicaciones y arbitraje, aquellos relativos al cuerpo humano y a la biogenética, el arbitraje en los Derechos humanos y fundamentales, etc.

Finalmente, ha prevalecido el criterio de analizar uno de los ámbitos donde más influye el orden público económico de protección por excelencia, por ser el primigenio en destacar la línea de acción de la apertura de la arbitrabilidad internacional de las controversias afectadas por el orden público y haber sido el hasta ahora más utilizado por los numerosos supuestos prácticos existentes al respecto y las cuantiosas ocasiones en la que ha sido objeto de discusión. Es el Derecho (s) de la competencia⁹²⁶. Ámbito material de actualidad, y objeto de continuos planteamientos en las relaciones entre arbitraje y orden público, desde el caso *Mitsubishi*⁹²⁷, hasta uno de los últimos casos más relevantes hasta la fecha, en el supuesto decidido por el TJCE, en el asunto *Eco Swiss/Benetton*⁹²⁸. Al que añadimos el caso *Renault*, de 11 de mayo de 2000⁹²⁹ que, si

⁹²⁶ *Vid., supra.*, los ejemplos precedentes al respecto, muchos de ellos referidos al Derecho de la competencia y la problemática de orden público que en relación con el arbitraje de él se deriva.

⁹²⁷ La Corte Suprema de los EEUU fue una de las primeras en admitir plenamente, en el ámbito internacional, la arbitrabilidad de la controversia internacional relativa a un ámbito material que interesa fuertemente al orden público como es el Derecho de la competencia. Es el renombrado asunto de 2 de julio de 1985, *Mitsubishi Motors Corporation c. Soler Chrysler Plymouth*, *vid.*, *Soler Chrysler Plymouth c. Mitsubishi Motors Corporation*, *Year. Comm. Arb.*, vol. X, p. 519. *Supreme Court* de 2 de julio de 1985, *Mitsubishi Motors Corporation c. Soler Chrysler Plymouth*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XI, p. 555, *Rev. arb.*, 1986, núm. 2, pp. 273 y ss, comentada por J. Robert, *ibid.*, p. 173.

⁹²⁸ *Vid.*, la Sent. TJCE de 1 de junio de 1999, As. C-12/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, *Rec.* 1999, con nota de S. Alvarez González, "Arbitraje Comercial...", *loc. cit.*, pp. 1-4, y el comentario de L. Idot, "L'arbitre et l'ordre public communautaire...", *loc. cit.*, pp. 631-653.

⁹²⁹ *Id. cit.*

bien, como sabemos, no toca para nada al arbitraje, sí lo hace en relación con el Derecho de la competencia y el orden público comunitario contenido en el art. 27. 1 CB, cuyas conclusiones, en cuanto a lo que al contenido restringido y los límites del orden público comunitario se refiere y su integración como orden público nacional cuyo objetivo es el de salvaguardar los principios fundamentales del mercado común⁹³⁰, entendemos que son extrapolables al arbitraje⁹³¹.

275. Una vez superado el apartado recién comentado, se ha optado por analizar aquellas materias que surgidas de la práctica nos suscitan más dudas en cuanto a su arbitrabilidad en el marco globalizador actual y los estrechos límites entre lo público y lo privado que se desprende de aquellos arbitrajes donde hay que considerar la situación especial en que uno de los firmantes del compromiso arbitral es una parte débil. Es el orden público económico de protección en contratos sometidos a condiciones generales de contratación. Ambos ámbitos reflejarán las dos caras de la arbitrabilidad de la controversia internacional en relación con el orden público económico de dirección, en el primero, y con el orden público económico de protección, en el segundo.

II. Arbitrabilidad y orden público económico de dirección en el Derecho de la competencia

1. ARBITRAJE Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

A) Imperatividad del poder estatal *versus* autonomía privada

276. Desde un razonamiento lógico-deductivo puede parecer un contrasentido vincular al arbitraje, basado en la autonomía de la voluntad de las partes, con el Derecho

⁹³⁰ Concretados, en el presente caso, *Renault*, en los arts. 30 a 36 y 86 del T. CE. Coincidiendo en las apreciaciones realizadas al respecto por S. Alvarez González en la descripción de la dimensión positiva y negativa del orden público en el asunto *Renault*. “*Los límites a la libre determinación del orden público nacional por el juez nacional vienen condicionados por la existencia de un orden público comunitario, que se integra en el orden jurídico nacional, que forma parte de él, y que es el mismo para todos los Estados miembros, por lo que su determinación escapa del ámbito meramente estatal*”, cf., “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites...”, *loc. cit.*, p. 3.

⁹³¹ *Vid. supra.*, Cap. 1. I. 2.

de la competencia, cimentado sobre la imperatividad de las políticas económicas de los diferentes Estados⁹³². No hace falta subrayar la importancia que tiene la normativa sobre defensa de la competencia para la salvaguarda de los intereses del mercado en los distintos ordenamientos⁹³³; como tampoco justificar el porqué de su tratamiento específico en relación con la arbitrabilidad, puesto que el denominador común entre las normas de defensa de la competencia y su relación con el arbitraje es el orden público. Sin lugar a dudas, el Derecho de la competencia se encuentra identificado con nociones relativas a la “extraterritorialidad” de sus normas⁹³⁴, calificadas de “leyes de policía”⁹³⁵, que se aplican en todo caso a las relaciones económicas internacionales. Lo que explica

⁹³² Cf., la exposición de ésta contradicción en, L. Idot, “Rapport Introductif. L’arbitrabilité...”, *op. cit.*, p. 13.

⁹³³ En la actualidad, el Derecho de la competencia se considera la clave fundamental para estructurar las reglas de juego de las relaciones económicas internacionales. El desarrollo de la práctica empresarial en el ámbito internacional lleva a extremar la vigilancia de los distintos Estados a través de la aplicación necesaria de la normativa de la competencia para impedir que proliferen cualquier tipo de concentración de empresas o prácticas restrictivas a la misma en la economía de mercado, *vid.*, R. Geiger, “Evolution of Competition Regulations in OECD Countries”, *op. cit.*, pp. 71-78, esp. pp. 74 y 78, en las cuales, se reitera la especial consideración de la normativa de defensa de la competencia como normas de orden público.

⁹³⁴ De todos es sabido, que las normas de defensa de la competencia se caracterizan porque su campo de aplicación espacial es extraterritorial. Su empleo responde a dónde se localicen los efectos anticompetenciales en cuestión de acuerdo con la teoría de los efectos, *cf.*, P. Rodríguez Mateos, “Ambito de aplicación del Derecho de libre competencia”, *Derecho del Comercio Internacional*, ed., J.C. Fernández Rozas, *op. cit.*, p. 141. Sobre los efectos extraterritoriales del Derecho de la competencia, existen numerosas decisiones de la Comisión y sentencias del TJCE. Desde el asunto conocido como el de las *materias colorantes*, en los que participaban empresas suizas, aparte de británicas, *vid.*, la decisión de la Comisión de 24 de julio de 1969, 69/243/CEE, *Matières colorantes*, DOCE L 195, de 7 de agosto de 1969, que fue confirmada por la Sent. TJCE de 14 de julio de 1992, *Rec.*, p. 713, junto con numerosos casos planteados a este respecto como el asunto solucionado por la Comisión, en la decisión de 19 de diciembre de 1984, 85/205/CEE, *Pâte de bois*, DOCE, de 26 de marzo de 1985, y el TJCE, en la Sent. conocida por el asunto de la *pasta de madera* de 27 de septiembre de 1988, *Rec.*, p. 5193. Independientemente de si las prácticas en contra de la competencia afectan a un determinado país o grupo de países actuará el arsenal de leyes de policía económica de la competencia, sin importar el domicilio, la *lex societatis*, la nacionalidad ni la sede de las empresas concernidas, *cf.*, J.P. Maire, y D. Hahn, “L’arbitrabilité, le droit applicable et l’ordre public”, *Réglementation de la concurrence et évolution du concept*, *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, p. 81. Aparte de los citados, en general son trabajos imprescindibles en cuanto al Derecho de la competencia y las leyes de policía de orden público que actúan en este ámbito, desde los primeros de, B. Goldman, “Les champs d’application territoriales des lois sur la concurrence”, *R. des. C.*, t. 128, 1969-III, p. 637, y de J.G. Castel, “The Extraterritorial Effects of Antitrust Laws”, *R. des. C.*, t. 179, 1983-I. Hasta los más actualizados que describen el carácter de aplicación autolimitado y extraterritorial de las leyes de policía comunitarias que se aplican de forma inmediata aunque la situación esté localizada en el extranjero cualquiera que sea la norma extranjera aplicada, *cf.*, A. Nuyts, “L’application des lois de police dans l’espace...”, *loc. cit.*, p. 263.

⁹³⁵ Reflejo de la aplicación de dicha terminología en la práctica judicial relativa al arbitraje, *vid.*, la Sent. del Tribunal Federal Suizo, de 28 de abril de 1992, *Rev. arb.*, 1993, núm. 1, p. 124, con nota de L. Idot. En la práctica arbitral, *vid.*, el laudo de la CCI núm. 2811/1978, *Journ. dr. int.*, 1979, núm. 4, pp. 983-986, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 986-989, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, esp. p. 231, donde se ha estimado, que los artículos 85 y 86 del Tratado CE (actuales artículos 81 y 82 CE), son “leyes de policía” y, en calidad de tales, deben ser aplicadas imperativamente por los árbitros.

la adjetivación económica del término, “leyes de policía económicas”⁹³⁶. De ahí, su caracterización de “orden público económico” en sus distintas acepciones. Sea éste, interno, comunitario, internacional, supranacional, transnacional, propia o verdaderamente internacional, etc. En definitiva, de lo que no cabe duda es de su imperatividad y de ser una “materia sensible” al orden público económico en atención al fuerte carácter de protección que ejercen sobre el interés general en un ámbito comercial universal⁹³⁷.

277. En el ordenamiento español las normas fundamentales de Derecho de la competencia, consideradas de “orden público interno”, se contienen en la Ley de 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia y en la Ley 3/91, de 10 de enero, de represión de la competencia desleal. Destinadas, según se desprende de la exposición de motivos de la Ley de 1989, a garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, resultando por tanto compatibles con las exigencias jurídicas y económicas de orden público⁹³⁸.

278. En el marco concreto del Derecho comunitario, cuando el legislador europeo interviene para asegurar un objetivo de interés general como es el de la defensa de la libre competencia este objetivo se erige en una exigencia imperativa en el conjunto del territorio comunitario⁹³⁹. Las normas de orden público económico de defensa de la competencia, integrantes principales del “orden público comunitario”⁹⁴⁰, se concretan

⁹³⁶ “*Loi de police économique*”, *cf.*, la indisoluble asociación del adjetivo económico con las leyes de policía como práctica corriente en la jurisprudencia al referirse a las normas de Derecho de la competencia. Así, en la Sentencia de la *Cour d’appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 14 de octubre de 1993, *Société Aplex c. Société Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 164-170, con nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 170-173.

⁹³⁷ La caracterización de materia “sensible” al orden público económico es también propia de otras materias tales como los Derechos de patentes y marcas, el Derecho de los procedimientos colectivos, el Derecho de sociedades y, en general, las que revistan un fuerte interés de orden público económico en el ámbito universal, *cf.*, E. Gaillard, “*Arbitrage Commercial International...*”, *loc. cit.*, pp. 13-14.

⁹³⁸ *Cf.*, dichas afirmaciones en el manual de F. Sánchez Calero, *Principios de Derecho Mercantil*, (4^a ed.), Madrid, Mc Graw Hill, 1999, p. 56. Cabe destacar que la Ley 16/1989, de 17 de julio aunque sigue todavía vigente ha sido reformada en algunos aspectos en la Reforma de la Ley 52/1999 de 28 de diciembre, *BOE*, núm. 311 de 29 de diciembre de 1999, sin que ello afecte a sus consideraciones de orden público.

⁹³⁹ *Cf.*, A. Nuyts, “*L’application des lois de police dans l’espace...*”, *loc. cit.*, p. 264.

⁹⁴⁰ *Vid.*, la referencia explícita al orden público comunitario, por parte de los árbitros, en el laudo, ya histórico, de la CCI núm. 1397/1966, *Journ. dr. int.*, 1974, núm. 4, pp. 878- 884. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 61-65, esp., pp. 62-63. Y, en el laudo, también de la CCI, 4604/1984,

en los artículos 81 y 82 CE, antiguos arts. 85 y 86 del Tratado CE⁹⁴¹. Son normas comunitarias de orden público y son directamente aplicables por los árbitros⁹⁴². En el arbitraje internacional, como ya dejó claro en su día la sentencia *Ganz*, el árbitro puede apreciar su propia competencia en cuanto a la arbitrabilidad de la controversia relativa al Derecho de la competencia en lo que respecta al orden público internacional⁹⁴³. El objetivo del Derecho de la competencia entra dentro de un objetivo más ambicioso centrado en un interés general de orden público internacional. La realización del

Journ. dr. int., asunto *Editrice Giocchi Sri Milan v. CTG Products Corp. Delaware*, *Journ. dr. int.*, 1985, núm. 4, p. 973-979, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 980-981. Sin dejar de citar, en general, las ya tradicionales decisiones del TJCE sobre el orden público comunitario. La decisión *Van Gend y Loos v. Administración holandesa vecinal*, *R. de la Cour*, 5-02, 1963, pp. 163-167, y la decisión *Flaminio Costa B/N. R., des arrêts*, 1964, *ibid.*, p. 1149.

⁹⁴¹ En este punto tenemos que hacer una precisión importante de cara a aclarar que en las sentencias y laudos que serán aquí objeto de comentario relativos a la arbitrabilidad y al Derecho de la competencia se seguirá haciendo alusión a los artículos del Tratado tal y como eran enumerados antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el 1 de mayo de 1999. Emplearemos la numeración anterior, arts. 85 y 86 del Tratado CE, en consonancia con la práctica arbitral y jurisprudencial del momento en el que tuvieron lugar, y haremos uso de la numeración actual cuando nos refiramos a la normativa de la competencia en un sentido general. Para consultar la nueva numeración de los Tratados prevista por el Tratado de Amsterdam, es de gran utilidad, *el Comunicado de Prensa del TJCE*, núm. 57/99, de 30 de julio de 1999, por el que se precisa un sistema de cita uniforme de las disposiciones de los Tratados.

⁹⁴² Se benefician de un efecto directo pleno, tanto vertical como horizontal, *cf.* L. Idot, nota a la Sent. de la *Cour d'appel de Paris, première chambre, section A.*- 19 de mayo de 1993, *Société Labinal c. Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *Journ. dr. int.*, 1993, núm. 4, p. 982. los hechos se desarrollaron de la siguiente manera. En 1988, la sociedad francesa *Mors* constituye una *joint venture* con la sociedad británica *Westland*, con el objetivo de responder a una oferta sobre el sistema de medida de presión de los neumáticos del tren de aterrizaje de un nuevo avión comercial y, así, poder competir eficazmente con la sociedad *Labinal*, especializada en este tipo de suministros para aviones. El contrato, sometido al Derecho suizo, contenía una cláusula de arbitraje *CCI*. En 1991, las relaciones entre las partes se deterioran, debido a que la soc. *Mors* descubre un acuerdo de confidencialidad, realizado entre su socia, *Westland* y su competidor, *Labinal*, interpretado como una maniobra desleal de ambas empresas para expulsarla del mercado. *Mors* invoca, entonces, la violación de las normas sobre competencia ante el Tribunal de Comercio de París, no sólo las relativas a la competencia desleal, sino también los comportamientos de abuso de posición dominante por parte de la sociedad *Labinal*. Ante esta situación *Westland* plantea una excepción de incompetencia arbitral, basada en la cláusula de arbitraje del contrato, a la que en su día se habían comprometido. Excepción que fue rechazada en un primer juicio, el 3 de junio de 1992, debido a que se estimó que el acuerdo de confidencialidad que había sido llevado a cabo por *Westland* y *Labinal*, era nulo, por ser contrario al antiguo artículo 85, actual art. 81 CE, por el que condenaron a las dos sociedades a pagar a *Mors* una indemnización. Sin embargo, no se condenó a *Labinal* por abuso de posición dominante, en virtud del antiguo art. 86, actual art. 82 CE. El caso es llevado a apelación, y el 19 de mayo de 1993, el asunto da un giro radical. El Tribunal de apelaciones ha lugar a la competencia de los árbitros en virtud del convenio arbitral con la correspondiente declaración de incompetencia del Tribunal judicial. Surge entonces la cuestión de la competencia de los árbitros para aplicar el Derecho comunitario de la competencia derivado de la arbitrabilidad de las controversias que interesan a la normativa comunitaria de la competencia.

⁹⁴³ *Cf.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1er Ch. Suppl.)*, de 29 de marzo de 1991, *société Ganz et autres c/ société nationale des chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 478-481, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 481-486, esp. p. 478: "En matière internationale, l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international".

bienestar general es fundamental. Por ello, durante mucho tiempo se consideró que tales normas debían ser aplicadas únicamente por las autoridades estatales competentes y no por los árbitros⁹⁴⁴.

279. La arbitrabilidad de la controversia internacional del Derecho de la competencia se considera una norma de orden público transnacional para el arbitraje internacional⁹⁴⁵. Relativo al carácter de la normativa de defensa de la competencia como “orden público transnacional”, en el laudo de la CCI, núm. 7097/1993⁹⁴⁶, donde el árbitro único se considera competente para examinar la validez del convenio de arbitraje sobre la base de la normativa comunitaria de defensa de la competencia porque dicha normativa pertenece al orden “supranacional” y, como tal, es directamente aplicable⁹⁴⁷. Así, el artículo 81 CE, es una norma “supranacional”. No es necesario que el convenio de arbitraje este basado en un contrato válido y obligatorio según una determinada normativa nacional. Lo que importa es que exprese claramente la voluntad de las partes de someterse a arbitraje en ésta materia para que dicho artículo sea aplicado⁹⁴⁸. En el laudo CCI, núm. 6503/1990⁹⁴⁹, el demandado invoca que el contrato al que estaba vinculado con el demandante es nulo porque infringe las normas imperativas contenidas en las disposiciones CE relativas a la defensa de la competencia, las cuales forman parte de un orden público que pertenece al orden público “transnacional”. Esto es, al de los principios generales del Derecho internacional, normativa de orden público “verdaderamente internacional” para el arbitraje internacional⁹⁵⁰. No obstante, éstas atribuciones de anacionalidad, transnacionalidad o supranacionalidad del orden público en el Derecho de la competencia son un tanto reiterativas. Si bien, existe una polémica

⁹⁴⁴ Cf., I. Fadlallah, "L'ordre public...", *op. cit.*, p. 412.

⁹⁴⁵ Hay que dar, pues, la razón a B. Goldman respecto a la existencia o no de un orden público transnacional en un ámbito material concreto internacionalmente arbitrable, hemos venido realizando en los capítulos precedentes, *vid.*, *supra*.

⁹⁴⁶ Transcrito parcialmente por H. Verbist, *vid.*, "The Application of European Community Law in ICC Arbitrations", *Bull. CIA/CCI, Special Supplement: International Commercial Arbitration in Europe*, 1994, pp. 38-39.

⁹⁴⁷ Precisamente, se basa para fundamentar su decisión en dos Sentencias del TJCE. La primera, la Sent. TJCE de 30 de enero de 1974, As. 127/73, *BRT c. SABAM*, *Rec.* 1974, p. 51, que expresa que el artículo 85 TCE, actual art. 81 CE, es una norma "supranacional". Y, en la Sent. TJCE de 11 de enero de 1990, As. C-277/87, *Sandoz c. European Commission*, *Rec.*, 1990, p. 43, que alude a la misma terminología.

⁹⁴⁸ Tal y como expone el laudo anteriormente citado, *cf.*, *ibid.*, p. 38.

⁹⁴⁹ *Vid.*, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 613-617.

⁹⁵⁰ Cf., S. Franco, "L'Arbitrage et le Droit Européen", *loc. cit.*, pp. 356-357.

doctrinal en torno al significado concreto de cada uno de los términos enunciados para referirse al orden público y al arbitraje en general, todos los conceptos nombrados se identifican en la práctica refiriéndose a una misma realidad⁹⁵¹.

280. Si a las dificultades de orden público que de por sí presenta la consideración del Derecho de la competencia en el arbitraje, le sumamos que uno de los argumentos más utilizados para justificar la inarbitrabilidad del mismo es que éste nunca va a poder ser considerado como una materia de carácter privado debido a la constante vigilancia que sobre él ejerce el poder público, “*the public eye*”⁹⁵², la incertidumbre en cuanto a la arbitrabilidad en el arbitraje privado internacional se acrecienta. En efecto, las normas de Derecho de la competencia se sitúan en la “*zona gris*” de la normativa, conjugando lo público y lo privado sobre la base de una triple naturaleza, penal, administrativa y civil o de Derecho privado⁹⁵³. Lo que supone que en los dos primeros aspectos, típicos del Derecho Público, el arbitraje estaría categóricamente excluido, siendo únicamente posible y con ciertas reservas en el último⁹⁵⁴.

⁹⁵¹ Para un mayor abundamiento al respecto, *vid. supra*, el apartado dedicado a la tipología conceptual, donde son especialmente ilustrativas las apreciaciones de V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, 1997, pp. 29-30. Obra, en la que se nos muestran los diversos términos utilizados para referirse a un arbitraje deslocalizado, anacional, flotante, transnacional, etc., y la polémica doctrinal que acompaña a la multiplicidad de conceptos. P. Lalive, señala también que tantas acepciones distintas, cada una de las cuales no deja de ser demasiado vaga e imprecisa, puede inducir a error a la hora de interpretarlas correctamente en el ámbito que comparten el Derecho de la competencia y el arbitraje en los ordenamientos nacionales, *cf.*, P. Lalive en el “Preface” de la obra *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁵² *Cf.*, tal expresión en M.F. Hoellering, “Arbitrability of Disputes”, *loc. cit.*, p. 136.

⁹⁵³ *Vid.*, el entrecruzamiento entre el Derecho público y el Derecho privado característico de la normativa de la competencia y la descripción de la naturaleza arriba expuesta en B. Goldman, “Les champs d’application territoriales des lois sur la concurrence”, *op. cit.*, p. 637. Sitúa a esta normativa en la “zona gris” porque son normas de Derecho privado por su objeto, a la vez que de Derecho público por su objetivo, *cf.*, J.P. Maire, y D. Hahn, “L’arbitrabilité, le droit applicable et l’ordre public”, *Réglementation de la concurrence et évolution du concept*”, *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, p. 82. Cita, también contemplada por P. Rodríguez Mateos, *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías*, Madrid, La Ley, 1992, p. 61, nota 106.

⁹⁵⁴ Analizando las reservas que plantea el más que cuestionable, para algunos autores, sometimiento a arbitraje en las controversias que afectan a las normas de libre competencia, *cf.*, P. Rodríguez Mateos, *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías*, *op. cit.*, pp. 62-65. La autora se manifiesta reticente al arbitraje en el Derecho de la competencia sobre la base de que los árbitros no deben ser considerados como una autoridad nacional habilitada para aplicar el Derecho de la competencia. No pueden pronunciarse a título principal, ni tampoco tomar medidas administrativas o penales inherentes a la misma, la actuación del árbitro sería meramente informativa, similar a un dictamen pero carente de cualquier otro efecto jurídico, no tendría condición de arreglo de controversias

281. La práctica nos demuestra, empero, que ni en los dos primeros continentes, penal y administrativo, el arbitraje internacional se encuentra totalmente descartado⁹⁵⁵. Nos referimos, fundamentalmente, a los supuestos de aplicación de la regla de los *treble damages* y de los *punitive damages* en el Derecho norteamericano⁹⁵⁶. Y que, ni siquiera en el último, donde se identifica al árbitro con el juez ordinario en la atribución de sus funciones en lo que a la aplicación de la normativa de la competencia se refiere, la respuesta es unánime en cuanto a la aceptación de la arbitrabilidad⁹⁵⁷. Es en este punto donde se plantea la cuestión principal del orden público económico aquí tratado. Si en el Derecho de la competencia los árbitros pueden al igual que las jurisdicciones de derecho común pronunciarse sobre la nulidad del contrato o de las cláusulas competenciales así como atribuir daños y perjuicios, ello implicaría automáticamente el reconocimiento de la arbitrabilidad de las controversias en Derecho de la competencia⁹⁵⁸. En concreto, se trata de comprobar si la normativa imperativa relativa al Derecho de la competencia, arts. 81 y 82 CE, es o no arbitrable en relación con el orden público internacional, de lo que posteriormente derivaría la competencia de los árbitros para aplicar dicha normativa⁹⁵⁹. Todos estos planteamientos nos llevan a dilucidar los enormes cambios

⁹⁵⁵ Sobre la existencia de una cláusula penal en el arbitraje internacional *cf.*, el laudo final dictado en la Asociación de arbitraje italiana, en el caso núm. 75/97, de 20 de julio de 1998, *Year. Comm. Arb.*, vol., XXIV, 1999, pp. 189-195.

⁹⁵⁶ Aspectos que serán analizados en breve, *vid. infra*.

⁹⁵⁷ De ahí, las reticencias observadas en una de las legislaciones más recientes de arbitraje, la ley sueca de 1 de abril de 1999, que estuvo largo tiempo debatiendo la cuestión de la arbitrabilidad de las controversias en Derecho de la competencia, para acabar al final por admitirla, *vid.*, un resumen del debate al respecto en S. Jarvin, “La nouvelle loi suédoise...”, *loc. cit.*, pp. 39-41.

⁹⁵⁸ *Cf.*, L. Idot, “Rapport introductif”, *op. cit.*, p. 15. También destacada como cuestión principal por J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 104, y como objeto primordial en el cuestionario dirigido a una veintena de autores en la obra dedicada al arbitraje en el Derecho de la competencia, *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, pp. 341 y 343, correspondientes al cuestionario en inglés y en francés. A este respecto hay que aclarar que en atención a la importancia del tema, en 1993, se planteó a un grupo de trabajo entre los que se encontraban muchos de “los grandes” del arbitraje, una serie de cuestiones destinadas a clarificar el papel del arbitraje en la aplicación de la normativa del Derecho de la competencia. El modo de proceder fue el siguiente. Se distribuyó un cuestionario elaborado por la CCI que contenía los principales problemas que en la práctica arbitral conllevaba ésta materia con la finalidad de obtener respuestas concretas. La cuestión principal que se planteaba era la de saber si en la hipótesis en que un Derecho de la competencia admita las consecuencias civiles de las prácticas anticompetitivas, los árbitros pueden, al igual que las jurisdicciones de Derecho común, pronunciarse sobre la nulidad del contrato y atribuir daños y perjuicios, *cf.*, p. 253. En definitiva, se trataba de saber qué poderes tiene el árbitro en la aplicación de éstas medidas.

⁹⁵⁹ Sobre las posturas a favor y en contra de la competencia de los árbitros, en torno a la arbitrabilidad y el orden público en éstas materia, *vid.*, R. Kovar, “Droit communautaire de la concurrence et arbitrage”, *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, 1982, pp. 109-124.

que en apenas una década ha sufrido ésta materia en relación con el arbitraje internacional y el orden público en el presupuesto objetivo de la arbitrabilidad.

282. En la actualidad, partimos de la indudable arbitrabilidad de la controversia internacional que afecte al Derecho de la competencia dentro de los límites necesarios que implica la consideración del orden público en éste ámbito, afirmando el carácter auténticamente internacional de la misma. Para ello es conveniente analizar los pasos que se han dado para llegar en tan poco tiempo a la defensa de dicha arbitrabilidad. A pesar de que la cuestión internacional de la arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia haya sido un tema sobre el que se ha escrito con profusión, tanto desde el punto de vista doctrinal, como desde el análisis de la jurisprudencia y de la práctica arbitral, todavía no se ha dado una respuesta definitiva al mismo, sino rodeada de generalidades que nos llevan a perdernos incluso en su aplicación en cada caso concreto. Y es que, a pesar de su carácter transnacional, la realidad práctica internacional continua siendo recelosa al respecto. De hecho, el Derecho de la competencia sigue siendo un terreno abonado para la actuación de las restricciones de orden público en la arbitrabilidad⁹⁶⁰. Y, su inconcreción e inconsistencia en la práctica se sigue poniendo de manifiesto en las últimas decisiones jurisprudenciales al respecto.

283. Buena muestra de ello es la Sentencia del TJCE, de 1 de junio de 1999, As. C-12/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*⁹⁶¹, donde en el comentario que realiza a la misma S. Alvarez González, éste se extraña de que el propio TJCE no haga alusión al polémico tema de la arbitrabilidad de las cuestiones que afectan al Derecho de la competencia, cuando es indudable que todavía hay mucho que

⁹⁶⁰ Ya había puesto de manifiesto que la propia competencia de los árbitros se encuentra aquí particularmente influenciada por tales restricciones, cf., J.D.M. Lew, *Contemporary Problems ...*, op. cit., p. 78.

⁹⁶¹ Cf., el texto original de la Sentencia de 28 de marzo de 1996; *Gerechthof, 's-Gravenhage* (Corte de Apelación de la Haya), Sentencia de 28 de marzo de 1996; *Eco Swiss China Time Ltd., (Hong Kong), c. Benetton international (Países Bajos)*, Year. Comm. Arb., 1998, vol. XXIII, pp. 180-187. Y la Sentencia del Tribunal Supremo, *Hoge Raad*, de 21 de marzo de 1997, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton international*, Year. Comm. Arb., 1998, vol. XXIII, pp. 187-195. Así como la decisión del TJCE, sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por el Hoge Raad, en la Sent. TJCE de 1 de junio de 1999, As. C-12/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, Rec. 1999, con nota de S. Alvarez González, "Arbitraje Comercial Internacional...", loc. cit., pp. 1-4; y nota de L. Idot, "L'arbitre et l'ordre public communautaire: prise de position de la Cour de Justice...", loc., cit., pp. 631-653, vid., también el comentario de S. Perruzzetto Poillot, "L'ordre public international...", loc. cit., pp. 299-315.

decir en éste sentido⁹⁶². Del mismo modo, sorprende el hecho de que en un laudo dictado prácticamente veinte años antes en la Cámara de Comercio Internacional, el laudo, núm. 2811/1978, tampoco se abordara la cuestión de la arbitrabilidad de la controversia, a pesar de versar sobre materias relativas al Derecho de la competencia, aspecto más que controvertido en su época⁹⁶³. Da la impresión de que determinados tribunales u órganos arbitrales huyen de la dificultad de dar una respuesta definitiva al tema de la arbitrabilidad internacional en determinados ámbitos materiales influenciados por el orden público. O bien, puede ser, que se considere totalmente superada la cuestión de la arbitrabilidad en estos supuestos y se pase directamente a debatir la aplicación de dicha normativa al fondo de la controversia confiando posteriormente en el control de la arbitrabilidad en la fase post-arbitral⁹⁶⁴. De otro lado, en el resto de los laudos y sentencias que serán aquí citados, la cuestión de la arbitrabilidad de la controversia y el orden público en este ámbito no cesa de plantear problemas. Ya sea para manifestarse a favor o en contra de la arbitrabilidad de las prácticas comerciales susceptibles de afectar a la libre competencia tanto en la jurisprudencia judicial⁹⁶⁵, como en la arbitral⁹⁶⁶, cuando es el propio árbitro el que estima la arbitrabilidad de la controversia como presupuesto para su competencia.

⁹⁶² Cf., S. Alvarez González, “Arbitraje Comercial...”, *loc. cit.*, p. 3, junto a las dos razones que nos ofrece para justificar dicha ausencia. La primera, por situarse ya el problema en la fase post-arbitral y la segunda, porque los árbitros hubieran aceptado tácitamente tener en cuenta el orden público comunitario y lo hubieran aplicado para que su laudo no fuera contrario a dicho orden público, art. 81 CE.

⁹⁶³ *Vid.*, *Journ. dr. int.*, 1979, núm. 4, pp. 983-986, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 986-989. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 227-233 y en *Recueil CCI*, 1974-1985, pp. 341-346.

⁹⁶⁴ Dando por válida la tesis, antes defendida, de que el control de la arbitrabilidad se ha desplazado en la actualidad a la fase post-arbitral, *vid.*, *supra.*, Cap. II.

⁹⁶⁵ Por un lado, entre la jurisprudencia favorable a la arbitrabilidad de las prácticas contrarias a la libre competencia a pesar de tener éstas una naturaleza claramente sensible al orden público comunitario, *vid.*, la *Sent. Cour d'appel de Paris, première chambre, section A.*- 19 de mayo de 1993, *Société Labinal c/Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *Journ. dr. int.*, 1993, núm. 4, pp. 957- 979, esp. pp. 957-958, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 979-989, donde se expresa que éstas pueden ser examinadas por los árbitros en lo que concierne a los artículos 81 y 82 del CE, siempre y cuando, claro está, dichos artículos no sean obviados. Por otro lado, entre las sentencias en contra de la arbitrabilidad de las controversias en Derecho de la competencia que resultan más significativas por la multitud de argumentos que emplea para rechazar la arbitrabilidad en estas materias, *vid.*, la *Sent. de 18 de julio de 1987, Coveme v. CFI*, *Riv. dr. int. pr. proc.*, 1988, p. 740, *Year. Comm. Arb.*, 1992, esp., p. 534.

⁹⁶⁶ En el laudo de la CCI, núm. 6106/1990, laudo inédito, reproducido parcialmente en H. Verbist, “The Application of European Community Law...”, *loc. cit.*, pp. 33-35, el Tribunal arbitral consideró que no tenía jurisdicción para sancionar una violación de las normas comunitarias de defensa de la competencia y, en este caso, declinó su competencia por inarbitrabilidad de la materia. Los hechos, tal y como han sido resumidos por H. Verbist, se basan en la existencia de un contrato entre el demandante, que no pertenecía a un Estado miembro de la UE, y el demandado, sí miembro de la UE, para la venta de acciones a una tercera compañía. El acuerdo contenía una cláusula no-competitiva. El

284. No obstante, a pesar de haberse detectado cuestiones equívocas en relación con la arbitrabilidad internacional en el Derecho de la competencia, ni la cuestión está todavía resuelta, como demuestra la práctica judicial y arbitral internacional, ni tampoco está exenta de sufrir nuevas alteraciones, como consecuencia de las propuestas de reforma que en Derecho de la competencia se están gestando en la Comunidad. Así, en ésta primera fase, la normativa de la competencia presenta diferentes cuestiones de orden público que hay que resolver de cara a despejar la aparente contradicción existente entre ésta y la arbitrabilidad internacional, junto a la propia competencia de los árbitros cuando se enfrentan con una controversia que conlleva su aplicación. Nos referiremos principalmente al Derecho comunitario de la competencia y a las características generales del mismo en relación con la arbitrabilidad y el orden público económico, para después, comprobar el entendimiento de estas relaciones de *lege ferenda*, en la legislación y la jurisprudencia internacional tanto en sede arbitral como en sede judicial. Sin descuidar que, en general, la toma en consideración del Derecho

demandado, vendedor, había acordado no competir con el demandante, comprador, por un período de cinco años. El comprador, sin embargo, demandó ante el árbitro que el vendedor no había cumplido con la cláusula no-competitiva. El demandado alegó ante el árbitro que éste tenía que declinar su competencia porque la controversia no era arbitrable debido a que el objeto en sí mismo violaba el Derecho comunitario de defensa de la competencia, en concreto, era contrario al artículo 81 CE, ex artículo 85 TCE. El Tribunal arbitral examinó la arbitrabilidad de la normativa comunitaria. Para ello tomo como referencia, en primer lugar, a la ley designada aplicable al contrato, la *lex contractus*, que era la ley italiana y, en segundo lugar, a la *lex fori*, que era la ley francesa, lugar de celebración del arbitraje CCI. La solución del tribunal arbitral es que después de examinar ambas normativas, tanto la francesa como la italiana, los árbitros tienen jurisdicción para decidir cuando un acuerdo viola o no el Derecho comunitario de la competencia. Solamente cuando los árbitros estén plenamente convencidos que el acuerdo viola efectivamente el Derecho comunitario de la competencia, la materia deja de ser arbitrable. Sin embargo es dudoso que los árbitros tengan autoridad para decidir sobre la arbitrabilidad si existe violación del art. 81 CE, ya que ellos no son competentes para sancionar tal violación. La sanción para aquellos acuerdos que violen la normativa comunitaria sobre libre competencia únicamente corresponden a los Tribunales estatales y a las Autoridades de la Jurisdicción Comunitaria, *cf.*, *ibid.*, p. 34.

No así en el laudo núm. 7673/1993, también de la CCI, *cf.*, los hechos en H. Verbist, *ibid.*, pp. 35-37, donde el examen de los árbitros de su propia competencia dio como resultado que el Tribunal arbitral se declarase competente para aplicar la normativa comunitaria sobre competencia, tomando para ello en consideración los arts. 81 y 82 CE. En este caso el demandante pertenecía a un Estado miembro de la UE, contra un Estado no miembro. El demandado sin embargo, aun sin ser de ningún Estado miembro de la UE, alega ante el árbitro la violación del artículo 82 CE, ex art. 86, por abuso de posición dominante del demandante. El Tribunal arbitral compuesto por tres árbitros cuya nacionalidad no pertenecía a ningún Estado miembro, la sede del arbitraje tuvo lugar en un país no comunitario, Suiza, y además se aplicó a la arbitrabilidad una normativa de un país tampoco comunitario, la suiza. El asunto, dio como resultado que el Tribunal arbitral se declarase competente para aplicar la normativa comunitaria sobre competencia, tomando para ello en consideración la normativa comunitaria, arts. 81 y 82 CE y la suiza, al mismo tiempo, *cf.*, *ibid.*, p. 37.

Europeo en los arbitrajes de Derecho privado entraña una problemática mucho más amplia que no hay que subestimar⁹⁶⁷.

285. Los problemas se articulan no sólo en torno a cuestiones relativas a la arbitrabilidad de las controversias que conllevan la aplicación del orden público comunitario, como aquí el de la competencia, sino también en relación con la fuerza obligatoria del mismo en el marco del arbitraje y la posibilidad para los árbitros de plantear cuestiones prejudiciales al TJCE, art. 234 CE, *ex*. Artículo 177 Tratado CE⁹⁶⁸. Todos ellos, en definitiva, referidos al análisis de la noción de “orden público comunitario”⁹⁶⁹. No estamos de acuerdo, sin embargo, con aquellos autores que señalan que al hablar de la arbitrabilidad de las controversias que implican la aplicación del Derecho comunitario es, por exclusión, equivalente a hablar sobre la arbitrabilidad de las controversias que conllevan la aplicación de las normas de defensa de la competencia⁹⁷⁰. Las normas comunitarias de la competencia no tienen el monopolio del orden público comunitario. Es fundamental, la concepción global de la existencia de

⁹⁶⁷ Problemática que ha sido objeto de numerosos debates y conferencias, entre las que destacamos a N. Bouza Vidal, en la conferencia pronunciada el 2 de diciembre de 1997, en los *Ciclos de Conferencias de DIPr*, organizados por el CESSJ, “Ramón Carande”, entonces UCM, hoy URJC. Conferencia titulada: “El arbitraje comercial internacional ante el Derecho Comunitario”. *Vid.*, también, las relaciones entre el arbitraje y el Convenio de Bruselas de 1968 en la Sent. TJCE de 25 de julio de 1991, As. C-190/89, *Marc Rich & CO AG c. Societa italiana impianti PA.*, *Rec.*, 1991, pp. 3895-3904; con notas de T. Hartley, *European L. Rev.*, 1991, pp. 529-533; D. Hascher, *Rev. arb.*, 1991, núm. 4, pp. 697-708 y M. Amores Conradi, y J. Serra Callejo, *RCEA*, 1991, vol. VII, pp. 85-93, en nuestra doctrina. De mayor actualidad, sobre el arbitraje y el Convenio de Bruselas, *vid.*, el trabajo de B.M. Cremades, “Convenio de Bruselas y Arbitraje”, *La Ley*, 1999, pp. 1-4. Relaciones que también han sido objeto de una reciente memoria de investigación doctoral a cargo de, M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: Marco jurídico para la eficacia del laudo arbitral y de las resoluciones judiciales en materia de arbitraje*, Tesis doctoral, leída en julio de 1999 y publicada bajo el título, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo...*, *op. cit.*

⁹⁶⁸ En éste último aspecto, el arbitraje y los procedimientos de reenvío prejudicial ha sido una constante en las relaciones entre el arbitraje y el Derecho comunitario. Desde la emblemática Sent. TJCE de 23 de marzo de 1977, As. 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GMBH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG y Co. KG Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG y Co. KG*, *Rec.* 1982, pp. 1095-1128, también en el *Year. Comm. Arb.*, vol. VII, 1982, p. 183; con notas de Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1982, núm. 4, pp. 491-493; X. De Mello, *Rev. arb.*, 1982, núm. 3, pp. 390-403; M. Friend., *L. Q. Rev.*, 1983, pp. 356-360; G. Bebr, *C.M.L. Rev.*, 1985, pp. 489-504, y P. Blanco-Morales Limones, *RCEA*, 1986, vol. III, pp. 123-129. En todas ellas se puso de manifiesto que el árbitro no podía ser considerado como una jurisdicción equiparable a la de un Estado miembro, *cf.*, también, J.J. Burst, “L’arbitrage dans ses rapports avec les communautés européennes”, *Rev. arb.*, 1979, pp. 105-120, esp. p. 110. Opinión que ha sido refrendada en posteriores sentencias que se expondrán a continuación, con las cuales manifestaremos también nuestro desacuerdo en atención al papel residual que ocupa el arbitraje en el ámbito comunitario, concretamente referido a la cuestión prejudicial, *vid.*, *infra*.

⁹⁶⁹ *Vid.*, *supra*, la definición que dio P. Schlosser sobre el orden público comunitario expuesta en los conceptos, *cf.*, P.F. Schlosser, “Arbitration and the European Public Policy”, *op. cit.*, p. 81.

⁹⁷⁰ *Cf.*, S. Franco, “L’Arbitrage et le Droit Européé”, *loc. cit.*, pp. 355-356.

normas imperativas de Derecho comunitario directamente vinculantes y la constancia de un orden público comunitario que afecta a la arbitrabilidad, a la competencia de los árbitros, y a la posterior denegación del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales que puedan infringir el Derecho comunitario en su conjunto⁹⁷¹.

286. En suma, las relaciones entre el arbitraje y el Derecho de la competencia no son más que el reflejo de un problema más general, el de las relaciones entre el arbitraje y el orden público⁹⁷². Y, su consecuencia, una dualidad de limitaciones a la arbitrabilidad que, en definitiva, son los límites de fondo y de procedimiento también a la propia competencia de los árbitros⁹⁷³. Dependen de la actitud de los árbitros en el entendimiento de la arbitrabilidad en el Derecho de la competencia y la ley aplicable a ella en éstos casos⁹⁷⁴. Es el difícil, pero posible, equilibrio entre la imperatividad estatal e internacional del Derecho de la competencia *versus* la autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje.

B) Modelo Comunitario y *Antitrust* norteamericano

a) *Exclusión de la diferenciación*

287. No se pretende basar nuestro estudio en una contrastación de la actuación arbitral en los dos diferentes arquetipos de la normativa de la competencia. La

⁹⁷¹ La aplicación de la normativa de la competencia en territorio comunitario, arts 81 y 82 CE, supone que los comportamientos que violen los principios contenidos en esta disposición producen efectos sobre el territorio comunitario que deben ser tenidos en cuenta por el árbitro ya que son susceptibles de afectar al comercio de los Estados miembros, *vid.*, G. Van Hecke, "Arbitrage et restrictions de la concurrence", *Rev. arb.*, 1973, núm. 1, pp. 3-16 y C. Lombardini, "Diritto comunitario e arbitrato internazionale", *Dir. com. int.*, 1993, p. 153.

⁹⁷² *Cf.*, tal expresión en L. Idot "Rapport introductif. L'arbitrabilité...", *op. cit.*, p. 16.

⁹⁷³ De forma general, la dualidad de límites, de fondo o de procedimiento, a la arbitrabilidad internacional en Derecho de la competencia se encuentra en B. Goldman, "La situation en France", *op. cit.*, pp. 111-113.

⁹⁷⁴ Sobre la actitud de los árbitros en Derecho de la competencia, de nuevo tenemos que hacer alusión a los trabajos de L. Idot, *cf.*, "Rapport introductif", *op. cit.*, pp. 23-25. Referente indispensable, por otra parte, del análisis de la mayoría de los escritos teóricos y notas de jurisprudencia relativas al arbitraje y al Derecho de la competencia, como se puede constatar en la mayoría de las citas aquí realizadas, y en la última de las sentencias comentadas, *vid.*, "L'arbitre et l'ordre public communautaire: prise de position de la Cour de Justice, note sous CJCE, 1 Juin 1999", *Rev. arb.*, 1999, núm. 3, pp. 631-653.

legislación *antitrust* del modelo norteamericano, por un lado, y el Derecho de la competencia, tal y como lo conocemos en el ámbito comunitario, por el otro lado⁹⁷⁵. Nos referiremos, de forma mayoritaria, al modelo comunitario de la competencia y a los efectos que las conductas anticompetitivas puedan ocasionar en el territorio comunitario, lo cual no obsta, para que no hagamos referencias constantes al modelo norteamericano y a la práctica arbitral internacional asociada a ambos. Simplemente, no se pretende basar nuestra diferenciación en un estudio teórico de ambos modelos puesto que un estudio preliminar al respecto no nos ha hecho vislumbrar una diferencia sustancial en cuanto a la consideración del orden público y el Derecho de la competencia en la institución arbitral internacional⁹⁷⁶. La diferenciación sí tiene sentido en relación con la aplicación extraterritorial y los efectos anticompetenciales del Derecho de la competencia como tal, pero no en su estricta consideración en el arbitraje⁹⁷⁷. Lo realmente importante en el arbitraje no es la diferenciación entre los paradigmas norteamericano *antitrust* y comunitario de defensa de la competencia, sino la práctica asociada a los mismos⁹⁷⁸.

⁹⁷⁵ Un análisis de la aplicación de la territorialidad en la legislación *antitrust* en el modelo norteamericano y sus diferencias más notables con el modelo comunitario lo encontramos en P. Rodríguez Mateos, "Ambito de aplicación del derecho de libre competencia", *Derecho del Comercio Internacional*, *op. cit.*, pp. 139-149.

⁹⁷⁶ La forma de plantear los problemas en la doctrina norteamericana es muy similar a la que con posterioridad dio lugar al replanteamiento de la doctrina europea del Derecho de la competencia. En el arbitraje, más que un estudio diferenciado entre ambos sistemas importan las cuestiones prácticas relativas a la arbitrabilidad y a los criterios de orden público en éstas materias, *vid.*, los trabajos de R.E. M. Goodman, "Arbitrability and Antitrust", *Col. Jour. Trans. L.*, núm. 23, 1985, pp. 659-678, y L.V. Zumbusch, "Arbitrability of Antitrust Claims Under U.S., German, and EEC law: The "International Transaction" Criterion and Public Policy", *Texas Int. L. J.*, vol. 22:265, 1987, pp. 291-329, este último haciendo un análisis comparativo entre EEUU, Alemania, y la Unión Europea, pone de manifiesto que hay diferencias específicas entre ambos sistemas pero que, en general, lo importante es el reconocimiento o no de la arbitrabilidad de la controversia internacional en Derecho de la competencia y las consideraciones de orden público que de ello se derivan, *cf.*, pp. 328-329.

⁹⁷⁷ Discrepamos en éste sentido de J.B. Racine, que sí basa su estudio en la diferente actuación del orden público en ambos sistemas, *vid.*, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 100-104.

⁹⁷⁸ Recuérdese que en el primer capítulo del presente trabajo se creyó conveniente realizar una diferenciación entre el "*Public Policy*" y el "*Ordre Public*" debido, precisamente, a las múltiples diferencias que en distintos trabajos teóricos parecían desprenderse en cuanto a la consideración del orden público en el arbitraje internacional entre el sistema legal anglosajón y los sistemas pertenecientes al Derecho Romano. En Derecho de la competencia, la diferencia estaría entre las normas de defensa de la competencia comunitarias, por un lado y, por el otro lado, el Derecho *antitrust* norteamericano, entendido éste, únicamente, por el aplicado en los EEUU. Sin embargo, la actuación de los árbitros en cuanto a la arbitrabilidad de la controversia relativa al Derecho de la competencia, que es lo que nos interesa, es muy similar en ambos sistemas. Únicamente se han de destacar los puntos que en la práctica arbitral a nosotros más cercana requieren una especial atención en cuanto a la normativa comunitaria de Derecho de la competencia y la atribución imperativa de jurisdicción que puede plantear dudas interpretativas en un arbitraje que tenga que decidir sobre los efectos anticompetenciales que determinadas prácticas comerciales en el ámbito internacional puedan ocasionar a la UE.

288. El porqué de la contraposición de modelos en el arbitraje y la tendencia a aislar, en este sentido, al *antitrust* en EEUU se debe a que fue un caso norteamericano, de 2 de julio de 1985, el famoso asunto *Mitsubishi*, el primero en el que se permitió en un arbitraje internacional a un Tribunal arbitral la aplicación de la normativa de la competencia estadounidense contenida en la *Sherman Act*⁹⁷⁹. El caso *Mitsubishi* marcó el final del escepticismo de los Tribunales norteamericanos hacia el arbitraje⁹⁸⁰ y rechazó de manera definitiva los argumentos de orden público utilizados en la *American Safety* considerados inaplicables en el arbitraje privado y comercial internacional⁹⁸¹. Lo cual, no significa una arbitrabilidad ilimitada en éstas y otras materias, duramente criticada por *Carbonneau*⁹⁸², sino una confianza dada a los árbitros para que apliquen una normativa de tan alto interés general, con la garantía de que siempre queda la fase de control. Las partes serán sancionadas y el laudo será anulado si el mecanismo arbitral es utilizado para escapar de la imperatividad de la normativa anticompetencial. Esta permisividad a la arbitrabilidad de la controversia internacional después sirvió para abrir la arbitrabilidad en el ámbito interno⁹⁸³.

⁹⁷⁹ Vid., *Soler Chrysler Plymouth c. Mitsubishi Motors Corporation*, Year. Comm. Arb., vol. X, p. 519. Supreme Court de 2 de julio de 1985, *Mitsubishi Motors Corporation c. Soler Chrysler Plymouth*, Year. Comm. Arb., vol. XI, 1986, p. 555, Rev. arb., 1986, núm. 2, p. 273, comentada por J. Robert, *ibid.*, p. 173. Entre una empresa japonesa y otra estadounidense se había realizado un contrato de distribución exclusiva de automóviles en EEUU, con sumisión expresa al Derecho suizo. Ante la ruptura del mismo, se plantea la demanda de arbitraje, lo importante es que se confirmó la competencia de los árbitros y se admitió la conformidad del contrato con la *Sherman Act*, *vid.*, un resumen de los hechos en L. Goffin, "L'arbitrage et le droit européen", Rev. dr. int. dr. comp., 1990, p. 323; y J.A. Bertrand, "Arbitration: Public Policy Exception to Arbitration of Antitrust Issues- *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth*", *Harvard Int. L.J.*, vol. 25, 1984, pp. 427-433.

⁹⁸⁰ Con anterioridad al caso *Mitsubishi* la jurisprudencia norteamericana ya se había manifestado en contra de la arbitrabilidad de las controversias relativas al Derecho *antitrust*, en numerosas ocasiones, *cf.*, *United States District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division*, de 15 de marzo de 1977, Year. Comm. Arb., vol. III, 1978, p. 291, manifestando una concepción estricta en relación con la no-arbitrabilidad de las controversias relativas a la normativa *antitrust*.

⁹⁸¹ Cf., M.F. Hoellering, "Arbitrability of Disputes", *loc. cit.*, pp. 137-138.

⁹⁸² Vid., las críticas a la tendencia a una arbitrabilidad sin límites en la jurisprudencia arbitral norteamericana posterior a *Mitsubishi* en, Th.E. Carbonneau, "L'arbitrage en droit américain", *loc. cit.*, pp. 3-50, esp. p. 46.

⁹⁸³ Un estudio ilustrado con casos prácticos de cómo gracias al asunto *Mitsubishi*, la arbitrabilidad de los derechos *antitrust* fue extendida a los aspectos internos del arbitraje en EEUU, lo ofrece, D. Hascher, "Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory report", *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, pp. 159-160. En la misma monografía, *vid.*, también los trabajos relativos a la situación norteamericana relativa al arbitraje y los *antitrust issues*, en los trabajos de D.W. Rivkin, "Arbitrability, Applicable Law and Public Policy. The U.S. Situation", *ibid.*, pp. 125-145; S. Jarvin,

289. El asunto *Mitsubishi* tuvo una repercusión mundial y fue el verdadero detonante que permitió la arbitrabilidad de la controversia internacional en materias relacionadas con la libre competencia en el arbitraje internacional⁹⁸⁴. Siempre y cuando, se dieran las condiciones que vamos a analizar, entre las que se encuentra que el árbitro aplique realmente el Derecho de la competencia, caracterizado por su imperatividad de orden público económico⁹⁸⁵. La verdadera causa que reconcilió el arbitraje internacional con las hasta entonces tan estrictas normas de seguridad de los EEUU (*U.S. Securities Laws*), y provocó el abandono de la celosa aplicación extraterritorial de la normativa *antitrust* fue el incremento de la confianza en el arbitraje y la mayor aplicación del Convenio de Nueva York junto a la concepción flexible del concepto de orden público⁹⁸⁶. A partir de aquí, la corriente federal a favor del arbitraje, “*the federal policy favoring arbitration*”, prevalece en la mayoría de los casos sobre la excepción de orden público alegada en su contra⁹⁸⁷. Si existe alguna duda sobre si la materia es o no arbitrable en el arbitraje internacional deberá resolverse a favor del arbitraje⁹⁸⁸.

b) *Treble Damages y Punitive Damages*

290. En este punto se impone una breve pero necesaria aclaración de la importancia de la inclusión de estos supuestos en Derecho de la competencia en lo que a

“Arbitrability, Applicable Law and Public Policy. Comments on U.S. Court decisions”, *ibid.*, pp. 145-153 y B. Ball, “Case Law and Arbitrability. Arbitrability Under United States Law”, *ibid.*, pp. 181-199.

⁹⁸⁴ La interpretación del convenio de arbitraje en el momento del nacimiento de la controversia provocó que tras la jurisprudencia sentada en *Mitsubishi* se consideraran arbitrables todas las controversias fundadas sobre la ley RICO, *cf.*, la Sent. de la *United States Court of Appeals, 5th Circuit*, de 27 de marzo de 1987, *Year. Comm. Arb.*, vol. XIII, 1988, p. 138, *cf.*, B. Hanotiau, “L'arbitrabilité...”, *loc. cit.*, pp. 961.

⁹⁸⁵ B. Goldman, señaló que el ejemplo del asunto *Mitsubishi*, por el cual, el Tribunal Supremo de los EEUU ha admitido la competencia de los árbitros internacionales para aplicar la legislación *antitrust*, muestra, sin lugar a dudas, la importancia fundamental que éstas legislaciones conceden al orden público económico. La alta jurisdicción estadounidense pone el acento en el carácter transnacional de las jurisdicciones arbitrales extranjeras y sobre la especialidad necesaria en el comercio internacional de las controversias relativas al orden público económico, a lo que se añade la especificidad de las soluciones posibles en el arbitraje internacional, *cf.*, B. Goldman, “Arbitrage Commercial...”, *loc. cit.*, p. 19.

⁹⁸⁶ *Vid.*, K. Ishizumi, “International Commercial Arbitration and Federal Securities Regulation: Reconciling Two Conflicting”, *loc. cit.*, pp. 81-113.

⁹⁸⁷ *Cf.*, J.W. Stempel, “Pitfalls of Public Policy...”, *loc. cit.*, p. 320.

⁹⁸⁸ Una de las sentencias más recientes que así lo indican es la Sent. de la *United States District Court, Southern District of Florida, Miami Division*, de 3 de marzo de 1996, No. 95-492-CIV-MOORE, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 948- 953. Sobre el orden público federal a favor del arbitraje en la arbitrabilidad de la controversia.

la arbitrabilidad de la controversia internacional se refiere. Es el caso de dos expresiones singulares y desconocidas en el ordenamiento jurídico español. Los “*Treble Damages*” y los “*Punitive Damages*”, característicos de la legislación norteamericana, que presentan un aspecto penal o cuasi-penal que a Europa y al resto de las legislaciones latinoamericanas y del resto de los continentes nos resulta, cuanto menos, extraño⁹⁸⁹.

291. Aparte de los señalados, otro de los aspectos importantes que fue admitido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Mitsubishi*, fue el hecho de permitir que un tribunal arbitral pudiera pronunciarse sobre una demanda de “*treble damages*” en el marco de la legislación *RICO*⁹⁹⁰, y de la antigua “*Sherman Act*”⁹⁹¹. La regla de los “*Treble Damages*”, permite resarcir a la víctima o víctimas de las prácticas anticompetenciales o de *trust* en los EEUU, a través de una compensación económica que se determina multiplicando por tres la reparación estimada de los daños y perjuicios sufridos por la víctima, de ahí, el carácter restrictivo y sancionador que implica su aplicación⁹⁹². Si bien se considera que los “*Treble Damages*” tienen, en principio, una naturaleza meramente civil e indemnizatoria, el hecho de triplicar la indemnización podría encubrir un cierto grado de sanción penal⁹⁹³. Estamos, pues, ante un caso en el que el límite entre las sanciones penales y las consecuencias civiles no es muy claro de precisar.

Unicamente apuntar que si admitimos el componente de sanción penal que conllevan los “*Treble Damages*”, estaríamos reconociendo que la jurisprudencia norteamericana derivada de *Mitsubishi* ha permitido decidir a los árbitros sobre la imposición de sanciones penales además de sobre la determinación de las consecuencias civiles y sobre la nulidad del acto anticompetitivo⁹⁹⁴. Lo que importa es que, en este

⁹⁸⁹ En EEUU, existe una atribución imperativa de jurisdicción en materia de competencia para los aspectos penales y administrativos de la cual se encarga la “*Division Antitrust*” apoyada por la información que recibe de la “*Federal Trade Comision*”, cf., J.A. Bertrand, “Arbitration: Public Policy Exception to Arbitration of Antitrust Issues- *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth*”, *Harvard Int. L.J.*, vol. 25, 1984, p. 429.

⁹⁹⁰ “*Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act*”.

⁹⁹¹ Cf., B. Goldman, “L’arbitrabilité, le droit applicable et l’ordre public...”, *op. cit.*, p. 112.

⁹⁹² Cf., R. Geiger, “Evolution of Competition Regulations...”, *op. cit.*, p. 76.

⁹⁹³ Cf., S. Jarvin, “Arbitrability of Anti-trust Disputes: The *Mitsubishi v. Soler* Case”, *Journ. int. Arb.*, 1985, núm. 3, p. 78.

⁹⁹⁴ La intención del legislador de permitir una aplicación más frecuente de los *treble damages* en las controversias que impliquen la protección del orden público considerado fundamental para los EEUU como en la aplicación de la normativa *antitrust* ha sido puesta de relieve por D. Hascher, “Les conditions d’arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory report”, *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, p. 157.

caso, el poder público permite que el árbitro esté investido de un poder de juzgar equiparable en todos los aspectos al del juez estatal⁹⁹⁵. Apreciación que llevada al último extremo permite deducir que en cierta medida el terreno inarbitrable por excelencia, el Derecho penal y el Derecho Administrativo sancionador, cuya carga de orden público adosada al Derecho público había prohibido radicalmente la arbitrabilidad de las controversias que pudieran versar sobre el mismo, ha encontrado una brecha por donde pudiera penetrar la arbitrabilidad de las controversias internacionales en el Derecho de la competencia.

292. En el mismo orden de ideas, los “*Punitive Damages*” pueden ser también impuestos por un árbitro como consecuencia de la aplicación de la normativa norteamericana de la responsabilidad extracontractual derivada del hecho contrario a la competencia⁹⁹⁶. En la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de 6 de marzo de 1995, *Mastrobuono c. Shearson*, se reconoció que los árbitros están investidos de poder para condenar a la parte infractora al pago de *Punitive Damages* conforme a las exigencias del orden público⁹⁹⁷. Hecho, que de la misma manera que el anterior, es difícil de aceptar desde la percepción civil de la responsabilidad jurídica a nosotros más cercana. Implica, la imposición por parte del juzgador que decide, ya sea público o privado, de una cantidad añadida a la estricta compensación de daños y perjuicios que recae sobre la parte condenada como castigo por haber actuado éste con violencia, malicia, fraude o comportamiento irreflexivo o inicuo⁹⁹⁸. Destacándose, como señala M.

⁹⁹⁵ Cierto es, que éste sería un supuesto un tanto elaborado, que depende más de construcciones teóricas en torno a la naturaleza civil o penal de los “*treble damages*”, que a su adecuación práctica, *cf.*, B. Goldman, “L’arbitrabilité, le droit applicable et l’ordre public...”, *op. cit.*, pp. 111-112.

⁹⁹⁶ A pesar de no haber sido ésta una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la práctica, *vid.*, la polémica desatada al respecto y el intenso debate que ha sido suscitado en la doctrina europea en un escaso período de tiempo en A. Saravalle, “I *punitive damages* nelle sentenze delle Corti Europee e dei Tribunali Arbitrali”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, núm. 4, pp. 867-892.

⁹⁹⁷ *Vid.*, la Sent. de la *Supreme Court of the United States*, de 6 de marzo de 1995, No. 94-18, Antonio y Diana *Mastrobuono c. Shearson Lehman Hutton, Inc., et al.*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996, pp. 181 y ss. *Federal Policy* a favor del arbitraje, también en la *Rev. arb.*, 1995, núm. 2, pp. 295-310, y los comentarios realizados a la misma por M. Requejo Isidro, “Reconocimiento en España de sentencias extranjeras condenando al pago de *punitive damages*”, *Iniuria*, abril-junio de 1995, pp. 83-112, y la gran variedad de comentaristas que allí se citan. Sentencia, que al cabo del tiempo no ha dejado de despertar la atención de la ciencia jurídica, *vid.*, L. Hutton y J.Y. Gotanda, “Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitration in the Wake of *Maestrobuono v. Shearson*”, *Harvard Int. J.*, vol. 38, núm. 1, 1997, pp. 59-111.

⁹⁹⁸ *Vid.*, la traducción del significado de los *Punitive Damages*, realizada por M. Requejo Isidro, “*Punitive damages* y su notificación en el Convenio de la Haya de 15 de octubre de 1965”, *REDI*, vol. XLVIII, 1996, núm. 2, pp. 73-74, nota 6. Los *Punitive Damages*, “*son daños en una escala incrementada*,

Requejo Isidro, que el “montante desmesurado” que suele derivarse de los *Punitive Damages* hace más que sospechosa la naturaleza meramente civil de los mismos y nos descubre su proximidad a una naturaleza penal o “cuasi-penal”, que genera la oposición, por parte de la jurisprudencia y la totalidad de la doctrina europea, al reconocimiento y a la ejecución de las decisiones y sentencias americanas de *Punitive Damages* que pretendan desplegar sus efectos en la UE⁹⁹⁹.

293. En materia de arbitrabilidad, es de destacar, que el reconocimiento de su doble naturaleza civil y penal, implica una apertura sin precedentes a la arbitrabilidad de aspectos que conllevan un componente de Derecho penal. En los escasos supuestos existentes al respecto en la práctica arbitral internacional existe una orientación favorable a reconocer la arbitrabilidad de la controversia internacional de los *Punitive Damages* así como el poder de los árbitros para concederlos¹⁰⁰⁰. Arbitrabilidad de la que se derivan muchas dudas en atención a su efectividad también en el arbitraje internacional¹⁰⁰¹. Dado que si en Europa no se reconocen las sentencias judiciales que condenan a las partes al pago de los *Punitive Damages*¹⁰⁰², mucho dudamos que un laudo arbitral de las mismas características sea reconocido y ejecutado si el Estado requerido es un Estado miembro, por ejemplo, en España.

No sólo se podría alegar para denegar su reconocimiento y ejecución el art. V. 2 a) del Convenio de Nueva York, por ser ésta una materia de naturaleza penal o cuasi-penal, y por tanto contraria a las consideraciones de orden público interno e internacional estatal relativas a la validez del presupuesto material. Sino también, se podría acudir al art. V. 2 b), como cláusula general, por su contrariedad al orden público

otorgados al demandante por encima de lo que simplemente compensaría la pérdida patrimonial, cuando el daño causado fuera incrementado por concurrir violencia, malicia, fraude o comportamiento irreflexivo o inicuo por parte del ofensor (...). Están basados en consideraciones de orden público completamente diferentes a los daños compensatorios o actuales (...)”.

⁹⁹⁹ Cf., al respecto, M. Requejo Isidro, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, p. 85.

¹⁰⁰⁰ En un arbitraje llevado a cabo en el CIADI, en el caso núm. ARB/83/2, *LETCO (Liberian Eastern Timber Corporation) v. The Government of the Republic of Liberia*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XIII, 1988, pp. 35 y ss, en la p. 51, se recoge expresamente que no existe duda alguna respecto a que los árbitros puedan acordar la imposición de *Punitive Damages*. El único obstáculo que no les permitió hacerlo es que la ley aplicable a la controversia era el Derecho Liberiano, que no reconoce el instituto de los *punitive damages*.

¹⁰⁰¹ Cf., M. Requejo Isidro, “Arbitrabilidad de la controversia...”, *loc. cit.*, pp. 43-87, esp. p. 63.

¹⁰⁰² *Vid.*, R.A. Brand, “*Punitive Damages and the Recognition of Judgements*”, *N.I.L.R.*, vol. XLIII, 1996, núm. 2, pp. 143-187.

del país del lugar donde se solicita el reconocimiento y la ejecución. Actitud que, desde el principio, ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina norteamericana en el sentido de rechazar la interpretación del orden público de carácter interno que implica la aplicación del Convenio de Nueva York. Se defiende que el orden público que se debe aplicar a la hora de tomar en cuenta los recursos contra el laudo arbitral es el orden público internacional con visos de supranacionalidad que sí permite el reconocimiento de un laudo arbitral internacional que imponga el pago de *Punitive Damages*¹⁰⁰³. O soluciones, consistentes en que el árbitro separe en el laudo final las cantidades meramente compensatorias de los montantes considerados en concepto de *Punitive Damages* para que así en todo caso el laudo sea reconocido y ejecutado parcialmente a excepción de los *Punitive Damages* contrarios al orden público¹⁰⁰⁴. Sin desmerecer el valor de éstas instituciones, en principio, a nosotros ajenas y las múltiples reflexiones que pueden derivarse de un estudio más pormenorizado del tema así como de las peculiaridades del Derecho *Antitrust* en su conjunto, es aconsejable centrarse, por el momento, en la problemática que en atención a la normativa imperativa y al orden público comunitario se desprende en el Derecho (s) de la competencia.

2. LÍMITES A LA ARBITRABILIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

A) Condición necesaria. Patrimonialidad, disponibilidad y especial referencia a la atribución imperativa de jurisdicción

294. La arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia depende, en un primer momento, de la aplicación de los criterios generales del presupuesto

¹⁰⁰³ En este sentido se manifiesta K.J. Tolson, que aboga incluso por la reforma del Convenio de Nueva York, para acabar con los conflictos que a partir de la todavía consideración del orden público apegado a concepciones estrictamente territoriales resulta perjudicial para el desarrollo del arbitraje internacional. Se propone la inclusión de un orden público internacional o auténticamente internacional, *cf.*, "Punite Damage Awards in International Arbitration: Does the "Safety valve" of Public Policy Render them Unenforceable in Foreign States?", *Loyola of los Angeles L.R.*, 1987, pp. 455-512, esp. pp. 511-512.

¹⁰⁰⁴ Solución propuesta por L. Hutton y J.Y. Gotanda, "Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitration in the Wake of *Maestrobueno v. Shearson*", *Harvard Int. J.*, vol. 38, núm. 1, 1997, pp.59-111, esp. p. 105.

material que se han enunciado con anterioridad¹⁰⁰⁵. Tres, son las condiciones mínimas necesarias que se requieren para que un árbitro sea competente sobre una materia que pertenezca al Derecho de la Competencia, en particular, y al Derecho Comunitario, en general. La patrimonialidad del objeto, la disponibilidad de las partes del referido objeto material y la inexistencia de una atribución imperativa de jurisdicción, ya sea a un órgano Administrativo o Judicial, que sustraiga al juicio de los árbitros el conocimiento de esa controversia¹⁰⁰⁶. La disponibilidad en Derecho de la competencia ha sido más veces puesta en duda desde la doctrina y las escasas legislaciones que tratan específicamente el tema del arbitraje en el Derecho de la competencia, que desde la práctica arbitral. Por ello, a diferencia de la desconfianza de la que hacen gala los tribunales y legislaciones estatales al enjuiciar un convenio arbitral inserto en un contrato que pueda afectar al Derecho de la competencia, el juez privado debe presumir la *bona fide* de las partes reflejada en el convenio de arbitraje que lo ha legitimado¹⁰⁰⁷.

295. Es difícil hallar alguna referencia específica relativa al arbitraje y la normativa de la competencia en las diferentes fuentes legislativas internas, comunitarias o internacionales. Como viene siendo habitual, el legislador suizo fue uno de los primeros en reconocer la arbitrabilidad de las controversias internacional en cuestiones relativas al Derecho de la competencia cuando eran invocados los artículos 85 y 86 TCE, hoy arts, 81 y 82 CE¹⁰⁰⁸. Junto a ésta, hasta hace muy poco eran un total de tres las legislaciones que hacían referencia expresa al arbitraje y al Derecho de la competencia. Se tenía en cuenta a la antigua sección 19 de la Ley alemana de 1957, que recientemente ha sido derogada por la nueva Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de

¹⁰⁰⁵ Siguiendo nuestra línea metodológica, en un primer momento, hay que aplicar la “Condición necesaria” de la arbitrabilidad: patrimonialidad, disponibilidad y que no exista una atribución imperativa de jurisdicción relevante en el contexto internacional, para, a continuación, aplicar la “Condición suficiente”. Esto es, que el orden público internacional permita la arbitrabilidad en cuestión, poniendo especial atención en la licitud/ilicitud del presupuesto material y en que en este ámbito material se viene afirmando, desde el principio, que nos encontramos ante un orden público auténticamente internacional que admite la arbitrabilidad de la controversia internacional en Derecho de la competencia.

¹⁰⁰⁶ En el ámbito comunitario, las condiciones se concretan en que el derecho controvertido sea de naturaleza patrimonial, disponible y que no sea una de las competencias exclusivas de las Instituciones Europeas, *cf.*, J.H. Moitry, “Arbitrage international et droit de la concurrence: vers un ordre public de la *lex mercatoria?*”, *Rev. arb.*, 1989, núm. 1, p. 3. También, sobre la citada normativa en el ámbito comunitario, *vid.*, U. Immenga, “Líneas de desarrollo y características del Derecho europeo de la competencia”, *R.D.M.*, 1997, núm. 225, pp. 1101-1118.

¹⁰⁰⁷ *Cf.*, J.D.M. Lew, *Contemporary Problems...*, *op. cit.*, p. 80.

1998, la cual no contiene ninguna sección relativa a la arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia¹⁰⁰⁹. Con su exclusión, en la actualidad, únicamente son dos las legislaciones internas que contienen disposiciones concretas al respecto. Consideradas, eso sí, de orden público internacional en los respectivos ordenamientos¹⁰¹⁰. El artículo 18 de la ley federal suiza sobre los *cárteles* y el artículo 124 de la ley austríaca de 1988¹⁰¹¹. Ambas disposiciones difieren en su contenido. El art. 124 de la ley austríaca sobre la competencia se basa en un sistema que permite autorizar los acuerdos que no considera restrictivos para la competencia, en cuyo caso el arbitraje está permitido, de aquellos que sí considera restrictivos y por lo tanto no son autorizados y el arbitraje queda excluido¹⁰¹². El art. 18 de la legislación suiza aunque se pronuncia sobre la nulidad de los acuerdos de *cártel*, distingue los que son internos de los internacionales y si el *cártel* es internacional el arbitraje está permitido. Dicha disposición, además declara nula toda cláusula de arbitraje que no otorgue a las partes la posibilidad de dirigirse, si lo prefieren las partes, a la jurisdicción ordinaria¹⁰¹³.

296. En el resto de las legislaciones internas o convencionales de arbitraje no se encuentra ninguna disposición específica que relacione al arbitraje con el Derecho de la competencia¹⁰¹⁴. Lo único, el carácter especial de orden público atribuido a su normativa imperativa y, por supuesto, de forma implícita, las conclusiones que con carácter general se pueden extraer de los criterios siempre necesarios de la arbitrabilidad de la controversia basados en la disponibilidad y la patrimonialidad de los derechos,

¹⁰⁰⁸ Cf., D. Hahn, *L'arbitrage commercial international en Suisse face aux règles de concurrence de la CEE*, ed. Georg, Ginebra, 1983, vol. 36, p. 70.

¹⁰⁰⁹ *Vid.*, la Ley alemana, en la *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 339-353, con los comentarios a la misma en la doctrina española de M. Checa Martínez, M. Gómez Jene y R. Lapiedra Alcamí, *ibid. cit.*

¹⁰¹⁰ Las disposiciones que someten a la cláusula compromisoria a distintas condiciones de validez para permitir la arbitrabilidad en cuestiones de Derecho de la competencia son normas de orden público, *cf.*, D. Hascher, "Case Law and Arbitrability. Rapport Introductive", *op. cit.*, pp. 155-156, notas 6 y 7.

¹⁰¹¹ *Cf.*, los artículos y las diferencias existentes entre los mismos expuestas por L. Idot, "Rapport introductif. L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public des litiges intéressant la concurrence", *op. cit.*, pp. 18-19.

¹⁰¹² *Vid.*, las diferencias en J.P. Maire, y D. Hahn, "L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public. Réglementation de la concurrence et évolution du concept", *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, 1993, p. 84.

¹⁰¹³ *Cf.*, el laudo de la CCI núm. 2811/1978, *Jour. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 230. Y, las apreciaciones al respecto de G. Van Hecke, "Arbitrage et règles de la concurrence", *Rev. arb.*, 1978, núm. 2, p. 191.

¹⁰¹⁴ Excepto en la recentísima legislación de arbitraje sueca, de 1 de abril de 1999, previamente comentada, *vid., supra.*, Cap. II, y S. Jarvin, "La nouvelle loi suédoise sur l'arbitrage", *loc. cit.*, pp. 27-85.

aspecto en el que no vamos a incidir aquí de nuevo¹⁰¹⁵. Basta señalar que en los sistemas basados en los criterios patrimoniales y en los de libre disponibilidad de derechos, se entiende que de manera tácita sí esta reconocida la arbitrabilidad de las controversias relativas a los Derechos de la competencia, ya que éstos son de carácter patrimonial y también disponibles¹⁰¹⁶. No procede cuestionarse la naturaleza patrimonial de los Derechos de la competencia, ya que nos encontramos en el ámbito económico por excelencia donde los derechos son arbitrables sin restricción patrimonial alguna¹⁰¹⁷. Y, el legislador suizo, que hasta la incorporación por la reciente Ley alemana de arbitraje del criterio patrimonial para decidir la arbitrabilidad de la controversia internacional era el único que había adoptado dicho criterio patrimonial, en más de una ocasión se ha decantado por la arbitrabilidad del Derecho comunitario de la competencia¹⁰¹⁸. Sin embargo, desde el punto de vista de la disponibilidad, varias son las cuestiones que hay que aclarar.

297. Por un lado, se consideran arbitrables porque son disponibles, el Derecho a invocar la nulidad de los acuerdos que prohíban las prácticas de competencia, el Derecho a invocar la ilicitud de los comportamientos prohibidos por las mismas reglas, y el de invocar la validez de los acuerdos que se benefician de una exención por

¹⁰¹⁵ *Vid., supra.*, en el epígrafe dedicado a los criterios para determinar la arbitrabilidad de la controversia y el orden público. La diferencia entre los sistemas basados en la libre disponibilidad de los derechos, como el nuestro y aquellos basados en la patrimonialidad, como el art. 177. 1 de la Ley suiza de 1987. Junto a los supuestos concretos de atribución imperativa de jurisdicción. Junto a los problemas dimanantes de los sistemas que identifican la noción de la arbitrabilidad con la de orden público, como el art. 2060 del Cc francés y el art. 1. 3 de la LGA peruana.

¹⁰¹⁶ Para un mayor abundamiento en éstos sistemas en relación con la patrimonialidad y la disponibilidad y su repercusión en el Derecho de la competencia, *vid.*, los respectivos trabajos de A. McClellan, “Arbitrability, Applicable Law and Public Policy. EC Situation”, p. 99; L. Idot, p. 20; J.P. Maire y D. Hahn, p. 81; B. Goldman, p. 112; P. Bernardini, “La situation en Italie”, pp. 119-124. Todos ellos, en las páginas señaladas, dentro de la obra conjunta, *Competition and Arbitration Law, op. cit.* Específicamente en el Derecho francés, *cf.*, como la desventurada referencia al orden público que se contiene en el artículo 2060 del Código Civil ha provocado numerosos debates sobre la arbitrabilidad de las demandas relativas al Derecho de la competencia, en P. Level, “L’arbitrabilité”, *loc. cit.*, p. 213.

¹⁰¹⁷ Su carácter patrimonial es indudable. En el arbitraje internacional económico, los “*antitrust issues*”, tienen un importante impacto para las transacciones económicas internacionales que deben ser tenidas en cuenta por el árbitro internacional, *cf.*, K.P. Berger, *International Economic...*, *op. cit.*, pp. 193-197.

¹⁰¹⁸ *Vid.*, la Sent. dictada por el *Tribunal Fédéral (Supreme Court)*, de 28 de abril de 1992, *asunto GSA c. Société V. Spa*, *Dir. Com. Int.*, 1993, pp. 143-151, comentada por C. Lombardini, *ibid.*, pp. 152-163, *Rev. arb.*, 1993, núm. 1, p. 124, con nota de L. Idot, *RSDIE*, 1998, núm. 4, p. 108 y ss, comentada por Fr. Knoepfler. Que expresa que la estimación y la aplicación por un árbitro del Derecho comunitario no implica contrariedad con el orden público.

categoría individual¹⁰¹⁹. Hasta aquí estamos de acuerdo, aunque también hay que destacar que no existe unanimidad en la práctica jurisprudencial al respecto ni siquiera en el ámbito europeo¹⁰²⁰. Por otro lado, el árbitro puede constatar una infracción al Derecho de la competencia pero deberá abstenerse de anular el contrato¹⁰²¹. Se consideran indisponibles y por tanto inarbitrables, el Derecho a comprobar y hacer cesar las infracciones contrarias al Derecho de la competencia y el Derecho a constatar las exenciones individuales y los certificados negativos de la infracción¹⁰²².

298. Discrepamos, en este último aspecto, en el sentido en que no creemos que la inarbitrabilidad en estos puntos se derive de la indisponibilidad *per se* de los Derechos controvertidos. La condición necesaria obedece a la reagrupación de los criterios de la arbitrabilidad que desemboca en la consideración, con carácter especial, de la atribución imperativa de jurisdicción que la Comisión y determinadas Autoridades especializadas en la materia tienen en determinados procedimientos, relativos a las exenciones, en Derecho de la competencia. Es la fuerte presencia de las competencias exclusivas en materias relativas al Derecho de la competencia la que provoca la indisponibilidad del objeto, pero no su carácter no dispositivo en sentido estricto¹⁰²³. No se pretende discutir que su carácter sea o no dispositivo, porque coincidimos en que en los últimos supuestos indicados, claramente no lo es. La matización deriva, si se quiere

¹⁰¹⁹ Entre los numerosos autores que esquematizan de esta manera la posibilidad de arbitrar o no en el Derecho de la competencia, *cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 967. Centrándose en la cuestión principal de reconocer la libre disponibilidad de las partes a invocar la nulidad del contrato por su contrariedad al Derecho de la competencia, *cf.*, D. Hahn y J.P. Maire, “Réglementation de la concurrence...”, *op. cit.*, p. 85.

¹⁰²⁰ Ya se ha comentado, en el apartado relativo al orden público transnacional y a los rangos del orden público en la arbitrabilidad, la famosa sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bolonia que declaró inarbitrable una controversia por ir en contra de la normativa imperativa de defensa de la competencia del art. 85 del Tratado de Roma, actual art. 81 CE, en la decisión de 18 de julio de 1987, *Coveme v. CFI, Riv. dr. int. pr. proc.*, 1988, p. 740, *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, p. 534.

¹⁰²¹ Lo que comporta que el árbitro sólo podrá decidir sobre el contrato en ausencia de infracción, *cf.*, D. Hascher, “Les conditions d’arbitrabilité et la jurisprudence...”, *op. cit.*, p. 165. Sistema que carece de toda lógica pues el árbitro deberá declararse incompetente tras haber comprobado que existe infracción, por lo que el examen de fondo ya habría sido realizado, *vid., infra*.

¹⁰²² En la sent. dictada por la *Cour d’appel de Paris (1^o Ch Civ)*, de 14 de octubre de 1993, *Société Aplex c. Société Velcro, Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 164-170, con nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 170-173. Sin dejar de reconocer la arbitrabilidad de las controversias relativas al Derecho de la competencia, se subraya que las competencias atribuidas a la Comisión son un límite infranqueable a la aplicabilidad por los árbitros del Derecho de la competencia.

¹⁰²³ En contra, P. Rodríguez Mateos, que se centra en el carácter no dispositivo de las normas de libre competencia y lo proyecta en la fórmula internacional del arreglo de controversias, *cf.*, *Sistema de mercado...*, *op. cit.*, pp. 61-66.

un tanto puntillosamente, de que en nuestro ordenamiento tendemos a reconducir todos los criterios de la inarbitrabilidad a la indisponibilidad de la materia, cuando no es así. En Derecho de la competencia, el factor de peso es la atribución imperativa de jurisdicción a partir de la cual, siguiendo nuestra teoría de que es necesario reagrupar los criterios de la arbitrabilidad, se provoca el desencadenamiento de la indisponibilidad del objeto material.

299. Así, una referencia especial merece el criterio de las competencias exclusivas en el Derecho de la competencia de donde deriva el problema principal de la consideración del orden público en la arbitrabilidad de las controversias susceptibles de afectar al Derecho de la competencia, ya que, tradicionalmente, la aplicación de ésta normativa se identificaba con una atribución imperativa de jurisdicción que imposibilita dicha arbitrabilidad¹⁰²⁴. Nos encontramos ante una tríada de atribuciones de competencias susceptibles de entrar en conflicto con la propia competencia arbitral. En primer lugar, entre los árbitros y las jurisdicciones especializadas en Derecho de la competencia. En segundo lugar, entre los árbitros y la jurisdicción común de los tribunales estatales. Y, en tercer lugar, dentro del marco comunitario, el conflicto que se puede presentar entre los árbitros y las autoridades comunitarias encargadas de decidir sobre determinadas cuestiones de la normativa europea sobre la competencia. En concreto, la Comisión Europea.

300. Atendiendo a la primera hipótesis, susceptible de plantear el conflicto de competencias, en los distintos ordenamientos existen órganos específicos o jurisdicciones especializadas que se encargan de aplicar las normas sobre competencia y de decidir sobre los procedimientos administrativos o penales de aplicación de las conductas restrictivas a la misma¹⁰²⁵. En España, esta jurisdicción especializada es el Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano legitimado para pronunciarse sobre una sanción administrativa o penal al respecto¹⁰²⁶. Nos hallamos, entonces, ante un supuesto de imposibilidad material o de inarbitrabilidad, en sentido estricto, donde el aparente

¹⁰²⁴ Los aspectos relacionados con el Derecho comunitario de la competencia son de carácter imperativo y su aplicación está reservada a la Comisión, *cf.*, G. Van Hecke, "Arbitrage et restrictions...", *loc. cit.*, p. 7.

¹⁰²⁵ En palabras de L. Goffin, "Arbitrage et droit européen", *loc. cit.*, p. 320.

¹⁰²⁶ *Vid.*, F. Sánchez Calero, *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 55-58.

conflicto de competencias es un falso problema¹⁰²⁷. Es claro que el árbitro, juez privado, no dispone de poder para imponer sanciones administrativas ni penales¹⁰²⁸. Unicamente son las autoridades especializadas las que tienen esta competencia. No se trata, pues, de un verdadero conflicto de competencias sino, más bien, de una delimitación funcional entre distintos órganos que deciden en un mismo ámbito material.

301. En segundo lugar, los tribunales estatales también intervienen en el Derecho de la competencia al decidir sobre las consecuencias civiles de la violación de las legislaciones de la competencia. En este sentido, no se encuentra ninguna disposición normativa que prohíba que los árbitros se pronuncien sobre una sanción de la misma manera que un tribunal civil¹⁰²⁹. Es especialmente aquí significativo el art. 1. 3 de la Ley General de Arbitraje Peruana, que indica de manera específica que sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ésta no hubiera sido ya fijada por resolución judicial firme¹⁰³⁰. En el segundo caso, la respuesta es afirmativa, sin ningún tipo de matizaciones. Es el arbitraje privado y comercial tal y cómo lo conocemos en todos los sentidos. Los árbitros, al igual que las jurisdicciones estatales, pueden pronunciarse sobre la nulidad del contrato o sobre la nulidad de determinadas cláusulas que vayan en contra del Derecho de la competencia, a pesar de ser ésta una materia de orden público. No se discute que los jueces privados puedan establecer indemnizaciones para resarcir los daños y perjuicios provocados a las víctimas de la práctica anticompetitiva, decidiendo sobre las consecuencias civiles de la violación del

¹⁰²⁷ Cf., J.P. Maire, y D. Hahn, “L’arbitrabilité, le droit applicable et l’ordre public...”, *op. cit.*, p. 86, y L. Idot, “Rapport introductif”, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰²⁸ Excepto las consideraciones vertidas anteriormente en relación con los *Treble Damages* y los *Punitive Damages* en Derecho norteamericano, que a pesar de tener un fuerte componente de sanción penal, sí pueden ser impuestas por los árbitros, *vid., supra.*, los *treble damages* y los *punitive damages*, en el apartado II. 1. B) b).

¹⁰²⁹ Cf., la Sent. de la *Cour d’appel de París (1^a Ch., sect. C.)*, de 20 de febrero de 1989, *Société Phocéenne de Dépôt c. Société Dépôts Pétroliers de Fos*, *Rev. arb.*, 1989, núm. 2, pp. 280 ss, con nota de L. Idot, p. 303. Aunque se trate de un arbitraje interno la lectura fundamental del caso es que los árbitros pueden pronunciarse en materia del Derecho de la competencia de la misma forma que los tribunales civiles.

¹⁰³⁰ A pesar de las críticas ya realizadas a la primera parte del art. 1. 3 de la LGA, Ley núm. 26572, promulgada el 3 de enero de 1996, que señala que no podrán ser objeto de arbitraje las controversias “*Que interesen al orden público o las que versan sobre delitos o faltas*”, consideramos que lo realmente indicativo para el Derecho de la competencia es que: “(…) *sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme*”.

Derecho de la competencia, pues es ésta una práctica habitual en el arbitraje, tanto interno como internacional¹⁰³¹.

302. Cosa distinta es la disponibilidad y la patrimonialidad de dichas consecuencias y la aceptación por parte de la doctrina de la equiparación material entre jueces y árbitros¹⁰³². Parece ser que desde distintos órganos y textos comunitarios, sobre todo desde la Comisión, la cooperación en materias sobre libre competencia sólo se tiene en cuenta a las jurisdicciones de los Estados miembros y no al arbitraje. La cuestión de saber si un juez nacional o un árbitro tienen competencia para determinar la conformidad o disconformidad de un contrato con los artículos 81 y 82 CE, ha sido objeto de vivas controversias doctrinales y de decisiones judiciales contradictorias¹⁰³³. En este punto ya ha quedado asentado que, aunque el árbitro o tribunal arbitral no sea propiamente hablando una autoridad de un Estado miembro, no por ello van a dejar de respetar o van a inaplicar las directrices de la Comisión y del resto de las instituciones Europeas en torno al Derecho de la competencia comunitario. Así, se encuentra reflejado en el comentario de uno de los primeros laudos que trataron sobre la aplicación del orden público comunitario por parte del árbitro y el reconocimiento de la arbitrabilidad de las controversias que toquen a este orden comunitario, laudo núm. 1397/1974¹⁰³⁴: “*El árbitro se encuentra en relación con el Derecho comunitario en la*

¹⁰³¹ El árbitro, sin lugar a dudas, puede estatuir sobre las consecuencias civiles de una infracción *cf.*, V.P. Ancel, “Conventions d’arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables”, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 212, 1986, p. 14; y L. Idot, *ibid.*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰³² En numerosas ocasiones se ha puesto de manifiesto que el problema respecto a la arbitrabilidad de las controversias en materias intervenidas por el orden público económico comunitario, en concreto por los artículos 81 y 82 CE, se plantea sobre todo a la hora de reconocer la capacidad del árbitro para estatuir sobre la aplicación de los artículos citados. Esto nos lleva, en un primer momento, a que el árbitro, al decidir sobre su propia competencia, se reconozca a sí mismo la facultad de resolver una cuestión que le hace aplicar la normativa comunitaria de defensa de la competencia. En el fondo, las discusiones doctrinales en torno a dicha cuestión derivan de la consideración o no del arbitraje como una jurisdicción de un Estado miembro, que ya fue resuelto negativamente para los árbitros en la STJCE, *Nordsee*, de 23 de marzo de 1977, *id. cit.*

¹⁰³³ *Cf.*, el laudo de la CCI núm. 2811/1978, *Journ. dr. int.*, 1979, núm. 4, p. 985, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 986-989; *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 228; y en *Recueil CCI*, 1974-1985, pp. 341-346, donde, en un contrato de concesión en exclusiva, finalmente se admite la arbitrabilidad implícita de materias intervenidas por normas de orden público, general o comunitario, en contra con una radical interpretación del asunto *Nordsee*, que tuvo lugar un año antes del laudo dictado.

¹⁰³⁴ *Vid.*, el laudo de la CCI núm. 1397/1966, *Journ. dr. int.*, 1974, núm. 4, p. 878- 884. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 61-65, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 65-67, esp. p. 66. En este caso, la controversia enfrentaba a dos sociedades, una francesa y otra italiana, que fabricaban productos muy similares en el mercado. La primera demandó a la segunda ante un árbitro, con sede en Bélgica, por no haber respetado ésta última el acuerdo de exclusiva que le prohibía vender en Francia sus productos. La parte demandada alegó la nulidad de dicho acuerdo de concesión de exclusividad vertical,

misma posición que el juez interno, en el sentido de que tiene las mismas posibilidades que éste para prevalerse de él, sólo gozará de esta situación de semejanza cuando encuentre los mismos límites”¹⁰³⁵. Límites, claro está, aquí establecidos por el orden público internacional que actúa para preservar la defensa de la libre competencia¹⁰³⁶.

303. En tercer y último lugar, nos hemos de referir al auténtico conflicto de competencias que puede tener lugar en el ámbito comunitario entre la Comisión y el árbitro o tribunal arbitral. Esta claro que el árbitro no está autorizado para conceder exenciones por categoría al igual que tampoco lo está, al día de hoy, ningún Tribunal estatal. Y decimos, al día de hoy, porque ésta situación tiene visos de cambiar. El Reglamento núm. 17 del Consejo, de 26 de febrero de 1962, de aplicación de los arts. 85 y 86 TCE, actuales arts. 81 y 82 CE, señaló que el sistema de autorización de las exenciones individuales o por categorías recogidas en el apartado 3 del art. 81, es competencia exclusiva para todos los asuntos objeto de exención conforme al art. 81. 3, a la Comisión¹⁰³⁷. Parece claro, pues, que existe una competencia exclusiva atribuida a la Comisión, por lo que todo debate en torno a esta cuestión sería estéril¹⁰³⁸.

por violación de las normas comunitarias de la competencia, en concreto del art. 85. 1 TCE, lo que conllevaba que el árbitro no era competente para decidir sobre una controversia en la que estaba en juego el orden público comunitario representado por las normas del Derecho de la competencia, y menos aún para aplicarlas. Sin embargo, el árbitro rechazó los argumentos de la demandada y se pronunció sobre el fondo del asunto, estimando que las materias relativas al Derecho de la competencia sí son arbitrables y que además pueden ser aplicadas por los árbitros, como orden público comunitario. No encontró, ni en las disposiciones del derecho francés, aplicable al litigio, ni en el art. 177 TCE, la obligación de remitir la controversia y supeditarla a lo que diga la Comisión Europea, *cf. ibid.*, p. 62. Aunque, también hay que destacar que, en este asunto, el árbitro no se enfrentó al tema de la arbitrabilidad del Derecho de la competencia en su conjunto.

¹⁰³⁵ *Cf.*, el párrafo final del comentario de Y. Derains al laudo de la CCI precitado, *Jur. arb. CCI*, p. 67.

¹⁰³⁶ Tal y como expuso Y. Derains, reiterando las consideraciones previamente realizadas por R. Monaco, “Compétence arbitrale et compétence de la Cour des Communautés Européennes”, *Essais in Memoriam Eugenio Minoli*, Turín, 1974, p. 328.

¹⁰³⁷ En 1962, el Consejo adoptó el Reglamento núm. 17, primer Reglamento de aplicación de los arts 85 y 86 TCE, que instauró el sistema de control y los procedimientos de aplicación de dichos artículos. La Comisión lleva aplicando este Reglamento desde hace más de 35 años, sin introducir ningún cambio significativo. El Reglamento núm. 17 creó un sistema basado en la aplicabilidad directa de la prohibición contenida en el apartado 1 del art. 85 y en la notificación previa de los acuerdos para los cuales se solicite una exención con arreglo al art. 85. 3. La Comisión y las Autoridades Nacionales pueden aplicar el apartado 1 del art. 85. Sin embargo, la facultad de conceder exenciones con arreglo al apartado 3 del art. 85, fue concedida exclusivamente a la Comisión. Como especifica el propio libro blanco, aunque éste fue un sistema que en su origen fue el único viable ya no resulta adecuado para la Comunidad de hoy. La intensa actividad de notificaciones de acuerdos a Bruselas, por parte de las empresas, para que la Comisión conceda o no una exención, se han enredado en una maraña de trámites burocráticos que han visto frustrados los intereses comunes de la Industria europea. Debido al monopolio de la exención consignado en el Reglamento núm. 17, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden

304. No obstante, el cambio que se vislumbra en este sentido, sobre la base de la reforma del Reglamento citado, plantea interesantes perspectivas que podrían abrirse dentro de poco para el arbitraje y el Derecho de la competencia¹⁰³⁹. Las propuestas de reforma, recogidas en el Libro Blanco, giran en torno a una descentralización efectiva que convertiría la norma de exención del apartado 3 del art. 81 en directamente aplicable y sin decisión previa de la Comisión. De tal modo, que el art. 81 en su totalidad sería aplicado por la Comisión, las autoridades de la competencia y los tribunales nacionales, tal y como ya ocurre en el caso del apartado 1 del art. 81 y 82¹⁰⁴⁰. Si el sistema de competencias va a equiparar el art. 81. 3, con el art. 81. 1, ¿Significa, en lo que respecta al arbitraje, que también va a poder ser aplicado por los árbitros?. En el punto núm. 99, del Libro Blanco, se dice que los órganos jurisdiccionales, pilar indispensable para la aplicación del Derecho comunitario, incluido el de la competencia, aplican el art. 81, en tres tipos de procedimientos: “*Las acciones por responsabilidad*

aplicar el apartado 3 del art. 85, y como no tienen ese poder, las empresas, en la práctica, bloquean la acción judicial mediante una notificación a la Comisión. La inadecuación de la actual normativa comunitaria de Defensa de la competencia en los 35 años que lleva de vida es hoy patente, y así lo pone de manifiesto, entre otros muchos autores, M. Waelbroeck, “Trente-cinq années de politique communautaire de la concurrence”, *Cuestiones actuales de derecho comunitario europeo IV*, Cuadernos de Derecho internacional núm. 9, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1998, pp. 327-341.

¹⁰³⁸ Debate que, en su momento, sí dio lugar a una controversia doctrinal, que dividía a parte de la doctrina. Mientras unos consideran que los tribunales judiciales no tienen ningún poder para aplicar el artículo 85. 3, otros estiman lo contrario. *Vid.*, las opiniones contrapuestas de E. Steindorf, que aprecia que el art. 85. 3, actual art. 81. 3, no puede ser aplicado por los tribunales judiciales, sino únicamente por la Comisión Europea, *C.M.L. Rev.*, 1983, p. 125, y S. Kon, que considera que el citado artículo sí es un caso que pueda ser aplicado por los Tribunales nacionales, *C.M.L. Rev.*, 1982, p. 541, ambos citados por L. Goffin, “Arbitrage et droit européen”, *loc. cit.*, 1990, pp. 330-331. Quién ofrece además otras soluciones más matizadas de cara a que los tribunales nacionales puedan pronunciarse al menos sobre si las condiciones de exención no están reunidas, para decantarse al final por la competencia exclusiva de la Comisión, que implica que la decisión del tribunal arbitral debe someterse a la condición de exención previamente acordada por la Comisión.

¹⁰³⁹ Como puso de relieve S. Alvarez González, con la aprobación del “*Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los actuales artículos 81 y 82 CE*” dentro del Programa de la Comisión núm. 99/027 (DOCE, C, núm. 132, de 12 de mayo de 1999), se prevé la abolición del sistema exclusivo de notificación y de exención y su sustitución por un sistema más flexible que no centralice estas funciones en la Comisión, lo cual abriría paso a que todos los apartados del art. 81, fueran aplicados por las jurisdicciones especializadas y los tribunales nacionales, *cf.*, S. Alvarez González, “Arbitraje Comercial Internacional, orden público...”, *loc. cit.*, p. 3, nota a pp, núm. 2.

¹⁰⁴⁰ Así se refleja en el punto núm. 12 del Libro Blanco, donde se señala, además, que la Comisión mantendrá la potestad de reclamar la tramitación de un asunto a las autoridades de la competencia nacionales cuando exista riesgo de divergencia en la interpretación. En el punto núm. 137, se dice, que el nuevo sistema se basa en tres pilares: 1. La supresión de un régimen de autorización y notificación para pasar a un régimen de excepción legal. 2. El desarrollo de la aplicación descentralizada de la normativa de la competencia, y 3. El refuerzo del control *a posteriori*.

contractual (Litigio entre las partes), Las acciones por responsabilidad extracontractual (Litigio entre una o más partes y un tercero). Y, las solicitudes de medidas cautelares". En la actualidad, ya hemos visto que las tres pueden también ser conocidas por un árbitro¹⁰⁴¹. Pero, de otra parte, en el Libro Blanco no se nombra en ningún momento al arbitraje, y la deducción implícita del mismo no puede hacerse en todos los supuestos. En caso de duda, sobre la interpretación del art. 81. 3 para conceder una exención, se insta a las autoridades nacionales a recurrir ante el TJCE a través del recurso habitual de la cuestión prejudicial¹⁰⁴². Cuestión que no pueden plantear los árbitros como ya quedó aclarado con el asunto *Nordsee*¹⁰⁴³, y refrendado en el asunto *Almelo*¹⁰⁴⁴.

305. Los precedentes en éste sentido hablan por sí mismos, ya que en las anteriores propuestas de cooperación realizadas por la Comisión Europea para una mejor aplicación de las normas de orden público de Derecho de la competencia comunitario tampoco tuvieron repercusión alguna para los árbitros. A no ser, en la reafirmación de la arbitrabilidad de la controversia internacional del Derecho de la competencia, pero sin dotar de ninguna nueva atribución al juez privado. Nos referimos al primer comunicado de la Comisión Europea relativo a la "*Cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del CE*"¹⁰⁴⁵. Disposición que, si bien no tuvo ninguna consecuencia positivamente inmediata para el arbitraje, puede que sí la tuviera mediata y hubiera tenido algo que ver

¹⁰⁴¹ No hay más que recordar la reciente sentencia del TJCE, en relación con las medidas cautelares y el arbitraje, as. C-391/95, de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in firma Deco-Line*, objeto de comentario por numerosos autores en la doctrina española, *vid.*, B.M. Cremades, "Convenio de Bruselas y Arbitraje", *La Ley*, 1999, p. 67, E. Artuch Iriberri, "La solicitud de medidas cautelares ante el juez nacional de acuerdo al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: precisión de su significado y de las relaciones con un procedimiento arbitral en curso", 1998, 5, D-343, pp. 2372-2378; M. Requejo Isidro, "Sobre tutela cautelar y provisional y el arbitraje en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", *RCEA*, 1998, pp. 85-99 y F. Gascón Inchausti y M. Gómez Jene, "Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas", *Tribunales de Justicia*, 1999, núm. 4, pp. 303-318.

¹⁰⁴² Punto núm. 20 del Libro Blanco.

¹⁰⁴³ De nuevo, a riesgo de ser reiterativos, el choque al que ya estamos acostumbrados entre el arbitraje y el Derecho comunitario. El árbitro no es equiparable a una jurisdicción de un Estado miembro de la UE, por lo tanto no puede plantear una cuestión judicial al TJCE.

¹⁰⁴⁴ *Vid.*, la Sent. TJCE de 27 de abril de 1994, As. C-393/92, *Ayuntamiento de Almelo y otros c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, *Rec.* 1994, p. 1477-1524, con notas de A. Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, *REDA*, 1994, pp. 589-602; L. Hancher, *C.M L. Rev.*, 1995, pp. 305-325; D. Simon, *Journ. dr. int.*, 1995, pp. 427-429; Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1995, núm. 4, pp. 505-511; C. Selvaggi, *Riv. Arb.*, 1995, pp. 318-322 y, Van Haersolte van Hof, *Am. Rev. Int. Arb.*, 1995, pp. 83-88.

en el cambio de actitud de la jurisprudencia francesa respecto a la arbitrabilidad de la controversia internacional en el asunto *Labinal* relativo a la arbitrabilidad en materias relativas al Derecho de la competencia y al orden público internacional¹⁰⁴⁶. Ello es porque a pesar de que el Tribunal de Comercio de París, en primera instancia, había rechazado la arbitrabilidad y la competencia de los árbitros por ser una materia de orden público como era el Derecho de la competencia, en segunda instancia, el 19 de mayo de 1993, fecha posterior al comunicado de la Comisión enunciado, se estimó la competencia de los árbitros para aplicar el Derecho comunitario de la competencia¹⁰⁴⁷.

306. Dejando de lado ésta mera apreciación un tanto optimista sobre la repercusión de las disposiciones comunitarias en el Derecho de la competencia y el arbitraje, nuestra conclusión general al respecto no es tan positiva. La indiferencia comunitaria hacia el arbitraje sigue siendo notable. No pasa de meras declaraciones de intenciones procedentes, la mayor parte de ellas, no por propia iniciativa sino a raíz de hechos puntuales concretos que le obligan a posicionarse sobre el arbitraje. Hasta las últimas Sentencias planteadas ante el TJCE cabe afirmar que no es que el TJCE sea más o menos “amable” con el arbitraje, es que ni siquiera lo tiene en cuenta. No creemos que la reforma del Reglamento afecte en esencia al arbitraje. Se ha perdido una inestimable oportunidad para equiparar la jurisdicción arbitral a la estatal en el ámbito comunitario. Los árbitros siguen sin ser reconocidos de manera equivalente a las jurisdicciones nacionales, por lo que las nuevas prerrogativas a éstas asignadas no se ampliarán al arbitraje. Entendemos que ello sea lógico en cuanto a la facultad de conceder exenciones a las empresas en atención a las prácticas que pudieran resultar contrarias al Derecho de la competencia. La exención, en cuanto tal, tiene un carácter eminentemente administrativo de Derecho público que es indisponible y no admite la competencia de un árbitro. Sin embargo, se podría haber posibilitado otra vía alternativa mediante la cual los árbitros pudieran solicitar a un tribunal nacional a través del auxilio jurisdiccional, para que sean éstos los que verifiquen la exención de un acuerdo al que se refiera el art. 81. 3.

¹⁰⁴⁵ DOCE, núm. C. 39, de 13 de febrero de 1993.

¹⁰⁴⁶ Vid., la Sent. de la *Cour d'appel de Paris, première chambre, section A.*- 19 de mayo de 1993, *Société Labinal c/Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *Journ. dr. int.*, 1993, núm. 4, pp. 957- 979, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 979-989, y su explicación en notas anteriores.

¹⁰⁴⁷ Vid., la nota de L. Idot a la citada sentencia en *Journ. dr. int.*, 1993, núm. 4, p. 980.

307. En otras palabras, ya que el problema de la cuestión prejudicial, vetada para el arbitraje, va a seguir existiendo en el ámbito comunitario, la única solución es hacer un rodeo en torno a dicha cuestión, mediante el cual el árbitro, recurriendo al auxilio jurisdiccional, pueda solicitar la cuestión prejudicial que le permita conocer sobre la interpretación de una exención en caso de duda¹⁰⁴⁸. Colaboración entre jueces y árbitros estrictamente necesaria para la consolidación de una auténtica cultura arbitral imprescindible en el desarrollo globalizador actual del comercio internacional¹⁰⁴⁹. No sería equitativo pretender la colaboración entre la justicia pública y la privada cuando el trato que recibe la segunda se encuentra en estos aspectos discriminado en la práctica. Es hora de levantar la prohibición que pesa sobre el acceso a la cuestión prejudicial por parte de la justicia arbitral, si se pretende conseguir una correcta aplicación del orden público comunitario que favorezca la justicia global en la UE¹⁰⁵⁰.

308. En contraste con el polémico tema de la cuestión prejudicial interpretado tan restrictivamente para el arbitraje, lo que sí se encuentra admitido es que aunque las Instituciones comunitarias no hayan hecho ninguna referencia expresa en relación con el arbitraje y las normas de orden público comunitario de Derecho de la competencia, éstas reconocen implícitamente la arbitrabilidad de las mismas, porque, como ya ha manifestado en más de una ocasión la doctrina, de quererlo ya se habrían manifestado en contra, para prohibirlas¹⁰⁵¹. La posición de las Autoridades Europeas es muy

¹⁰⁴⁸ Este modo de poder acceder al polémico asunto de la cuestión prejudicial a través del auxilio jurisdiccional en el arbitraje, fue propuesto por S. Franco, *cf.*, "L'Arbitrage et le Droit Européen", *loc. cit.*, pp. 358-359, que articulaba un mecanismo para que la cuestión prejudicial entrase a formar parte de los mecanismos judiciales de auxilio al arbitraje, y de ésta manera indirecta, los árbitros también la pudieran plantear.

¹⁰⁴⁹ Es por ello, que desde aquí tanto se ha insistido en destacar la incómoda posición en la que se encuentra el árbitro al tener que aplicar el orden público comunitario del Derecho de la competencia. A diferencia de las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros, las cuales cuando tienen alguna duda sobre la aplicación del orden público contenido en la normativa imperativa comunitaria sobre la competencia, arts. 81 y 82 CE, pueden recurrir a la cuestión prejudicial ante el TJCE; los árbitros no tienen la posibilidad de hacer uso de ella, *cf.*, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 948.

¹⁰⁵⁰ Compartimos aquí, punto por punto, las apreciaciones de E. Artuch Iriberry, que exponía lo siguiente: "Si lo que se pretende es la uniformidad en la aplicación de los preceptos comunitarios, lo cierto es que debieran darse las mismas armas a todos los aplicadores (...). Aunque los árbitros no sean jueces ni estén incluidos en orden judicial alguno, tienen una misión declarativa del Derecho y una obligación de aplicar el que sea comunitario", *cf.*, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁵¹ Como pone de manifiesto S. Álvarez González, subrayando las palabras de R. Kovar, "La práctica de la propia Comisión muestra su anuencia ante las cláusulas arbitrales incluidas en acuerdos

importante en estos casos y siempre se han mostrado respetuosas con la actuación arbitral, especialmente en cuestiones problemáticas como las que afectan al orden público internacional y transnacional¹⁰⁵². Dos, son las condiciones impuestas a los árbitros en éste sentido¹⁰⁵³. La primera, es que el tribunal arbitral aplique las normas comunitarias de orden público relativas al Derecho de la competencia. Y, la segunda que, por el momento, y hasta que no se diga algo en contrario, se siga respetando la competencia exclusiva de la Comisión en relación con el art. 81. 3 CE¹⁰⁵⁴.

B) Obstáculos a la arbitrabilidad. Arbitrabilidad “condicionada” y orden público internacional

309. Aparte del obstáculo general que acabamos de contemplar que impide que los árbitros puedan estatuir en materias reservadas a la competencia exclusiva de las Autoridades especializadas en Derecho de la competencia de modo exactamente igual que le ocurre al juez estatal¹⁰⁵⁵, existen dos impedimentos a la arbitrabilidad de las controversias en el orden público comunitario del que participa el Derecho comunitario de la competencia. Uno, es de carácter procesal y el otro, sustantivo, derivándose ambos

sometidos a su control, así como su interés por controlar (no “impedir”) las sentencias arbitrales derivadas del Derecho de libre competencia”, cf., “Arbitraje Comercial...”, loc. cit., p. 4, nota 20.

¹⁰⁵² Según, H. Verbist, *op. cit.*, p. 45, el laudo de la CCI, núm. 7181/1982, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996, pp. 99-112, es el único supuesto en que se le presenta una demanda a la Comisión Europea, sobre la violación de las normas sobre libre competencia, al mismo tiempo en que está conociendo sobre la misma un Tribunal Arbitral. En este caso la Comisión permitió al Tribunal Arbitral que resolviera la controversia antes de entrar ella a examinar la demanda en cuestión. Como vemos aquí la decisión de la Comisión fue extremadamente respetuosa con la institución arbitral. Respetó la voluntad de las partes reflejada en el convenio arbitral de someterse a la justicia privada, antes de entrar a revisar la aplicación de la normativa comunitaria por los árbitros. En este caso, la Comisión decidió que los tribunales arbitrales habían actuado correctamente. Si quisieran que los árbitros no entrasen a conocer en materias de orden público comunitario habrían perdido aquí una ocasión para pronunciarse al respecto. Aunque, por otra parte la Comisión ha manifestado en reiteradas ocasiones la necesidad de ser informada en todo momento sobre las actuaciones arbitrales que afecten al mercado comunitario, *cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 971.

¹⁰⁵³ Que, por otra parte, también son las condiciones que tienen que cumplir los tribunales nacionales de los Estados miembros, *cf.*, W. Van Gerven, "L'arbitrage dans le droit européen", *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1995, núm. 1, p. 69, quién también señala que de manera general, las relaciones entre el arbitraje y el derecho europeo se caracterizan por una mezcla de amor-odio, o de un modo más moderado, por una simpatía no exenta de reservas, *id. loc.*, p. 67.

¹⁰⁵⁴ A la espera de si definitivamente la Reforma acaba o no con la competencia exclusiva de la Comisión.

de los malentendidos que han acompañado a las actuaciones de los árbitros en éstas materias¹⁰⁵⁶; y de los conflictos que se pueden plantear entre las dos fuentes que legitiman los poderes del árbitro, las partes a través del convenio de arbitraje y las diferentes legislaciones estatales, que permiten la arbitrabilidad de determinadas materias, fundamentalmente intervenidas por el orden público y la normativa imperativa¹⁰⁵⁷. El primero de los obstáculos, se refiere a la cuestión procesal de la decisión de la arbitrabilidad a título principal o a título incidental por parte del árbitro internacional. Y, el segundo, trata del problema de la licitud del contrato sobre el que versa la controversia y su repercusión en la arbitrabilidad, en el convenio arbitral y, en consecuencia, en la propia competencia del árbitro o tribunal arbitral internacional. A ambos hay que sumarles un tercer obstáculo que en un primer momento habíamos pasado por alto. Los límites que imponen las propias partes al orden público en la aplicación por los árbitros del Derecho de la competencia.

310. En cuanto al primer impedimento a la arbitrabilidad de la controversia, la cuestión se centra en distinguir si la contrariedad del contrato al Derecho de la competencia, de la que derivaría su inarbitrabilidad y la consiguiente posibilidad de anular el contrato, debe ser decidida por el árbitro a título principal, o únicamente como cuestión incidental invocada por una de las partes en el procedimiento arbitral¹⁰⁵⁸. Tradicionalmente, ésta precisión procesal es la que más obstáculos ha ocasionado a la arbitrabilidad, dado que si la invocación del Derecho de la competencia se hacía a título principal ésta era considerada inarbitrable¹⁰⁵⁹, siendo únicamente arbitrable si la

¹⁰⁵⁵ Donde el árbitro, en todo caso, debe declararse incompetente si la demanda tiene por objeto cualquier decisión que tenga por objeto la competencia exclusiva de las autoridades especializadas, *cf.*, P. Bernardini, "L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public...", *op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁵⁶ No es de extrañar que parte de la doctrina estudie éstos problemas dentro de las dificultades que acompañan al entendimiento de la arbitrabilidad por parte de los árbitros, *cf.*, L. Idot, "Rapport introductif. L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public des litiges intéressant la concurrence", *op. cit.*, pp. 24-25. Nosotros creemos que las dificultades se basan en malentendidos, que como tales se convierten en obstáculos que también deben salvar los árbitros cuando se enfrentan a una controversia afectada por la normativa de la competencia.

¹⁰⁵⁷ Es la diferencia entre la investidura y la competencia arbitral, *cf.*, B. Goldman, "L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public...", *op. cit.*, 1993, p. 112.

¹⁰⁵⁸ La distinción problemática que debe solventar si los árbitros pueden decidir a título incidental o a título principal es una constante en todo trabajo doctrinal, *vid.*, por ejemplo, las reflexiones al respecto de K.P. Berger, *International Economic...*, *op. cit.*, pp. 193-197 y P. Mayer, "Le contrat illicite", *loc. cit.*, pp. 213-215.

¹⁰⁵⁹ Tal y como había sido precisado por el laudo de la CCI, núm. 1397/1966, *id. cit.*, y la remisión al mismo en el laudo 2811/1978, *Journ. dr. int.*, 1979, núm. 4, pp. 983-986, en *Jur. arb. CCI*, Y.

invocación era a título incidental¹⁰⁶⁰. No obstante, creemos que es éste un tema del que se ha debatido en exceso atendiendo más a conjeturas meramente teóricas que a la realidad arbitral práctica. En la práctica, los árbitros no suelen decidir directamente sobre una cuestión de nulidad del contrato por su contrariedad al Derecho de la competencia en atención a una demanda principal¹⁰⁶¹. Y, si así lo hicieran no hay razón alguna para considerar que no tienen competencia para ello¹⁰⁶². La solución tendente a estimar la arbitrabilidad de estas controversias debe ser aprobada sin que quepa lugar a distinguir según que la nulidad del contrato del cual se alega la incompatibilidad con las normas de la competencia sea invocada a título principal, en apoyo de una demanda o de una contestación; o sea invocada a título incidental, como excepción opuesta a una acción de ejecución del contrato¹⁰⁶³. Nos encontramos ante un falso problema. Tanto en uno como en otro caso el árbitro está llamado a indagar en el orden público económico aplicable con el fin de analizar si el contrato va en contra o no del Derecho de la competencia¹⁰⁶⁴.

Derains, 1985, p. 232. Precisiones que puede resumirse en que una controversia que verse a título principal, sobre la validez de un contrato conforme a las disposiciones de orden público comunitario contenidas en el CE, no sería arbitrable. Al árbitro si se le plantease un supuesto como éste debe declinar su competencia y abstenerse de decidir sobre el asunto, ya que corresponde exclusivamente a los jueces estatales su aplicación.

¹⁰⁶⁰ De esta opinión, igual a la reflejada en la práctica en el laudo anterior, *cf.*, G. Van Hecke, "Arbitrage et regles de la concurrence", *loc. cit.*, p. 193: "Sur la question de l'applicabilité de l'article 85. Si le litige a pour objet l'exécution de la convention et que la question de la validité est soulevée "à titre incident" comme moyen de défense on ne voit pas pourquoi l'arbitrage serait exclu". En éste aspecto se mantuvo inamovible en las consideraciones que ya había realizado cinco años antes en un trabajo de las mismas características, *cf.*, "Arbitrage et restrictions de la concurrence", *Rev. arb.*, 1973, núm. 1, pp. 3-16. En la doctrina española, también manifiesta su contrariedad a que el árbitro se pronuncie a título principal, P. Rodríguez Mateos, *Sistema de mercado...*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁰⁶¹ De manera radical, L. Idot, insiste en señalar que la invocación a título principal no se ha dado nunca en la práctica arbitral, ésta ha sido siempre por vía de excepción o de acción reconvenzional, *cf.*, "Rapport introductif. L'arbitrabilité...", *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁶² Tal y como fue admitido en el asunto del Tribunal cantonal suizo, de 28 de octubre de 1975, *Ampaglas c. Sofia*, *cf.*, D. Hascher, "Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory report", *op. cit.*, p. 163, que nos remite a D. Hahn, *L'arbitrage commercial international en Suisse face aux règles de concurrence de la CEE*, ed. Georg, Ginebra, 1983, vol. 36, p. 70. Defendiendo que en todo proceso, el juez que decide sobre la cuestión principal puede también hacerlo sobre la incidental.

¹⁰⁶³ Hace tiempo que la cuestión de plantear la ilicitud del contrato ante el árbitro a título principal o a título incidental ha sido defendida por igual por la doctrina, "il n'y a aucune raison de faire une différence selon que la question de l'illicéité est posée à titre incident ou principal", *cf.*, P. Mayer, "Le contrat illicite", *loc. cit.*, p. 215; G. Horsmans, "L'arbitrage et l'ordre public interne belge", *loc. cit.*, pp. 82-83; B. Oppetit, "L'arbitrage en matiere de brevets d'invention apres la loi du 13 juillet 1978", *Rev. arb.*, 1979, núm. 1, p. 88; L. Idot, "Rapport introductif...", *op. cit.*, p. 25 y J.P. Maire, y D. Hahn, "L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public...", *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁶⁴ Y, en éste sentido no importa que sobre los temas relacionados con el Derecho de la competencia se plantee una cuestión prejudicial o que sean el punto principal de la controversia, *cf.*, K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, *op. cit.*, p. 193.

311. Tampoco ha lugar a diferenciar cuando el examen de Derecho de la competencia es invocado de oficio o a instancia de parte. La cuestión de si un tribunal arbitral debe plantearse *ex officio* la aplicabilidad de la normativa sobre competencia debe ser resuelta afirmativamente¹⁰⁶⁵. Lejos del deber de abstenerse de juzgar los árbitros internacionales están perfectamente capacitados para hacerlo¹⁰⁶⁶. El árbitro internacional no se convierte únicamente por comprobar la ilicitud del contrato a título principal en el guardián del orden público internacional. Simplemente constata una ilicitud que conlleva la nulidad de un contrato por su contrariedad al orden público, pero no tiene el poder para sancionar directamente a las partes infractoras al Derecho de la competencia¹⁰⁶⁷.

313. En relación con el segundo problema, íntimamente relacionado con el primero, es evidente que la cuestión de saber si una materia de orden público es arbitrable se relaciona con la licitud del convenio de arbitraje, dado la proximidad entre los dos presupuestos del arbitraje¹⁰⁶⁸. Pero, de otra parte, ambos son presupuestos separados que reclaman su propia independencia. El problema de la licitud del contrato se refiere más a la arbitrabilidad de la controversia que a la validez del convenio de arbitraje en atención al contrato. Estamos, pues, en realidad, ante dos cuestiones. Una, la cuestión de la licitud del contrato en el que se encuentra inserta una cláusula compromisoria. Y, otra, la relación entre la licitud/ilicitud del objeto como causa directa de la arbitrabilidad/inarbitrabilidad de la controversia internacional, lo que desembocaría, en el caso de ser ilícito, en el desencadenamiento de los eslabones de la cadena de la fase negocial. Esto es, la ilicitud desencadena la inarbitrabilidad del objeto. Si no se puede arbitrar, falta el requisito material del convenio de arbitraje internacional,

¹⁰⁶⁵ Cf., B. Hanotiau, "The Law Applicable to the Issue of Arbitrability", *loc. cit.*, p. 769. Los árbitros deben aplicar las normas de competencia normalmente aplicables aunque las partes no hubieran invocado su aplicación tal y como señalan expresamente los laudos de la CCI núm. 7181/1992, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996, pp. 99-112 y los laudos indicados por H. Verbist, "The Application of European Community Law in ICC Arbitrations", *loc. cit.*, p. 34.

¹⁰⁶⁶ Cf., E. Gaillard, "Arbitrage Commercial International: Convention d'arbitrage. Arbitrabilité", *loc. cit.*, pp. 13-14.

¹⁰⁶⁷ Cf., Las apreciaciones realizadas en el piso de arriba por P. Mayer, "Le contrat illicite", *loc. cit.*, p. 215. Aunque el árbitro no disponga de poder para acordar una exención individual, porque ello es competencia exclusiva de la Comisión, sí lo tiene para aplicar la exención porque ello no es competencia exclusiva de la Comisión.

¹⁰⁶⁸ Tal y como comprobó, E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 181.

por lo que el convenio deviene nulo. Al no existir convenio arbitral, los árbitros pierden el presupuesto que legitima su competencia. En conclusión, el árbitro se declararía incompetente quedando únicamente abierta la vía judicial para juzgar sobre la controversia, en el hipotético caso, claro está, de que las partes recurran a ella, ya que es más que improbable que las partes se sometan a la justicia estatal ante el aviso del árbitro de la ilicitud del contrato sobre el que versa la controversia¹⁰⁶⁹.

314. Aclarado que la normativa de defensa de la competencia no deviene inarbitrable la controversia únicamente por ser considerada de orden público internacional¹⁰⁷⁰ hay que traer a colación, con carácter general, las dos clases de intervención del orden público en la arbitrabilidad¹⁰⁷¹. Existen determinadas materias sobre las que el orden público internacional prohíbe arbitrar, tales como las relativas al Derecho de familia o al Derecho penal. Y, otras materias, que aunque sean de orden público sí son arbitrables siempre y cuando los árbitros cumplan la condición de aplicar la normativa imperativa o de orden público que gravita sobre ellas¹⁰⁷². En éste sentido se puede acuñar el término de la “Arbitrabilidad Condicionada”, que conlleva la existencia de un “Arbitraje Condicionado” en atención al orden público. Sí, se permite la arbitrabilidad de las controversias que afecten a determinados ámbitos materiales especialmente relevantes para la economía o el interés nacional, comunitario, e internacional, como en éste caso es el Derecho de la competencia, “a condición” de que el árbitro o árbitros que deciden sobre el supuesto concreto apliquen la normativa imperativa y de orden público que se impone en la materia. En éste caso, las disposiciones de orden público internacional estatal a la vez que comunitario contenidas

¹⁰⁶⁹ Ante los tribunales judiciales las partes infractoras del Derecho de la competencia ya sí que no tendrían escapatoria si el acuerdo ilícito, contrario a la libre competencia, fuera demostrado.

¹⁰⁷⁰ Afirmación realizada en la Sent. *Grand Moulins de Strasbourg*, *Rev. arb.*, 1989, núm. 4, p. 711.

¹⁰⁷¹ Las dos modalidades de intervención del orden público explican el hecho de que las mismas disposiciones que gozan de esta naturaleza, en determinadas circunstancias, puedan provocar que un convenio de arbitraje sea ilícito si el objeto esencial del mismo es su aplicación y, en otras, que el laudo sea nulo si el árbitro no las ha tenido en cuenta en un litigio en el que sólo desempeñaban un papel marginal, *cf.*, H. Motulsky, *Etudes et notes sur l'arbitrage*, *Ecrits*, t. I., p. 66, *cf.*, Y. Derains, en el comentario al laudo de la CCI, núm. 1397/1966, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 66.

¹⁰⁷² *Vid.*, la Sent. *Cour d'appel de Paris, première chambre, section A.*- 19 de mayo de 1993, *Société Labinal c/Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *id. cit.*, esp. pp. 957-958, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 979-989. Aunque las prácticas contrarias a la libre competencia sean de una naturaleza que afecta de manera sensible al orden público se ha demostrado que son arbitrables y pueden ser

en los arts. 81 y 82 CE, con el respeto a las exenciones del art. 81. 3. Pero, ¿qué ocurre si es el propio contrato principal es el que viola las normas de orden público?. ¿Cuáles son sus consecuencias para la arbitrabilidad?. ¿Es por ello inválido el convenio arbitral?.

315. El convenio arbitral internacional no se anula por la contrariedad al orden público en el contrato principal. Se impone el principio de autonomía de la cláusula compromisoria que, desde la jurisprudencia *Dalico* hasta nuestros días, se encuentra ampliamente admitido como principio de orden público internacional en el arbitraje internacional¹⁰⁷³, con dudas respecto a su transnacionalidad¹⁰⁷⁴. Básicamente, éste consiste en que no se permitirá que el convenio de arbitraje siga la suerte de nulidad del contrato principal¹⁰⁷⁵. Si el contrato principal viola el orden público, por ser un contrato ilícito, ello es causa de la nulidad del contrato pero no de la del convenio de arbitraje inserto en el mismo. Únicamente si el propio convenio es contrario al orden público, éste sería nulo. Aunque es casi imposible encontrar en la práctica un convenio de arbitraje que viole en sí mismo el orden público internacional o a la normativa imperativa de Derecho de la competencia. Se entiende que sí lo viola cuando la propia misión encomendada al árbitro es ilícita¹⁰⁷⁶. Así, el convenio de arbitraje, en sí mismo, es contrario al orden público cuando la voluntad común de las partes es obtener a través del arbitraje la ejecución de un contrato contrario al orden público¹⁰⁷⁷.

examinadas por los árbitros en lo que concierne a los artículos 81 y 82 del CE, siempre y cuando, claro está, éstos no sean obviados o, *sensu contrario*, sean aplicados por los árbitros

¹⁰⁷³ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^a Ch., sect. C.)* de 26 de marzo de 1991, *Comité populaire de la Municipalité d'El Mergheb c. Société Dalico contractors*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 456-462, con nota de H. Gaudemet-Tallon, *ibid.*, pp. 462-469.

¹⁰⁷⁴ *Vid.*, *supra.*, Cap. II, donde se exponía que si bien el principio de validez material del convenio de arbitraje internacional es considerado como un principio de orden público internacional de la jurisprudencia francesa no ocurre igual en otros ordenamientos por lo que no tiene un valor transnacional.

¹⁰⁷⁵ Acorde con la doctrina de la separabilidad, *vid.*, J.A. Rosen, "Arbitration under Private International Law: the Doctrines of Separability and Compétence de la Compétence", *Fordham Int. L. J.*, vol. 17, 1994, núm. 3, pp. 599-665; y P. Mayer, entre otros, "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", *Rev. arb.*, 1998, núm. 2, pp. 359-368.

¹⁰⁷⁶ La mayoría de las cláusulas compromisorias únicamente hacen referencia a que la diferencia va a poder ser decidida por vía de arbitraje acudiendo, en muchos casos, a los modelos típicos que provienen de las Instituciones internacionales de arbitraje, por lo que es muy difícil que constituyan por sí mismas una infracción al Derecho de la competencia, *cf.*, D. Hascher, "Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory report", *op. cit.*, p. 164.

¹⁰⁷⁷ *Cf.*, J.B. Racine, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, p. 143; y las interesantes apreciaciones sobre la posibilidad que tiene el árbitro de apreciar y decidir sobre un contrato ilícito en Y. Derains, "Application of European Law by Arbitrators –Analysis of Case Law-", *op. cit.*, pp. 72-74.

Una vez separado el convenio de arbitraje del contrato principal el árbitro tiene entonces que comprobar si el propio convenio de arbitraje es válido. Para ello ha de constatar si se cumplen todos los requisitos de validez del mismo, o *sensu contrario*, si se dan alguna/s de sus posibles causas de nulidad. En primer lugar, tendrá que indagar si el orden público internacional permite la validez de su presupuesto material. Es el análisis de la arbitrabilidad el que nos lleva de nuevo a detenernos en la licitud del contrato principal. Esta vez, el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria internacional no salva al convenio del peligro potencial de su nulidad, dado que el consagrado principio jurisprudencial no interviene en la estricta apreciación del requisito de la arbitrabilidad. De hecho, es una de las excepciones a la validez del convenio. Aunque quizás se pudiera apostillar que es más bien un caso de ineficacia sobrevenida. La desaparición jurídica del contrato “*ex nunc*” priva de facto al convenio arbitral de eficacia alguna.

316. En el examen que hace el árbitro internacional del contrato afectado por el Derecho de la competencia o la normativa norteamericana *antitrust* pueden ocurrir dos cosas. Que tras el examen *prima facie* de las normas de la competencia aplicadas al caso en cuestión se compruebe bien que el contrato es contrario a la normativa de defensa de la competencia y, por tanto, al orden público, o bien que no lo sea. En el primer supuesto, el contrato sería ilícito, contrario al orden público internacional y por ende inarbitrable. El árbitro debería entonces declinar su competencia y retirarse del asunto. En el segundo supuesto, el contrato sería lícito. No existe violación de la normativa sobre la competencia por lo que, al igual que los jueces, el árbitro puede continuar decidiendo sobre el supuesto controvertido¹⁰⁷⁸.

Sorprende, pues, que en este tipo de supuestos se le da la vuelta al procedimiento arbitral, desdibujando los límites que deben existir entre la apreciación de la arbitrabilidad en la fase negocial y la aplicación de la normativa imperativa o de orden público en la fase arbitral. Resulta difícil de aceptar que el árbitro deba descender en primer lugar a la fase arbitral para apreciar el fondo de la controversia y una vez llevado a cabo el procedimiento o, lo que es lo mismo, una vez realizada la mayor parte del

¹⁰⁷⁸ Vid., la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^{re} Ch., sect. C.)*, de 20 de febrero de 1989, *Société Phocéenne de Dépôt c. Société Dépôts Pétroliers de Fos*, *Rev. arb.*, 1989, pp. 280 y ss, con nota de L. Idot, p. 303.

trabajo, deba regresar a la fase negociada para decidir sobre la arbitrabilidad y su propia competencia¹⁰⁷⁹. Limitación paradójica porque, como decía B. Goldman, hace depender la cuestión principal del examen de fondo. La arbitrabilidad aparece así como condición impuesta por el Derecho de fondo¹⁰⁸⁰. De tal manera que, por un lado, se le autoriza al árbitro a examinar las medidas relativas al Derecho de la competencia y a formar un juicio sobre ellas pero, por el otro, se le prohíbe constatar que una norma sobre la competencia ha sido violada así como sancionar esa violación¹⁰⁸¹.

317. Los pasos serían los siguientes: si al árbitro se le presenta una controversia sobre una determinada materia que interese al orden público, o sobre la cual una de las partes invoca su ilicitud o la contrariedad de la misma con el orden público internacional; tanto de oficio como a instancia de parte¹⁰⁸², el juez privado, debe primero investigar si el contrato es o no lícito siguiendo los criterios de orden público del Derecho de la competencia. Lo cual conlleva un considerable esfuerzo porque generalmente una violación al Derecho de la competencia no suele aparecer a simple vista, requiere un examen en profundidad¹⁰⁸³. En caso de considerarlo ilícito o que viola el orden público debe declinar su competencia. La responsabilidad de la decisión recae en el árbitro al apreciar la incidencia del orden público en su propia competencia, en el uso que éste hace del principio universalmente reconocido de orden público del arbitraje internacional como es el principio de la competencia-competencia¹⁰⁸⁴. A nuestro modo

¹⁰⁷⁹ Poniendo de relieve la increíble paradoja que se produce en la actuación que tienen que llevar los árbitros a cabo, de modo que prácticamente deben resolver todo el proceso para decidir simplemente sobre su propia competencia, *cf.*, P. Mayer, "L'arbitre et le contrat...", *loc. cit.*, p. 205.

¹⁰⁸⁰ Esta objeción conduce al árbitro a declararse incompetente después de haber examinado el fondo, *cf.*, B. Goldman, "Arbitrage Commercial International: Convention...", *loc. cit.*, p. 18.

¹⁰⁸¹ *Cf.*, B. Goldman, "La situation en France", *op. cit.*, p. 113.

¹⁰⁸² Existe también cierta polémica sobre si el árbitro puede aplicar o no el Derecho de la competencia de oficio, pero en general se entiende en sentido positivo que sí es posible siempre que la materia sea arbitrable según la ley aplicada y las partes no hayan excluido en el convenio de arbitraje que el árbitro decida sobre la nulidad del contrato, *cf.*, Y. Derains, "Powers and Duties of Arbitrators", *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, p. 255.

¹⁰⁸³ Sobre la problemática de tal examen y los problemas que en este tipo de situaciones se produce en el arbitraje internacional, *cf.*, D. Hascher, "Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence...", *op. cit.*, p. 164.

¹⁰⁸⁴ La posibilidad que el árbitro tiene de proveer sobre su propia competencia considerada como una verdadera costumbre internacional "anacional" de la práctica arbitral es confirmada desde hace mucho tiempo como un principio de orden público transnacional para el arbitraje internacional, *cf.*, las observaciones realizadas por Y. Derains al laudo de la CCI núm. 1526/1968, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 101, donde así lo indica. Aspecto revalidado, una vez más, en el asunto *Zanzi, vid.*, la Sent. de la *Cour de cassation* (1º Ch. C) de 5 de enero de 1999, *M. Zanzi ès qualités c. M. de Coninck et autres, Rev. cri. dr. int. pr.*, 1999, núm. 3, pp. 546-548, con nota de D. Bureau, *ibid.*, pp. 548-558. También en la *Rev.*

de ver, tal solución tiene un coste procesal demasiado elevado. En éste caso concreto la apreciación de la competencia en una materia de orden público no es como en los demás, ya que el árbitro debe entrar hasta el fondo de la cuestión para después retornar a la fase negocial y en el peor de los casos declinar su competencia.

318. La solución podría venir de la mano de una mayor colaboración entre la institución arbitral y las Autoridades especiales del Derecho de la competencia. De tal manera, que si tras el análisis del fondo del asunto, el árbitro comprueba la violación de la normativa de defensa de la competencia puede resolver anulando el contrato por su contrariedad con el orden público y dictar las responsabilidades civiles que en su caso estime necesaria. Remitiendo, a continuación, automáticamente a la parte o las partes condenadas a las Autoridades especializadas en éste tipo de delitos, para que después de entregarles la documentación que obra en poder del árbitro y el informe por él elaborado en el que se demuestra la ilicitud del contrato, sean estas Autoridades las que mediante un procedimiento sumario, comprueben los datos e impongan las sanciones penales y/o administrativas que estimen correspondientes¹⁰⁸⁵. El objetivo es que la labor de los árbitros en éstos supuestos no sea desperdiciada. De hecho, en muchos de los laudos analizados en que el Derecho de la competencia ha sido el caballo de batalla principal, los árbitros se han reservado la decisión acerca de su competencia hasta el final, alegando que en las fases iniciales no tienen elementos de juicio suficientes para resolver.

319. Las críticas a ésta propuesta son fáciles de intuir. Se basarían, seguro, en las dos fuentes de las que dimanan los poderes del árbitro a las que antes hacíamos referencia. Los árbitros se deben a las partes y no pueden conducir a éstas a un procedimiento penal o administrativo que implica la aplicación de unas normas imperativas y un orden público que éstas han tratado de eludir. El primer deber de los

arb., 1999, núm. 2, pp. 260-262, con nota de Ph. Fouchard, donde se reafirma la autonomía de la cláusula compromisoria, el principio de competencia-competencia y la validez de la cláusula arbitral internacional como principios de orden público auténticamente internacional.

¹⁰⁸⁵ Los árbitros pueden apreciar el incidente de orden público según su propia investidura, únicamente para decidir si es competente en caso de que compruebe que las partes no han violado el orden público, pero en ningún momento pueden pronunciarse sobre la sanción ni administrativa ni penal provocada, bajo su consideración, por el incumplimiento de ese orden público, *vid.*, L. Goffin, "Arbitrage et droit européen", *loc. cit.*, pp. 319-320.

árbitros es el de respetar el acuerdo de las partes y es en esa confianza en la que se basa la institución de arbitraje¹⁰⁸⁶. Por otra parte, los árbitros no son los guardianes del orden público por lo que no pueden defender éste como si de una autoridad estatal se tratase. Pero, como exponía Y. Derains “no puede pretenderse conferir a los árbitros el estatuto de guardianes de un orden público distinto del orden público verdaderamente internacional”¹⁰⁸⁷, lo cual, *sensu contrario*, nos lleva a afirmar que los árbitros sí son los guardianes del orden público verdaderamente internacional, confirmando la tesis de que los árbitros sí son los principales encargados de velar por los valores mínimos fundamentales susceptibles de integrar el contenido del orden público transnacional. Y, en este sentido, la libre competencia en las transacciones privadas y comerciales internacionales, que duda cabe, que es un principio imprescindible y necesario para el desarrollo del libre mercado, y así, se encuentra supranacionalmente aceptado.

320. Consecuentemente, en el ámbito material objeto del presente apartado, estamos en presencia de un orden público auténticamente internacional del cual los árbitros sí defendemos que son guardianes. Prima más el interés general del mercado en el que se incluye no sólo las garantías y los Derechos de los empresarios, sino también de los consumidores que se hubieran podido ver afectados por las prácticas restrictivas a la competencia. La incompetencia de los árbitros no debe permitir la impunidad de las partes. Los árbitros tienen un deber de colaboración con la justicia y, al mismo tiempo, la obligación ética de dar a las partes la ocasión de resolver dialogadamente el problema siempre y cuando consideren necesario la ejecución eventual de un Derecho de la competencia¹⁰⁸⁸. No hay que olvidar que el arbitraje es ante todo otra forma de justicia distinta a la jurisdicción pública pero que en definitiva no deja de ser justicia, y como tal debe luchar contra el fraude o la ilicitud que a través de la contratación privada tenga la ocasión de observar en un contexto internacional. Se aboga por el refuerzo de la colaboración entre justicia arbitral y estatal como la línea que habrá de seguirse en un futuro próximo tendente a fomentar el desarrollo de una verdadera cultura arbitral universal

¹⁰⁸⁶ Cf., K.H. Böckstiegel, “Powers and Duties of Arbitrators”, *loc. cit.*, p. 205.

¹⁰⁸⁷ Cf., las observaciones de Y. Derains al laudo de la CCI núm. 2811/1978, *Jur. arb. CCI, op. cit.*, p. 231.

¹⁰⁸⁸ Cf., las obligaciones éticas de los árbitros en materias relativas al Derecho de la competencia expuestas por, K.H. Böckstiegel, “Powers and Duties of Arbitrators”, *op. cit.*, p. 206.

C) Imperatividad de las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad

321. La situación que aquí requiere ser analizada es aquella en la que las partes pretenden escapar de los efectos extraterritoriales que despliega la normativa de defensa de la competencia o *antitrust*, excluyendo explícitamente su aplicación o aplicando para ello un determinado Derecho extranjero que les permita evadirse de la misma¹⁰⁸⁹. En el primer caso, si los árbitros aplican la normativa de orden público relativa al Derecho de la competencia, oponiéndose por tanto al deseo de las partes que rechazaron su aplicación de manera explícita, corren el riesgo de decidir *ultra petita* y cualquiera de las partes podría solicitar después la denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral por contravención con el artículo V. 1 c) Del Convenio de Nueva York¹⁰⁹⁰. En consecuencia surge la duda de qué debe hacer el árbitro en estos casos.

322. Ya se ha señalado, que en éstos supuestos se produce un entrecruzamiento sorprendente entre la fase negocial y la arbitral invirtiéndose el procedimiento de arbitraje internacional. Los árbitros deben decidir primero respecto al fondo del asunto, para después, dependiendo si éste es lícito, no viola la normativa de la competencia, o ilícito, sí la viola, retrotraerse a la fase negocial considerando la controversia arbitrable, en el primer supuesto e inarbitrable, en el segundo. Declarándose, en éste último caso incompetente y rechazando “en nombre del orden público” la ejecución de un contrato que considera ilícito¹⁰⁹¹. Lo mismo ocurre en el segundo supuesto, cuando se elige un Derecho extranjero para esquivar la aplicación de la normativa imperativa, donde las partes tipifican con precisión la figura del fraude de ley. La solución es tajante en estos casos. Las partes no pueden coartar al árbitro para que éste les ayude a cumplir sus objetivos fraudulentos bajo la presión del convenio arbitral que les recuerda que gracias a ellas ha obtenido su competencia. El árbitro debe aplicar el orden público y la

¹⁰⁸⁹ Es el peligro originario de que las partes quieran eludir la aplicación del orden público a través del recurso al método privado de resolución de controversias, *cf.*, R.E.M. Goodman, “Arbitrability and Antitrust”, *Col. Jour. Trans. L.*, núm. 23, 1985, pp. 659-678, esp. p. 672.

¹⁰⁹⁰ *Cf.*, B. Hanotiau, “L'arbitrabilité...”, *loc. cit.*, p. 948.

¹⁰⁹¹ *Cf.*, el laudo de la CCI núm. 5943/1990, *Journ. dr. int.*, 1996, núm. 4, pp. 1014-1021, con observaciones D.H. El árbitro tiene jurisdicción para decidir sobre la violación del contrato principal al orden público, para ello, debe comprobar, antes de todo, la ilicitud del contrato con el fin de no dictar una sentencia que sea contraria al orden público.

normativa imperativa internacional que, especialmente en ésta como en otras materias donde existe un peligro potencial de fraude a la imperatividad y al orden público internacional han de tener una mayor vigilancia, si cabe, a la que de por sí acompaña a la actuación arbitral en cualquier ámbito, independientemente que el arbitraje sea de Derecho o de equidad¹⁰⁹².

323. La peculiaridad principal, desde ésta perspectiva, es que no es la ley la que prohíbe al árbitro decidir sobre una controversia que afecta a la normativa de la competencia ni tampoco el orden público económico que protege éste ámbito y necesariamente reclama ser aplicado por los árbitros. Es el propio convenio de arbitraje el que pone límites a la competencia de los árbitros. Los árbitros no pueden entrar a decidir sobre las cuestiones contractuales que afectan al Derecho de la competencia si las partes no le han encargado esa misión. Por ello, es un deber fundamental el que tiene el árbitro internacional que se enfrenta a una controversia que conlleva la aplicación del Derecho de la competencia el de determinar si es él competente para decidir sobre dichas cuestiones o si las propias partes le han privado de dicha competencia¹⁰⁹³. El poder del árbitro se encuentra así “mutilado”, ya que su misión puede depender, como en el supuesto planteado, de un acuerdo fraudulento de las propias partes¹⁰⁹⁴.

324. Las escasas soluciones de competencia que le quedan al árbitro al encontrarse ante una controversia internacional que afecta al Derecho de la competencia, cuando de restricciones impuestas por las partes se trata, se observa más nítidamente con el planteamiento de una hipótesis que al mismo tiempo nos servirá a modo de recapitulación de los puntos principales vistos hasta el momento. Supongamos que existe un contrato privado entre varias empresas dedicadas a la venta y suministro

¹⁰⁹² Se observará que es necesario descender a la fase arbitral, esto es, al Derecho aplicable, a pesar de haberse contemplado éste con carácter estricto en la siguiente fase. La peculiaridad de éstas materias especialmente delicadas para el orden público provoca este tipo de situación especial donde es inevitable el entrecruzamiento entre ambas fases.

¹⁰⁹³ El propio asunto *Mitsubishi* reconocía a los árbitros internacionales el poder de decidir sobre una controversia en la que se tuviera que aplicar la normativa *antitrust* siempre y cuando las partes no se opusieran a que el árbitro entrase a resolver sobre unas diferencias que ellas no habían solicitado, *cf.*, H. M. Holtzmann, *Rapport: “Powers and Duties of Arbitrators”*, *op. cit.*, p. 245.

¹⁰⁹⁴ Es por ello que, muchas veces, la jurisdiccionalización del arbitraje nos hace olvidar la naturaleza contractual del arbitraje que tanto limita también la misión del árbitro, *cf.*, J.H. Moitry, “Arbitrage international et droit de la concurrence: vers un ordre public de la *lex mercatoria*?”, *Rev. arb.*, 1989, núm. 1, pp. 10-12.

de combustible. Mediante el contrato, las gasolineras se comprometen a pactar los precios de las gasolinas que se venden en Europa y, así, aunque ninguna tenga beneficios excesivos, todas puedan salir ganando. Esto es, un claro acuerdo de no-competencia¹⁰⁹⁵. En el contrato hay una cláusula de arbitraje que resulta activada con motivo de que una de las partes infringe el acuerdo y vende a un precio más barato que las demás para hacerse con el mercado, por ejemplo en España. La demanda principal plantea ante el árbitro que éste decida sobre el incumplimiento de los pactado para la ejecución del contrato, no olvidemos, basado en un pacto colusorio, contrario al orden público económico¹⁰⁹⁶. El árbitro en primer lugar debe decidir sobre su propia competencia en atención al principio de competencia-competencia, y para ello debe fijarse en la materia objeto de la controversia. La decisión de la arbitrabilidad se habrá de hacer teniendo en cuenta la normativa imperativa o de orden público comunitario de Derecho de la competencia¹⁰⁹⁷. Tomando el contrato como referencia nos encontramos con tres posibilidades.

325. La primera, puede ser que el contrato sea válido. La única posibilidad de que así sea es que estemos ante una exención autorizada por la Comisión Europea en

¹⁰⁹⁵ Hemos puesto un ejemplo donde se observa claramente la existencia de un pacto colusorio contrario a la competencia que claramente afecta al mercado comunitario. Los efectos perjudican a todos los consumidores de todos los Estados miembros. No obstante, insistimos en que en la práctica los pactos no están tan claros. Aunque existen muchas sospechas en relación con varias de las prácticas que pueden ser contrarias a la libre competencia, como aquí el de los precios de las gasolinas, es muy difícil el probarlo en la práctica. Si es complejo para las Autoridades especializadas en defensa de la competencia probar algo que a primera vista está tan claro, lo es más para los árbitros, la mayoría no especializados en éste tipo de prácticas, y a los que se les suele poner un mayor número de trabas para la práctica de pruebas, para muchas de las cuales requieren un auxilio jurisdiccional constante.

¹⁰⁹⁶ Insistimos en que el planteamiento de esta hipótesis es muy delicada y adolece de muchos defectos que no aparecen tan claramente dibujados en los supuestos fácticos. El pacto colusorio nunca se expresa a través de un contrato. Más bien, puede acontecer de dos formas. Bien, en una cena de “amigos” que fijan condiciones y precios sin que nunca trasluzca ésto a la luz pública. O, bien, que el contrato en sí suponga una consecuencia anticompetitiva, fusiones, cuotas de mercado, etc. Este último, es el único caso en el que un árbitro puede verse implicado, siempre y claro, exista un convenio arbitral en dicho pacto. Pero, incluso, aquí, es muy difícil que el árbitro pueda hacer algo. En primer lugar, porque ese acuerdo contractual es “causa mediata” pero no inmediata del comportamiento anticompetitivo. Y, en segundo lugar, porque lo más probable es que las propias partes no planteen la decisión del juez privado sobre los términos anticompetenciales del contrato, sino sobre el incumplimiento de una de las partes de un pacto que de seguro ellas presentan como lícito.

¹⁰⁹⁷ Concretamente, en el asunto *Ganz* relativo al Derecho de la competencia se destaca la importancia de que el árbitro internacional aprecie su propia competencia en lo tocante a la arbitrabilidad de la controversia según el orden público internacional. Este dispone del poder de aplicar los principios y las normas de orden público así como el poder para sancionar el desconocimiento del mismo, en previsión del control posterior del juez de anulación, *cf.*, *Cour d'appel de París (1ª Ch., sect. C.)* de 29 de marzo de

aplicación exclusiva del art. 81. 3 CE¹⁰⁹⁸. Pero, en este punto, ya se ha especificado que el árbitro no tiene poder para estimar ni decidir si se trata o no de una exención y tampoco puede recurrir al mecanismo del art. 234 CE, cuestión prejudicial, que le permita plantear ésta cuestión al TJCE. Por lo que, ante ésta primera posibilidad que se trata, en definitiva, de estimar si hay o no exención, la controversia deviene automáticamente inarbitrable por ser ésta una materia sobre la que la Comisión mantiene una atribución exclusiva de jurisdicción. Por otro lado, es prácticamente imposible que se hubiera tratado de una exención porque las partes tienen el Derecho de invocar la validez de los acuerdos que se benefician de una exención por categoría individual y de haber sido así, hubieran ejercido tal Derecho para que la controversia se hubiera podido arbitrar. Siendo necesario reiterar que nada impide al árbitro internacional aplicar aquí la exención, porque aunque el árbitro no disponga de poder para acordar una exención individual, por ser competencia exclusiva de la Comisión, sí lo tiene para aplicar una exención previamente determinada por la Comisión.

326. En segundo lugar, puede que el árbitro compruebe claramente que el contrato es un pacto colusorio, es ilícito y contrario al orden público, por lo que es nulo. La nulidad del contrato no implica que el convenio de arbitraje sea también nulo. El principio de autonomía de la cláusula compromisoria así lo indica. Lo que ocurre es que la ilicitud del contrato implica la inarbitrabilidad de la materia por su contrariedad con el orden público internacional. Posibilidad, también explicada con anterioridad. La falta del presupuesto material es lo que desencadena que el convenio de arbitraje se anule y si no hay convenio falta el presupuesto que legitima el poder del árbitro que resulta automáticamente incompetente.

327. La tercera posibilidad, es que en el momento de comprobar la ilicitud del contrato el árbitro se declare competente y decida plantear la nulidad del mismo por su contrariedad al orden público internacional económico que implica la normativa de Derecho de la competencia¹⁰⁹⁹. Lamentablemente, en este último caso, el laudo arbitral

1991, *Société Ganz et autres c. Société nationale des Chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 478-481, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 481-486.

¹⁰⁹⁸ *Vid.*, ésta posibilidad planteada en un supuesto de otras características en el trabajo de G. Bernini, *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, pp. 209-211.

¹⁰⁹⁹ Planteadas por Y. Derains, "Powers and duties of arbitrators", *op. cit.*, p. 255.

dictado está abocado al fracaso. Las partes pedirán, de seguro, que sea denegado su reconocimiento y ejecución porque el árbitro se ha extralimitado en sus funciones, recurriendo al art. V. 1 c) CNY. Es el riesgo *ultra petita*¹¹⁰⁰. ¿Puede seguir, entonces, el árbitro decidiendo únicamente en lo estrictamente requerido por las partes?. La respuesta es negativa. La doctrina coincide en señalar que en éste caso el árbitro debe declararse incompetente porque el contrato es ilícito y por lo tanto inarbitrable por la contrariedad del presupuesto material con el orden público internacional, que en el caso concreto se refleja en la contrariedad a la condición suficiente del orden público a través de la normativa imperativa de defensa de la competencia.

328. Todo parece indicar que el árbitro tendrá que resignarse a su incompetencia. No obstante, aunque parece ser que hay unanimidad de la doctrina en lo aquí expuesto, no consideramos adecuado el planteamiento que permite a las partes solicitar la denegación del exequátur del laudo dictado *ultrapetita*, en apoyo de la disposición contenida en el art. V. 1 c) Convenio de Nueva York¹¹⁰¹. La pretensión de las partes no debería ser aquí admitida por el juez que decide sobre la anulación o el reconocimiento y la ejecución. Es una contradicción que después de ser la propia justicia pública la que ha permitido a los árbitros estatuir sobre determinadas materias particularmente sensibles al orden público, confiando en que éstos lo apliquen siempre, para que no sea posible que a través de la justicia privada se abra una vía de escape por el que las partes puedan eludir el cumplimiento del orden público. Los jueces después tienen que ser coherentes al decidir sobre los recursos interpuestos contra las decisiones arbitrales que lo único que han hecho ha sido seguir con esa línea. No deberían, por lo tanto estimar el no reconocimiento de un laudo que ha aplicado el orden público del Derecho de la competencia, aunque se haya extralimitado el árbitro al hacerlo. Es obligación del árbitro respetar el orden público internacional y hacer el laudo ejecutable por encima de los intereses privados de las partes.

¹¹⁰⁰ Cf., B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 948. Y, en el mismo sentido de destacar el riesgo *ultrapetita*, cf., J.C. Schultsz, "Powers and Duties of Arbitrators", *op. cit.*, p. 224.

¹¹⁰¹ En general, sobre el riesgo de anular o no reconocer una sentencia arbitral como consecuencia de que el árbitro internacional no haya cumplido su misión correctamente por ser ésta *ultra petita* o *infra petita* y la grave indeterminación jurídica que se deriva al respecto, cf., las reflexiones de E.

329. En conclusión, por mucho que desde hace años se ha venido reconociendo a todas luces la arbitrabilidad de las controversias internacionales relativas al Derecho de la competencia y se defiende que en éste ámbito material existe un orden público auténticamente internacional o supranacional en materia de arbitrabilidad, la realidad práctica comporta una serie de matices que hacen que su aceptación no sea tan clara ni tan fácilmente asumible de *lege ferenda*. En la práctica, no resulta tan sencillo concretar los poderes que tienen los árbitros para decidir sobre materias que afectan al Derecho de la competencia y su libertad se encuentra constreñida en cada caso concreto por las prescripciones impuestas por las partes en el convenio arbitral¹¹⁰². Si éste es un ámbito material claramente ejemplificativo de que la apertura a la arbitrabilidad internacional había sido posible gracias a la admisión de un arbitraje condicionado donde se permite la competencia de los árbitros a condición de que éstos apliquen el orden público económico de dirección en el Derecho de la competencia, la inadecuación de los planteamientos teóricos con la posterior práctica de los Estados puede dar lugar a que el laudo no sea homologado posteriormente en la fase de control.

330. Sin embargo, un análisis detenido de la práctica arbitral internacional en este sentido y el alto grado de reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en Derecho de la competencia, permite concluir con un enfoque más positivo. Asimismo, un índice aproximativo de la arbitrabilidad de las controversias internacionales decididas en aspectos relativos al Derecho de la competencia, aparte de los casos previamente citados, nos lo ofrece H. Verbist, que en el examen realizado sobre la aplicación de la normativa de orden público de la competencia trasluce un incremento progresivo de los laudos decididos por los árbitros, lo que presupone no sólo la arbitrabilidad indiscutible del presupuesto material sino el buen hacer de los árbitros que realmente aplican el Derecho de la competencia en los arbitrajes condicionados y consiguen, además, que los

Gaillard a la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C)* de 5 de marzo de 1998, *Société Forasol c/ Société mixte Franco-Kazakh CISTM*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 86-94, esp. p. 93.

¹¹⁰² Se vuelve por tanto a traer aquí a colación una de las últimas sentencias en que se constata la dificultad que los árbitros tienen en la práctica al decidir sobre prácticas fraudulentas al Derecho de la competencia de tan difícil prueba. Es el caso decidido por el *Tribunal de Grande Instance de París (ord. réf.)* de 6 de enero de 1999, *A. Coquard c/ Société Vidéopole*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 134, con observaciones de A.H. *ibid.*, pp. 134-138, donde se acaba poniendo un énfasis especial en la dualidad de límites a los que se debe el árbitro internacional. De un lado, el de su naturaleza contractual que impone la fidelidad a lo prescrito por las partes en el convenio de arbitraje. Y, de otro, que el árbitro respete y aplique el orden público en éstas materias, *cf., id.*, p. 135.

laudos sean posteriormente ejecutados¹¹⁰³. En lo que respecta a la arbitrabilidad y al orden público internacional del Derecho de la competencia, los puntos fundamentales, que deben ser retenidos, como refleja pedagógicamente la Sent. de 14 de octubre de 1993, *Société Aplix c. Société Velcro*, son los siguientes¹¹⁰⁴:

*“La arbitrabilidad de una controversia no se excluye por el sólo hecho de que una norma de orden público sea aplicable a la relación litigiosa. En materia internacional, el árbitro aprecia su propia competencia en lo que se refiere a la arbitrabilidad de la controversia según el orden público internacional y dispone de poder para aplicar los principios y las normas de orden público, así como para sancionar su desconocimiento eventual bajo el control del juez de la anulación. (...) El árbitro solamente puede aplicar las normas comunitarias que se benefician de un efecto directo pleno. Sin embargo, la competencia exclusiva que se reconoce a las autoridades comunitarias tales como la Comisión, es un límite a la aplicabilidad del árbitro de la normativa comunitaria. (...) El carácter de ley de policía comunitaria de Derecho de la competencia no permite a los árbitros prohibir los comportamientos que consideren contrarios a los arts. 81 y 82 CE, ni tampoco ordenar sanciones pecuniarias, ni de acordar exenciones individuales de las previstas en el art. 81. 3 CE. No obstante, los árbitros al igual que los jueces estatales de derecho común, pueden extraer las consecuencias civiles de un comportamiento considerado ilícito, en cuanto a que las normas de orden público son directamente aplicables también por los árbitros”*¹¹⁰⁵.

¹¹⁰³ Los resultados del estudio de H. Verbist reflejan el incremento de la arbitrabilidad, no sólo en las materias de orden público relativas al Derecho de la competencia, sino prácticamente en todos los ámbitos. El análisis comprende laudos que han tenido lugar durante el período de tiempo comprendido entre julio de 1988 hasta enero de 1994. En este tiempo, la CCI, ha tenido aproximadamente 1800 casos de arbitraje, de los cuales 700 han dado lugar a un laudo, parcial o final. Y de éstos, muchos de ellos inéditos, al menos 17 se han planteado en torno a las normas comunitarias de Derecho de la competencia, *vid.*, H. Verbist, “The Application of European Community Law in ICC...”, *loc. cit.*, pp. 33-58, esp. p. 33.

¹¹⁰⁴ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d’appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 14 de octubre de 1993, *Société Aplix c. Société Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 164-170, con nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 170-173. Arbitrabilidad de materias relativas al artículo 81 CE, *ex.* artículo 85, y orden público internacional. Sentencia que sigue el *modus operandi* de la paradigmática sentencia *Labinal*. En este caso, la controversia se basaba en la ejecución de una licencia de explotación de patentes y del “saber hacer”, *Know-How*, de la sociedad alemana *Velcro* por parte de la sociedad francesa *Aplix*. La sociedad *Velcro*, consideraba que ya había expirado la validez de dicho contrato y pretendía recuperar su patente. Aunque *Velcro* interpuso demanda de arbitraje en 1977, éste tuvo que ser suspendido como consecuencia de la toma de posesión de la Comisión de las Comunidades Europeas, por aplicación del Reglamento 17/62, para constatar si el contrato infringía el art. 85 CE, actual art. 81. Hasta 1985, la Comisión no estimó que sí existían ciertas infracciones al art. 81. El procedimiento arbitral no pudo ser retomado hasta 14 años más tarde, en 1992, y el fallo que de él se derivó era favorable a *Velcro* y condenaba a *Aplix* a pagar una indemnización. Sin embargo, la soc. *Aplix*, interpuso un recurso de anulación, fundado en que las materias relativas al derecho de la competencia eran de orden público y, por tanto, no arbitrables. Estimaron además que el orden público internacional había sido violado, porque los árbitros no habían respetado, ni el art. 81 CE, ni la decisión de la Comisión.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 164.

331. Para concluir, se quiere puntualizar que la mayor parte de las cuestiones que vinculan al Arbitraje con el Derecho comunitario, en general, se refieren a la aplicación por los árbitros de los artículos 81 y 82 CE, ex artículos 85 y 86 respectivamente, y si nos apuramos al máximo, casi todas los laudos observados al respecto se centran en el artículo 81¹¹⁰⁶. En la práctica de los laudos analizados, particularmente en la práctica de la CCI, los árbitros, en la mayor parte de los casos, al decidir sobre las controversias relativas al Derecho comunitario de la competencia donde una de las partes invoca la nulidad del contrato en relación con su contrariedad con el art. 81, ex artículo 85, sí consideran arbitrable la controversia, por lo que se declaran competentes y aplican dicha normativa, considerándola como normativa imperativa de aplicación inmediata, en algunos casos, o como orden público transnacional o derecho supranacional en otros.

332. En suma, los árbitros sí aplican la normativa comunitaria de la competencia y lo hacen en circunstancias de lo más variadas. Ya sea en contratos relativos a acuerdos de distribución en exclusiva¹¹⁰⁷, en contratos de licencias de patentes¹¹⁰⁸, de transferencia de tecnología o Know-How¹¹⁰⁹ etc. Las distintas acepciones que se da a dicha normativa no importa, el caso es que se aplica y siempre subyace en su aplicación el fundamento del orden público económico. Insistiendo en que el orden público que aquí actúa no es simplemente un orden público comunitario, sino un orden público “auténticamente” internacional. Los árbitros no aplican únicamente las normas

¹¹⁰⁶ En efecto, solamente hemos encontrado dos casos decididos por un árbitro o Tribunal arbitral en los que se alegase la violación del art. 82 CE, relativo a las prácticas abusivas o de posición dominante en el mercado, consideradas contrarias a la libre competencia, concretamente los laudos de la CCI, relativos a los asuntos núm. 7673/1993, extractado en H. Verbist, “The Application of European Community...”, *op. cit.*, pp. 35-38 y 55. Así como, el laudo de la CCI núm. 2811/1978, *id. cit.* Por ello, es por lo que exponíamos en el piso de arriba que la relación que tiene el arbitraje con la aplicación de las normas de orden público comunitario es prácticamente relativa a la infracción, invocación, aplicación, etc, de la normativa comunitaria sobre la competencia contenida en el artículo 81 CE.

¹¹⁰⁷ *Vid.*, entre otros, el laudo de la CCI 7319/1992, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 141-148.

¹¹⁰⁸ *Vid.*, entre otros, los laudos CCI núms. 6851/1991, 6475/1994, inéditos, citados por H. Verbist, *ibid.*, pp. 46-49. Y el laudo núm. 6709/1991, *Journ. dr. int.*, 1992, núm. 4, pp. 998-1001, con observaciones de D. Hascher, *ibid.*, pp. 1001-1005. *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 435-442, sobre la arbitrabilidad de la controversia relativa a la explotación de una patente.

¹¹⁰⁹ *Vid.*, los laudos de la CCI, núms. 1397/1966, *id. loc.*, núm. 6025/1989 y núm. 6932/1992, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 560-567, relativo a la arbitrabilidad en contratos de transferencia de tecnología o *Know-how*, inéditos, *cf.*, H. Verbist, *ibid.*, pp. 48-50.

comunitarias de defensa de la competencia cuando ellos mismos, las partes o el supuesto tiene alguna vinculación con un Estado miembro de la UE, sino que muchas veces sin tener en principio, ninguna conexión aparente, la normativa se aplica¹¹¹⁰. Ya sea en sede arbitral como en sede judicial. Hay que salvaguardar el orden público supranacional que defiende una competencia leal en el mercado internacional que obliga a los árbitros a respetarlo, defenderlo y aplicarlo por encima de las consideraciones individuales de los Estados. Lo que no impedirá, más adelante, reflexionar sobre las diferencias en la apreciación de la arbitrabilidad en la fase post-arbitral, y la menor amplitud de la que ésta goza en el ámbito interno que en el internacional. Por ejemplo, en España, hay que destacar que una de las escasas ocasiones en las que se anula un laudo por razón de su inarbitrabilidad¹¹¹¹, fue en la Sent. Aud. Prov. de Barcelona de 19 de julio de 1995¹¹¹², donde al ser un arbitraje interno se afirma que las cuestiones de competencia desleal son cuestiones indisponibles y por lo tanto inarbitrables. En contra, pues, de los supuestos internacionales aquí analizados donde la arbitrabilidad se ha afirmado como un principio de orden público auténticamente internacional, que posteriormente ha posibilitado la arbitrabilidad en los supuestos internos.

III. Arbitrabilidad y orden público de protección en las cláusulas compromisorias insertas en condiciones generales de contratación

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN INTERNACIONAL DEL ORDEN PÚBLICO DE PROTECCIÓN

333. Las materias en las cuales la relación contractual está claramente desequilibrada por la existencia de una parte débil en el contrato son objeto de una

¹¹¹⁰ *Vid., infra.*, en el Derecho aplicable por el árbitro, la aplicación del orden público que no pertenece a la *lex contractus*.

¹¹¹¹ Aparte del Auto T.S. (Sala 1ª) de 25 de julio de 1989, *J. De Ferra y Gisbert c. J.F. de Ferra y Gisbert*, RCEA, vol. VI, 1990, pp. 209-210, con nota de D.P. Fernández Arroyo, *ibid.*, pp. 210-215, relativo a la inarbitrabilidad de los títulos nobiliarios.

¹¹¹² *Vid., RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 324-327, con nota de S. Barona Villar, *ibid.*, pp. 328-329.

mayor intervención pública canalizada, en líneas generales, a través de un orden público de protección y de una normativa imperativa que a modo tuitivo pretende corregir el desequilibrio contractual inicial y proteger a la parte más necesitada de la relación, la parte débil¹¹¹³. La especialidad del orden público de salvaguarda que mediatiza este tipo de contratos se preocupa esencialmente por evitar la desigualdad entre las partes y por restablecer el máximo equilibrio a través de la aplicación de una normativa imperativa basada en un principio de discriminación jurídica inversa a favor de la parte débil en los contratos de adhesión. El orden público trasciende aquí el interés económico y se humaniza. Va más allá de la mera consecución de la igualdad contractual y llega a otros criterios protectores, influenciado por la desigualdad contractual, económica y el desequilibrio social.

Si al estudiar el Derecho de la competencia y referirnos al resto de derechos asociados a la propiedad industrial, los calificábamos de materias “sensibles” por su especialidad respecto al orden público económico de dirección, las controversias que serán aquí objeto de análisis, derivadas de los contratos internacionales de consumo, de seguros y de trabajo, son consideradas también materias “sensibles” pero del orden público económico de protección. Un orden público protector sensibilizado que puede dar lugar a diversas consideraciones filosóficas, sociales y ético-jurídicas en las que no vamos a entrar, por entender que exceden del objeto de estudio de la memoria doctoral. Lo que se quiere poner de relieve es que está claro que no nos encontramos ante materias características del tráfico internacional económico, entre las que habitualmente está acostumbrado a desenvolverse el arbitraje “comercial” internacional. De ahí, la razón principal de la alarma excepcional que sugiere la arbitrabilidad y el orden público en éstos contratos.

334. La primera pregunta que surge en relación con este tipo de materias, tan fuertemente intervenidas por un orden público de protección, es la de saber si se dan las condiciones necesarias y suficientes para que puedan ser objeto de arbitraje, su arbitrabilidad en el contexto internacional. En primer lugar, en éste primer apartado,

¹¹¹³ La excepción de orden público en la arbitrabilidad siempre se permitirá si se consigue con ello proteger a una de las partes respecto al mayor poder de la otra, *cf.*, J.W. Stempel, "Pitfalls of Public...", *loc. cit.*, p. 352.

trataremos de determinar, en líneas generales si, al menos teóricamente, las materias concretas que vamos a desarrollar, consumo, seguros y trabajo, pueden ser objeto de arbitraje “privado” internacional. Es decir, si a pesar de la notoria intervención del orden público y de la normativa imperativa de protección son internacionalmente arbitrables fuera de las consideraciones de arbitrajes públicos, semi-públicos o pseudo-arbitrajes del modo en el que son concebidos en el ámbito interno. Una vez determinado “el pueden”, dependiendo del cumplimiento de las condiciones necesarias de la arbitrabilidad, pasaremos a examinar si en todo caso “deben” ser objeto del mismo, según lo decida el orden público internacional. Ambas cuestiones, determinantes de la arbitrabilidad, en igual medida, serán comprobadas y analizadas tanto desde el punto de vista interno, especialmente referido al ordenamiento español, como desde un ángulo internacional, siendo de máxima relevancia la práctica arbitral y jurisprudencial al respecto¹¹¹⁴.

La respuesta a la arbitrabilidad, tanto en un sentido positivo como negativo, es difícil de precisar *a priori* dado que en el ámbito internacional ésta no es unánime ni en una ni en otra dirección y, además, exige una serie de matizaciones que serán objeto de análisis en los sucesivos apartados. La clave estará, en primer lugar, en ver si el mencionado carácter internacional de la controversia es aquí también la llave maestra que abre el paso a la arbitrabilidad conforme al principio de validez material del convenio de arbitraje internacional, para verificar, a continuación, si existe un orden público “verdaderamente” internacional de protección que ampare a las partes consideradas como partes débiles en el tráfico jurídico internacional¹¹¹⁵, y que, en

¹¹¹⁴ En otras palabras, estamos haciendo referencia al control de inclusión y al control de contenido que realiza el orden público en el arbitraje. Recordando que el control de inclusión, responde a si una materia pasa el primer escalón que mediatiza el orden público. Esto es, si cumple los requisitos que establecen los criterios generales correspondientes al orden público en relación con la patrimonialidad, la disponibilidad y la atribución imperativa de jurisdicción. En segundo lugar, o, en el segundo escalón, se encuentra el control del contenido. De acuerdo, una determinada materia cumple los criterios generales para ser considerada arbitrable, pero aún nos queda por comprobar si la materia es lícita, vulnera el orden público de protección, o si el arbitraje internacional se preocupa de la protección de la parte débil, etc. En definitiva, puede que se den las condiciones necesarias para la arbitrabilidad de una materia, pero que no se den las condiciones suficientes para que el orden público permita la arbitrabilidad en ella, *vid. supra*, Cap. II. II.

¹¹¹⁵ De forma general, relativo a la protección de la parte débil en los contratos de adhesión en el comercio internacional, *vid.*, J.M. Gondra Romero, “Las condiciones generales de los contratos y la protección del contratante más débil en el comercio internacional”, *Estudios en Homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, pp. 233-247; P. Mayer, “La protection de la partie faible dans droit international privé”, *La*

consecuencia, obligue a los árbitros a su aplicación en los contratos sometidos a condiciones generales de contratación, en adelante CGC¹¹¹⁶.

335. Dentro del concepto amplio de la arbitrabilidad, es necesario traer a colación al menos dos matizaciones en las que se basa el planteamiento de la cuestión internacional del orden público en los contratos de adhesión. Una cosa es la arbitrabilidad en general de una controversia internacional y otra muy distinta que el orden público permita dicha arbitrabilidad, lo que en definitiva, en caso negativo, determinará la inarbitrabilidad total que es la única concluyente a efectos prácticos. Por supuesto, que si una materia es inarbitrable porque no cumple los requisitos generales de patrimonialidad y disponibilidad, y no viola una atribución imperativa de jurisdicción relevante en el contexto internacional, no dará lugar a que se considere no-arbitrable por razones de orden público. Es decir, hay materias inarbitrables que no interesan al orden público y materias arbitrables, según los criterios generales de patrimonialidad y disponibilidad, principalmente, junto a la inexistencia de una atribución imperativa de jurisdicción que, sin embargo, el orden público vuelve inarbitrables. Aquí, en los ámbitos materiales analizados, nos hallamos ante uno de estos últimos supuestos. Algunas de las materias sometidas a CGC son, de forma objetiva, internacionalmente arbitrables porque cumplen las condiciones necesarias de la arbitrabilidad, pero precisamente son los motivos de orden público internacional los que en un determinado caso o momento las pueden hacer inarbitrables, impidiendo entonces que se cumpla la condición suficiente para poder ser objeto de arbitraje.

336. Si bien, es cierto que conforme a la línea seguida hasta el momento, nos resulta más coherente decantarnos de manera inmediata por una respuesta afirmativa hacia la arbitrabilidad de la controversia internacional en este tipo de contratos, dejándonos llevar por el impulso generalizado a favor de la misma en los contratos con

protection de la partie faible dans les rapports contractuels, París et Louvain, 1996, pp. 513 ss y, F. Pocar, "La protection de la partie faible en droit international privé", *R. d. C.*, 1984, p. 349.

¹¹¹⁶ Sobre las condiciones generales de la contratación en el ámbito internacional, *vid., per omissis*, S. Álvarez González, *Condiciones Generales de la Contratación Internacional*, Madrid, La Ley, 1992, y el apartado que dedica de manera específica a la cláusula arbitral internacional en CGC, *ibid.*, pp. 149-156.

parte débil sometidos a CGC¹¹¹⁷ y teniendo en cuenta que hace apenas poco tiempo ésta estaba radicalmente prohibida por motivos de orden público¹¹¹⁸. Sin embargo, el particular carácter de desigualdad de las partes contractuales examinadas, nos aconseja extremar al máximo todas las cautelas posibles, hasta el punto de considerar la posibilidad de que no sea recomendable el recurso al arbitraje privado internacional como mejor mecanismo de protección para el adherente, según el tipo de supuesto que se esté tratando.

337. El convenio arbitral que se suscribe en materia de consumo, seguros y trabajo, es un convenio por referencia característico de los convenios de arbitraje típicos de la contratación en masa o contratos de adhesión¹¹¹⁹. El problema general que aquí se plantea, es si la cláusula de arbitraje impuesta en las CGC, puede favorecer a la parte más fuerte de la relación contractual, el empresario o predisponente, en perjuicio de la debilidad del adherente a la cláusula contractual, consumidor, asegurado o trabajador, que se pueda ver desprovisto de la normativa imperativa y del orden público de protección o, más aún, del orden público verdaderamente internacional, del cual forma parte el derecho a la tutela judicial efectiva¹¹²⁰. Ello da lugar y, ya adelantamos nuestra

¹¹¹⁷ Prueba de ello es que en los Actos del coloquio internacional del *CEPANI*, celebrados el 25 de abril de 1997, el presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la *CCI*, Mr. Robert Briner, elogiaba la utilización del arbitraje en nuevos ámbitos materiales tales como, las relaciones entre los trabajadores y los empresarios y los consumidores y los prestatarios de servicios, *cf.*, S. Franco, “L’Arbitrage et le Droit Européen”, *loc. cit.*, p. 354. En definitiva, se felicita por la apertura a la arbitrabilidad de las materias donde tradicionalmente se considera que existe una parte débil, y las restricciones de orden público que ello implica.

¹¹¹⁸ La prohibición del arbitraje interno en los contratos de adhesión ha sido una constante en países de nuestro entorno justificada por la protección de los intereses del adherente que podría verse compelido a acudir al arbitraje si existía una cláusula compromisoria impuesta en las CGC, que pudiera ser considerada abusiva. Para un estudio al respecto, en el caso concreto de los contratos de consumo, junto al análisis comparado que se realiza desde la panorámica de la Comunidad Europea, *vid.*, J.L. Roca Aymar, “El arbitraje como vía para resolver los litigios de los consumidores y usuarios”, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 107-116. En general, sobre las cláusulas abusivas en materia de arbitraje y, por tanto, cláusulas prohibidas, *vid.*, Ph. Fouchard, “Clauses abusives en matière d’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1995, núm. 1, p. 147.

¹¹¹⁹ En el arbitraje internacional se entiende que un convenio por referencia a un documento que lo estipula es válido cuando la parte a la que se opone su conocimiento conocía dicha cláusula en el momento en que se concluyó el contrato. El silencio presupone la aceptación del convenio, *cf.*, la Sent. de la *Cour de Cassation (1er Ch. civ.)*, de 3 de junio de 1997, *Société Prodexport c/Société FMT productions*, *Rev. arb.*, 1998, núm. 3, p. 537.

¹¹²⁰ *Vid.*, la Sent. de la *Cour de cassation Civ.(Sala 1ª)*, de 17 de junio de 1997, *Société Eiffage c. Société Butec*, *Rev. arb.*, 1998, núm. 4, p. 539. En general, sobre el convenio arbitral por referencia, *vid.*, B. Oppetit, “La clause d’arbitrage par référence”, *Rev. arb.*, 1990, núm. 4, p. 558. En la doctrina española, *vid.*, J.Mª. Lorca Navarrete y J. Silguero Estagnan, *Derecho de Arbitraje español...*, *op. cit.*, p. 172. Y, entre los trabajos más recientes, el de X. Boucobza, “La clause compromissoire par référence en matière d’arbitrage commercial international”, *Rev. arb.*, 1998, núm. 4, pp. 494-516.

postura en este punto a que, con carácter excepcional, se considere necesario que exista una aplicación material o sustantiva del orden público de protección que deberá entenderse en sentido amplio y no restringido como el que viene siendo defendido. Del porqué de este radical cambio de actitud respecto al generalmente defendido en sentido estricto, según el cuál, el propio orden público es el que ha favorecido y extendido la arbitrabilidad de la controversia internacional en materias de orden público porque garantizaba la aplicación de éste por los árbitros, versará el resto de la argumentación a la que se dedica este epígrafe.

En definitiva, todo se debe a una necesidad de delimitación de la cuestión internacional de los consumidores, asegurados y trabajadores en el arbitraje internacional.

337. Con carácter previo al estudio de lo hasta aquí expuesto creemos oportuno realizar una advertencia que no por obvia está exenta de necesidad de precisión. Si bien puede resultar evidente que no tiene sentido discutir sobre la arbitrabilidad desde el punto de vista del arbitraje privado internacional en un arbitraje eminentemente público desde la perspectiva interna, como es el que aquí presentamos de consumo, seguros y trabajo, a partir de la localización de la cláusula compromisoria en las CGC de cada uno de los tres sectores enunciados en su vertiente internacional; sin embargo, el análisis de la doctrina y de la práctica internacional al respecto, sobre todo, en relación con los problemas de *lege ferenda* acontecidos en los últimos tiempos tras el apogeo de la aparente arbitrabilidad ilimitada a la que parecían estar abocadas la casi totalidad de las materias susceptibles de transacción internacional, nos ha llevado a detenernos en un tema sobre el que son escasos los estudios de su situación real y que, indudablemente, en el ámbito de la contratación internacional afectan al arbitraje privado internacional. Circunstancia que nos decidió a analizarlo aunque sólo sea, que no es el caso, para corroborar las primeras impresiones propensas a la innecesariedad de discutir la arbitrabilidad de dichos ámbitos materiales tan identificados, no sólo, con el orden público, sino con la institucionalización pública o semi-pública de los mismos en los distintos ordenamientos internos.

A) La condición necesaria del orden público en la arbitrabilidad

a) *Perspectiva general: criterios conexos a la arbitrabilidad mediatizados por el orden público*

338. Centrándonos en el escalón de la condición necesaria, es decir, en si las controversias relativas a estos tipos de contratos impregnados por el orden público económico de protección pueden ser objeto de arbitraje, se ha de señalar, con carácter general, que son varios los criterios conexos a la arbitrabilidad que hay que ir desgranando minuciosamente en relación con el orden público en los contratos donde la cláusula arbitral se encuentra inserta en CGC¹¹²¹. Existen en esta sentido tres cuestiones fundamentales relacionadas con el orden público que a la vez están estrechamente interconectadas entre sí. La primera de ellas no es un criterio conexo, sino que se refiere a la arbitrabilidad en sí de la controversia en estas materias y los conflictos que en relación con ellas se producen en la contratación de masas. Ya se ha mencionado que, en un primer momento, dichas materias sí son arbitrables en el sentido en que cumplen las condiciones necesarias de la arbitrabilidad, por lo que no nos vamos a detener en el análisis concreto de los criterios generales para llegar a ella, puesto que sería un análisis meramente descriptivo y reiterativo de lo dicho hasta ahora¹¹²².

339. Lo que sí arroja serias dudas y será nuestro objeto de análisis principal es la cuestión de la intervención del orden público en la autonomía de la voluntad como

¹¹²¹ Desde el principio, son muchos los factores que repercuten en la propia existencia del proceso arbitral dentro de la fase negocial. La mediatización del orden público en la validez del convenio arbitral, la arbitrabilidad y la autonomía de la voluntad deben ser analizadas de forma separada. Cada componente que integra el engranaje del arbitraje es fundamental para que el funcionamiento global del mismo sea realmente eficaz, *vid., supra.*, Cap. II. I, y las consideraciones de K.H. Böckstiegel, “Public Policy and Arbitrability”, *op. cit.*, pp. 177-204, esp. pp. 178-183.

¹¹²² Insistimos que, en teoría, las controversias relativas a estas materias sí podrán ser objeto de arbitraje si versan sobre criterios disponibles y patrimoniales sin que exista ninguna atribución imperativa de jurisdicción al respecto, y ello se determinará según la legislación de cada ordenamiento. En la doctrina española éstos criterios se imponen para permitir la arbitrabilidad desde el punto de vista interno. Eso sí, en determinados ámbitos, por ejemplo, dentro de todas las controversias que pueden ser resueltas por el arbitraje de consumo, no hay duda de que no todas se pueden arbitrar. No porque intervenga una normativa imperativa o un orden público más fuerte que en el resto de los contratos, sino por su carácter indisponible. Respecto a aquellas materias que dentro del propio arbitraje de consumo no son arbitrables, *vid.*, S. Barona Villar, “El laudo en el arbitraje de consumo”, *loc. cit.*, pp. 37-38. Sin embargo, sí son arbitrables otros tipos de relaciones jurídicas calificadas de arbitraje de consumo tales como los contratos

presupuesto del arbitraje independiente del de la arbitrabilidad, pero aquí especialmente vinculado a la misma. No se trata únicamente de un problema de disponibilidad de derechos, aunque la doctrina tiende a reconducir el tema de la arbitrabilidad hacia la problemática de la indisponibilidad en los supuestos donde existe parte débil en CGC. Autonomía de la voluntad y disponibilidad deben ser diferenciados aunque se encuentren estrechamente vinculados.

340. Son los criterios conexos a la arbitrabilidad los que influyen sobre ella de manera muy especial en los contratos de adhesión. El primero de ellos, se refiere a la problemática del consentimiento manifestado por las partes en el uso de su autonomía de la voluntad, libre y sin coacciones. Consentimiento que determina la disponibilidad y en última instancia, ahora sí, la arbitrabilidad¹¹²³. El segundo, se refiere a la renuncia a la tutela judicial efectiva y al resto de los derechos del adherente en CGC como problemática que merece aquí una especial consideración dado que la mayor parte de los ataques doctrinales a la arbitrabilidad de los convenios arbitrales pactados por referencia vienen por ésta vía¹¹²⁴. El tercer grupo de cuestiones, se centra en la aplicación de las normas de intervención y del orden público de protección por el árbitro a riesgo de anular el laudo, en la fase post-arbitral, por infracción del orden público internacional. En un arbitraje internacional queda por determinar si se aplica al adherente un orden público de protección internacional o “verdaderamente” internacional.

341. En el arbitraje internacional de consumo, seguros y trabajo interviene las normas imperativas de protección de los ordenamientos implicados. Todas deben ser tenidas en cuenta y ninguna se puede obviar. El juez del país de reconocimiento y ejecución deberá verificar si el derecho relativo a los adherentes en su dimensión de orden público internacional ha sido inaplicado pero, también, las normas de orden

relativos a los alquileres de inmuebles destinados a uso personal del arrendatario, *vid.*, C. Vattier Fuenzalida, “Arrendamientos urbanos, arbitraje y arbitraje de consumo”, *La Ley*, 1996, pp. 1518-1519.

¹¹²³ De ahí la estrecha interconexión entre los presupuestos del arbitraje a la que nos referíamos. Respecto a la relación de interdependencia entre la autonomía de la voluntad, la disponibilidad y la arbitrabilidad, *vid.*, K.H. Böckstiegel, “Public Policy and Arbitrability”, *loc. cit.*, p. 178.

¹¹²⁴ No será objeto de un tratamiento específico la problemática que se desprende al respecto en el comercio electrónico y las cláusulas arbitrales por referencia que allí se originan, *vid.*, E. Caprioli,

público interno y comunitario al respecto, ya que, en éste caso, muchas de las normas de intervención internas se consideran que forman parte de las normas internacionalmente imperativas de protección¹¹²⁵. Problema que se verá más detalladamente en la fase de control del laudo arbitral, a través de supuestos prácticos concretos¹¹²⁶. Tenemos, pues, por el momento, dos cuestiones urgentes que resolver. La relativa a la autonomía de la voluntad y al orden público como determinante de la disponibilidad que dará lugar a la condición necesaria de la arbitrabilidad aquí más conflictiva, y la mediatización del orden público de protección como elemento fundamental que imposibilita la renuncia a los derechos, no sólo en CGC, sino en todo procedimiento llevado a cabo a través del mecanismo extrajudicial de resolución de controversias que supone el arbitraje.

b) Autonomía de la voluntad y disponibilidad. Proyección en la arbitrabilidad

342. La problemática más sobresaliente en los arbitrajes, tanto internos como internacionales donde existe una parte débil no se debe estrictamente a la arbitrabilidad entendida en su acepción más general, como la aptitud material de una determinada controversia para constituir el objeto de un arbitraje¹¹²⁷, sino a la voluntad de sometimiento de la parte contratante débil al convenio de arbitraje inserto en el contrato de adhesión que se proyecta sobre la disponibilidad determinando a su vez la arbitrabilidad de la materia controvertida. Los problemas, por lo tanto, nos obligan a una doble reflexión. La primera, relativa a la disponibilidad de los adherentes en condiciones generales, como factor determinante de la arbitrabilidad, y la siguiente, referida al estudio de la autonomía de la voluntad libre y sin coacciones en CGC.

La importancia de la voluntad es tal que en la normativa internacional, art. II. 1º y 2º del Convenio de Nueva York de 1958 y el art. I. 2.º a) del Convenio Europeo de

“Arbitrage et médiation dans le commerce électronique...”, *loc. cit.*, p. 241, y la jurisprudencia que allí se cita.

¹¹²⁵ Por ejemplo, el carácter imperativo de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de los consumidores y usuarios, modificada por la Ley 7/1998, de 13 de abril es, también, de orden público internacional español, *vid.*, F. Sánchez Calero, *Principios de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pp. 34-35.

¹¹²⁶ *Vid.*, *infra*, segunda parte, capítulo V.

¹¹²⁷ De ésta manera A. Bucher define la arbitrabilidad simple y escuetamente como, “*L’aptitude d’une cause à constituer l’objet d’un arbitrage*”, *cf.*, *Le nouvel arbitrage international en Suisse, Théorie et pratique du droit, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Ed Helbing & Lichtenhahn*, 1988, p. 37.

Ginebra de 1961, se incide más en la necesidad de comprobar si realmente existe un pacto de sometimiento a arbitraje, que en proteger a la parte contractual débil¹¹²⁸.

En líneas generales, no existe ningún problema con la inclusión de un convenio arbitral en las condiciones generales del contrato siempre y cuando con ello no se pretenda imponer el arbitraje a la parte económica y contractualmente más débil¹¹²⁹. En todo caso, se podrá sancionar con la nulidad al convenio arbitral que posicione privilegiadamente a una de las partes en detrimento de la otra, interponiendo el correspondiente recurso de anulación, o denunciando la cláusula abusiva¹¹³⁰, según lo previsto en el artículo 5. 2 de la Ley española de Arbitraje: “*Si el convenio de arbitraje se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión, la validez de este pacto y su interpretación se acomodarán a lo previsto por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación*”¹¹³¹.

343. En otras legislaciones arbitrales del ámbito comparado, relativamente recientes y localizadas principalmente en países latinoamericanos, existe también una referencia expresa a las CGC en el arbitraje, haciendo especial hincapié en la prestación

¹¹²⁸ Trasunto de S. Alvarez González, *Condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 150.

¹¹²⁹ La valoración positiva de un contrato que contenía en sus condiciones generales una cláusula de sumisión a arbitraje en la sent. de la *Cour d'appel* de París de 1 de diciembre de 1995, *Ministerio de Agricultura de Irak c. Hochtief*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 3, p. 456, así lo demuestra, también, la abundante práctica internacional al respecto que admite una interpretación flexible del art. II del CNY, como contrasta la Sent. del *tribunal de Grande Instance de Estrasburgo*, de 9 de octubre de 1970, *Year. Comm. Arb.*, vol. II, 1978, p. 244; la Sent. de la *Cour de Cassation*, de 11 de octubre de 1989, *Year. Comm. Arb.*, vol. XV, 1990, pp. 448-449 y la Sent. del *Rechtbank* de Rotterdam, de 21 de diciembre de 1991, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996, pp. 633-637.

¹¹³⁰ Más allá de la anulación de un convenio de arbitraje contenido en las CGC, sobre la posibilidad de denunciar cualquier cláusula ilícita o considerada abusiva contenida en dichas condiciones, *vid.*, E. Polo, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, Cívitas, 1990, pp. 83-85.

¹¹³¹ Las disposiciones en vigor a las que se refiere el artículo, han sido objeto de importantes cambios operados recientemente en el ordenamiento español. En relación con las cláusulas arbitrales consideradas abusivas en CGC, *vid.*, V. Magro Servet, “La nueva Ley sobre Condiciones Generales de Contratación”, *La Ley*, de 6 de febrero de 1996, pp. 1-5; C. Vattier Fuenzalida, “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, *RCDI*, LXXI, 1995, núm. 630, pp. 1521-1523; y, E. Artuch Iriberrí, “La compatibilidad entre normas de aplicación en materia de contratos celebrados por los consumidores, a propósito de las reglas sobre condiciones generales de contratación”, *Derecho de los Negocios*, núm. 89, febrero 1998, pp. 13-20. Ya, con la redacción final en la mano de la Ley 7/1998 de 13 de abril, Ley de condiciones generales de contratación, LCGC, *vid.*, M.J. Lunas Díaz, “La Ley de Condiciones Generales de la Contratación: especial referencia a las normas de aplicación extraterritorial”, *Derecho de los Negocios*, año IX, diciembre 1998, núm. 99, pp. 1-15. Normativa a la que más adelante dedicaremos nuestra atención, *vid. infra.*, contratos de consumo y arbitraje.

del consentimiento del adherente¹¹³². De forma que, tanto desde la teoría como desde la práctica arbitral internacional se exige que la cláusula compromisoria en CGC debe aceptarse por el adherente de forma expresa y de modo independiente al resto de las condiciones que figuran en el contrato¹¹³³. Así, también, en la nueva y novedosa Ley alemana de reforma del Derecho relativo al procedimiento arbitral, de 30 de diciembre de 1997, que entró en vigor en Alemania, el 1 de enero de 1998¹¹³⁴, donde se hace una mención expresa a las CGC centrada en la forma del convenio de arbitraje¹¹³⁵. Se señala que en el caso específico en el que el convenio arbitral tenga por objeto sustraer de los tribunales ordinarios de justicia una controversia dimanada de un conflicto donde una de las partes sea un consumidor, la cláusula arbitral deberá estar contenida obligatoriamente en un documento específico para ello, denominado “*Urkunde*”, firmado y consensuado por ambas partes, a no ser que exista una certificación notarial

¹¹³² Así, entre otros, en el art. 11 de la LGA peruana de 1996: “(...) los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en Cláusulas Generales de Contratación o Contratos de Adhesión, serán exigibles entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos o conocibles por la contraparte usando la diligencia ordinaria...”. En el art. 4. 2 de la Ley de arbitraje brasileña, también, de 1996: “Nos contratos de adesão a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”. Y, en el art. 6, último párrafo de la Ley de Arbitraje comercial de Venezuela de 1998: “En los contratos de adhesión, la manifestación de la voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente”. En todas las legislaciones se hace una referencia expresa a la importancia del consentimiento de la cláusula arbitral en CGC.

¹¹³³ Desde la teoría, como señala F.L. Reglero Campos, la aceptación de las cláusulas de arbitraje en CGC deberá ser de forma expresa, cf., *El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, Montecorvo, 1991, p. 203. En la práctica arbitral internacional la referencia genérica al convenio no es condición suficiente para que éste pueda ser válido, vid., la Sent. de la *Corte di Cassazione*, de 13 de diciembre de 1971, *Year. Comm. Arb.*, vol. I, 1976, pp. 190-191, Sent. del Tribunal de Nápoles de 17 de abril de 1982, *Year. Comm. Arb.*, vol. XII, 1987, pp. 492-493 y vid., la Sent. de la *Cour of Appeal* de la Haya, de 17 de febrero de 1984, *Year. Comm. Arb.*, vol. X, 1985, pp. 485-486, y la Sent. del *Oberlandesgericht* de Colonia, de 16 de diciembre de 1992, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996, pp. 535-537. Postura que también sostiene nuestra jurisprudencia, como recientemente ha manifestado en el Auto TS (Sala 1ª) de 26 de mayo de 1998, *RAJ*, 1998/4583.

¹¹³⁴ Vid., la ley en la Sección 2ª, dedicada a la Legislación extranjera de la *RCEA*, 1998, vol. XIV, pp. 339-352, con los comentarios a la misma anteriormente citados.

¹¹³⁵ Aunque, en un principio, la normativa alemana se muestra menos exigente a la hora de validar un convenio arbitral por referencia, después se observa un cambio de actitud, referido específicamente a las CGC en los contratos de consumo. Según se desprende de la lectura literal del párrafo tercero del parágrafo 1031, la simple referencia hecha en el contrato principal a las CGC es requisito suficiente para la validez formal del convenio arbitral aunque éste se encuentre incluido en un documento anexo al contrato principal, *Schriftstück*. Párrafo tercero del parágrafo 1031, relativo a la forma del convenio arbitral: “*The reference in a contract complying with the form requirements of subsection 1 or 2 to document containing an arbitration agreement provided that the referen such as to make that clause part of the contract*”. Pero, posteriormente existe en el mismo artículo un apartado que se halla especialmente inculcado por el principio de protección de la parte débil en CGC. Vid., las apreciaciones al respecto, así como la terminología germana empleada para referirse a los documentos en

que atestigüe la existencia del acuerdo de voluntades¹¹³⁶. Aunque la citada disposición legal se entiende únicamente referida a los contratos de consumo, entendemos que los mismos requisitos y consecuencias deben ser exigidos para el resto de los contratos que, sin ser de consumo, cuenten con una necesidad de protección especial de la parte débil en la relación contractual¹¹³⁷.

344. En los Convenios Internacionales de arbitraje, a pesar de que no se recoja de manera explícita la problemática de la cláusula compromisoria internacional cuando ésta se encuentra inserta en CGC, sí suelen coincidir, al igual que en las legislaciones internas mencionadas, en admitir la cláusula de arbitraje internacional cuando ésta ha sido expresamente aceptada. Así, se desprende de las interpretaciones del artículo, I. 2.º a) del Convenio de Ginebra de 1961, del art. 7. 2 de la Ley Modelo de la UNCITRAL, y de los artículos II. 1.º y 2.º, del Convenio de Nueva York aunque, como todos saben, es éste un artículo polémico sobre el que la mayoría de la doctrina aboga por su reforma¹¹³⁸. En definitiva, las dificultades de interpretación relativas al convenio arbitral en CGC no se resuelven mediante la aplicación de los preceptos recogidos en los instrumentos convencionales. Si bien, la interpretación mayoritaria de los mismos sostiene que en el caso de que exista remisión a la cláusula arbitral en CGC, ésta debe ser también consensuada y aceptada de forma separada¹¹³⁹. Otras soluciones, abogan

los que se encuentra inserta una cláusula arbitral, extraídas del comentario de M. Gómez Jene, “La nueva regulación del arbitraje en Alemania”, *loc. cit.*, pp. 366-367.

¹¹³⁶ Apartado 5 de la Sección 1031: “*Arbitration agreements to which a consumer is a party must be contained in a document which has been personally signed by the parties. No agreements other than those referring to the arbitral proceedings may be contained in such a document; this shall not to apply in the case a notarial certification*”.

¹¹³⁷ Otra legislación que contiene disposiciones puntuales referidas a los consumidores, aunque aquí en un sentido público del arbitraje, designando a jueces como árbitros y arbitraje obligatorio, es la legislación de arbitraje inglesa de 1996, en el apartado dedicado a “*Consumer Arbitration Agreements*”, *vid.*, la Ley, en la RCEA, 1997, vol. XIII, pp. 396-452, con el comentario a la misma de M^a.V. Cuartero Rubio, *id.*, pp. 452-459, esp. 453.

¹¹³⁸ Sobre la necesidad de reforma del art. II del Convenio de Nueva York, *vid.*, M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea...*, *op. cit.* De igual modo que aboga por una mejor redacción del art. 7. 2 de la Ley Tipo, debido a las dudas interpretativas que de él se desprenden en la práctica internacional, *vid.*, los casos recogidos en el *Year. Comm. Arb.*, en Bermudas, caso 127, vol. XXII, 1997, pp. 290-291, en Rusia, caso 147, vol. XXII, 1997, pp. 294-295, en Hong Kong, caso núm. 87, vol. XX, 1996, pp. 202-203.

¹¹³⁹ Aunque la doctrina tampoco es unánime en este punto, dado que hay autores que consideran que basta con que la cláusula arbitral sea clara, esté escrita y firmada por ambas partes para que las obligue, *vid.*, J.F. Poudret, “La clause arbitral par référence selon la Convention de New York et l’art. 6 du Concordat sur l’arbitrage”, *Mélanges Guy Flattet*, Lausana, 1985, pp. 523-538, esp., p. 535, *cf.*, S. Alvarez González, *Condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 155-156. En general, sobre las dudas doctrinales de la cláusula compromisoria internacional en CGC, *vid.*, N. Kaplan, “Is the need for writing as expressed

para que la cláusula compromisoria por remisión sólo sea efectiva en el momento de plasmarse la controversia¹¹⁴⁰.

345. En nuestra opinión, y nos referimos únicamente a un criterio que podría seguirse si el supuesto es internacional, no es que la cláusula compromisoria esté prohibida por ser inarbitrable en este tipo de contratos, sino que cuando aparece inserta en las CGC, su función, puede ser interpretada como la de un mero recordatorio de que se puede acudir al arbitraje, y solamente en el momento de producirse la controversia ésta se hará efectiva, siendo únicamente la parte débil la que tendrá la posibilidad de volver a mostrar su conformidad con la cláusula arbitral, en el momento de la reclamación arbitral o judicial. De no ser así, el arbitraje no tendrá lugar. De tal manera, al igual que ocurre para los no firmantes a los que no vincula la cláusula compromisoria que no ha sido firmada por ellos, en contratación internacional, si la parte débil alega que desconoce la cláusula compromisoria, no sólo tiene la posibilidad de solicitar judicialmente su declaración de cláusula abusiva, sino también puede consensuarla en el momento de plantearse la controversia si así lo considera conveniente para sus intereses y se dan las condiciones de disponibilidad del objeto material. Sólo entonces, si cumple todos los requisitos de validez, la cláusula devendrá voluntariamente vinculante.

346. Mientras tanto, el arbitraje que esté impuesto en el contrato, no lo consideramos arbitraje, en virtud de un principio de orden público transnacional que impide la conminación de la cláusula arbitral a una de las partes contra su voluntad. Un arbitraje apellidado forzoso no tiene efecto y debe estar prohibido, en atención a que falla el presupuesto esencial de la autonomía de la voluntad¹¹⁴¹, que dará lugar a su consideración de cláusula abusiva y, por tanto, nula¹¹⁴².

in the New York Convention and the Model Law out of Step with Commercial Practice?, *Arb. Int.*, 1996, vol. 12, núm. 1, 1996, pp. 44-47.

¹¹⁴⁰ Criterio que permitiría incluso rechazar la cláusula arbitral a posteriori, una vez perfeccionado el contrato, aunque el rechazo al convenio no implique la ineficacia del contrato, *cf.*, S. Díaz Alabart, "Arbitraje especial de consumo", *RCEA*, vol. VI, 1990, p. 41. En general, sobre el convenio arbitral de consumo como condición general de contratación, *vid.*, M.P. García Rubio, "El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia de consumo", *RCEA*, vol. IX, 1993, pp. 102-106.

¹¹⁴¹ *Vid.*, la Sent. de la Aud. Prov. de Baleares (Sección 3ª), de 9 de octubre de 1997, *RAJ*, 1997, 1276. En este caso se considera nula la cláusula de arbitraje porque se ha impuesto a una de las partes, en clara violación del principio fundamental que debe regir en materia contractual, que no es otro que la igualdad de las partes del que parte el art. 1255 CC. "La cláusula de sumisión, como elemento integrante del clausulado de un contrato de adhesión, no puede ser aceptada de forma discriminada, sino que

347. En este punto hay que dejar claro que, aunque no se pretende entrar a fondo en discusiones en torno a la autonomía de la voluntad en CGC, se quiere poner de relieve algo muy simple que creíamos mejor asentado. Una cosa es la arbitrabilidad y otra muy distinta la autonomía de la voluntad y si algo tienen en común es que, junto con el convenio arbitral, conforman los presupuestos del arbitraje, lo cual no quita para que deban ser analizados por separado. Lo que ocurre es que en CGC, ambos presupuestos tienen una relación de interdependencia muy especial motivada por la particular actuación del orden público en éstos contratos. Con base en ello, parte de la doctrina explica la cuestión de la arbitrabilidad y el orden público haciéndola depender de la autonomía de la voluntad, pero sin tratarla en cuanto tal sino como parte de la arbitrabilidad¹¹⁴³. Se pretende hacer notar que a pesar de estar de acuerdo en el fondo de los planteamientos de éstos autores, no lo estamos en cuanto a la forma, debido a que implica una confusión entre los presupuestos del arbitraje al tratar a la autonomía de la voluntad como si fuera parte de la arbitrabilidad y no como un presupuesto independiente de la misma.

348. La proyección de la autonomía de la voluntad en la arbitrabilidad resulta de, si existe una verdadera autonomía se puede decir que existe igualdad contractual lo que abre el paso a la disponibilidad y, por tanto, también a la arbitrabilidad. Según éstos criterios, es el orden público el que se encarga en cada momento concreto de determinar la arbitrabilidad a partir de la autonomía de la voluntad. La indisponibilidad es temporal porque dura el tiempo necesario para que el orden público proteja a la parte contratante

deberá ser, al menos, específicamente suscrita por ambas partes como prueba de aquiescencia al mismo. Sabido es que los contratos de adhesión o sometidos a condiciones generales son aquellos en que una de las partes, predisponente, por la especial posición que ocupa en la relación impone a la otra, parte débil del contrato, unas cláusulas que están pensadas no para ese contratante concreto, sino para todos y cada uno de aquellos que contraten con el predisponente. La consecuencia del discurso, sin duda, es que ésta será nula de pleno derecho". En todo caso, ya hemos expuesto, nuestras consideraciones respecto a los arbitrajes obligatorios o forzosos, en el sentido de una negación tajante de los mismos, *vid., supra*.

¹¹⁴² En general, sobre las cláusulas abusivas en la contratación internacional, *vid.*, A. Serra Rodríguez, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial las cláusulas limitativas de la responsabilidad*, Pamplona, Aranzadi, 1996, 233 pp.

¹¹⁴³ En concreto, nos referimos a J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 58-59, citando a su vez a Fauvarque Cosson en el prólogo a la monografía de Y. Lequette, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, París, LGDJ, 1996, p. 120.

en situación de debilidad¹¹⁴⁴. En otras palabras, el orden público de protección interviene automáticamente sobre los derechos de la parte contractual más débil, y los hace indisponibles, y por tanto inarbitrables, siempre y cuando se mantenga la situación de desigualdad, esto es, si el arbitraje ha sido impuesto¹¹⁴⁵.

349. La parte protegida adquiere la disponibilidad de sus derechos una vez que su protección no tiene ya más razón de ser. Es aquí cuando esos derechos renacen a la arbitrabilidad, si se está en una situación de equilibrio contractual. Como señala P. Mayer, el objeto que persigue el legislador y la jurisprudencia de dotar de un carácter imperativo a ciertas normas de protección de intereses privados es, frecuentemente, el de impedir a la parte que se encuentra en posición de fuerza el poder insertar en el contrato una cláusula que tenga por objeto apartar las normas de protección de la parte débil. Es por tanto en el momento de formación del contrato donde son útiles los mecanismos de inderogabilidad. En cambio, no hay lugar para desconfiar particularmente del árbitro que no tiene por qué tener ningún interés en violar ciertas normas y dejar de aplicar otras. Es más, en el momento de la controversia, la parte débil ha recobrado su libertad y podría renunciar a su derecho¹¹⁴⁶.

350. Lo realmente característico, es que en éste tipo de supuestos la intervención que ejerce el orden público de protección es esencialmente positiva, ya que actúa directamente sobre la disponibilidad de la materia, con la única finalidad de proteger a la parte más débil, para que no se vulnere su autonomía de la voluntad y, en consecuencia, su disponibilidad. Es, pues, una protección subjetiva más que material. La materia controvertida sigue siendo la misma en cada uno de los supuestos

¹¹⁴⁴ En palabras de J.B. Racine: "*L'indisponibilité est temporaire car elle dure le temps nécessaire à la protection du contractant en état de faiblesse*", *cf., ibid., op. cit.*, p. 58, citando a su vez a P. Level, que en el mismo sentido se refiere a "*droits indisponibles à l'état de droit éventuel et disponibles à l'état de droit né et actuel*", *cf., "L'arbitrabilité"*, *loc. cit.*, p. 222. Se hace necesario aquí hacer una llamada de atención a que intencionadamente nos referimos a que el orden público actúa en cada "momento", y no solamente en cada caso concreto, en aras de permitir la arbitrabilidad de la controversia en este tipo de contratos. De ahí su particularidad. El objetivo del orden público es que "en todo momento" las partes contractuales estén en situación de igualdad, como requisito imprescindible para que se permita la arbitrabilidad.

¹¹⁴⁵ La preocupación del orden público se refleja en el interés estatal y supraestatal por la protección del consumidor y de la parte débil en general, que conlleva la progresiva transformación del derecho patrimonial desde un contenido dispositivo hacia contenidos marcadamente imperativos, *cf., L. Navarro Lorente, "El sistema arbitral de consumo", RCEA, vol. IX, 1993, p. 48.*

¹¹⁴⁶ *Cf., P. Mayer, "La sentence...", loc. cit., p. 621.*

individualizados, ya sea en el ámbito material de las transacciones internacionales de los bienes de consumo, de los seguros y de los contratos de trabajo. Es la situación del adherente en éstos supuestos lo que hace indisponible la misma materia. Es lo que P. Level, clasificaba como “*Derechos indisponibles al estado del derecho eventual y disponibles al estado del derecho nacido y actual. La condición de disponibilidad se clarifica a partir de la distinción entre derecho eventual y derecho adquirido o actual*”¹¹⁴⁷.

Si aplicamos esta distinción a la diferencia existente con anterioridad entre la cláusula compromisoria, anterior al nacimiento de la controversia y el convenio arbitral, firmado una vez que la controversia tuviera lugar, los derechos aquí enunciados serían indisponibles y por tanto inarbitrables rindiendo nula la cláusula compromisoria, en un primer momento y, sin embargo, validarían el convenio arbitral porque el derecho eventual ya ha nacido, es por tanto disponible y, en consecuencia, arbitrable, sin haber variado el ámbito material sino únicamente el factor temporal y la situación subjetiva de las partes. Como se comprueba con la mediatización que acabamos de exponer, la actitud un tanto aquí paternalista del orden público obedece a un principio de igualdad que repercute armoniosamente en un posterior desarrollo del arbitraje, como garantía de un derecho fundamental a un proceso equitativo sea éste judicial o arbitral, como principio procedimental característico del orden transnacional, lo que nos lleva directamente a analizar la segunda de las cuestiones conexas a la arbitrabilidad, desde su vertiente procesal, de la competencia de los árbitros. El significado de la renuncia a la tutela judicial cuando el arbitraje proviene de la contratación en masa y la función del orden público en estos casos.

c) *La renuncia a la jurisdicción en CGC*

351. La respuesta al entendimiento de la renuncia debe buscarse en el orden público auténticamente internacional de protección. Al igual que ningún otro tipo de

¹¹⁴⁷ Si los mismos derechos pueden devenir disponibles, son “*droits indisponibles à l’état de droit éventuel et disponible à l’état de droit né et actuel*”, como clave fundamental para determinar la disponibilidad en éstas controversias, cf., P. Level, “L’arbitrabilité”, *loc. cit.*, p. 222.

compromisario, el adherente no renuncia jamás al derecho a la tutela judicial efectiva, ni al resto de sus derechos, por la firma de un convenio arbitral¹¹⁴⁸. Y ello, no sólo en CGC, sino porque la prohibición de permitir la renuncia al derecho concreto de la tutela judicial es un criterio general del arbitraje tanto interno como internacional. El Estado tiene que velar por las exigencias de un proceso equitativo entre las partes, principio de orden público realmente internacional, recogido como derecho fundamental en el art. 6. 1 del CEDH, que repercute positivamente en el arbitraje. Aunque, si bien, el árbitro también tiene la obligación de conseguir la equidad y la justicia en el procedimiento arbitral, así como el deber de proteger a la parte débil y de evitar abusos de cualquier tipo en el procedimiento de arbitraje en aras de asegurar posteriormente la eficacia del laudo llevado a cabo¹¹⁴⁹. No se puede renunciar a un derecho fundamental de orden público transnacional. En caso de que el adherente no esté conforme con el convenio de arbitraje impuesto en las CGC pero quiera hacer valer sus derechos con respecto al contrato principal, puede declarar judicialmente la cláusula abusiva, que en su caso sería considerada nula, y acudir a los Tribunales ordinarios para la solución de sus problemas con el empresario.

352. El orden público verdaderamente internacional recogido en el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en el art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 6 del CEDH, y en el art. 24 de la C.E., reconoce el derecho a la tutela efectiva de los Tribunales. La protección jurídica siempre existe para la parte menos favorecida aunque ésta se decida por recurrir al arbitraje¹¹⁵⁰. Si bien, existe un fuerte interés público en proteger a la parte débil de la relación contractual, su protección se encuentra garantizada con la aplicación de una normativa imperativa que actúa sobre el adherente, prohibiéndole que pueda renunciar de manera anticipada a su derecho a demandar y a recurrir a la justicia para solucionar sus controversias¹¹⁵¹. Queda claro, que el interés público de protección, en general, y de modo muy especial,

¹¹⁴⁸ Cf., F. Sánchez Calero, *Principios de Derecho Mercantil*, op. cit., p. 35.

¹¹⁴⁹ Para una reflexión sobre la citada eficacia en relación con el art. 6 CEDH y a los principios generales de justicia, vid., Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité...", loc. cit., p. 661.

¹¹⁵⁰ Cf., M.F. Hoellering, "Arbitrability of Disputes", loc. cit., p. 128.

¹¹⁵¹ En España, vid., *infra*, la LGDCU, considera irrenunciables los derechos básicos siendo nula cualquier articulación en contra, cf., L. Navarro Lorente, "El sistema arbitral de consumo", loc. cit., pp. 51 y 64. En este contexto, el art. 31 de la LGDCU, deja a salvo este derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales, cf., J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, op. cit., p. 223.

en áreas tales como las aquí citadas, contratos de seguros, de trabajo, y protección de los consumidores, prohíbe la renuncia anticipada de las partes al derecho a demandar, en aras de evitar el desamparo de la parte considerada débil en virtud de un principio de orden público internacional que se aplica también a la institución arbitral.

353. La cuestión que todavía arroja dudas es la de saber si el derecho de acceso a los recursos en el arbitraje entra o no dentro del art. 24 CE, como derecho fundamental, y por tanto, la renuncia a los mismos puede ser considerada también como contraria a un orden público transnacional de protección. Este caso ha sido objeto de una decisión recientemente en nuestra jurisprudencia, aunque no de forma específica en CGC. La renuncia a los recursos fue la cuestión de fondo resuelta por nuestro Tribunal Supremo en el Auto dictado el 9 de junio de 1998¹¹⁵². La importancia del supuesto radica en determinar si en el arbitraje el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos es también un derecho fundamental incardinado en la tutela judicial efectiva, o recibe un tratamiento constitucional diferente respecto al derecho de acceso a la jurisdicción. A este respecto, la jurisprudencia del Alto Tribunal ha coincidido en afirmar la diferente trascendencia constitucional del derecho de acceso a la jurisdicción, que siempre ha de estar garantizado, de la del derecho de acceso a los recursos establecidos “*como un mero corolario de aquel*”¹¹⁵³.

En consecuencia, para nuestro Tribunal Supremo la garantía del derecho a los recursos no forma parte del núcleo fundamental reconocido en el art. 24. 1 CE, y tampoco existe otro derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación¹¹⁵⁴. Motivo que estaba entre los que llevaron a V. Cuartero Rubio a

¹¹⁵² Vid., tales apreciaciones en el comentario al Auto del TS (Sala de los Civil), de 9 de junio de 1998, *Breakbulk Marine Services Limited c. Nervacero S.A.*, núm. 5323, vid., RCEA, vol. XIV, 1998, pp. 237-244, con nota de la autora de estas páginas.

¹¹⁵³ Cf., el Fundamento Jurídico 4º, de las Sentencias del TC 37, 58 y 135 de 1995, RTC 1995, 37, 58 Y 135 y las sentencias 101 y 179 de 1997, RTC 1997, 101 y 179, señalado por el Auto objeto de comentario.

¹¹⁵⁴ Sin embargo, las cosas no parecen estar tan claras desde el punto de vista del arbitraje internacional, en vista de la diversidad de opiniones sobre si el acceso o no a los recursos en el arbitraje es o no un derecho fundamental, vid., las interesantes consideraciones de Mª.V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, op. cit., p. 128. Por el momento, sólo apuntar que parte de nuestra doctrina parece considerar que el derecho a los recursos en el arbitraje sí es un derecho fundamental, recogido en el art. 24 C.E., cf., F. Rivero Hernández, “Comentario del art. 37”, op. cit., p. 651; A. Cabanillas Sánchez, “Comentario al Título VII”, *ibid.*, op. cit., p. 735 y A. Bonet Navarro, “El control judicial de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral, sobre la STC 288/1993, de 4 de octubre, *Derecho privado y*

argumentar que el ordenamiento español sí estaba preparado para admitir la renuncia del recurso de anulación en el arbitraje internacional¹¹⁵⁵.

B) La condición suficiente del orden público

354. Una vez admitida de manera general la arbitrabilidad en estas materias, que al menos encuentran una base teórica que determina efectivamente que se dan las condiciones necesarias para que puedan ser objeto de arbitraje, sin encontrar unos obstáculos conexos insalvables que afecten decisivamente a éstos criterios¹¹⁵⁶; la segunda cuestión, si se quiere más aleccionada a la práctica, será la de comprobar si se da la condición suficiente para que éstas deban ser objeto de arbitraje. O, dicho de otro modo, si teniendo en cuenta las características del arbitraje privado y comercial internacional es recomendable acudir al mismo en este tipo de supuestos particularmente delicados en atención, no a la materia en sí misma, sino al ámbito subjetivo que conlleva su aplicación material, la parte débil de la relación contractual.

Es en ésta segunda pregunta dónde resurge la mediatización del orden público, y dentro del mismo, de las normas imperativas que rodean a éstas materias cuando son objeto de decisión por un árbitro internacional. ¿Aconseja el orden público verdaderamente internacional su arbitrabilidad?. ¿Se preocupa realmente el árbitro internacional de la condición subjetiva que implica ser parte débil en una relación de consumo, seguros o trabajo internacional a la hora de aplicar un orden público

Constitución, 1995, núm. 6, p. 184. Así como, F. Cordón Moreno, *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 52. Opinión contraria a la de alguno de los foros internacionales, que incluso abogan en sus legislaciones por la posibilidad para las partes de renunciar a la vía del recurso en el arbitraje internacional no considerándolo, por tanto, un derecho fundamental, de orden público internacional. Así, el art. 829 Cod. Proc. Civ. Italiano, que admite la renuncia de las partes a la acción de nulidad y el art. 1482 del francés, para la renuncia del recurso de apelación en el convenio arbitral. Junto con el belga, que en la reforma acometida en la Ley de 27 de marzo de 1985, ha liberado al arbitraje del control judicial, suprimiendo todo recurso de anulación del laudo internacional, parcialmente reformado, en cuanto a las condiciones para la renuncia, en la última reforma de arbitraje belga de 1998. Para un mayor abundamiento al respecto, *vid., infra*, Cap. V. III. 1. B) c)..

¹¹⁵⁵ Cf., M^a.V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, pp. 111-130. Cuestión que será abordada en el capítulo final, *vid., infra*, capítulo V, en el epígrafe III, apartado B) c) relativo a la renuncia a los recursos.

¹¹⁵⁶ Siempre que se superan las reservas enunciadas del orden público transnacional relativas a la autonomía de la voluntad y a la disponibilidad en la arbitrabilidad. No hay que olvidar que estamos en un estudio preliminar que nos permita determinar si como línea de principio se permite la arbitrabilidad en

internacional que proteja a dichas partes en los mencionados ámbitos materiales?. ¿Debe prohibir el orden público transnacional la arbitrabilidad en estas materias dado que tal protección no está garantizada en el arbitraje internacional?.

355. Precisamente, los detractores del arbitraje hacen de la protección a la parte débil en las CGC su baluarte para atacar el método de resolución de controversias extrajudicial. Para éstos, el arbitraje internacional no sería otra cosa que “*la justicia de los precavidos, preocupados por escapar a la aplicación de las reglas protectoras de los débiles dictadas en el contrato*”¹¹⁵⁷. De un lado, en virtud del principio de validez internacional de la cláusula compromisoria como principio de orden público internacional de creación jurisprudencial para el arbitraje, hay una corriente favorable a permitir la arbitrabilidad en todo ámbito material por el simple hecho de que el convenio de arbitraje sea internacional¹¹⁵⁸. Pero, de otro lado, tenemos que ver si existe un principio de orden público auténticamente internacional de protección a los consumidores, asegurados y trabajadores, que actúe por encima del principio de validez del convenio internacional, y considere que no se da la condición suficiente de protección que deba permitir la arbitrabilidad en éstos supuestos.

356. Para responder al planteamiento de la segunda condición del orden público en la arbitrabilidad, planteada con anterioridad, es necesario analizar, caso por caso, los supuestos concretos en las controversias que se deriven de los contratos seleccionados. En todos se procederá de manera igual. En un primer momento, se analizará la situación de la arbitrabilidad en cada ámbito de modo particular junto a la legislación del arbitraje de consumo, seguros y trabajo, especialmente referida al ordenamiento español. En estas materias es muy importante precisar con claridad el ámbito particular de

este tipo de materias, más adelante veremos la prohibición y la aceptación de las mismas en cada uno de los ámbitos concretos seleccionados.

¹¹⁵⁷ Cf., Y. Derains, Introducción a *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, Fundación Española de Arbitraje, 1985, p. 44. Aunque, éste sea un autor que no se decanta personalmente en contra de la arbitrabilidad, actitud que sí fue mantenida por F. De Castro, que consideraba a la cláusula compromisoria como la más peligrosa entre todas las cláusulas que se pueden incluir en CGC, dado que “*permite a las grandes organizaciones industriales y mercantiles, imponer a los más débiles, económicamente tribunales arbitrales y normas favorables a sus intereses*”, cf., “el arbitraje y la nueva lex mercatoria”, *ADC*, 1979, t. XXXII, p. 656. Teniendo en cuenta, por otro lado, el valor actual de estas afirmaciones, ya que, hay que contextualizar la época de la que provienen donde el propio arbitraje se consideraba contrario al justiciable.

¹¹⁵⁸ Según el principio de validez del convenio de arbitraje internacional, *vid. supra*, Cap. II.

protección ya que la normativa imperativa interna favorable al adherente tiende a ser considerada de orden público internacional desde la perspectiva de cada ordenamiento jurídico implicado. Además, en éstos supuestos, es frecuente que exista una prohibición expresa del legislador hacia la arbitrabilidad¹¹⁵⁹, o bien, una atribución imperativa de jurisdicción sobre la misma que, si bien, sabemos que no tiene por qué afectar a la arbitrabilidad de la controversia internacional, sí es un indicio significativo para actuar con cautela.

Una vez concretados los sistemas internos y la normativa imperativa que incide en cada uno de ellos pasaremos, a través de la práctica internacional, a analizar si la mediatización del orden público verdaderamente internacional considera factible la condición de suficiencia de la arbitrabilidad. Todo ello dependerá del entendimiento que aquí hagamos del orden público internacional de protección al consumidor, asegurado y trabajador donde, ya se ha enunciado, que el orden público va a ser considerado aquí en un sentido más amplio. La garantía del orden público flexible y adaptable resurge con toda su fuerza en aquellos ámbitos más necesitados de protección en un mundo empresarial globalizado.

2. ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE CONSUMO

A) Marco imperativo de protección en el sistema arbitral de consumo español

a) Aproximación genérica

357. Grandes cambios han sido operados recientemente en relación con el arbitraje de consumo en España hasta el punto de no encontrar ya motivo alguno para calificarlo de arbitraje privado a no ser por el ámbito personal de aplicación. Del cómo y el porqué se ha llegado a ésta afirmación es responsable, en buena medida, la adaptación

¹¹⁵⁹ Así, la Ley búlgara de arbitraje de 5 de agosto de 1988, en su art. 2, prohíbe la arbitrabilidad en las controversias derivadas de una contratación en masa tan típica cual es la laboral, *vid.*, la Ley en la *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, p. 149, con el comentario a la misma de E. Gueorguiev, “La loi bulgare sur l’arbitrage commercial international”, *id.*, *cit.*, p. 39.

de la legislación española en materia de consumidores a la normativa comunitaria, lo cual ha repercutido negativamente en el arbitraje privado hasta lograr su desaparición en el sistema español. En la actualidad, únicamente se permite un arbitraje interno de consumo en el marco de una institución administrada por el poder público. De otro lado, el arbitraje internacional privado en materia de consumidores ha sido completamente ignorado tanto por el legislador interno como por el comunitario. Este último, en especial, no ha pasado de meros propósitos y buenas perspectivas hacia el arbitraje comunitario de consumo, todas ellas sin haber llegado a concretarse en la práctica¹¹⁶⁰. No se ha planteado, en ningún momento, ni la trascendencia de este tipo de arbitraje en un ámbito internacional, más allá del meramente comunitario, ni la adopción de medidas concretas para la consecución de un arbitraje institucional de consumo en el marco de la Unión. La preocupación por las repercusiones que la adaptación de las Directivas en materia de consumidores podrían tener para la práctica del arbitraje internacional privado de consumo, tanto en España, como en el resto de la Unión Europea, ha sido igual a cero.

358. En nuestro ordenamiento, concretamente, se ha puesto una traba más a la arbitrabilidad de las controversias internacionales en éste tipo de supuestos. Se da la sorprendente paradoja de que desde el punto de vista del arbitraje interno no sólo se permite la arbitrabilidad de la controversia en materia de consumidores, sino que además se considera recomendable acudir a un arbitraje de consumo a través de una Junta Arbitral de Consumo de carácter público¹¹⁶¹. Sin embargo, si el contrato de

¹¹⁶⁰ De entre los propósitos que han resultado estériles en este sentido destaca la Resolución del Parlamento Europeo sobre el fomento del recurso del arbitraje de Derecho para la resolución de conflictos de orden jurídico, *Arbitraje en los conflictos de orden jurídico*, A3-0318/94, *DOCE*, viernes, 6 de mayo de 1994, escuetamente comentada por Ch. Jarrosson, “Résolution du Parlement européen sur la promotion de l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1995, núm. 2, pp. 355-357. Con anterioridad, ya se habían sucedido una serie de Resoluciones que de la misma manera que esta última instan, con carácter no obligatorio, a los distintos Estados miembros a que fomenten los sistemas extrajudiciales de resolución de controversias entre los consumidores y los proveedores de bienes y servicios, haciendo una especial mención al arbitraje. Así, las Resoluciones de 23 de junio de 1986, *DOCE*, núm. C 167, de 5 de julio de 1986, la de 27 de junio de 1987, *DOCE*, núm. C 176, de 4 de julio de 1987, la de 9 de noviembre de 1989, *DOCE*, núm. C 294, de 22 de noviembre de 1989. Se recalca, en todo caso, que el arbitraje de consumo, aunque esté institucionalizado en ningún caso podrá ser obligatorio. Es, como todo arbitraje, únicamente voluntario.

¹¹⁶¹ Eso sí, al únicamente poder acudir a un arbitraje institucionalizado, podríamos estar ante una atribución imperativa de jurisdicción. En este caso, la jurisdicción viene impuesta a través de un arbitraje público de consumo. Reiterando aquí nuestra posición consistente en que no consideramos que sea adecuada la denominación de arbitrajes públicos, semipúblicos o pseudo-arbitrajes a aquellos que no

consumo es internacional, es prácticamente imposible que éste se desarrolle y, si es así, que sea eficaz en el supuesto de que el consumidor internacional tenga su domicilio en el Estado español. La práctica judicial induce a pensar que, en éste último caso, no prosperará un arbitraje internacional de consumo, dado que en aplicación de la nueva normativa de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, LCGC¹¹⁶², el convenio de arbitraje internacional de consumo será judicialmente considerado una cláusula abusiva y, por tanto, será anulado.

359. No se dará lugar al arbitraje de consumo internacional si el consumidor español invoca la nulidad de la cláusula arbitral, por mucho que ésta sea internacional. Se pretende poner de relieve el vacío legal existente, tanto desde el punto de vista interno como internacional, en materia de arbitraje internacional de consumo que merece tener un tratamiento específico precisamente por la especialidad de orden público del ámbito protegido. Cosa distinta es que no abogemos por un arbitraje internacional de consumo como mejor mecanismo para resolver las controversias entre consumidores internacionales, sobre todo teniendo en cuenta las escasas garantías de protección al consumidor que ofrecen los métodos actuales existentes en el DIPr¹¹⁶³, lo que ocurre es que entendemos que éste debe revestir un carácter supraestatal de Derecho Público, a la vez que debe estar institucionalizado, en coherencia con el orden público internacional o auténticamente internacional como principal elemento de referencia de nuestra exposición.

360. Para llegar a las conclusiones, aún sin desarrollar, de los párrafos anteriores, nos ha sido de gran utilidad el análisis de la normativa imperativa interna en materia de consumo. A partir de las características del orden público de protección al consumidor en nuestro ordenamiento se ha trascendido al arbitraje internacional de

responden al carácter originariamente privado de la institución. Este tipo de “arbitrajes” son procedimientos públicos que han adoptado fórmulas arbitrales pero que nada tienen que ver con el arbitraje privado tal y como nosotros lo conocemos. Proponer un cambio en la denominación de los mismos es fundamental para acabar con la confusión que la misma denominación de arbitraje en ambos suscita, *vid. infra*.

¹¹⁶² BOE, núm. 89, de 14 de abril de 1998, *vid.*, también la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, en el *Anuario español de DIPr*, Madrid. Iprolex, 2000, con nota de V. Cuartero Rubio, pp. 551-555.

consumo, para poder responder a la cuestión de la condición de suficiencia de la arbitrabilidad que nos planteábamos en un principio y comprobar si el arbitraje internacional es un instrumento que ofrece suficientes garantías para salvaguardar la posición del consumidor a través de un orden público internacional de protección.

b) Normativa Comunitaria en materia de consumo

361. Como punto de partida, para explicar la situación descrita, se ha de hacer una referencia obligada a la normativa comunitaria en materia de consumo, que ha hecho una apuesta clara por el arbitraje en los contratos relativos a los consumidores y usuarios, a la par que existe todo un movimiento de protección a los Derechos de los mismos¹¹⁶⁴. Concretamente, en lo tocante al arbitraje, hay que destacar la Resolución del Parlamento Europeo de 1994¹¹⁶⁵, donde se insta a promover el interés tanto de los consumidores como de las empresas, para que resuelvan sus controversias mediante arbitraje, a través de la creación y el funcionamiento de órganos de arbitraje descentralizados a los que los consumidores puedan acceder fácilmente. También, en el art. 5. 3 del Reglamento núm. 1475/1995 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, sobre distribución y servicio de venta y postventa de vehículos automóviles¹¹⁶⁶, se establece el

¹¹⁶³ Como así se ha puesto de manifiesto en una de las más recientes tesis doctorales que trata específicamente sobre el consumidor bancario internacional, *vid.*, M^a.J. Lunas Díaz, *Los contratos de consumo bancarios en el Derecho Internacional Privado*, tesis doctoral, inédita, 2000.

¹¹⁶⁴ Sobre la importancia concedida por el Derecho comunitario a los contratos entre consumidores celebrados en el marco de la Unión, *vid.*, en general, J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, París, Dalloz, 1992. Así como un estudio en la evolución en la política llevada a cabo por la Comunidad a tal efecto, *vid.*, L. Fumagalli, "Le clause abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato", *Riv. dr. int. pr. proc.*, vol. XXX, núm. 1, 1994, pp. 15-32. En el ámbito de la UE, aunque es una propuesta que se tacha, por el momento, de irrealizable sí hay una pretensión de conseguir un marco efectivo de protección al consumidor a través de una armonización de legislaciones de índole material para proteger a la parte débil. En general, sobre la protección del consumidor, *vid.*, M.E. Zabalo Escudero, "Aspectos jurídicos de la protección del consumidor contratante en el Derecho Internacional Privado", *REDI*, 1985, p. 109, y M. Fallon, "Le droit des rapports internationaux de consommation", *J. Clunet*, 1984, p. 765.

¹¹⁶⁵ Resolución del Parlamento Europeo sobre el fomento del recurso del arbitraje de Derecho para la resolución de conflictos de orden jurídico, *Arbitraje en los conflictos de orden jurídico, loc. cit.*, junto con el comentario a la misma de Ch. Jarroson, "Résolution du Parlement européen sur la promotion de l'arbitrage", *loc. cit.*, pp. 355-357.

¹¹⁶⁶ *DOCE*, de 29 de junio de 1995.

recurso al arbitraje, sin perjuicio del derecho de las partes de acudir a la legislación estatal¹¹⁶⁷.

De donde se desprende que es la propia Comisión Europea la que llama a recurrir al arbitraje institucionalizado como el mecanismo mejor adaptado para resolver las controversias entre consumidores, de ahí sus interesantes perspectivas de futuro. En general, en todos los países de la Unión Europea funcionan distintos sistemas de arbitraje internos de consumo, ya sean públicos o privados, debido a que la gran mayoría de los Estados miembros reconoce la ineficacia de la jurisdicción ordinaria para resolver las controversias surgidas entre consumidores, por lo que se está claramente a favor de la jurisdicción arbitral¹¹⁶⁸. Desde el punto de vista de los consumidores, en general, y sus repercusiones en el arbitraje es de radical importancia la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores¹¹⁶⁹ que, a su vez, contiene normas de orden público comunitario¹¹⁷⁰. La

¹¹⁶⁷ Vid., J. Ruíz-Beato Bravo, “Las fórmulas arbitrales del Reglamento (CE) núm. 1475/1995 de la Comisión, sobre distribución y servicio de venta y postventa de vehículos automóviles”, *Derecho de los Negocios*, núm. 73, 1996, pp. 6-13. El cual aboga también por un arbitraje institucionalizado en relación expresa con el orden público sobre el equilibrio contractual de las partes en este tipo de contratos con parte débil, donde la institucionalización de los procedimientos arbitrales y periciales será una clave esencial para la adaptación comunitaria, *id.*, p. 12.

¹¹⁶⁸ Para un estudio detallado de la panorámica del arbitraje especial de consumo, circunscrito a sectores específicos, desde la perspectiva del Derecho Comunitario y del Derecho comparado, donde se explica detalladamente los arbitrajes ya sean de carácter público, como por ejemplo, las *Boites Postales* de Francia, de carácter privado, como los órganos arbitrales *geschillen commissie* belgas, o se recurre a fórmulas parecidas al arbitraje, paradigma del *ombudsman* del consumidor sueco e irlandés, junto al análisis de varios sistemas de arbitraje de consumo provenientes de países muy distintos, como en el caso de aquellos sistemas, como el Suizo, donde las controversias relativas a contratos de consumo están sometidas a una atribución imperativa de jurisdicción, si no implican ningún factor de internacionalidad, *vid.*, S. Gaspar Lera, *El ámbito de aplicación...*, *op.*, *cit.*, pp. 184-190. Estudio detallado que concluye por afirmar el sentimiento común de ineficacia de los tribunales estatales en este campo, *ibid.* p. 190. Sobre la protección de los consumidores en el Reino Unido tras la Arbitration Act de 1996, *vid.*, M. Rutherford, “documents only arbitrations in consumer disputes”, *Handbook of Arbitration Practice*, Londres, Sweet & Maxwell y The Chartered Institute of Arbitrators, 1998, pp. 469-490.

¹¹⁶⁹ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, *DOCE*, núm. L 95, de 21 de abril de 1993, pp. 29-34, *vid.*, al respecto, L. Cannada Bartoli, “Questioni di diritto internazionale privato relative alla Directtiva sulle clausule abusive nei contratti stipulati da consumatori”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1995, pp. 324-344 y, M. Fallon, “Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la Directive núm. 93/13 de 5 avril 1993”, *REDC*, 1996, núm. 1, pp. 3-27.

¹¹⁷⁰ Al menos, así parece desprenderse de su art. 6. 2, *cf.*, E. Artuch Iriberrí, “La compatibilidad entre normas de aplicación en materia de contratos celebrados por los consumidores...”, *loc. cit.*, p. 16.

citada Directiva establece un sistema de apreciación judicial de las cláusulas contenidas en un determinado contrato que pueden resultar abusivas para éstos¹¹⁷¹.

c) *El sistema arbitral de consumo español*

362. Aunque la jurisprudencia española se había hecho ya eco de la Directiva 93/13 y la había venido aplicando en sus Sentencias¹¹⁷², su transposición en el ordenamiento español no tuvo lugar hasta la Ley 7/1998, de 13 de abril¹¹⁷³. Ley que ha derogado el párrafo segundo de la disposición adicional 2ª de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje y el artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, LGDCU¹¹⁷⁴. No así, el art. 31 LGDCU¹¹⁷⁵, y el Reglamento que lo desarrolla, RD 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, en adelante RDAC¹¹⁷⁶, que continúan estando en vigor.

¹¹⁷¹ En la letra q) del Anexo, se incorpora a la lista de cláusulas abusivas el convenio arbitral que prevea arbitrajes distintos del de consumo. Ello no implica que las cláusulas sean consideradas abusivas *per se* sino que pueden llegar a serlo, *cf.*, E. Artuch Iriberrí, *ibid.*, p. 13. En la Sent. Aud. Prov. de Baleares (Sección 3ª), de 9 de octubre de 1997, *RAJ*, 1997, 1276, también se hace referencia explícita al apartado q), para determinar el carácter abusivo de la cláusula.

¹¹⁷² Prueba de ello, las Sentencias del TS de 23 de julio de 1993, *RAJ*, 1993, 6476; de 20 de julio de 1994, *RAJ*, 1994, 6518; de 30 de noviembre de 1996, *RAJ*, 1996, 8371; y de 4 de diciembre de 1996, *RAJ*, 1996, 9044.

¹¹⁷³ Un estudio específico de la LCGC nos lo ofrece M.J. Lunas Díaz, “La Ley de Condiciones Generales...”, *loc. cit.*, pp. 1-15. Hace notar que en la lista de cláusulas abusivas no sólo se puede encontrar el caso registrado con el núm. 26, relativo a los pactos de sumisión a arbitraje, sino ejemplos incompatibles con el Convenio de Roma de 1980, y con el Convenio de Bruselas de 1968, como son los núms. 27 y 28, respecto a los pactos de elección de foro, y los relativos al ejercicio de la autonomía conflictual, *id. loc.*, p. 7, nota 66. También, con carácter general, sobre la LCGC, *vid.*, M. Magro Servet, “La nueva Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”, *La Ley*, de 6 de febrero de 1998, pp. 1-5.

¹¹⁷⁴ *BOE*, núm. 176, de 24 de julio de 1984.

¹¹⁷⁵ A pesar de que, con anterioridad, Cataluña, País Vasco y Galicia, habían promovido un recurso de inconstitucionalidad relativo al art. 31 LGDCU, éste no surtió efecto. En la STC 15/1989, de 30 de enero, *RTC*, 1989, 15, se declaró, en el Fundamento Jurídico núm. 9, que “(...) ninguna tacha de inconstitucionalidad cabe oponer al art. 31”.

¹¹⁷⁶ *BOE* de 21 de mayo de 1993. *Vid.*, *per omissis*, I. Quintana Carlo, A. Bonet Navarro, J.J. Muerza Esparza, J. De Carpi Pérez, C. Samanes Ara, M.R. Gutiérrez Pérez, J.F. Herrero Perezagua, *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, Aranzadi, 1997. En este Reglamento, se sentaron las bases para crear en España, un nuevo Sistema Arbitral de Consumo. Aunque en la práctica ya estaba funcionando, desde el 20 de mayo de 1986, la “experiencia piloto” de las Juntas Arbitrales de Consumo, en Madrid, Valladolid y Badalona, las Juntas arbitrales desempeñaron un papel muy importante a la espera de las ansiadas reformas legislativas que tuvieron lugar, con la Ley de Arbitraje, de 5 de diciembre de 1988, y con el Reglamento arriba citado. Sobre el desarrollo reglamentario del art. 31 LGDCU y el papel de las Juntas, *vid.*, S. Díaz Alabart, “Arbitraje especial de consumo”, *loc. cit.*, pp. 26-42, esp. pp. 26 y 36-37; y L. Navarro Lorente, “El sistema arbitral de consumo”, *loc. cit.*, pp. 63-64. Un estudio, también completo, sobre el entonces recién inaugurado

Toda la normativa citada se engloba dentro del marco legal general de orden público de protección proporcionado por el art. 51 de la Constitución¹¹⁷⁷ que, a su vez, forma parte del orden público internacional español. De igual manera que, particularmente, el art. 31 de la LGDCU se había venido considerado como una norma de orden público internacional español, destinada a conseguir la protección real de los consumidores y usuarios. Tal es así, que diversos autores incluso han solicitado en reiteradas ocasiones que en su redacción se incluyera expresamente que es una norma de orden público internacional español¹¹⁷⁸. Al mismo tiempo, no hay que olvidar que la LA será de aplicación subsidiaria para todo lo que no se contemple expresamente en la regulación del arbitraje institucionalizado de consumo, como se indica en la Disposición Adicional 1ª LA y en el art. 1 y el art. 17 del RDAC. Según el cual, la notificación, corrección y aclaración de términos, así como, la anulación y ejecución de los laudos dictados en arbitrajes de consumo, se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje. A lo que, según nuestro criterio, habría que añadir los aspectos relativos al arbitraje internacional de consumo, que al no regularse dentro de los citados preceptos establecidos para el sistema arbitral administrado de consumo interno, se entiende automáticamente excluido del arbitraje institucionalizado.

363. El arbitraje de consumo es público y está institucionalizado desde el punto de vista del Derecho interno español, pero, no lo está si éste es internacional. Dentro de toda la normativa imperativa interna de protección al consumidor que acabamos de exponer, considerada de orden público internacional español, es realmente significativo que la Ley 7/1998, LCGC, aniquile al arbitraje privado en las controversias surgidas a propósito de un arbitraje internacional de consumo. Ya que considerará cláusula abusiva

Sistema Arbitral de Consumo en el ordenamiento español: sus bases, las fases del arbitraje llevadas a cabo por las Juntas Arbitrales de Consumo desde que el consumidor presentaba una reclamación contra un empresario o comerciante ante la Junta Arbitral correspondiente, así como las cuestiones relativas a la formalización del convenio de arbitraje, al procedimiento y al laudo, *vid.*, J.M. Badenas Carpio, “El nuevo Sistema Arbitral de Consumo”, *loc. cit.*, pp. 18-26.

¹¹⁷⁷ La referencia constante al art. 51 CE, es inevitable en cualquier trabajo que analice el arbitraje de consumo en España, *vid.*, el último capítulo de la obra de J.B. Acosta Estevez, *Los consumidores y el arbitraje. Contribución al estudio del arbitraje. Ley de 5 de diciembre de 1988*, Barcelona, PPU, 1991. Así como, el llamamiento imprescindible al encuadre constitucional en F. Sánchez Calero, *Principios de Derecho Mercantil, op. cit.*, p. 34.

¹¹⁷⁸ “A fin de que pudiera ser obviada con la fuga del arbitraje extranjero y posterior solicitud de ejecución del laudo arbitral con el Convenio de Nueva York”, *cf.*, Pantaleón Prieto, “Notas sobre la nueva ley de arbitraje”, *La Ley*, 1989, p. 122.

al convenio arbitral contenido en las condiciones generales del contrato que prevea arbitrajes distintos al de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales, creados por normas legales para un sector o un supuesto específico¹¹⁷⁹. La Ley de 1998, no sólo es contraria al arbitraje privado en España sino que, también, lo es, al arbitraje internacional de consumo, ya que sólo permite un arbitraje institucionalizado y, en España, el arbitraje que existe relativo a las Juntas Arbitrales no está concebido para los supuestos internacionales y no existe, hoy por hoy, una institución especializada europea para resolver éste tipo de conflictos. Se ha hecho la ley sin comprobar que, en este momento, no hay una norma legal, ni de carácter interno ni internacional, que regule un sistema institucional de consumo internacional. Es decir que, en la práctica, en España, sólo se permite el arbitraje en los contratos de consumo que sean llevados a cabo por una Junta Arbitral de Consumo creada institucionalmente a tal efecto. Sólo entonces para los arbitrajes internos y, dentro de éstos, los que no sean privados. No hay cabida, pues, para el arbitraje internacional de consumo desde el punto de vista jurídico del ordenamiento español¹¹⁸⁰.

364. La verdadera razón de la institucionalización del arbitraje de consumo hemos de buscarla en el orden público. El medio que tiene el orden público interno y comunitario de proteger a los consumidores es a través de la institucionalización del arbitraje. El poder público es consciente que, por un lado, el arbitraje de por sí ofrece una serie de condiciones muy ventajosas para resolver los conflictos que se pueden plantear en parangón con el orden jurisdiccional, pero, por el otro lado, en una materia

¹¹⁷⁹ Cf., el núm. 26 del apartado V de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU: “A los efectos previstos en el art. 10 bis tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: (...), 26. La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”, cf., “La Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, *Derecho de los negocios*, diciembre, 1998, pp. 1-14, y en el recién estrenado *Anuario español de DIPr, op. cit.*, pp. 551-552, con nota de M^a.V. Cuartero Rubio, *ibid.*, pp. 552-555. Como señaló premonitoriamente W. Van Gerven, ésta es una forma de evitar cláusulas abusivas en convenios de arbitraje, que contengan la obligación del consumidor de elegir una jurisdicción arbitral que no esté sujeta a disposiciones legales, cf., “L'arbitrage dans le droit européen”, *loc. cit.*, p. 70.

¹¹⁸⁰ *Vid.*, las críticas al respecto, en el sistema español, de E. Artuch Iriberry, “La compatibilidad entre normas de aplicación en materia de contratos celebrados por los consumidores, a propósito de las reglas sobre condiciones generales de contratación”, *loc. cit.*, pp. 15-16, especialmente, la nota contenida en la p. 20. Citamos textualmente: “La redacción de la reforma de la LGDCU termina prácticamente con el arbitraje, obligando al juez que declare abusivo cualquier convenio arbitral inserto en un contrato conectado con el territorio comunitario y sin salvedades. La norma va mucho más lejos de la pretensión contenida en la Directiva”. Del mismo modo, *vid.*, las críticas, en el sistema francés, de Ph. Fouchard, “Clauses abusives en matière d'arbitrage”, *loc. cit.*, p. 147.

tan delicada como ésta no puede dejar de proteger al consumidor con todo el material de recursos interventores de los que dispone. ¿Cómo conjugar el arbitraje internacional con el orden público de protección al consumidor?. Institucionalizándolo y administrando su gestión. De tal manera que los caracteres particulares del arbitraje de consumo que existe en España, desarrollado en las Juntas Arbitrales de Consumo, giran en torno a dos ejes fundamentales. Es un arbitraje institucional público¹¹⁸¹ y gratuito que no precisa de protocolización notarial del laudo¹¹⁸², especialmente diseñado para defender, mediante la aplicación de la normativa imperativa y el orden público, los intereses de los consumidores y usuarios en sus reclamaciones frente a los empresarios¹¹⁸³, dando especial importancia a que el consumidor pueda reclamar en la Junta Arbitral más próxima a su domicilio¹¹⁸⁴.

365. No creemos, sin embargo, que sea un arbitraje voluntario tal y como viene siendo tradicionalmente considerado debido a que en su nueva configuración dudamos que el principio de la autonomía de la voluntad alcance toda su extensión. Creemos que la voluntad sólo existe en un primer momento, cuando las partes deciden libremente

¹¹⁸¹ Dada la fuerte presencia del interés público en el arbitraje, la consideración de este arbitraje como público ya había sido afirmada, con anterioridad, entre otros autores, por J.M. Badenas Carpio, “El nuevo Sistema Arbitral de Consumo”, *loc. cit.*, p. 19, que señala al arbitraje de consumo como “*arbitraje institucional público*”. Del mismo modo, J.L. Roca Aymar, dentro del marco de la antigua Ley de 1953, lo consideró como un “*arbitraje impropio de naturaleza pública*”, por lo tanto excluido de la LAP, *cf.*, “El arbitraje como vía para resolver los litigios de los consumidores y usuarios”, *loc. cit.*, p. 118. También, caracterizado como un “*arbitraje especial semi público*”, en congruencia con que el arbitraje especial de consumo está administrado por entes públicos, aunque sujetos a una normativa subsidiaria de carácter privado, cual es la contenida en la Ley española de arbitraje, *cf.*, L. Navarro Lorente, “El sistema arbitral de consumo”, *loc. cit.*, p. 48. “Fórmulas arbitrales” para procedimientos públicos con las que ya hemos manifestado previamente nuestra disconformidad puesto que no consideramos que deban ser denominadas arbitrajes.

¹¹⁸² La gratuidad y la no-exigencia de protocolización notarial del laudo se recogen, con carácter general, para todos los arbitrajes especiales en la Disposición Adicional 1ª de la LA.

¹¹⁸³ Casi todos los autores de la doctrina española citados plantean el problema de la interpretación unidireccional del arbitraje de consumo. Es decir, que únicamente sean los consumidores los que puedan recurrir a él y no los empresarios afectados. Las respuestas no son unánimes al respecto pero en la práctica hay una tendencia clara a que únicamente sean los consumidores los que reclamen. Un estudio de las diferentes opiniones doctrinales sobre el tema lo ofrece, S. Gaspar Lera, *op. cit.*, pp. 199-202, quien no ve inconveniente en que los empresarios también puedan reclamar, esp. p. 201. Nosotros, también estimamos conveniente la bilateralidad. Dado que, hoy por hoy, es imposible que se dicte un laudo condenando a un consumidor, *cf.*, J.M. Badenas Carpio, “El nuevo sistema arbitral de consumo”, *loc. cit.*, p. 20. Lo máximo que puede resultar del procedimiento arbitral es que se dé la razón al empresario y se desestime la pretensión del consumidor, por lo que no vemos por qué el empresario no puede ser el primero en hacer valer el sistema arbitral de consumo para expresar su disconformidad con los comportamientos del consumidor.

¹¹⁸⁴ La competencia se determinará según el lugar donde se encuentra el domicilio del asegurado, *cf.*, L. Navarro Lorente, “El sistema arbitral de consumo”, *loc. cit.*, p. 57.

someterse al arbitraje y aceptan expresamente el convenio, aunque éste esté contenido en CGC. Pero, una vez aceptado el arbitraje, la voluntad se ve restringida en el sentido de que sólo se admite un arbitraje administrado¹¹⁸⁵. En un segundo momento, nos encontramos con una especie de atribución imperativa de jurisdicción al arbitraje público, tal y cómo es concebido y gestionado de modo demasiado paternalista por nuestra Administración con el objetivo de proteger a la parte débil. Es aquí donde el orden público ejerce su mediatización y toma el mando de su batuta para guiar a los árbitros al compás de las normas imperativas de protección de la parte débil. Sólo mediante el arbitraje institucionalizado, se consigue el difícil equilibrio entre el arbitraje y el orden público en este tipo de contratos, consecuencia lógica de la intervención del orden público de protección de la parte débil de la relación contractual¹¹⁸⁶.

B) Orden público transnacional de protección al consumidor

a) *Función y contenido del orden público*

366. En un mundo cada vez más internacionalizado y globalizado como es el actual la frecuencia de los intercambios transfronterizos en materia de consumo ha experimentado un crecimiento sin precedentes¹¹⁸⁷. Por ello, no es de extrañar que las condiciones generales de venta o la prestación de servicios contengan una cláusula compromisoria que prevén arbitrajes en el extranjero, en un lugar distinto al que

¹¹⁸⁵ Respecto a la institucionalización del arbitraje, especialmente referido al arbitraje comercial internacional, *vid.*, M. Medina de Lemus, *Contratos de comercio exterior. (Doctrina y Formularios)*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 563-564.

¹¹⁸⁶ En otro orden de cosas, hay que señalar que recientemente el Tribunal Supremo ha dado respuesta a la polémica existente centrada en la crítica a la exigencia del art. 11. 1 a) del RDAC, que prescribe incluso para los arbitrajes de equidad, que el Presidente del colegio arbitral designado por la Junta debe ser licenciado en derecho. Tal disposición se consideraba contraria a la libre disposición de las partes y de las instituciones arbitrales. Sin embargo, el TS ha dictaminado su no-contrariedad con la LA En la Sent. TS, de 2 de junio de 1999, *cf.*, jurisprudencia *la Ley*, año. XX, 10 de agosto de 1999, núm. 4858, se estima que el art. 11. 1 a) RD 636/1993 no quebranta el principio de jerarquía normativa por la contravención de la exclusividad de los abogados en ejercicio para la función de árbitro prevista el art. 12. 2 de la Ley de Arbitraje. Sentencia que podría criticarse desde muchos puntos ya que no contempla la adaptación de la Directiva 93/13, y de la Ley 7/1998 LCGC, ya en vigor, cuando fue dictada.

¹¹⁸⁷ Sobre la globalización y el arbitraje en general, *vid.*, B.M³. Cremades, “El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada”, *loc. cit.*, pp. 1535-1537, y las reflexiones realizadas en el Cap. I, *vid. supra*.

corresponde al domicilio del consumidor que compra el bien calificado de consumo¹¹⁸⁸. Desde luego que la dificultad ya de por sí elevada en los ordenamientos internos, no sólo de protección al consumidor sino de apreciación de las cláusulas arbitrales en los contratos tipo, se acrecienta al considerar la validez de un convenio arbitral inserto en éstos contratos si el mismo es internacional. Veamos si la protección especial de orden público que hemos observado en el arbitraje interno, disponibilidad, gratuidad, rapidez, demanda ante la Junta Arbitral de Consumo del domicilio del consumidor, etc., puede ser garantizada, en igual medida, en el arbitraje internacional en éstos supuestos. Para ello nos pondremos en el caso actual en el que es posible un arbitraje internacional de consumo sin carácter institucional¹¹⁸⁹.

367. Nada más lejos de nuestra intención que la transposición de los criterios del arbitraje de consumo interno al internacional. Únicamente se pretende reflexionar sobre los mismos para llegar a desentrañar la condición de suficiencia del orden público en la arbitrabilidad de la controversia internacional en este tipo de contratos. El criterio realmente importante no es, por ejemplo, el de la gratuidad del arbitraje público interno, sino el de la protección que ofrece la normativa imperativa del lugar del domicilio del consumidor, sea éste activo o pasivo, y la posibilidad de efectuar la demanda judicial en el lugar de dicho domicilio. En definitiva, que el árbitro internacional le considere realmente como parte débil. Al igual que ocurre en el DIPr, donde muchas veces son escasos los mecanismos de salvaguarda de la parte débil en la contratación

¹¹⁸⁸ Las condiciones generales de la venta que implica la compra de productos destinados al consumo ofertados por un profesional extranjero, ya sea, por ejemplo, por televisión o por Internet, pueden llevar al consumidor a aceptar una cláusula de arbitraje que le lleve a trasladarse al lugar de arbitraje pactado fuera de su domicilio, sin que el consumidor llegue a ser consciente de la peligrosidad de las cláusulas del contrato, *cf.*, Ch. Jarrosson, nota a la sentencia, *Société V 2000 c/société Proyect XJ 220 ITD et autre*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 2, p. 73. En la doctrina española, *vid.*, al respecto, J. Juste Mencía, “Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo (Algunas consideraciones sobre la directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)”, *La Ley*, 1997-6, D-339, pp. 1615-1632.

¹¹⁸⁹ Al no existir una institución respaldada por un interés social en el ámbito internacional, ¿quién paga al árbitro para que resuelva un caso de éstas características si la normativa arbitral interna de protección al consumidor impone la gratuidad en el procedimiento arbitral?. ¿Tiene en cuenta el árbitro internacional la consideración de la parte débil del consumidor para eximirle de la provisión de fondos inicial?. No dudamos de que el árbitro internacional pueda garantizar la aplicación de la normativa imperativa y aplicar el orden público de protección, como así se pone de manifiesto en el deber del árbitro de decidir de acuerdo a la normativa imperativa en los arbitrajes de consumo, *vid.*, M. Rutherford, “documents only arbitrations in consumer disputes”, *op. cit.*, pp. 217-233, esp. pp. 223-225, dedicadas al *Arbitrator’s duty to decide according to law*. Pero, al no ser el arbitraje privado internacional una

internacional, la cláusula arbitral tampoco garantiza en todo caso esa protección. Puede remitir al consumidor a desplazarse a un lugar distinto de su domicilio, caso que no encuentra justificación en atención a un orden público internacional de protección de la parte débil en contratos de consumo. El arbitraje privado internacional aquí no funciona. No considera a la parte débil de modo especial. Este está especialmente concebido para resolver las controversias que se plantean en el mundo empresarial internacional y dentro de ellas garantizar la aplicación de un orden público internacional y verdaderamente internacional, pero no está pensado para proteger, en toda su amplitud, al consumidor dañado.

368. Si bien, venimos reiterando que el papel que juega el orden público en el arbitraje privado internacional, tanto en cuanto a su función como en cuanto a su contenido, debe ser bastante reducido, en este tipo de materias, donde existe una parte contractual débil, encontramos una excepción. Aquí, el hecho de haber permitido la arbitrabilidad de la controversia necesita garantizar que en ningún caso se pierda la protección. Por ello se justifica todo lo contrario de lo que venimos defendiendo hasta el momento. En el arbitraje llevado a cabo en contratos internacionales de consumo sí cabe una intervención en sentido amplio de las normas imperativas y del orden público de protección, tanto ahora, para determinar la arbitrabilidad de la controversia, como después, en la fase de control, cuando el juez del reconocimiento y ejecución tenga que valorar la misma. Se amplía aquí el contenido y la función del orden público en atención a una protección eficaz en el arbitraje de la parte contractual débil.

En relación con estos argumentos, veamos algunos casos en los cuales, de manera similar a la que aquí se ha expuesto, nos da más criterios de referencia para juzgar sobre la condición suficiente del orden público internacional y el arbitraje en contratos de consumo a través de la práctica internacional. Nos referiremos de manera especial al caso *Jaguar*, sin dejar atrás otros supuestos relativamente recientes como el caso de 12 de julio de 1996, *Philip Alexander Securities Futures Ltd v. Bamberger et*

institución para la caridad en su esencia original, seguro que no va a ser el árbitro el que desarrolle gratuitamente su trabajo en beneficio del consumidor.

*autres*¹¹⁹⁰, y el caso *Gateway 2000* de 13 de agosto de 1998, donde el TS norteamericano ha anulado una cláusula compromisoria que remitía un arbitraje de la CCI, por ser un supuesto en materia de consumo internacional, considerando que la controversia internacional que de él se deriva es inarbitrable¹¹⁹¹.

b) *El orden público en la práctica arbitral internacional de los contratos de consumo*

369. Uno de los escasos supuestos sobre arbitraje internacional en un contrato de consumo en el que se discute la arbitrabilidad de la controversia entendida según criterios relativos al orden público internacional, tiene que ver con una conocida marca de coches de lujo. Nos referimos al asunto *Sté V 2000*, y *Sté Proyect XJ 220 LTD c. M. Meglio y M. Renault*, más conocido como el caso *Jaguar*¹¹⁹². Se trata de un ejemplo relativamente reciente extraído de la jurisprudencia francesa que nos brinda la oportunidad de analizar las distintas acepciones de la arbitrabilidad en los contratos

¹¹⁹⁰ *Vid.*, la Sent. de la *Court of Appeal. Civil Division*, de 12 de julio de 1996, *Philip Alexander Securities Futures Ltd v. Bamberger et autres*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 167-172. Donde una sociedad inglesa, *Philip Alexander Securities (PAS)* y unos clientes alemanes de la misma firman un contrato de servicios que preveía un arbitraje en Londres ante la LCIA. Surge una controversia y los clientes alemanes demandan ante sus tribunales haciendo caso omiso de la cláusula de arbitraje alegando, como principal motivo, que el arbitraje en las cuestiones que afectan a los consumidores está prohibido en Alemania. En el Reino Unido, por el contrario, según la *Consumer Arbitration Agreements Act* de 1988, se diferencia que si las partes son inglesas o residen en el Reino Unido, el arbitraje sería interno y por lo tanto nulo. Sin embargo, si una de las partes firmantes del convenio es extranjero, las cláusulas de arbitraje firmadas en contratos con consumidores son consideradas válidas al estar ante un arbitraje internacional. Este caso, comporta importantes reflexiones de cara al arbitraje y al Derecho comunitario porque la distinción que realiza el Reino Unido entre arbitraje interno e internacional es discriminatoria y contraria al Derecho comunitario, arts. 6 y 59 del T. de Roma. Aspecto que fue puesto de manifiesto por N. Bouza Vidal, en la conferencia precitada, titulada, “El arbitraje comercial internacional ante el Derecho Comunitario”. Pero, en lo que, en relación con el orden público, más nos interesa, en éste caso, es en lo referido a la importante cuestión que aquí se plantea relativa a si el arbitraje internacional puede dañar fácilmente a los consumidores comunitarios obligados a firmar una cláusula compromisoria en las relaciones transfronterizas, *cf.*, *ibid.*, pp. 168-169.

¹¹⁹¹ *Vid.*, un resumen del caso *Brower et al c. Gateway 2000 Inc et al* (1998) 13.12, *Mealeys Int Arb Rep* 15 & B, en el comentario a la Sent. de la *Court of Appeal. Civil Division*, de 12 de julio de 1996, *Philip Alexander Securities Futures Ltd v. Bamberger et autres*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 167-172, esp. p. 168.

¹¹⁹² *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1er Ch, D)*, de 7 de diciembre de 1994, *Sté V 2000 anciennement Jaguar France et Sté Proyect XJ 220 LTD c. M. Meglio y M. Renault*, *Rev. arb.*, núm. 2, 1996, pp. 67-72, con nota de Ch. Jarrosson, pp. 72-80. *Cour de Cassation (1er Ch. civ.)*, de 21 de mayo de 1997, *Renault c. Société V 2000 (Jaguar France)*, *Rev. arb.*, núm. 4, 1997, pp. 537-538, con nota de E. Gaillard, pp. 538-543; y con nota de V. Heuzé, *M. Meglio c. Soc. V 2000 et autre*, *Riv. Crit. dr. int. pr.*, 1998, pp. 87-98.

internacionales de consumo, a la vez que constituye la prueba fehaciente de la falta de claridad existente en la jurisprudencia respecto a un tema que no deja de ser polémico. El grado de incertidumbre sobre si se permite o no la arbitrabilidad de la controversia en un contrato internacional de consumo en relación con el orden público internacional de protección sigue siendo muy elevado. La práctica no nos ofrece una respuesta definitiva al respecto. La jurisprudencia no parece decantarse de forma clara a favor de la arbitrabilidad de las controversias internacionales derivadas de éstos contratos¹¹⁹³.

370. Dado el carácter extraordinario de este supuesto y su falta de consideración específica por parte de la doctrina española, nos hemos permitido la licencia de analizar el caso como si de un comentario de jurisprudencia se tratase, sobre la base de su importancia como elemento empírico de referencia fundamental para el arbitraje internacional y el orden público de protección en la contratación de consumo internacional. Pasemos sin más a describir los hechos para después tomar postura respecto a las distintas acepciones a favor o en contra de la arbitrabilidad internacional en contratos de consumo. El comentario terminará con el análisis de un hipotético resultado si el mismo supuesto se hubiese planteado en el ordenamiento español, siempre y cuando el afortunado consumidor que compra un *Jaguar* estuviera domiciliado en España, bajo la normativa vigente anteriormente señalada.

371. En enero de 1990, el Sr. *Meglio* y el Sr. *Renault*, firmaron una oferta de compra de un coche modelo *Jaguar* con las sociedades *Jaguar France*, en Francia (que en la actualidad ha pasado a ser la *Sté V 2000*) y *Proyect XJ 220*, en Inglaterra. En el contrato se encargaba el citado vehículo, que sería de fabricación limitada, por el precio de 29.0000 libras esterlinas, unos 77 millones de pesetas¹¹⁹⁴, el cual sería destinado al uso personal de los compradores. Una vez fabricado el coche, éstos, no conforme con

¹¹⁹³ No hay más que observar que en el caso aquí objeto de análisis se dictaron tres sentencias. Dos de ellas radicalmente opuestas entre sí y la última, elude, a nuestro modo de ver, toda responsabilidad de resolver de manera concluyente a favor de la arbitrabilidad en este tipo de supuestos. En la primera sentencia, el Tribunal de Primera Instancia, falló en contra de la arbitrabilidad interna e internacional de los contratos de consumo. La segunda, en Apelación, dio un giro radical al respecto al permitir la arbitrabilidad de la controversia en los contratos de consumo si el contrato es internacional, pero no interno. Por último, en Casación, hay un retroceso en cuanto a la amplitud del criterio favorable a la arbitrabilidad internacional mostrado en apelación, pero sin llegar a negar ni afirmar definitivamente la arbitrabilidad si el supuesto es internacional. Es de destacar que en todas las decisiones judiciales la clave de referencia utilizada para decidir sobre la arbitrabilidad fue el orden público internacional.

las características del modelo al no corresponderse con las que se habían especificado en la oferta, demandan a las sociedades citadas ante el Tribunal de Primera Instancia de París, reclamando la restitución de la parte que ya habían pagado en concepto de garantía. Las sociedades se opusieron a la demanda judicial argumentando la existencia de una cláusula compromisoria que preveía un arbitraje en Londres. El 26 de abril de 1994, el Tribunal de París rechazó la excepción de arbitraje. Considera nulo el convenio arbitral basándose en la inarbitrabilidad de la controversia por ser contraria a las normas imperativas del derecho francés, arts. 2060 y 2061 Cc y al orden público internacional de protección al consumidor, que se opone a la validez de una cláusula compromisoria concluida entre un profesional y un consumidor¹¹⁹⁵.

La postura contraria se produce más adelante, en la Corte de Apelación, la cual, en atención a la internacionalidad de la controversia, decide que el compromiso es lícito y arbitrable, en cuanto a que no va en contra del orden público internacional que un árbitro pueda conocer de esta materia intervenida por una fuerte normativa imperativa de protección al consumidor, siempre y cuando, claro está, la aplique¹¹⁹⁶. Sin embargo, la optimista decisión que se alcanzó en apelación en relación con la admisibilidad de la arbitrabilidad de las controversias internacionales derivadas de los contratos de consumo, no fue refrendada totalmente en Casación¹¹⁹⁷. El Tribunal Supremo de nuestro país vecino decidió que las controversias internacionales relativas a los contratos concluidos entre consumidores no tienen en principio por qué ser arbitrables. Pero, no por ello niega la arbitrabilidad en este caso, sino que delega a los árbitros la responsabilidad de que sean ellos quienes resuelvan sobre la misma y, en consecuencia,

¹¹⁹⁴ 464434,5 euros

¹¹⁹⁵ Una información breve y clara de las cláusulas abusivas en materia de arbitraje en el Derecho francés según la Ley de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos, que reformula el art. L 132-1 del *Code de la consommation* de 26 de julio de 1993, aparece recogida en la sección IV de la *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 521-522, a cargo de M.J. Lunas Díaz. En relación con la decisión de la jurisprudencia francesa respecto al artículo 2061, es conveniente aclarar que uno de los aspectos arbitrales que han sido modificados es que ya no se puede declarar automáticamente una cláusula como abusiva en materia civil y mixta apoyándose en el art. 2061. Corresponderá al juez determinar, caso por caso, el carácter de abusivo, salvo pronunciamiento previo mediante decreto del Consejo de Estado para ese supuesto específico, *id. loc.*, p. 522. No es, sin embargo, de extrañar que el art. 2061 Cc siga siendo aquí invocado por el tribunal, puesto que, a pesar de las voces en contra, todavía no ha sido derogado.

¹¹⁹⁶ En consonancia, con la práctica jurisprudencial analizada en el Cap. II. II. 4. A).

decidan sobre su propia competencia, reconociendo, una vez más, el principio de competencia-competencia como principio de orden público internacional arbitral.

Aún así, el Tribunal Supremo advierte a los árbitros para que sean extremadamente cautos al decidir sobre la arbitrabilidad ya que, más tarde, en la fase post-arbitral, el laudo podrá ser anulado en aplicación del art. V. 2, apartados a) y b) del Convenio de Nueva York¹¹⁹⁸. Es de destacar, que la arbitrabilidad de la controversia se decide en todos los foros judiciales que resuelven el presente caso bajo la reserva del orden público internacional¹¹⁹⁹. Aspecto que supone un nuevo refrendo a nuestra tesis de que por mucho que se quiera relegar doctrinalmente el papel del orden público en el arbitraje privado internacional, éste es el criterio que prevalece como última pauta determinante de la arbitrabilidad en la práctica internacional.

372. Las dudas en torno al supuesto presentado se plantearon prácticamente en todos los sentidos. El Tribunal de Primera Instancia y el de Casación, parecían buscar cuantos más argumentos fueran posibles para negar la arbitrabilidad de la controversia relativa a un supuesto de consumo. Desde considerar si el contrato era realmente internacional, si la materia era comercial e, incluso, si es éste un arbitraje de consumo, ya que, en el caso concreto, resulta difícil considerar a la parte que compra un *Jaguar*, como parte contractual débil, necesitada del ejército de protección de la normativa imperativa y del orden público verdaderamente internacional. El tema no es baladí ya que incluso hay autores que han llegado a afirmar que si el Sr. *Meglio*, en lugar de un *Jaguar* hubiese comprado un modelo de coche mucho más corriente, el Tribunal de Casación no hubiese permitido la arbitrabilidad de la controversia, ni aún cuando el contrato fuese internacional¹²⁰⁰. No se pretende con ello frivolar nuestro comentario,

¹¹⁹⁷ Vid., la Sent. de la *Cour de Cassation (1er Ch. civ.)*, de 21 de mayo de 1997, *Renault c. Société V 2000 (Jaguar France)*, *Rev. arb.*, núm. 4, 1997, pp. 537-538, con nota de E. Gaillard, pp. 538-543; y con nota de V. Heuzé, *M. Meglio c. Soc. V2000 et autre*, *Riv. Crit. dr. int. pr.*, 1998, pp. 87-98.

¹¹⁹⁸ Es el dilema entre la arbitrabilidad de la controversia internacional versus la eficacia final del laudo. ¿Dónde se debe poner el freno a la arbitrabilidad, al principio o al final?. Vid., *infra*, en el Cap. V. I. 3. A), las consideraciones vertidas al respecto en el apartado: “*Favor arbitrandum* v. principio de eficacia”.

¹¹⁹⁹ “(...) *sous réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en oeuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige*”, cf., V. Heuzé, *loc. cit.*, pp. 91-93. Y, especialmente, sobre el efecto positivo y negativo de la competencia, cf., E. Gaillard, *id. loc.*, pp. 539-541.

¹²⁰⁰ Vid., los comentarios al respecto de V. Heuzé, *loc. cit.*, p. 96.

sino simplemente poner de relieve, en congruencia con el orden público que aquí actúa, eminentemente de protección contractual, económica y social, que en la mayoría de las legislaciones internas éste está concebido, además de para igualar la situación contractual entre las partes, para proteger, en líneas generales, a las clases consideradas como clases medias o bajas¹²⁰¹.

373. Sin embargo, no ha lugar para entrar a hacer una serie de consideraciones conceptuales en relación con la determinación de la relación jurídica de consumo¹²⁰². Acogemos el criterio más usual que entiende que lo realmente relevante para que sea calificado como consumidor es que adquiere el bien para su uso personal, lo cual debe de bastar para que sea considerado como tal. La característica más relevante en el arbitraje de consumo es que el árbitro se enfrenta a una situación en la que lo habitual es la desigualdad de las partes, sin importar el estatus económico del consumidor sino su relación de debilidad respecto a la parte empresarial¹²⁰³. La parte débil exige, sólo por eso, extremar el cuidado del orden público internacional y de las normas imperativas de protección al consumidor que directamente actúan sobre la arbitrabilidad. Es por ello, que quizás para evitar todas estas divagaciones sobre el concepto de consumidor internacional, las nuevas normativas de arbitraje, en concreto, la Ley alemana, especifican claramente qué se entiende por consumidor como parte subjetiva en un procedimiento arbitral¹²⁰⁴. Finalmente todas las dudas planteadas fueron resueltas en sentido positivo. El contrato es internacional, al ser los consumidores franceses y los

¹²⁰¹ Precisamente, de ahí deriva la gratuidad y la institucionalización del arbitraje interno, específicamente en materia de consumo y en el arbitraje laboral, *cf.*, M^a. Lorca Navarrete, y J. Silguero Estagnan, *Derecho de Arbitraje español...*, *op. cit.*, 1994, p. 174.

¹²⁰² Sobre los distintos conceptos de consumidores y la determinación de las relaciones jurídicas de consumo, *vid.*, en general, S. Gaspar Lera, *El ámbito de aplicación...*, *op. cit.*, pp. 195-199, junto a la bibliografía allí citada. Y la noción legal de consumidor en F. Sánchez Calero, *Principios de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 34.

¹²⁰³ En este sentido, aunque, al menos en España, la doctrina ha considerado que una de las características del arbitraje de consumo era la escasa cuantía de las reclamaciones que se demandan, *cf.*, J.M. Badenas Carpio, *El sistema arbitral de reclamaciones de consumo*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1993, p. 89. No hay que olvidar que la característica relevante es que exista una situación de desigualdad.

¹²⁰⁴ Así, en el párrafo final del apartado 5 de la Section 1031 de la Ley Alemana de arbitraje vigente desde el 1 de enero de 1998, se define al consumidor de la siguiente manera: "A consumer is a natural person who, in respect of the transaction in dispute, is acting for a purpose which can be regarded as being outside his trade or self-employed profession (*gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit*)", *cf.*, el enunciado en la RCEA, vol. XIV, 1998, p. 341.

empresarios del Reino Unido¹²⁰⁵. Es un contrato de consumo, por las consideraciones anteriormente vertidas y la materia sobre la que versa el contrato es comercial¹²⁰⁶.

374. En definitiva, lo que nos importa es el reconocimiento de su arbitrabilidad, que una vez más, pese a estar prohibida los contratos internos de consumo en Francia, sí se permite si el contrato de consumo es internacional. El fundamento de la solución alcanzada por la Corte de Casación en el caso *Jaguar*, deriva, para unos, del reconocimiento del principio de competencia-competencia de los árbitros considerado de orden público internacional¹²⁰⁷. Para otros, aunque acordes también con lo anterior, la decisión deriva del respeto de la norma material de la autonomía del convenio de arbitraje internacional, erigida como norma de DIPr francés¹²⁰⁸. Es el principio de independencia de la cláusula compromisoria, reconocido por la jurisprudencia el que ha abierto paso a la arbitrabilidad internacional. Nosotros creemos que ambas razones están plenamente justificadas y son complementarias. Eso sí, el objeto principal aquí es la arbitrabilidad, porque si seguimos penitentemente los principios jurisprudenciales del arbitraje comercial internacional reconocidos por la jurisprudencia francesa, el principio de validez del convenio internacional y el de la competencia-competencia, ello nos llevaría a reconocer que todo contrato internacional en el que se encontrara inserto una cláusula de arbitraje sería arbitrable simplemente por ser internacional, lo cual, ni es, ni debería ser siempre cierto.

¹²⁰⁵ Sobre el reconocimiento de la internacionalidad en éste supuesto y los problemas que dieron a los jueces la determinación de la misma, *vid.*, Ch. Jarrosson, nota a la Sent. de la *Cour d'appel* de París (*1er Ch, D*), de 7 de diciembre de 1994, *loc. cit.*, p. 75. Y, la nota de E. Gaillard a la Sent. de la *Cour de Cassation* (*1er Ch. civ.*), de 21 de mayo de 1997, *loc. cit.*, p. 542.

¹²⁰⁶ Aunque a nosotros el tratamiento específico de la comercialidad en el arbitraje internacional nos resulte extraño, debido a que España al adherirse al CNY no hizo la reserva de comercialidad, no nos debe sorprender que otros ordenamientos que sí lo hicieron, como es el caso de Francia, presten una atención sistemática a éste punto. Lo que sí nos ha desconcertado es que la cuestión de la comercialidad vuelva a aparecer y siga dando quebraderos de cabeza a la Administración de justicia francesa. Considerábamos que la cuestión ya había sido superada por la jurisprudencia después de que en 1989 Francia levantara la reserva de la comercialidad que había realizado anteriormente de conformidad con el art. I del Convenio de Nueva York. Sobre el levantamiento de esta reserva, *vid.*, en general, Ph. Fouchard, "La leve par la France de la reserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York", *Rev. arb.*, 1990, pp. 575-582.

¹²⁰⁷ Como ha entendido E. Gaillard, la decisión de Casación estaba fundada sobre el principio de competencia-competencia, *cf.*, *Rev. arb.*, 1997, núm. 4, p. 537.

¹²⁰⁸ *Vid. supra*, Cap. II. III. 2. B).

375. Por un lado, nos parece encomiable que en la práctica los Tribunales franceses apliquen el principio de validez de la cláusula compromisoria si el supuesto es internacional, con la consecuencia de que ello repercute automáticamente en favor de la arbitrabilidad. Pero, por otro lado, la pregunta que nos hacemos se centra en el porqué se tiende a acudir a criterios internacionales de validez del convenio de arbitraje para permitir dicha arbitrabilidad y no nos centramos en el problema de la arbitrabilidad *sensu stricto*, como presupuesto separado e independiente del convenio. Creemos que el principio internacional de validez o de autonomía de la cláusula compromisoria adoptado por la jurisprudencia francesa no justifica en todo caso la arbitrabilidad de la controversia internacional con la excusa del control posterior del juez de la anulación o de la ejecución¹²⁰⁹. Sí, la cláusula es válida en virtud de un principio de orden público internacional francés, pero, ¿lo es desde un orden público auténticamente internacional?. He aquí, la clave del problema, que sin embargo el Tribunal no llega a tener en cuenta para decantarse definitivamente en contra de la arbitrabilidad.

376. No existe un orden público supranacional que consienta la arbitrabilidad en abstracto de todas las controversias sobre la base de su internacionalidad. Tampoco nos sirven los criterios que afirman la validez de la cláusula compromisoria y consiguiente arbitrabilidad, amparándose en que si la cláusula arbitral no es válida o la materia en cuestión no es arbitrable, ello no importa, porque ya se anulará o no se reconocerá en la fase post-arbitral. Es un criterio poco riguroso en contra de la economía procesal que viene a decir que más vale curar que prevenir, lo que es tajantemente contrario al principio de eficacia que debe guiar todo procedimiento de arbitraje internacional¹²¹⁰. Corroborando, además, la negativa a considerar válida la arbitrabilidad en contratos de consumo internacional, en el caso *Gateway 2000* de 13 de agosto de 1998¹²¹¹.

¹²⁰⁹ Según este criterio el orden público internacional de protección del consumidor sólo actuaría en la fase final para anular o no ejecutar el laudo arbitral dictado. Solución que sería plenamente coherente con las soluciones adoptadas por los tribunales franceses en otros supuestos relativos a ámbitos materiales distintos, tales como, en el derecho de la competencia, la sentencia *Labinal*, de 19 de mayo de 1993, *op. cit.*, con nota de diversos autores, *vid., supra*. Del mismo modo, en el ámbito de la propiedad industrial, en la Sent. de 24 de marzo de 1994, *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, p. 515, con nota de Ch. Jarrosson, citadas por E. Gaillard, en la nota a la Sent. de la Corte de Casación Francesa, *Renault c. Société V 2000 (Jaguar France)*, *loc. cit.*, p. 543.

¹²¹⁰ *Vid.*, Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître...", *loc. cit.*, pp. 653-672.

¹²¹¹ *Ibid., cit.*

377. Para finalizar, sólo nos queda reflejar como a pesar de que este supuesto fue decidido de la manera que acabamos de describir en Francia, admitiendo la arbitrabilidad de las controversias internacionales dimanadas de los contratos de consumo, con la que nosotros discrepamos, sus consecuencias serían radicalmente diferentes si la misma causa hubiese tenido lugar ante un tribunal español, en aplicación de la nueva LCGC que se considera de orden público internacional español. Pues bien, el consumidor español compra un *Jaguar* a través de una empresa francesa a la sociedad productora, *Proyect XJ 220 LTD*, en Gran Bretaña. Estamos ante un contrato de consumo internacional que contiene una cláusula de arbitraje que designa que la controversia se dirimirá en un arbitraje donde el árbitro será designado por la *Law Society* de Londres. Ante este supuesto, el consumidor no puede reclamar ante la Junta Arbitral de consumo de su domicilio puesto que específicamente consta en el convenio que el lugar de arbitraje será el Reino Unido.

Para evitar todos los perjuicios relativos, por ejemplo, en cuanto al desplazamiento a los que antes aludíamos, el consumidor podrá solicitar judicialmente ante los tribunales españoles que se declare la cláusula compromisoria abusiva. Se aplicará entonces la Ley 7/1998, de 13 de abril, que al no admitir otro arbitraje que el de consumo, ya que no hay disposición legal que regule el contrato de consumo internacional, declarará la cláusula arbitral abusiva y, en consecuencia, nula. El consumidor internacional español, no podrá, sin embargo, reclamar posteriormente ante la Junta Arbitral de Consumo interna. Y ello, por dos razones muy sencillas. La primera, porque, aunque en principio, de la lectura del RDAC 636/1993, de 3 de Mayo, no se desprende ninguna indicación ni a favor ni en contra del arbitraje internacional de consumo, el mismo RDAC, expresa en el art. 1 que en lo no previsto en él se regulará por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de arbitraje. Debemos entonces entender, que el arbitraje internacional quedará implícitamente excluido del sistema arbitral previsto por las Juntas Arbitrales de Consumo y tendremos que remitirnos a la LA y a los Convenios internacionales en la materia¹²¹².

¹²¹² Ni los Convenios, ni la LA, ya hemos dicho, contienen disposiciones legales que ofrezcan un tratamiento específico para los consumidores, por lo que su reclamo en España se considerará abusivo, con toda seguridad. Además, no hay que olvidar que el carácter especialísimo del arbitraje de consumo en España, lo hace estar concebido y destinado para las reclamaciones que no excedan de una determinada cuantía, lo cual aquí se vería sobrepasado. Hace una década, parte de la doctrina española, abogaba

378. La segunda de las razones, se basa en que aunque fuera posible recurrir a una Junta Arbitral de Consumo interna en un supuesto internacional y así estuviera previsto en la ley, no hay que olvidar que para que exista el arbitraje debe existir un convenio firmado por ambas partes, el consumidor y el empresario. Y, claramente aquí existen sospechas, más que fundadas, de que el empresario británico no accederá voluntariamente a someterse a un arbitraje de consumo en España. Al consumidor español le queda entonces la posibilidad de reclamar ante los tribunales judiciales competentes y esperar que se apliquen los criterios de protección del art. 5 CR, aun cuando, en este caso, probablemente éste no se aplicaría, dado que no es un consumidor pasivo, y tampoco está claro cuál es el orden público internacional de protección al consumidor en DIPr¹²¹³.

C) La condición suficiente en el arbitraje internacional de consumo

a) *Concreción de la condición*

379. En contra de lo observado en la práctica internacional, la cláusula compromisoria en un contrato internacional de consumo no se considera que cumpla, en todo caso, las suficientes garantías de protección para que ésta deba ser permitida por el orden público auténticamente internacional. A pesar de que en el caso *Jaguar*, la alta jurisdicción francesa traslada la decisión de la arbitrabilidad de la controversia internacional de los contratos de consumo al tribunal arbitral, sobre la base del respeto

porque la cuantía máxima de las reclamaciones se situara en un millón de pesetas, que sería elevada acorde con el índice de precios. En todo caso, se insiste en que la mayor parte de las reclamaciones están orientadas a cuantías más bien pequeñas, *cf.*, S. Díaz Alabart, "Arbitraje especial de consumo", *loc. cit.*, p. 34. Cantidades que dependiendo de la demarcación territorial se sitúan entre 100.000 y 500.000 pesetas, *cf.*, L. Navarro Lorente, "El sistema arbitral de consumo", *loc. cit.*, p. 63. Pero, el RD 636/1993, finalmente no excluyó de su campo de actuación las reclamaciones que excedieran de una determinada cuantía, *cf.*, M.P. García Rubio, "El arbitraje como mecanismo...", *loc. cit.*, p. 85.

¹²¹³ Somos conscientes de la problemática existente para proteger a los consumidores, tanto activos como pasivos, en el marco jurídico internacional. Las cuestiones que se plantean en torno a la competencia judicial y a los criterios de aplicación de las normas imperativas y del orden público de protección al consumidor reflejan que es éste un tema que también está sin solucionar fuera del marco arbitral internacional. Sobre los problemas que se plantean en torno al mismo en el DIPr, *vid.*, M^a.J. Lunas Díaz, *Los contratos de consumo bancarios...*, *op. cit.* Urge articular soluciones al respecto, para lo cual, desde el marco arbitral, *vid.*, las propuestas finales que aquí se realizan.

debido al principio de competencia-competencia y al principio de validez del convenio de arbitraje internacional, considerados de orden público internacional del arbitraje, no hay que olvidar que el orden público transnacional de protección al consumidor, que garantiza el derecho a reclamar y la aplicación del derecho imperativo de protección internacional y del país en el cual el consumidor tiene su residencia habitual así como la necesidad de que el árbitro le considere parte débil y no en situación de igualdad¹²¹⁴, está por encima del orden público internacional de creación jurisprudencial de un país determinado, como es el caso de los principios jurisprudenciales franceses del arbitraje.

Es la primera vez que, cumpliéndose todos los criterios generales a favor de la arbitrabilidad de la controversia, la condición necesaria, nos decantamos por ir en contra de la misma, utilizando también, por vez primera, un concepto de orden público en sentido amplio como condición suficiente. El fondo de la cuestión no gira en torno a la arbitrabilidad *per se*, ni al valor de la cláusula compromisoria inserta por referencia en un contrato internacional que, insistimos, en principio sí se admiten¹²¹⁵. Lo que ocurre, es que el orden público verdaderamente internacional, aconseja que no debe ser admitida de forma general en contratos internacionales de consumo, si no es a través de una serie de condicionantes que se enuncian en la propuesta final.

380. De igual modo, hay que subrayar la originalidad de la que aquí somos testigos, donde existe un supuesto en el que la arbitrabilidad puede y debe ser permitida en el arbitraje interno, siendo además ésta muy recomendable por revestir un especial carácter protector público y, sin embargo, no se considera conveniente en el arbitraje internacional¹²¹⁶. De esta suerte, no deja de ser curioso que el arbitraje de consumo sea posible en el ámbito interno como mejor garante de las normas imperativas y del orden público de protección, al estar institucionalizado¹²¹⁷ y, el mismo orden público no se

¹²¹⁴ Es el principio, al que aludíamos anteriormente, con carácter general, de discriminación procesal y jurídica inversa que exige la parte débil.

¹²¹⁵ En este sentido, una sentencia reciente de nuestro TS resuelve positivamente el tema de la incorporación del convenio arbitral por referencia, lo cual nos parece digno de alabanza, tal y como también ha sido observado por H. Aguilar Grieder, *vid.*, la nota de jurisprudencia al Auto del TS (Sala 1ª) de 17 de febrero de 1998, que otorga el exequátur de un laudo arbitral dictado por la Cámara arbitral de París, contra una sociedad española, *REDI*, vol. L., 1998, núm. 2, pp. 258-262.

¹²¹⁶ La condición necesaria y suficiente de protección al consumidor se cumple, en el caso español, para el arbitraje interno y, sin embargo, la segunda no se cumple en el ámbito internacional.

¹²¹⁷ Nos referimos concretamente a la eficaz protección del consumidor que se ha expuesto en el sistema arbitral de consumo español a través de las Juntas Arbitrales de Consumo. Sistema consistente en la creación de un procedimiento específico adaptado a las peculiaridades del Derecho de los

garantice si el supuesto es internacional¹²¹⁸. Mientras en el orden público económico de dirección a pesar de la existencia de un fuerte interés público sí se admite la arbitrabilidad, en el orden público económico de protección no la admitimos con carácter general. No porque el árbitro internacional no esté capacitado para aplicar el orden público de protección al consumidor, sino porque la institución de arbitraje privada y comercial internacional está especialmente concebida para dirimir las controversias en un mundo empresarial y no en el ámbito especial de los consumidores donde no cuenta con la infraestructura internacional necesaria para desenvolverse adecuadamente. Todo ello nos lleva a concluir, en contra de la práctica expuesta, que hoy por hoy, no es factible un arbitraje internacional de consumo realmente protector de los intereses de los consumidores y usuarios internacionales. No obstante, no por ello rechazamos de plano la futura posibilidad del mismo y, es más, la conveniencia de la creación de un arbitraje de consumo internacional, para lo cual debe existir una voluntad real, jurídica, política y social, con el propósito de llevar a cabo las propuestas del orden de las que a continuación vamos a concretar¹²¹⁹.

381. El arbitraje internacional actual es eminentemente comercial. Está concebido para la justicia pero no para la caridad ni para ser una institución de protección social de las partes contractuales débiles que puedan verse compelidas por la firma de un convenio arbitral¹²²⁰. Sin embargo, la fórmula arbitral es aquí muy recomendada siempre y cuando cumpla una serie de garantías a través de una institucionalización pública o semipública posibilitada mediante la voluntad común de la comunidad internacional, lo cual dudamos mucho que pueda darse en la actualidad. Por lo que las consideraciones que verteremos a continuación están dotadas de una

consumidores, que ya había sido propuesto en Francia por V.H. van Houtte, *cf.*, “*Consommateur et arbitrage*”, *loc. cit.*, p. 197, pero que, al día de hoy, todavía no se ha llevado a cabo.

¹²¹⁸ No es, en este sentido, lógico que la materia sea arbitrable internamente y no lo sea en el ámbito internacional, sino todo lo contrario. Hasta el momento, los ámbitos materiales que hemos estudiado en relación con la arbitrabilidad y el orden público, han alcanzado, en primer lugar, el reconocimiento a la arbitrabilidad en el arbitraje internacional y, en segundo lugar, éste ha forzado la apertura a la arbitrabilidad en el orden interno. Pero no al revés como aquí sucede.

¹²¹⁹ Propuestas que, por otra parte, ya se hayan apuntado de manera implícita a lo largo de todo el desarrollo anterior.

¹²²⁰ Y ello es así, dentro de las principales diferencias que distancian al arbitraje de la justicia estatal: “*L'accès à la justice arbitrale n'obéit pas à la gratuité et en bénéfice pas de l'aide judiciaire, faute pour la juridiction arbitrale d'appartenir au service public de la justice, cf.*, B. Oppetit, “*Théorie de l'arbitrage*”, *op. cit.*, p. 31.

mezcla de utopía, a la vez, que de importantes tintes de realidad de lo que podría ser en el futuro el desarrollo de la institución arbitral internacional en un mundo supranacional. En el que los Estados se pongan de acuerdo para solucionar los grandes retos eminentemente sustantivos y procesales a los que la justicia en el marco internacional no da una respuesta clara, mediante la aplicación de los métodos en los que se basa el DIPr tradicional. Es en éstas materias especialmente polémicas en el ámbito internacional donde creemos se encuentra el futuro del arbitraje cada vez más en colaboración con la justicia estatal, con visos de supranacionalidad, en el sentido de una colaboración estrecha entre el árbitro, los jueces, y los Estados implicados en la toma de decisión del procedimiento arbitral.

b) Alternativas de solución

382. La solución que apuntamos de *lege ferenda* como la más factible para conseguir un equilibrio entre el arbitraje internacional y las denominadas partes débiles de la contratación en contratos internacionales de consumo, se basa en la articulación de un mecanismo internacional de protección centrado en la creación de una institución supranacional de Derecho público tutelada que garantice la protección internacional de los consumidores a través del arbitraje. Se crearía así una institución arbitral respaldada por un organismo internacional, todavía sin concretar, pero que bien podría ser la Organización de las Naciones Unidas o una Comisión dentro de la misma creada a tal efecto. Se daría lugar a un Centro Internacional para el arreglo de las controversias surgidas en contratos de consumo internacionales al que puedan recurrir los empresarios y los usuarios bajo previo convenio arbitral internacional, cumpliendo además, a ser posible, muchas de las características enunciadas en la descripción de las Juntas Arbitrales de Consumo españolas que tan eficaces se han mostrado en la práctica interna¹²²¹.

¹²²¹ Desde la gratuidad, la sumariedad de procedimientos, la posibilidad de concretar el lugar en el que plantear la demanda según criterios cercanos al lugar del domicilio del consumidor, sea éste activo o pasivo, etc.

383. Sería un arbitraje internacional semipúblico y tutelado, que dejaría caer el adjetivo de comercial o privado para definirse exclusivamente como un arbitraje de consumo internacional o, más adecuadamente, una institución internacional de arreglo de controversias relativas a los contratos internacionales concluidos por consumidores, en consonancia con nuestra postura contraria a que los arbitrajes públicos o semipúblicos sean denominados arbitrajes. No estaríamos, pues, ante un mecanismo internacional de arbitraje tradicional. Estamos hablando del futuro del arbitraje en determinados ámbitos materiales. Un arbitraje no comercial ni estrictamente privado pero útil y eficazmente especializado en el marco internacional para la resolución de controversias procedentes de una serie de materias especialmente conflictivas. Sobre todo en atención al peculiar tratamiento subjetivo de una de las partes considerada *a priori* en desigualdad contractual y jurídica, que no encuentra respuesta a sus problemas en el tratamiento jurídico internacional asignado a ellas, ni dentro del DIPr ni con los mecanismos del arbitraje tal y como lo conocemos hoy en día, enfocados desde una perspectiva más mercantilista que en atención a los Derechos civiles y reales de las partes implicadas. Es el futurible de una institución internacional de consumo basado en “fórmulas arbitrales” condicionada a la colaboración entre las diversas justicias estatales, las instituciones de arbitraje y las organizaciones internacionales que actúan en un ámbito eminentemente jurídico y universal. Si bien, su realización es hoy por hoy utópica, no es imposible si se aboga por ella y se cuenta con la voluntad internacional de llevarla a cabo.

384. Conscientes, no obstante, de la falta de voluntad estatal, empresarial y jurídica que existe en la actualidad para la creación de un centro supranacional de tales características y, por tanto, de la ingenuidad de la propuesta en el marco de base trazado, al menos, nos conformamos con que se hiciera realidad la creación de un arbitraje institucionalizado de consumo en el marco de la Unión, tal y como había anunciado la propuesta del Parlamento Europeo de 1994¹²²².

¹²²² La solución consistiría en la creación de un Sistema Arbitral de Consumo Comunitario tal y como había previsto la Resolución del Parlamento Europeo sobre el fomento del recurso del arbitraje de Derecho para la resolución de conflictos de orden jurídico, *loc. cit.*, donde en el marco del Libro Verde relativo al acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado Único (COM (93)0576-C3-0493/93), se había considerado que: “*Para promover el interés tanto de los consumidores como de las empresas es necesario que la Comisión presente una propuesta de*

Sistema que representa una solución, a corto plazo, más factible que la anterior, que garantice la aplicación de la normativa imperativa y el orden público de protección en un arbitraje internacional cuyas partes estuviesen domiciliadas en la Unión y que sirva como modelo para su posterior proyección universal. Claro está, que para perfeccionar las soluciones propuestas, centradas en una reforma institucional, éstas deberían venir acompañadas de una armonización de las legislaciones internacionales de consumo o, al menos, de las comunitarias, en lo que a normas imperativas se refiere¹²²³. Así, el árbitro internacional debería aplicar, dentro de la Institución propuesta, esa normativa imperativa armonizada que se consideraría de orden público internacional y, por tanto, vinculante para el árbitro, garantizando, pues, la condición de suficiencia del orden público de protección para el consumidor, que permitiría la arbitrabilidad definitiva de las controversias internacionales surgidas en contratos internacionales de consumo.

3. NORMAS DE INTERVENCIÓN Y ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE DE SEGUROS

A) Arbitrabilidad y orden público en los contratos de seguros

385. El devenir de la arbitrabilidad, tanto interna como internacional, en materia aseguradora no ha sido pacífico a lo largo de la historia en las distintas legislaciones en

procedimiento, único para toda la UE, de resolución de controversias transfronterizas entre consumidores y empresas por medio de arbitraje, previendo la creación y el funcionamiento de órganos de arbitraje descentralizados que sean fácilmente accesibles para los consumidores”.

¹²²³ En este sentido, Jarrosson señala dos opciones posibles. Una primera solución, que se desdoblaría, consistiría en dictar una normativa europea en uno u en otro sentido. Si se opta por la prohibición general de la cláusula compromisoria en los contratos de consumo, se plantearía el problema de la compatibilidad de una norma de tales características con el Convenio de Nueva York, de una parte y de su inserción en las legislaciones nacionales de derecho interno, de la otra. Si, a la inversa, se opta por retener la validez del principio de la cláusula, se tendría que retomar el discurso sobre los límites del principio de validez, dado los abusos a que su aplicación práctica puede dar lugar. En definitiva, ninguna de las soluciones es válida, *vid.*, la nota de Ch. Jarrosson a la *Sent. de la Cour d'appel de París (1er Ch, D)*, Sentencia de 7 de diciembre de 1994, *Sté V 2000 anciennement Jaguar France et Sté Proyect XJ 220 LTD c. M. Meglio y M. Renault, op. cit.*, pp. 79-80. Además, si se opta por dejar al juez que decida “caso por caso” cuándo una cláusula es abusiva y por tanto ineficaz, estaríamos de nuevo en la misma situación de no tener un criterio general. Propuestas, pues, tan utópicas como las anteriores. En todo caso, sobre los problemas generales de la armonización en este ámbito, *vid.*, J. Lete Achirica, “La armonización de las

el marco comparado. Ello se debe a la protección especial que requiere la parte débil, el asegurado no profesional, respecto al asegurador caracterizado como empresario¹²²⁴. La cláusula compromisoria inserta en las pólizas de los contratos de seguros se ha considerado en muchas ocasiones prohibida¹²²⁵, o radicalmente opuesta a la esencia de la institución arbitral por venir impuesta constituyendo un arbitraje obligatorio¹²²⁶. Una de las curiosidades que nos ofrece este ámbito en relación con la arbitrabilidad y el orden público es que precisamente fue una decisión jurisprudencial relativa a un contrato de seguros una de las primeras en dar origen a la prohibición de la cláusula compromisoria en un contrato sometido a CGC, donde existe una parte débil, en la Sent. de 10 de julio de 1843, *Cie L'alliance c. Prunier, S.*¹²²⁷.

386. La normativa imperativa interna, considerada de orden público internacional del ordenamiento implicado, se erige como protectora de la parte débil de la relación contractual, evitando que las aseguradoras impongan el arbitraje como método de resolución de las controversias que se puedan plantear con el adherente, donde existe un peligro potencial de que el árbitro pueda encontrarse más cercano a la instancia empresarial. En este sentido, el Código de Procedimiento Civil alemán,

legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del Derecho comunitario”, AC, 1998-I, pp. 183-201.

¹²²⁴ Cf., Ch. Jarrosson, “La clause compromissoire”, *Rev. arb.*, 1992, núm. 2, pp. 275-276.

¹²²⁵ De igual manera que en el resto de los contratos de adhesión distintas legislaciones han prohibido el arbitraje en el sector de los seguros. La doctrina y la jurisprudencia belgas subrayan que el objeto del compromiso debe ser lícito, disponible y no contrario al orden público ni a las buenas costumbres. Por aplicación del art. 1676, párrafo 3 del Código procesal belga se prohíbe el recurso al arbitraje en determinadas situaciones entre las que se encuentra el arbitraje de seguros, junto a los contratos de trabajo y las concesiones de venta en exclusiva. Línea muy parecida a la del legislador francés que también se muestra muy reticente a permitir la arbitrabilidad de la controversia en estas materias sensibles al orden público, cf., la nota de V. Heuzé al asunto, *Meglio et Renault c. Sté V 2000*, *loc. cit.*, p. 89. Para un estudio comparativo de las dificultades de la arbitrabilidad de las controversias en las distintas legislaciones, *vid.*, B. Hanotiau, “L'arbitrabilité...”, *loc. cit.*, pp. 932-966.

¹²²⁶ En este sentido, aunque pueda resultar superfluo, la jurisprudencia ha tenido que recordar que no hay que confundir el arbitraje forzoso con la cláusula arbitral que aparezca en un contrato de seguro obligatorio como es el típico seguro obligatorio del automóvil, *vid.*, la Sent. AP de Huesca de 15 de marzo de 1994, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 374-375, *RGD*, núm. 604-605, 1995, pp. 1506-1507, relativa a un seguro obligatorio de automóviles, donde la oficina aseguradora se halla en el extranjero. Otra sentencia internacional relativa al seguro obligatorio de automóviles, aunque aquí sin cláusula compromisoria, pero sí relativa a la aplicación de las normas imperativas al contrato de seguros es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª) de 27 de febrero de 1997, *RGD*, 1997, núms. 634-635, pp. 10080-10082, con nota de E. Alvarez Corte, *REDI*, vol. L, 1998, núm. 2, pp. 254-258.

¹²²⁷ *Vid.*, la Sent. de la *Cour de Cassation Civil*, de 10 de julio de 1843, *Cie L'alliance c. Prunier, S.*, reproducida en *Rev. arb.*, 1992, núm. 3, pp. 399-410, que consideró nula la cláusula de arbitraje inserta en las condiciones generales del contrato de seguro guiada por la finalidad del orden público de protección al asegurado, considerado parte débil respecto a la compañía aseguradora.

contiene una disposición general para todos los contratos de adhesión. El artículo 1025, señala que: “*el convenio de arbitraje no producirá efectos cuando una parte abuse de su superioridad económica o social para obligar a la otra parte a concluir dicho convenio*”¹²²⁸. Norma que, en nuestra opinión, resulta modélica para un orden público transnacional en CGC y que encaja perfectamente en los contratos de seguros en el sentido de evitar que las instancias empresariales, en general, y las dedicadas al sector asegurador, aquí, en particular, puedan llegar a tener árbitros propios que infrinjan no sólo la autonomía de la voluntad del adherente, sino los principios más básicos de imparcialidad, justicia, y equidad sobre los que se asienta la figura del procedimiento de la institución arbitral y el orden público internacional con carácter supranacional.

387. En la actualidad, existe una actitud más aperturista hacia la arbitrabilidad ya que el campo del seguro es especialmente propicio para la utilización del arbitraje privado como método de resolución de controversias dado al considerable índice de siniestralidad que presenta tanto en su vertiente interna como internacional¹²²⁹. De hecho, en los últimos tiempos se ha incrementado esta última vertiente, como consecuencia de una mayor internacionalización de la localización de los riesgos y, específicamente, dentro de la Unión Europea¹²³⁰, por la aplicación de la libertad de prestación de servicios y de establecimientos en el sector asegurador¹²³¹. Lo cual, por

¹²²⁸ Cf., J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 57.

¹²²⁹ Cf., J.F. Merino Merchán y J.F. Tirado Suárez, que señalan la idoneidad del arbitraje en el seguro, entre otros factores, porque las técnicas aseguradoras son muy complejas y tienen la condición de anacional, “El seguro del automóvil...”, *loc. cit.*, p. 977; y, C. De Marco, “L'arbitrato e l'assicurazioni R.C. Auto: un matrimonio che si può fare”, *Rivista Assicurazioni*, 1995, p. 32.

¹²³⁰ La necesaria supresión a todas las barreras existentes en el ámbito de los seguros y la puesta en marcha de una mínima armonización de las legislaciones de los contratos de seguro intracomunitarios es fundamental para el legislador Europeo, *vid.*, E. Navarro Contreras, “Armonización legislativa del contrato de seguro en la Unión Europea”, *La armonización legislativa de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 177-185. En el mismo sentido, B. Smulders y P. Glazener, “Harmonization in the Field of Insurance Law Through the Introduction of Community Rules of Conflict”, *C.M.L. Rev.*, 1992, pp. 775-797.

¹²³¹ Sobre la libre prestación de servicios y los seguros, *vid.*, para los seguros de daños, J. Bigot y G. Parleani, “La liberté de prestations de services en assurance de dommage au point de vue juridique”, *RGAT*, 1989, núm. 1, pp. 20-24. En la doctrina española, *vid.*, F. Mansilla, “Análisis de algunos efectos de la libertad de prestación de servicios sobre el seguro en España”, *Noticias CEE*, núm. 16, 1986, pp. 36-40. Para impulsar la consecución de la libre prestación de servicios en seguros de vida y de no-vida, *vid.*, respectivamente la Segunda Directiva 90/619/CEE, art. 4, y la Segunda Directiva del Consejo 88/357/CEE. En lo que se refiere al proceso de construcción comunitario en relación con la actividad aseguradora, relativo específicamente a la consecución del derecho de establecimiento en el marco de la Unión, *vid.*, E. Carriles Garragala, “Efectos de las directivas sobre libertad de establecimiento en el seguro español”, *Noticias CEE*, 1986, núm. 16, pp. 16-21.

otra parte, venía siendo reclamado desde hace tiempo por el método comparado aunque, eso sí, relativo sólo al arbitraje de seguros en Derecho interno, sin ninguna apertura visible en el ámbito internacional¹²³². Al mismo tiempo, siguiendo el hilo conductor que guía el trabajo, el tratamiento del arbitraje en su relación con el orden público es especialmente relevante en esta materia, ya que cualquier referencia que hagamos respecto al contrato de seguro y específicamente respecto a su régimen regulador debe tener muy presente la incidencia de las normas de intervención, dirigidas fundamentalmente a la protección del asegurado, junto al orden público de protección destinado a la misma finalidad¹²³³.

388. Son varias las precisiones que se han de hacer en relación con la arbitrabilidad en el sector asegurador. En primer lugar, existe una multiplicidad de cláusulas compromisorias insertas en contratos de seguros que cubren a su vez riesgos relativos a distintos ámbitos, seguros de mercancías, seguros de transporte, seguro marítimo, seguros de vida, etc. Clasificados, en líneas generales, en dos bloques formados por los seguros de daños, uno, y los contratos de seguros de personas, el otro¹²³⁴. No nos vamos a referir específicamente a la arbitrabilidad en cada uno de ellos puesto que nuestro planteamiento tiene un objeto dirigido al orden público en la

¹²³² Hoy, es habitual, en la panorámica comparada, la resolución extrajudicial de las controversias internas planteadas en el sector de los seguros. Así, dependiendo de las materias aseguradas unos países impulsan más la vía al arbitraje que otros. Por ejemplo, Italia da preferencia a los seguros de accidente y enfermedad para que sean resueltos por vía del arbitraje. Grecia, Suecia, y Gran Bretaña, prevén especialmente el arbitraje en materia de seguros contra daños. Alemania y Suiza, a seguros asociados con supuestos de responsabilidad civil y, España y Portugal, lo han venido aplicando a seguros de transporte, *vid.*, “Modes de règlement non contentieux des indemnités d’assurance Systèmes conventionnels, conciliation, médiation, arbitrage”, *Deuxième Colloque Juridique International du Comité Européen des Assurances*, París, LGDJ, 1992, pp. 97-ss, detallado y ampliado por S. Gaspar Lera, *ibid.*, *op. cit.*, p. 214. También, *vid.*, en este sentido, J. Butler, “Dispute Resolution in the Insurance and Reinsurance Fields”, *Modern Insurance Law*, 1988, p. 204.

¹²³³ Para un breve pero preciso comentario del tratamiento en el arbitraje de seguros de las normas de carácter imperativo, especialmente referido al arbitraje de equidad, *vid.*, L. De angulo Rodríguez, “El arbitraje en las vigentes Leyes de Contrato de Seguro y de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados”, *RES*, núm. 93, 1998, p. 27.

¹²³⁴ Un estudio de los caracteres generales y la tipología contractual específica de los contratos de seguros, lo encontramos en el primer capítulo de la memoria doctoral de E. Navarro Contreras, *La Ley aplicable al contrato de seguro en DIPr*, Madrid, 1999, *en vías de publicación*. Clases de seguros, también reflejadas por F. Sánchez Calero, *Principios de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 494-497. Sobre la utilización de condiciones generales en los contratos de seguro y las bases técnicas de los diversos ramos del sector asegurador, *vid.*, J.L. Barrón de Benito, *Condiciones generales de la contratación y contrato de seguro*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 26-30.

arbitrabilidad con carácter general, y no a la tipología de cada uno de ellos en particular¹²³⁵.

389. En segundo lugar, hemos de insistir en que sólo consideraremos parte débil, necesitada del orden público de protección, a la parte que no actúa como profesional en el ámbito asegurador. Por tanto, no nos referiremos a los conflictos que puedan derivarse de los contratos internacionales de seguros celebrados entre las compañías aseguradoras entre sí, entre aseguradores y reaseguradores, y entre mediadores de seguros y las aseguradoras¹²³⁶. Como tampoco consideraremos a aquellos supuestos donde el asegurado no se encuentra en una situación de debilidad con respecto al tomador de seguros. Son los supuestos referidos a los “grandes riesgos”, e incluso, el recogido, desde la perspectiva española, en el art. 107. 3 LCS¹²³⁷, donde el legislador estima la ausencia de necesidad de que se aplique la normativa española de protección debido a que al permitirse aquí que las partes elijan un Derecho aplicable distinto al español, también actúa la normativa protectora de otros Estados miembros y no existe una necesidad tan imperiosa de protección del asegurado¹²³⁸.

¹²³⁵ La cláusula compromisoria en diferentes pólizas de contratos es analizada por H. Claassens, “L’arbitrage en matiere d’assurances”, *Rev. arb.*, 1978, núm. 2, pp. 219-226. Apartado especialmente dedicado a un “*Breve analyse des clauses d’arbitrage inserees dans les polices d’assurance*”. Cláusulas arbitrales muy frecuentes en los seguros realizados en el ámbito marítimo y en el de transportes, en general, *vid.*, J.J. Alvarez Rubio, “Arbitraje marítimo y criterios de selección del derecho aplicable al fondo de la controversia. Especial referencia al sector transporte”, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 55-89. Se destaca que en el Derecho marítimo, el recurso al arbitraje es utilizado de manera frecuente. Sobre todo, la inclusión en las pólizas de seguros marítimos cláusulas de sumisión al arbitraje inglés, *cf.* J.M. Alcántara, “La nueva Ley inglesa de Arbitraje de 1996 y el arbitraje marítimo”, *La Ley*, 29 de agosto de 1997, p. 4. En contratos de fletamento es característica la póliza -GENCON-, que contiene, en lugar de una cláusula arbitral en sentido clásico, una cláusula de arbitraje *sui generis* con sometimiento a la ley inglesa, *cf.* E.M. Rodríguez Gayan, “El arbitraje internacional en las pólizas de fletamento y en los conocimientos de embarque”, *RCEA*, vol. XII, 1996, p. 11. Preocupación existente desde un punto de vista internacional por el gran alcance de la hegemonía arbitral inglesa y estadounidense en este tipo de pólizas, sobre todo, en cuanto al límite y el ataque encubierto que éstas podrían suponer para la autonomía de la voluntad, *vid.* J.G. O’Connor, “Maritime Arbitration Without Conset”, *Jour. int. arb.*, vol. 10, 1993, pp. 161-180.

¹²³⁶ En concreto, sobre el reaseguro internacional, con carácter general, *vid.*, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, “Derecho aplicable al contrato de reaseguro internacional: perspectiva española”, *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Madrid, Musini y ed. Española de Seguros, 1997, pp. 209-246 y *V Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros*, Tomo I, Barcelona, Winterthur, 1997, pp. 35-70.

¹²³⁷ Ley de Contrato del Seguro de 1980, *vid.*, más adelante, el contrato de seguro desde la perspectiva española y la explicación de nuestra normativa al respecto.

¹²³⁸ *Vid.*, estas afirmaciones realizadas por, E. Navarro Contreras, *La ley aplicable al contrato de seguro en el Derecho Internacional Privado*, Tesis Doctoral, inédita, Madrid, 1999, p. 433, nota, 870, así como el desarrollo general de éste punto en el trabajo.

En los supuestos enunciados, consideramos que la relación contractual es entre profesionales o empresarios, de igual a igual, por lo que la protección de la parte débil no tiene razón de ser y no ofrece ninguna duda en cuanto a la arbitrabilidad, ni tampoco en relación con la disponibilidad¹²³⁹. El arbitraje privado internacional sigue aquí sus derroteros tradicionales y se encuentra ampliamente admitido sin entrar en consideraciones específicas relativas al orden público de protección¹²⁴⁰. La parte débil, que precisará de nuestra atención, se circunscribe a los tomadores de seguros, asegurados, beneficiarios, perjudicados o sus derechohabientes.

390. Pasemos a examinar someramente, en primer lugar, la arbitrabilidad en el sistema español de seguros, para comprobar si se dan las condiciones necesarias para que exista un arbitraje de seguros en España, su regulación, si éste es obligatorio, si hay atribución imperativa de jurisdicción en materia aseguradora, cuál es la normativa imperativa interna de protección que también trasciende a serlo en el ámbito internacional etc.; para después, estudiar concretamente la intervención de las normas imperativas y del orden público internacional en éste sector, con el objetivo de ver si se cumple la condición suficiente del orden público que permita su arbitrabilidad internacional.

B) El arbitraje de seguros desde la perspectiva española

391. Por un lado, en el ordenamiento español, la vigente Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contratos de Seguro, en adelante LCS¹²⁴¹, no contiene ninguna referencia

¹²³⁹ *Vid. supra.*, el especial hincapié que se puso en el planteamiento general al referirnos a la autonomía de la voluntad, como criterio conexo a la arbitrabilidad que determina la disponibilidad en CGC.

¹²⁴⁰ Concretamente, un estudio del arbitraje internacional especialmente referido a los reaseguros caracterizados por su internacionalidad y la posición de igualdad existente entre las entidades reaseguradoras y cedentes del riesgo ha sido llevado a cabo por, V. Fuentes Camacho y J.J. Vera Parra, “El Tribunal español de arbitraje de seguros: un considerable avance del mecanismo arbitral en su constante dialéctica con los procedimientos jurisdiccionales”, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 9-27, esp. p. 12. Trabajo publicado, también, en la *RES*, enero-marzo de 1999, núm. 97. Perspectiva reaseguradora internacional que nos permite reafirmar que al no existir aquí parte débil, el arbitraje únicamente tiene los problemas procedimentales típicos del arbitraje comercial: nombramiento de árbitros, determinación de la internacionalidad, etc.

¹²⁴¹ *BOE*, núm. 250, de 17 de octubre de 1980. En el ámbito internacional, *vid.*, los comentarios de J.C. Fernández Rozas, V. Fuentes Camacho y A. Crespo Hernández, “Comentarios a los arts. 107, 108

expresa al arbitraje privado como medio de resolución de conflictos potenciales o presentes que se planteen entre los tomadores de seguros, asegurados, beneficiarios, perjudicados o sus derechohabientes¹²⁴². Sin embargo, ya se había puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones que nada impide que los conflictos provocados por los contratos de seguros se puedan resolver por vía de arbitraje, siempre y cuando existan ciertas garantías en torno al mismo¹²⁴³. Tal compatibilidad del arbitraje con la LCS, ha quedado confirmada por el art. 34 de la Ley de Ordenación de Seguro Privado de 1984¹²⁴⁴, y la vigente Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en adelante LOSSP¹²⁴⁵. Aquí, ya se reconoce de forma expresa, la posibilidad de recurrir al arbitraje de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, para resolver las controversias entre cualquiera de los sujetos típicos de las relaciones en materia aseguradora.

Gran parte de la literatura doctrinal alabó esta inclusión, acorde, a la vez, con la línea aperturista que supuso la nueva LA de 1988¹²⁴⁶. No así, el procedimiento de tasación pericial contradictoria del artículo 38 de la LCS, que constituye un supuesto de

y 109 LCS”, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y sus modificaciones*, F. Sánchez Calero y otros, Madrid, Aranzadi, 1999, 2016 pp.

¹²⁴² No contiene ni siquiera una alusión a la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, que sería la que, en todo caso, hubiera debido existir según la época, *cf.*, J.M. de la Cuesta Rute y A. de la Oliva Santos, “Consideraciones sobre la liquidación del contrato de seguro contra daños”, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, dirigidos por E. Verdera Tuells, ed. CUNEF-CSB, tomo I, Madrid, 1982, p. 716. Lo cual es lógico, porque como señala la Exposición de motivos de la LA de 1988, la LAP estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de Derecho estrictamente civil, no mercantil, y mucho menos aquellos que surgen en el tráfico mercantil internacional, *cf.*, A.L. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara, *El arbitraje...*, *op. cit.*, p. 12.

¹²⁴³ *Vid.*, el Auto TS (Sala 1ª) de 29 de enero de 1979, *RAJ*, 1979, núm. 1180. *Vid.*, también, de mayor actualidad, la Sent. Aud. Prov. de Baleares (Sección 3ª), de 9 de octubre de 1997, *RAJ*, 1997, 1276. Donde se expone que la LCS de 1980 ya supuso el primer aldabonazo, posteriormente refrendado por la LGCU, a que la cláusula de sumisión, como elemento integrante del clausulado de un contrato de adhesión, no puede ser aceptada de forma discriminada, sino que debiera ser, al menos, específicamente suscrita por ambas partes como prueba de aquiescencia al mismo.

¹²⁴⁴ F. Cordón Moreno, entiende que el procedimiento de conciliación dispuesto en el artículo 34. 2 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto de ordenación de seguro privado es en realidad un arbitraje de equidad, ya que las Comisiones, resolverán el conflicto según su leal saber y entender, *cf. El arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 53. Así como, A. Albanés Membrillo, “Soluciones extrajudiciales de los conflictos derivados del contrato de seguro: arbitraje y conciliación”, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, dirigidos por E. Verdera Tuells, *op. cit.*, p. 189.

¹²⁴⁵ *BOE*, núm. 268, de 9 de noviembre de 1995.

¹²⁴⁶ *Vid.*, entre otros, E. Verdera Tuells, “Un giro copernicano en el régimen del arbitraje en España”, *loc. cit.*, pp. 11-12, y “Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 447-485.

arbitraje impuesto por un imperativo legal¹²⁴⁷. No nace pues de la voluntad de las partes, por lo que estamos ante un arbitraje forzoso que no constituye un verdadero arbitraje y ha sido declarado inconstitucional¹²⁴⁸. Centrándonos en aspectos que puedan incidir en la arbitrabilidad, en un principio puede creerse que en materia de seguros existe una atribución imperativa de jurisdicción, según se desprende del tenor literal del art. 24 de la LCS, lo cual ya ha sido descartado, por la doctrina española¹²⁴⁹.

392. De otro lado, la Disposición Adicional Primera de la Ley española de arbitraje, reconoce al arbitraje de seguros contenido en el art. 34. 2 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado, dentro de los arbitrajes sectoriales especiales, de los cuales la LA tiene carácter supletorio. No obstante, en la actualidad esta disposición ha dejado de tener sentido en relación con los seguros privados, por cuanto el art. 34. 2, ha sido derogado por el art. 61 de la vigente LOSSP¹²⁵⁰. Siendo éste

¹²⁴⁷ *Vid.*, al respecto, J.L. Ruiz Sánchez, *El peritaje en el seguro privado*, Madrid, Montecorvo, 1985, pp. 368-369, y, J. Bataller Grau, “El inicio del procedimiento pericial del art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro”, *RES*, 1996, núm. 86, p. 97.

¹²⁴⁸ En este sentido, tiene una importancia excepcional, la Sent. del TC de 23 de noviembre de 1995, que ha declarado inconstitucional el art. 38. 2. 1 de la Ley 16/1987, de 30 de junio, de Ordenación de Transportes Terrestres, por imponer la obligatoriedad del sistema arbitral. Sin embargo, aunque el actual art. 61 de la LOSSP, silencia toda referencia al procedimiento de tasación contradictoria del art. 38 LCS, y a pesar de esta declaración de inconstitucionalidad, el procedimiento de tasación pericial contradictoria del art. 38, todavía sigue estando vigente, cuando a nuestro juicio debería ya haber sido derogado, y propugnamos desde aquí, para que esto ocurra. Al igual que ya lo hiciera L.F. Reglero Campos, “Determinación y alcance de la prestación del asegurador (reflexiones en torno a los artículos 18, 2.º, y 38 de la Ley de Contrato de Seguro. El procedimiento pericial del art. 38 de la LCS”, *ADC*, 1996, p. 143.

¹²⁴⁹ *Cf.*, entre otros, J.M. Chillón Medina, J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 217. No estamos ante un supuesto de atribución imperativa de jurisdicción. Dicho artículo, que dispone que será juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado, siendo nulo cualquier pacto en contrario, simplemente determina la competencia territorial objetiva para el conocimiento judicial de las controversias derivadas del contrato de seguros. Lo que se prohíbe en el art. 24 LCS, es el pacto de sumisión a un fuero jurisdiccional distinto al del domicilio del asegurado, pero no el uso del arbitraje como método de justicia alternativo al propuesto por el Estado. Sobre la determinación de la competencia arbitral según el domicilio del asegurado, *vid.*, L. Navarro Lorente, “El sistema arbitral de consumo”, *loc. cit.*, p. 57.

¹²⁵⁰ Aparte del arbitraje especial de consumo, los arbitrajes sectoriales especiales contemplados en la disposición adicional primera de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, son el arbitraje de seguro privado, el arbitraje de transportes terrestres y el arbitraje especial de la propiedad intelectual. Como nota característica en relación con la citada disposición, señalar su falta de adecuación con la normativa hoy en vigor para tres de los tipos de arbitraje mencionados. No sólo el art. 61 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ha derogado a la anterior Ley 33/1984, de 2 de agosto, de ordenación del seguro privado, como se dice en el párrafo de arriba. También, el art. 34. 2 del RD 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, deroga al art. 143 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual. Y, como hemos visto, en lo que atañe al arbitraje de consumo, la Ley 7/1998, de 13 de abril, LCGC, ha derogado el párrafo segundo

otros de los aspectos en los que la LA exige su reforma¹²⁵¹. A lo anterior, hay que añadir la creación, el 24 de abril de 1996, del Tribunal Español de Arbitraje de Seguros (TEAS), con el que se pretende dar un renovado impulso, en nuestro país, al mecanismo arbitral como medio idóneo para resolver los litigios que puedan surgir con motivo del cumplimiento de los contratos de seguro y reaseguro¹²⁵². El articulado de la SEAIDA contiene una serie de disposiciones específicas para el caso de que el seguro sea internacional, arts. 3, 4, 3, 8, 6, 17. 1 y 47, especialmente el art. 3, que señala que si el arbitraje es internacional el Reglamento que se seguirá será el de la UNCITRAL¹²⁵³.

393. Ciertamente, las dificultades que se plantean en la relación entre el arbitraje y los seguros giran en torno a consideraciones de carácter imperativo. Queda claro, de un lado, que en España sí se permite el arbitraje de seguros en el ámbito interno y además se contiene una regulación específica para el mismo. Pero de otro lado, no se precisa la distinción, para nosotros fundamental, de considerar especialmente la protección de la parte débil de la relación contractual. No hay que olvidar que la materia aseguradora es una de las que más fuertemente está influenciada por las normas imperativas, pues, al igual que las materias relativas a consumo y las de trabajo, la necesidad de protección de una parte débil en la relación contractual es aquí esencial¹²⁵⁴.

de la disposición adicional 2ª de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de Arbitraje en relación con el artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, LGDCU.

¹²⁵¹ Aspecto que debe ser tenido en cuenta en la actual Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, elaborada por la Corte Española de Arbitraje (diciembre de 1996), *cf.*, J.C. Fernández Rozas, E. Artuch Iriberry, *loc. cit.*, p. 357.

¹²⁵² Creación impulsada dentro de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA). De igual modo que también existen otros centros de arbitraje para promocionar el mercado asegurador y reasegurador en otros países de nuestro entorno como en Inglaterra “AIDA. Reinsurance and Insurance Arbitration Society”, y en Francia, el “Centre d’arbitrage de Réassurance et d’Assurance”, CEFAREA, *vid.*, M. Hagopian, “CEFAREA: a french initiative for the advancement and promotion of arbitration in insurance and reinsurance”, *Int. Jour. Insurance. L.*, 1996, pp. 133-134. Análisis, más detallado, en el trabajo de V. Fuentes Camacho y J.J. Vera Parra, “El Tribunal español de arbitraje de seguros...”, *loc. cit.*, pp. 9-27. También, para una información breve sobre el Tribunal español de arbitraje de seguros, a cargo de M. Gonzalo Quiroga, *vid.*, RCEA, vol. XII, 1997, pp. 377-379.

¹²⁵³ Para un estudio de la problemática de la internacionalidad en el arbitraje de seguro y de la aplicación del Reglamento de la UNCITRAL, cuando éste se considere internacional, *vid.*, V. Fuentes Camacho y J.J. Vera Parra, *ibid.*, *loc. cit.*, pp. 18-23.

¹²⁵⁴ Sobre la referida protección del asegurado, *vid.*, E. Caballero Sánchez, *El consumidor de Seguros: protección y defensa*, Madrid, Mapfre, 1997, pp. 45-51; J.N. Martí Sánchez, “Protección del asegurado. El Defensor del asegurado”, *RES*, núm. 91, 1997, pp. 7-32; y F. Sánchez Calero, “Las condiciones generales en los contratos de seguro y la protección de los consumidores”, *RES*, 1980, pp. 5-21.

La normativa imperativa incluida en el ordenamiento español está contenida en una pluralidad de normas. Unas de carácter general, entre las que debemos destacar las leyes anteriormente mencionadas, también como imperativas para los consumidores, es decir, la LGDCU y la LCGC¹²⁵⁵. Y, la normativa imperativa específica en materia de seguros, donde el régimen de protección se contiene fundamentalmente en las mencionadas LOSSP y LCS, especialmente en los artículos 107 a 109 de la LCS, incluidos con el objetivo específico de proteger al tomador de seguros comunitario, sin que exista un orden de prelación significativo entre las disposiciones citadas.

Toda ésta normativa constituye conjuntamente el régimen de protección español del consumidor de seguros internacionales, de tal manera que en un supuesto internacional, la norma imperativa española tiende a actuar del mismo modo que si de un supuesto interno se tratase, tomando al asegurado como un consumidor de seguros, sobre el que rige la máxima de “*presunción de la validez de todas aquellas cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado*”, por encima de las normas imperativas de un ordenamiento determinado¹²⁵⁶. Desde esta perspectiva, la parte débil en los contratos de seguros tiene todas las características para que sea considerada como un consumidor, por lo que las apreciaciones realizadas en el apartado anterior serán aquí también válidas. Es por ello, que en el apartado siguiente se considere oportuno dar el mismo tratamiento a los consumidores internacionales de seguros que a los especificados, de forma general, en cuanto al arbitraje de consumo internacional.

C) Condición suficiente: identidad con el supuesto de consumo

394. La respuesta a la cuestión de si se dan las condiciones suficientes para que deba permitirse la arbitrabilidad en el marco asegurador internacional es negativa. Las reflexiones sobre si consideramos que el orden público transnacional de protección al asegurado debe permitir la arbitrabilidad en contratos internacionales de seguros, siempre y cuando el asegurado no sea un profesional, en los supuestos enunciados con

¹²⁵⁵ Ley 26/1984 de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la primera y la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, de 13 de abril, la segunda, que constituye también uno de los nuevos pilares de la protección del asegurado, como consumidor.

¹²⁵⁶ En general, sobre las normas imperativas en los contratos de seguros, *vid.* E. Navarro Contreras, *La ley aplicable al contrato de seguro...*, *op. cit.*

anterioridad, serán análogas a las vertidas anteriormente para consumo. Las propuestas de solución allí consideradas deberán cubrir también éste ámbito, por lo que nos remitimos a lo expuesto anteriormente. Esto es, a la concreción de la condición y a las alternativas de solución señaladas para el arbitraje internacional de consumo. Lo único que varía es que aquí el asegurado será considerado como un consumidor de seguros, pero, consumidor al fin y al cabo¹²⁵⁷.

395. Se vuelve a dar la extraordinaria paradoja de que no se considera apropiada la arbitrabilidad si el contrato de seguros es internacional, mientras que se recomienda para el arbitraje de seguros interno. De nuevo, el criterio general de la arbitrabilidad internacional se torna del revés. La arbitrabilidad, en los contratos en los que intervengan consumidores no profesionales de seguros se permite para el arbitraje interno y se rechaza, sobre la base de criterios de orden público, para el internacional. Se rompe así la regla general, importada del derecho americano, tras el asunto *Mitsubishi*, y del principio de autonomía de la cláusula compromisoria de la jurisprudencia francesa, que tiende a considerar que existe una arbitrabilidad casi “ilimitada” si el arbitraje es internacional. En el caso de que el asegurado haya firmado el contrato de adhesión con una compañía internacional de seguros en cuya póliza se encuentre inserta una cláusula de arbitraje que prevea la sumisión a un tribunal arbitral o a un árbitro extranjero, la cláusula será considerada nula, en virtud de un principio verdaderamente internacional de protección al adherente en CGC, que considera abusivo el traslado de la parte débil al extranjero. A la vez que también tiene en cuenta, la probable falta de consideración por el árbitro internacional de la necesaria protección discriminatoria inversa que reclama la situación especial de la parte débil en un arbitraje privado internacional¹²⁵⁸.

¹²⁵⁷ De la misma opinión, en el sentido de remitir las cuestiones del arbitraje de seguros al arbitraje de consumo, se manifestó E. Artuch Iriberry, en la conferencia dada en el Curso especializado sobre arbitraje Comercial internacional de la Universidad del País Vasco, *cf.*, “La administración del arbitraje en España en las distintas modalidades arbitrales”, XI Curso europeo sobre *Arbitraje Comercial Internacional*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 14 de julio de 1999, documentación entregada, pp. 1-4.

¹²⁵⁸ En España, se puede declarar abusiva apelando al apartado V de la Disposición Adicional Primera de la LCGC, núm. 26, *vid. supra.* en contratos de consumo.

Por otra parte, hay que subrayar que la experiencia empírica de la arbitrabilidad en el sector asegurador no plantea problemas de orden público para el arbitraje privado y comercial internacional en los supuestos donde no existe una parte débil, no profesional, en el contrato. Como muestra la práctica comercial internacional al respecto, sobre todo en el sector reasegurador, es realmente abrumadora. El arbitraje internacional no precisa en éste último caso ninguna mención especial en relación con la arbitrabilidad que se encuentra ampliamente admitida e intensamente utilizada¹²⁵⁹.

4. ORDEN PÚBLICO DE PROTECCIÓN SOCIAL EN EL ARBITRAJE LABORAL INTERNACIONAL

A) Contrato de trabajo internacional y arbitrabilidad

a) *Del recelo a la exaltación de la arbitrabilidad de la controversia laboral*

396. El recelo hacia la arbitrabilidad en aquellas controversias dimanantes de un conflicto laboral se debe a la existencia de una parte débil en la relación contractual, el trabajador o grupo de trabajadores, según sea éste un conflicto de trabajo individual o colectivo, frente a los intereses de una parte fuerte, representada por el empresario o

¹²⁵⁹ En EEUU, *vid.*, la Sent. de la *Cour Suprême des États-Unis*, núm. 94-623, de 19 de junio de 1995, *Vimar Seguros y Reaseguros SA, c. M/V Sky Reefer et Al*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 4, pp. 665-670. Y la sent. *United States District Court, Eastern District of New York*, de 5 de marzo de 1993, 91 CV 5156, *Cheshire Place Associates, Marine Movements, Inc., Standard Marine Transport Services, Inc., Standard Marine Towing Services, Inc., Standard Marine Services, Inc., c. The West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (Luxemburg), The West of England Ship Owners Mutual Insurance Services Ltd. (UK)*, *Year. Comm. Arb*, vol. XX, 1995, pp. 847-855.

En España, sentencias relativas al arbitraje en contratos de seguros internacionales, *vid.*, el Auto TS (Sala 1ª) de 29 de enero de 1979, *RAJ*, 1979, núm. 1180. La solución de no acceder aquí al exequátur pretendido en lo referente al orden público a cuya adaptación se somete el indicado Convenio de Ginebra de 24 septiembre 1923, no se justifica porque se considera contrario a dicho orden público que los árbitros designados tengan el carácter de Directores de Compañías de Seguros, cual venía exigido contractualmente al respecto, *vid.*, también, la Sent. Aud. Prov. de Oviedo, de 11 de abril de 1995, *RAJ*, 1995, 659, sobre un seguro marítimo y la validez y el alcance de la cláusula compromisoria en un arbitraje internacional. No hay situación de desigualdad contractual entre las partes del contrato internacional de reaseguros. *Vid.*, al respecto, las interesantes apreciaciones en el comentario de H. Aguilar Grieder a la Sent. Aud. Prov. de Pontevedra de 25 de marzo de 1997, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 275-276, nota, *ibid.*, pp. 276-282, sobre la extensión de los efectos del convenio arbitral a la compañía aseguradora, en un contrato de transporte en el que se contenía una cláusula compromisoria de sumisión de la cuestión litigiosa a un arbitraje en Londres, concertado entre la porteadora y la cargadora y firmado por ambas.

empleador de aquellos. El fundamento de la nulidad de la cláusula compromisoria en un contrato de trabajo pretende asegurar el acceso a la justicia a los trabajadores sin presiones y sin gastos para los asalariados para que el arbitraje no de lugar al fraude de ley y a la desprotección de las normas imperativas y del orden público internacional a favor del trabajador¹²⁶⁰. De nuevo, la esencia de la problemática que se va a desarrollar nos sitúa de lleno en el escalón que ocupa el orden público de protección identificado por parte de la doctrina con los motivos de seguridad pública o nacional de un ordenamiento determinado¹²⁶¹. En el fondo, se trata del conflicto entre el “poder” ser arbitrable y el “deber” serlo, bajo las consideraciones que únicamente nos puede proporcionar el orden público internacional o, si es posible, transnacional¹²⁶².

La dificultad a la hora de estimar la arbitrabilidad de la controversia en los distintos ordenamientos internos va *in crescendo* cuando nos hallamos ante un contrato de trabajo internacional en el que se encuentra inserta una cláusula contractual de sumisión a arbitraje, y más aún, si esa sumisión remite a un arbitraje laboral de un foro en particular, donde surgen cuestiones relativas a si son válidas ese tipo de cláusulas y si es posible acudir a un arbitraje internacional que resuelva sobre un problema tocante al ámbito laboral fuera de las concepciones públicas o semi-públicas internas para los que éstos están concebidos. Y, en caso de ser posible si pueden ser resueltas todas las cuestiones laborales por vía arbitral. La respuesta viene dada por la mediatización del orden público en los conflictos pertenecientes al orden de lo social en el marco internacional, partiendo del carácter eminentemente público del mismo¹²⁶³.

¹²⁶⁰ Cf., tales apreciaciones en la Sent. de la *Cour d'appel de Grenoble (Ch. Soc.)*, de 13 de septiembre de 1993, *Société CFTE c. J. Dechavanne*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 336-342, con nota de M.A. Moreau, *ibid.*, pp. 342-347, esp. p. 346.

¹²⁶¹ *Vid.*, E. Nowikowski, “Public Policy Exception to the Enforcement of Labor Arbitration Awards”, *Michigan Bar Jour.*, 1989, pp. 626-631, esp. p. 628, quién, tras un análisis exhaustivo de la jurisprudencia norteamericana en los contratos de trabajo deduce que el criterio en el que se basan los tribunales judiciales para enjuiciar un arbitraje laboral se concreta en la excepción de orden público de seguridad nacional.

¹²⁶² El problema surge porque aunque *a priori* se pueda permitir la arbitrabilidad de las múltiples materias susceptibles de ocasionar un conflicto laboral internacional, la clave se centra en determinar si existe un orden público de protección transnacional que considere que deba existir o no esa arbitrabilidad. Una vez más, la condición necesaria y suficiente que posibilitan la arbitrabilidad internacional.

¹²⁶³ Sin que difiera, por lo tanto, el punto de partida de los dos arbitrajes previamente analizados.

397. El arbitraje se erige como una de las mejores alternativas en el mundo de lo social donde el desbordamiento de la conflictividad laboral precisa acudir a un mecanismo de resolución de controversias extrajudicial. De ahí, que la tendencia a favorecer la arbitrabilidad en los conflictos de trabajo haya venido impulsada desde diversos ámbitos. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en un claro llamamiento al arbitraje laboral ha manifestado el objetivo de que los conflictos de trabajo se substancien por mecanismos no jurisdiccionales¹²⁶⁴. Del mismo modo, el artículo 6 de la Carta Social Europea recurre al arbitraje¹²⁶⁵. Promoción a la que también se han apuntado diversas instituciones, como la *CEPANI*, en el ámbito comunitario¹²⁶⁶, y distintos ordenamientos internos, como es el caso de España, donde el impulso y la potenciación de las ventajas del arbitraje laboral en nuestro país han venido gracias a la jurisprudencia de la mano de nuestro Tribunal Constitucional, el cual ha resaltado en numerosas sentencias las enormes posibilidades que tiene el arbitraje para resolver las controversias que se pueden presentar en el ámbito laboral¹²⁶⁷. Más recientemente, también se ha abierto a la arbitrabilidad uno de los países que más se habían resistido a la misma en la contratación laboral como es el caso de Italia¹²⁶⁸. Sin contar con los

¹²⁶⁴ Así, en el Convenio núm. 154 y en la Recomendación núm. 92 de la OIT de 1951, *vid.*, A. Gladstone, *El arbitraje voluntario en los conflictos de intereses*, OIT, 1988. Monografía encargada por la propia organización destinada a fomentar el arbitraje en las relaciones laborales.

¹²⁶⁵ Disposición por la que las partes se comprometen “a fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales”.

¹²⁶⁶ *Vid.*, los Actos del coloquio internacional del *CEPANI*, donde se alaba la cuestión de la utilización del arbitraje en las relaciones entre los trabajadores y los empresarios, *cf.*, S. Franco, “L’Arbitrage et le Droit Européen”, *loc. cit.*, p. 354.

¹²⁶⁷ Así, la Sent. TC de 19 de julio de 1982 [RTC 1982, 51], la Sent. TC de 20 de diciembre de 1990 [RTC 1990, 51] y la Sent. TC, de 14 de noviembre de 1991 [RTC 1991, 217]. Impulso hacia el arbitraje laboral que también ha sido fomentado desde la doctrina, *vid.*, J. Cruz Villalón, “El arbitraje laboral en la reforma legislativa”, *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 321, y más recientemente por F.J. Calvo Gallego, *El arbitraje en las elecciones “sindicales”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 1-158. Del mismo lado, en la práctica, el impulso se ha hecho efectivo gracias a la promoción del arbitraje en el marco de los sindicatos y de las Comunidades Autónomas. Por ejemplo, el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de conflictos laborales, ASEC, suscrito el 25 de enero de 1996, entre UGT, CC.OO, CEPYME y CEOE, *BOE*, núm. 34 de 8 de febrero de 1996. Ejemplos claros de arbitrajes públicos institucionalizados con los que no nos manifestamos conformes en que sean denominados arbitrajes, *vid.*, *supra*.

¹²⁶⁸ En efecto, en un país como Italia donde tradicionalmente se había prohibido el arbitraje laboral, por primera vez, en 1998, se ha dado paso al arbitraje público sindicalizado, *vid.*, G. Pera, “La nuova disciplina dell’arbitrato nelle controversie di lavoro”, *RIDI*, 1999, núm. 1, pp. 359-375.

países anglosajones que tradicionalmente han sido considerados los bastiones por excelencia del arbitraje laboral¹²⁶⁹.

398. Sin embargo, a pesar del impulso al arbitraje laboral la desconfianza hacia el mismo sigue estando presente en distintos sectores legislativos y sociales. No faltan razones para su prohibición basadas en el orden público de protección que no puede permitir el desequilibrio contractual propio de las relaciones entre las partes firmantes de los contratos de trabajo¹²⁷⁰. Es el problema del desequilibrio contractual en CGC donde existe una parte débil que puede verse compelida a acudir a un arbitraje laboral, cuando no asintió voluntariamente al mecanismo extrajudicial de controversias al firmar el contrato laboral¹²⁷¹. Sobre todo, desde el punto de vista del interés de los trabajadores, que encuentran en el arbitraje laboral un peligro potencial por la imposición del mismo en las condiciones generales del contrato de trabajo fomentando, en algunos casos, la sospecha de que los árbitros se encuentren más cercanos a los intereses de los empresarios¹²⁷².

399. Existen varios argumentos que reflejan que el arbitraje laboral puede llegar a ser gravoso para los trabajadores. El primero de ellos es contrario al arbitraje imperativo impuesto a los trabajadores. Las disposiciones que llevan a una parte a un arbitraje obligatorio no constituyen un contrato válido. No hay autonomía de la voluntad que posibilite el arbitraje. El segundo de los argumentos más utilizados, defiende que el arbitraje imperativo no debería ser ejecutado por un tribunal judicial, porque en una

¹²⁶⁹ "England and the USA are the traditional bastions of labour law arbitration", cf., A. Samuel, *Jurisdictional Problems...*, op. cit., 1989, p. 142. Las únicas restricciones que éstos países ponen al arbitraje laboral es cuando en la controversia el árbitro tiene que decidir sobre un derecho fundamental que se encuentre vulnerado por la relación laboral.

¹²⁷⁰ De ahí, el criterio radical de B. Goldman en contra de la arbitrabilidad de la controversia laboral internacional, que equipara la inarbitrabilidad de una controversia relativa al trabajador o a las pensiones derivadas de un contrato de trabajo a la imposibilidad de arbitrar en cuestiones relativas al matrimonio o a la determinación de la filiación, cf., "Arbitrage Commercial...", loc. cit., p. 12.

¹²⁷¹ Vid., J. Robert, "Les conflits individuels du travail et l'arbitrage après la loi du 6 mai 1982", *Rev. arb.*, 1982, núm. 2, p. 175. Del mismo modo, si el conflicto no es individual sino colectivo, surge el problema de la "autonomía colectiva", al suscribir un convenio colectivo en un acuerdo sindical que prevea la sumisión a arbitraje, vid., J.M. Chillón Medina, y J.F. Merino Merchán, op. cit., p. 205; y, F. Rodríguez Artigas, "El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente", *Derecho de los Negocios*, 1997, núm. 86, pp. 1-16.

¹²⁷² Constatando este peligro, cf., C.B. Hagen & K.B. Hayward, "The Issues Concerning Mandatary Arbitration", *Disp. Res. J.*, 1995, pp. 24-25.

empresa donde se obligue a los trabajadores a recurrir a un determinado árbitro “de la empresa”, da lugar a una serie de sospechas, más que fundadas, que señalan que ese árbitro puede no ser imparcial¹²⁷³. Supuesto que no debe darse en la práctica dado que el orden público transnacional es opuesto a la existencia del arbitraje imperativo¹²⁷⁴. Arbitraje laboral obligatorio que desde nuestra perspectiva ha sido declarado contrario al orden público español y considerado inconstitucional por el TC¹²⁷⁵.

Estamos, por lo tanto, en presencia de otra de las muestras de que el orden público actúa a favor del arbitraje y no como la tradicional acepción del mismo como límite¹²⁷⁶. Aparte de la cuestión de la oponibilidad del orden público transnacional de protección al arbitraje obligatorio existen otros problemas en relación con la arbitrabilidad con los que siempre nos vamos a encontrar, como es el de la existencia de una competencia exclusiva de jurisdicción a los Tribunales de lo Social. Lo cual ya ha sido también aclarado, desde el momento en que la competencia exclusiva de determinados tribunales laborales no excluye para que determinadas controversias de trabajo sí sean arbitrables¹²⁷⁷.

¹²⁷³ Como se señala en el comentario a un arbitraje interno acontecido en España, “*nada hay más reprochable en el hecho de que las propias partes, acuerden que el árbitro sea una persona especialmente vinculada con la cuestión en la que se suscita el conflicto*” *cf.*, el comentario de M.G. de O, a la Sent. de la Aud. Prov. de Barcelona (Sección 15ª) de 30 de marzo de 1996, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 186-191, esp. p. 191.

¹²⁷⁴ Problemática, que como ya hemos especificado en los apartados anteriores, se resuelve desde el momento que el orden público transnacional se opone tajantemente a la imposición de cualquier tipo de arbitraje. Precisamente, el arbitraje laboral se ha caracterizado en muchos ordenamientos por ser obligatorio. En este caso no estamos ante un verdadero arbitraje, el orden público de protección al trabajador es el fundamento esencial que se opone a imponer dicho arbitraje, *vid. supra*, los planteamientos generales en CGC y *vid., infra*, el apartado dedicado al análisis del arbitraje laboral en el Derecho comparado.

¹²⁷⁵ En la Sent. TC, en Pleno, de 8 de abril de 1981, *RAJ*, 1981, 11 (*BOE* de 25 de abril de 1981), se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 25 b) y 26 del RDL 17/1977. En definitiva, es la oponibilidad del orden público social a la obligatoriedad del arbitraje laboral.

¹²⁷⁶ C.B. Hagen y K.B. Hayward, expresan la contrariedad del orden público en los arbitrajes denominados imperativos, al menos, en aquellos relativos a la obligatoriedad de recurrir al arbitraje en aquellas controversias dentro del ámbito laboral en los Estados Unidos, *cf.*, “The Issues Concerning Mandatory Arbitration”, *loc. cit.*, p. 22.

¹²⁷⁷ *Vid.*, las reflexiones especialmente volcadas en la inexistencia de una competencia exclusiva de jurisdicción en las relaciones laborales que imposibilite la arbitrabilidad expuestas por B. Hanotiau, “L’arbitrabilité...”, *loc. cit.*, pp. 938-939. Así como, los criterios generales expuestos en el epígrafe dedicado a la atribución imperativa de jurisdicción y el orden público, *vid. supra*. Junto al comentario del laudo de la CCI núm. 2558/1976, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, p. 952, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 189-197.

400. Al igual que en el resto de los arbitrajes analizados en este capítulo hay que tener siempre presente el difícil equilibrio entre lo público y lo privado que implica su estudio. Mediante el arbitraje laboral, muchas veces es el mismo Estado el que directamente interviene en la resolución de dichas controversias. Lo que ocurre, es que se descarga en los Tribunales del Orden de lo Social y recurre a fórmulas arbitrales. Pero, no nos llevemos a engaño. Estas fórmulas nada tienen que ver con el arbitraje comercial y privado tal y como nosotros lo conocemos, sino con una especie de judicialización del arbitraje, en el peor de los casos, o de una institucionalización del mismo, sobre todo, en relación con los conflictos colectivos, pero siempre de carácter público o semipúblico¹²⁷⁸. La única salida para que podamos hablar de un arbitraje internacional privado, o de fórmulas anexas, tales como la mediación o la amigable composición que en el ámbito laboral son más aconsejables¹²⁷⁹, podría articularse a través de los conflictos individuales de trabajo.

Los derechos devienen disponibles en el momento en que se pone fin a la relación laboral transformando la situación de igualdad entre el empresario y el asalariado de aquel¹²⁸⁰. No obstante, el campo de aplicación del arbitraje o del resto de los métodos alternativos de resolución de controversias citados, no requiere únicamente la libre disponibilidad, sino que su aplicación se encuentra limitada a las prescripciones imperativas que forman parte del orden público laboral, tales como las disposiciones que corresponden a los salarios de los trabajadores y a sus despidos que entran dentro del campo de atribución del orden público¹²⁸¹. Esto es, cuando el Derecho del trabajador

¹²⁷⁸ Desde la perspectiva comparada, en casi todos los países se combina la jurisdicción estatal con el arbitraje laboral. La intervención del Estado puede ser diversa en el sentido que muchas veces la judicialización que se hace del arbitraje es total, incluso los árbitros son jueces de carrera, y otras veces, los sindicatos y los trabajadores son libres en la elección de árbitros que no tienen por qué ser juristas, aunque eso sí, el listado de los árbitros y la tramitación de esos arbitrajes se hace a través de oficinas públicas. Es la institucionalización del arbitraje laboral que admite una doble variedad, dependiendo si el arbitraje es obligatorio, caso de Australia, Canadá y Nueva Zelanda, o de si el arbitraje es voluntario, como es el caso de EEUU y el Reino Unido. Incluso han existido simbiosis entre los Tribunales del Estado y el arbitraje, *vid.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *op. cit.*, pp. 207-214.

¹²⁷⁹ Sobre su conveniencia como fórmulas mejores de justicia en estos ámbitos concretos, *vid.*, el reciente trabajo de B. Blohorn-Brenneur, “Conciliation, amiable composition et médiation judiciaires dans les conflits individuels du travail. La pratique grenobloise”, *Rev. arb.*, 1999, núm. 4, pp. 785-799.

¹²⁸⁰ *Cf.*, P. Level, “L’arbitrabilité”, *loc. cit.*, p. 227.

¹²⁸¹ *Cf.*, el límite de las normas imperativas y del orden público en los conflictos individuales de trabajo en B. Blohorn-Brenneur, “Conciliation, amiable composition et médiation judiciaires...”, *loc. cit.*, p. 790.

sea disponible será arbitrable, mientras tanto se puede impugnar como nula la cláusula de arbitraje inserta en un contrato de trabajo¹²⁸².

401. El elenco de cuestiones adyacentes a la arbitrabilidad y al orden público que se suscitan en este ámbito queda abierto a muchas más debido a la especialidad de la materia que estamos analizando y a la existencia de una multiplicidad de conflictos en el ámbito laboral, que nos llevaría a analizar de forma separada un sin fin de supuestos contractuales de Derecho del Trabajo con el objetivo de ver en cuáles inciden más las normas imperativas y el orden público¹²⁸³. Lejos de pretender realizar aquí un estudio exhaustivo de todas las cuestiones imbricadas en torno al arbitraje laboral en un marco internacional, nos proponemos recoger el sedal de nuestra argumentación y ceñirnos al aspecto concreto del orden público en su relación global con este tipo de arbitrajes y la arbitrabilidad que de él se deriva en la fase negocial. En atención a responder a las numerosas preguntas que, en este sentido, se pueden plantear se va a proceder, en primer lugar, a analizar la situación, tanto normativa como jurisprudencial, del arbitraje laboral en España y en el resto de países a través de un análisis comparado, para apreciar sus repercusiones estrictas sobre la arbitrabilidad.

Se vuelve a insistir en la necesidad de analizar la normativa interna en estos ámbitos, porque algunas de sus normas imperativas son también consideradas de orden público “auténticamente” internacional que repercuten directamente en el arbitraje internacional. A continuación, se trascenderá al ámbito del arbitraje internacional a través de la práctica donde una vez asentados daremos respuesta a si el orden público de protección internacional o transnacional considera que se cumple la condición suficiente para dar paso a la arbitrabilidad en una controversia internacional del orden de lo social.

¹²⁸² Hay que recordar, a este respecto, como en las controversias surgidas en Derecho del trabajo, la condición de la disponibilidad que aclara la distinción entre derecho eventual y derecho adquirido, puede hacer nula la cláusula compromisoria y, por el contrario, validar el compromiso concluido cuando el derecho eventual es nacido y ha devenido disponible y por lo tanto arbitrable, *cf.*, P. Level, “L’arbitrabilité”, *loc. cit.*, p. 222; y *vid.*, *supra.*, los criterios conexos a la arbitrabilidad.

¹²⁸³ Al igual que lo que ocurría en los contratos de seguros y de consumo, aquí tampoco existe un único contrato laboral tipo. No sólo por las diferentes formas que éste puede tomar en relación con los sujetos participantes, sino porque en el marco del Derecho del trabajo se regulan numerosos procedimientos judiciales a los que se denomina “arbitrajes”, muchos de ellos sin serlo. No en vano, el

b) *El arbitraje laboral desde la perspectiva española*

402. Nada dice la legislación de nuestro país sobre la arbitrabilidad de la controversia en materia de contratación laboral internacional, lo cual no es de extrañar si tenemos en cuenta la casi inexistente y dispersa regulación que existe al respecto para los arbitrajes internos. A diferencia de los otros dos arbitrajes especiales estudiados, el de consumo y el de seguros, donde la Ley de Arbitraje era de aplicación subsidiaria¹²⁸⁴; en el ordenamiento español, el arbitraje laboral junto con el administrativo pertenecen a los arbitrajes sectoriales excluidos de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre. Concretamente, en el art. 2. 2 de la LA se elimina explícitamente del ámbito de aplicación de la Ley española de arbitraje al arbitraje laboral. Supresión que ha suscitado discrepancias doctrinales y jurídicas en todos los sentidos, desde si la exclusión es radical¹²⁸⁵, hasta si cuando hablamos de los conflictos arbitrables nos referimos únicamente a los conflictos colectivos o también a los individuales¹²⁸⁶. Hay

arbitraje laboral en el ámbito internacional ha sido uno de los temas menos tratados por la doctrina internacionalprivatista, al menos, en España.

¹²⁸⁴ *Vid.*, el primer párrafo de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje y las consideraciones vertidas en los correspondientes epígrafes en los dos arbitrajes sectoriales que acabamos de analizar.

¹²⁸⁵ A pesar de la aparente claridad de ésta disposición legal, en la doctrina española, no hay unanimidad de criterios respecto al entendimiento de la supresión que la Ley de Arbitraje hace de los procedimientos de designación de terceros dirimientes en la cuestión en el ámbito de lo social. Mientras que para algunos autores, aunque no estén de acuerdo con la misma, estiman que ésta exclusión es radical y afecta a todos los arbitrajes laborales cualquiera que sea su tipología, *cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *op. cit.*, pp. 202-203. Otros, matizan que no todos los arbitrajes laborales quedan excluidos de la aplicación subsidiaria de la LA, por el citado precepto. De esta opinión, S. Gaspar Lera, que considera que los conflictos individuales de trabajo no están dentro del ámbito de exclusión del art. 2. 2 LA, *cf.*, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, *op. cit.*, p. 253 y pp. 257-258. Así como, L. Muñoz Sabaté, que considera que la LA, puede resultar de aplicación en algunos arbitrajes laborales especiales como los relativos a los conflictos de trabajo entre deportistas, artistas, personal de alta dirección y representantes de comercio, *cf.*, *Jurisprudencia arbitral comentada. Sentencias del Tribunal Supremo, 1891-1991*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 74. También, F.J. Calvo Gallego, *El arbitraje en las elecciones "sindicales"*, *op. cit.*, pp. 1-158, que en la introducción expone que la exclusión del arbitraje de la LA no es para todos los arbitrajes laborales, aunque sí lo sea para el arbitraje que da título a su monografía.

En el mismo sentido, de que la LA no excluye de su ámbito de aplicación a aquellos arbitrajes laborales cuando la materia no corresponda estrictamente a la legislación laboral sino a la civil, como es, por ejemplo, la demanda sobre indemnización de daños y perjuicios que tengan como causa directa o indirecta una relación laboral, *cf.*, L. Puig Ferriol, "Comentario al art. 2", *op. cit.*, p. 45. Opinión de la no exclusión con la que nosotros también nos sentimos más identificados, del modo en el que se procederá a justificar aquí en el análisis de la problemática de la arbitrabilidad.

¹²⁸⁶ Mientras que para J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, si bien, reconocen ambas formas de arbitraje, señalan que "*en todo caso el ámbito por antonomasia del arbitraje laboral debe ser el conflicto colectivo*", *ibid. op. cit.*, p. 204, para S. Gaspar Lera, el arbitraje laboral es conveniente tanto en los conflictos colectivos como en los conflictos individuales de trabajo, estos últimos incluidos en la LA, *ibid. op. cit.*, p. 258.

que distinguir dos planos muy distintos. Mientras en el arbitraje laboral individual se parte del conocimiento del principio tuitivo del trabajador, en el arbitraje colectivo, no hay una especial necesidad de protección, porque se presume que en el Derecho del trabajo sindicatos y patronal son capaces de negociar sobre la base de la igualdad. Al menos, no cabe ninguna duda de que si en algo coincide la doctrina interna es en la necesidad de reformar el art. 2. 2 de la Ley de Arbitraje de 1988, en el sentido de establecer expresamente la subsidiariedad del procedimiento común previsto en la LA para regular todo lo que no este previsto en el arbitraje laboral¹²⁸⁷. Motivo más que suficiente habida cuenta de la inadecuada regulación del arbitraje para los conflictos de trabajo en España¹²⁸⁸. Y, sobre todo, debido a las interesantes perspectivas de futuro que ofrece la arbitrabilidad laboral y la constancia de que ahora mismo, su importancia y su adaptación internacional no está funcionando debido a la exclusión que de él hace la Ley de Arbitraje¹²⁸⁹.

¹²⁸⁷ En este sentido, un cambio del art. 2. 2 LA es susceptible de ser recogido en el actual Proyecto de Reforma de la Ley española de Arbitraje, elaborado por la Corte Española de Arbitraje, *vid.*, J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, "Propuesta de Reforma...", *loc. cit.*, p. 310.

¹²⁸⁸ Distintas Sentencias relativamente recientes del Tribunal Constitucional han puesto de manifiesto la necesidad de una adecuada regulación del arbitraje en este sector. Así, en la Sent. TC, de 27 de enero de 1997, *RAJ*, 1997, 13 (*BOE*, núm. 49, de 26 de febrero de 1997), que se refiere específicamente al arbitraje laboral, para señalar, con motivo de un Recurso de amparo contra la Sentencia de 24 de marzo de 1995 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Lugo, dictada en autos sobre elecciones sindicales, que se confirma el laudo arbitral impugnado, llevado a cabo en un procedimiento laboral, donde "*ha de aclarar*", cual es la función del Tribunal respecto a este tipo de procedimientos. También, en la Sent. TC, de 18 de diciembre de 1997, *RAJ*, 1997, 233, Sent. TC 233/1997 de 18 de diciembre, dictada en el conflicto positivo de competencias n.º 1678/1989, *BOE*, 21/01/1998, entre el Estado y el Gobierno Vasco, relativo a la legislación laboral del Estado sobre las normas que aseguran el mantenimiento de los servicios esenciales en situación de huelga. En el tercer párrafo del Fundamento Jurídico V, se dice que las medidas tendentes a asegurar los servicios esenciales para la comunidad que no pueden quedar paralizados en caso de huelga, inciden en el ámbito de lo laboral, restringiendo los derechos de los trabajadores, "*a cuyo remedio debe contribuir la Administración pública facilitando soluciones conciliadoras, de mediación o de arbitraje*".

¹²⁸⁹ Así lo puso de manifiesto, B.M. Cremades, refiriéndose a los conflictos dentro de la Compañía Iberia, en la conferencia impartida en los Cursos de verano de la UPV, en San Sebastián, "El arbitraje laboral en España", XI Curso europeo sobre *Arbitraje Comercial Internacional*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 13 de julio de 1999. Para un mayor abundamiento sobre los conflictos laborales colectivos dentro de la propia Compañía aérea IBERIA, aunque aquí sin referirse al arbitraje privado, *vid.*, la nota de A. Crespo Hernández a la Sent. TS (Sala Cuarta) de 7 de julio de 1997, *RAJ*, 1997, núm. 5565, *REDI*, vol. L, 1998, núm. 1, pp. 339-342. Caso en el que, en nuestra opinión, lo lógico es que IBERIA, hubiera recurrido a un arbitraje, sobre todo para evitar la publicidad de sus desavenencias internas entre trabajadores de distinta nacionalidad. El porqué no lo hizo es lo que aquí se pretende resaltar: la inexistencia de regulación del arbitraje laboral que repercute negativamente para el desarrollo de éste tipo de arbitraje en España, no tanto de un arbitraje público, a nivel interno, sino de uno privado a nivel internacional.

403. La transcripción legal de un arbitraje laboral voluntario, basado en la igualdad de las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad para resolver las controversias que se suscitan en el ámbito de lo social y, por tanto, acorde al orden público del mismo signo, no fue técnicamente posible en toda su amplitud hasta la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por RDL 1/1995, el 24 de marzo de 1995¹²⁹⁰, con la disposición adicional decimotercera y los artículos 33, 83. 2, 85. 1 y 91, específicamente referidos al arbitraje¹²⁹¹. También, relativo al arbitraje, el art. 65. 3 y la disposición adicional séptima de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), reformada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo de 1994. Al igual que en el resto de los supuestos se ha de hacer una precisión, en primer lugar, en el sentido de que a pesar de la existencia de procedimientos laborales denominados arbitrales, ya sea instituidos en un procedimiento colectivo o reconocidos expresamente por la ley, se descartan de plano aquellos arbitrajes laborales considerados obligatorios¹²⁹², declarados además inconstitucionales por nuestro Tribunal Constitucional¹²⁹³ y opuestos al orden público

¹²⁹⁰ BOE de 29 de marzo de 1995.

¹²⁹¹ Ello no quiere decir que hasta entonces no hubiera intentos de regular el arbitraje voluntario para la resolución de conflictos laborales, pues los hubo y muchos. Entre ellos hay que destacar el RD 5/1979, de 26 de enero por el que se creó el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC), cuyo art. 4 se refería específicamente a los arbitrajes laborales. No obstante, en la actualidad el IMAC, ha desaparecido como organismo autónomo y ha pasado a ser una unidad administrativa de la Dirección de Trabajo o de las Direcciones Provinciales de Trabajo, constituyendo pues un arbitraje público, de los llamados arbitrajes irracionales o impropios, *vid.*, Serrano Alonso, “El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988”, *AC*, p. 516. *Vid.* también, las Sentencias del Tribunal Constitucional que hacen una mención explícita al IMAC, como en la Sent. TC. 93/54, de 29 de noviembre de 1993, *RAJ*, 1993, 354 (*BOE*, de 29 de diciembre de 1993), que se refiere no tanto al arbitraje sino a la conciliación en el ámbito laboral, alude al RD 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que el IMAC asume parte de las funciones que tiene encomendadas. En el mismo sentido, relativo a la actuación del IMAC en la conciliación laboral, más que en el arbitraje, sin vulnerar la tutela judicial efectiva, la Sent. TC, de 25 de octubre de 1993, *RAJ*, 1993, 306 (*BOE* de 30 de noviembre de 1993). Sin embargo, el posterior desarrollo reglamentario de este RD, necesario para que el arbitraje laboral entrase en funcionamiento, no se ha llevado a cabo. Es por ello, que nos encontramos Sentencias Constitucionales que “recuerdan”, la posibilidad de recurrir al arbitraje laboral. Así, en la Sent. TC, de 28 de junio de 1993, *RAJ*, 1993, 208 (*BOE* de 2 de agosto de 1993), donde al decidir sobre la libertad sindical en una negociación colectiva de la empresa telefónica, se hace un llamamiento al arbitraje, *vid.*, el FD III, que dice así: “*No es ocioso recordar que en el convenio colectivo existe un comité de interpretación y de vigilancia, abierto incluso a un procedimiento de arbitraje, que habría debido actuar en caso de que la medida supusiera una desviación o desconocimiento del convenio colectivo*”.

¹²⁹² Como el arbitraje obligatorio contenido en el artículo 10. 1 del Real Decreto 17/1977, de 4 de marzo, Real Decreto sobre Relaciones de Trabajo, -RDRT-, *BOE*, de 9 de marzo de 1977, o, más recientemente, en el art. 76 del Estatuto de Trabajadores, aprobado por RDL 1/1995.

¹²⁹³ En la Sent. TC de 11 de junio de 1992, *RAJ*, 1992, 92 (*BOE*, de 15 de julio de 1992), el ponente, F. Tomás y Valiente, recalca la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio impuesto en el arbitraje laboral, decidido en la Sent. TC 8/1981, F. J. 23 y 24, especificando que no se puede constituir un arbitraje cuando existe una intervención pública y obligatoria. A su vez, la Sent. TC, en Pleno, de 8 de abril de 1981, *loc. cit.*, declaró en el laudo arbitral de obligado cumplimiento, sobre el Derecho a la huelga, no era un auténtico arbitraje público por ser obligatorio, sólo sería aceptable cuando en casos

de lo social que consideramos trasciende a formar parte de un orden público verdaderamente internacional¹²⁹⁴. En segundo lugar, en éstas materias la arbitrabilidad no viene determinada por la existencia de una atribución imperativa de jurisdicción a los Tribunales de lo Social en el ordenamiento español, dado que el arbitraje ya sea de carácter público o privado, permite la arbitrabilidad, basada en una autonomía de la voluntad, sin verse compelido por ello a un Tribunal público que actúe mediante la utilización de fórmulas arbitrales.

404. En relación con la arbitrabilidad, los artículos que en principio parecen contener la clave de la misma en materia laboral, arts. 85. 1 y 91 ET, no acotan definitivamente el listado de controversias sociales que en España van a poder ser resueltas por medio de arbitraje¹²⁹⁵. En el ET, no existe ninguna prohibición expresa para que todos los posibles conflictos laborales puedan ser resueltos por vía de un mecanismo de resolución extrajudicial, siempre y cuando provengan de la libre disponibilidad de las partes y exista igualdad contractual, en atención a los criterios generales de la arbitrabilidad enunciados anteriormente en relación con el orden público. Según el Consejo Económico y Social “la totalidad” de conflictos laborales son susceptibles de someterse a procedimientos autónomos de solución, excepto aquellos que tienen su origen en una potencial vulneración de un derecho fundamental cual es el de la voluntariedad o el de la igualdad entre las partes¹²⁹⁶.

concretos el juego de las voluntades particulares pudiera irrogar daños al interés general. Declaró la inconstitucionalidad de los artículos 25 b) y 26 del RDL 17/1977.

¹²⁹⁴ Ello no quiere decir que estemos contra todo tipo de procedimiento laboral obligatorio similar al arbitraje como es el sistema arbitral propuesto por F.J. Calvo Gallego, para las elecciones sindicales, *vid.*, *El arbitraje en las elecciones sindicales*, *op. cit.*, pp. 1-158. Lo único que sí se quiere destacar, es que hay que suprimir el término de arbitraje obligatorio del arbitraje sindical, sustituyéndolo por otro más adecuado, alejado del término arbitral, con el propósito de no desvirtuar la esencia originaria de esta institución, basada en la autonomía de la voluntad.

¹²⁹⁵ Estos artículos establecen las garantías necesarias para recurrir a un arbitraje laboral voluntario y solucionar “*las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos*”, art. 91, párrafo 2º. Así como las materias contenidas en el art. 81. ET, que establece que el procedimiento arbitral podrá resolver las controversias relativas a las discrepancias surgidas en los períodos de consultas que el empresario ha de sostener con los representantes de los trabajadores en los siguientes casos: los relativos al traslado de los asalariados, a la modificación sustantiva de las condiciones de trabajo, al comienzo de los procedimientos administrativos de regulación de empleos y a los despidos colectivos, *cf.*, S. Gaspar Lera, *ibid.*, *op. cit.*, p. 256.

¹²⁹⁶ *Cf.*, J. Torollo González, “El arbitraje en los conflictos de trabajo tras la reforma laboral”, *RCEA*, vol. XI, 1995, p. 24, nota núm. 88.

405. En atención a éste razonamiento, el paso siguiente que se ha de dar es el de preguntarse cuándo existe esta situación de desigualdad que provoca la indisponibilidad y en consecuencia la inarbitrabilidad. En nuestra opinión, subrayando que estamos pensando en un arbitraje voluntario alejado de la obligatoriedad impuesta bajo la presión empresarial, e incluso sindical, tal situación existe siempre que se mantenga la relación laboral, dado que la parte empresarial tiene en todo momento bajo la manga la amenaza del despido que pende sobre el asalariado. La relación laboral trabajador-empresario nunca será de igual a igual. En consecuencia, la situación de igualdad que determina la arbitrabilidad de las controversias en el orden de lo social únicamente será posible cuando se rompa la relación laboral. Momento en el cual renace la disponibilidad de los derechos para el trabajador y la arbitrabilidad del conflicto social¹²⁹⁷.

406. Por ello, en España sí es arbitrable, por ejemplo, las controversias que versen sobre el reconocimiento de los salarios y las que tengan que fijar indemnizaciones por despidos y extinciones de los contratos de trabajo por voluntad del trabajador¹²⁹⁸. Así como la fijación del *quantum* de las pensiones laborales que puedan corresponder a una determinada persona¹²⁹⁹. En definitiva, todas ellas relativas al momento en que se ha dado por terminada la relación laboral. Una vez aquí, la arbitrabilidad es prácticamente ilimitada al respecto, y según nuestro criterio, no encontramos ningún motivo para que el árbitro no pueda decidir sobre una controversia privada que trae causa de una relación de carácter laboral, sea ésta interna o internacional. Aunque en éste último punto todavía nos queda por analizar la práctica internacional para dar una respuesta definitiva al respecto. En todo caso, no vemos por qué la Ley de 5 de diciembre de 1988, no podría ser utilizada como marco legal de referencia para regular una controversia laboral de las características expuestas, una vez

¹²⁹⁷ Vid., *supra.*, Cap. III. I. A) a) y las consideraciones de P. Level, *cf.*, *ibid.*, p. 222.

¹²⁹⁸ En este sentido, se reconoce que el Fondo de Garantía Salarial, de carácter evidentemente público, deberá hacerse cargo de las cuantías que en relación con las cuantías salariales y a las indemnizaciones hayan sido fijadas en un laudo arbitral, en caso de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios, *cf.*, J. Torollo González, “El arbitraje en los conflictos...”, *loc. cit.*, p. 38.

¹²⁹⁹ El TS en una Sent. de 1 de julio de 1987, reconoce arbitrable la fijación de cantidades independientes de las pensiones laborales dado que no debe calificarse como materia indisolublemente unida a un contrato de trabajo que deba ser decidida exclusivamente por la Seguridad Social, *cf.*, L. Puig Ferriol, “Comentario al art. 2”, *op. cit.*, p. 39.

que las partes han acabado su relación estrictamente laboral, recuperando la disponibilidad de sus derechos. A pesar del repudio que la propia LA hace del arbitraje laboral, entendemos que ésta no debe desentenderse del mismo¹³⁰⁰.

c) *Análisis comparado de la arbitrabilidad laboral*

407. De forma similar a lo expuesto en el ordenamiento español la mayoría de las legislaciones del ámbito comparado se mostraron en principio reticentes a permitir el arbitraje laboral, para después, ante el aumento de la conflictividad en el orden de lo social, recurrir al arbitraje como mecanismo para solucionar los conflictos que se pudieran plantear. El análisis de la arbitrabilidad de las controversias laborales en el ámbito comparado nos sugiere diferenciar, sin ánimo de exhaustividad, tres tipos de sistemas en relación con la amplitud de la misma según el tipo de conflicto social y la consiguiente legislación imperativa al respecto. En primer lugar, están aquellos sistemas que ofrecen una arbitrabilidad prácticamente ilimitada para cualquier tipo de controversia que pueda dirimirse en el orden de lo social. Son los criterios maximalistas de la arbitrabilidad laboral. En segundo lugar, los sistemas que imponen restricciones a

¹³⁰⁰ Ya se puso de manifiesto, en un trabajo anterior, que muchas de las cuestiones problemáticas o no reguladas en la Ley española de arbitraje, sí habían tenido respuesta en las reformas legislativas más recientes acontecidas en los países latinoamericanos, *vid.*, “Hacia una cultura arbitral en América latina: la colaboración entre jueces y árbitros”, *loc. cit.* Prueba de ello es la exhaustiva regulación del arbitraje laboral en la Ley de arbitraje Colombiana de 1998, que nos ofrece un modelo bastante aceptable de la regulación del “Arbitramento” en materia laboral para el arbitraje voluntario. Los artículos 172-195 del Decreto núm. 1818 de 7 de septiembre de 1998, por el cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, nos proponen un arbitraje laboral acorde a su vez con los artículos 130-138 del Código de procedimiento laboral y 452 y ss del Código Sustantivo de Trabajo. Nos interesan especialmente los arts 172-180/184-195, que resumen los caracteres básicos del arbitraje voluntario del siguiente modo: “*Los patronos y los trabajadores podrán estipular que las controversias que surjan entre ellos por razón de sus relaciones de trabajo serán dirimidas por arbitadores. La cláusula compromisoria deberá hacerse constar siempre por escrito, bien en el contrato individual, en el contrato sindical, en la convención colectiva, o en cualquier otro documento otorgado posteriormente. Las partes designarán a uno o varios árbitros, designación en la que podrá intervenir un juez como medida auxiliar. Los árbitros deberán emitir un laudo en el plazo de 10 días contados desde la integración del tribunal arbitral. Los honorarios del tribunal se pagarán por partes iguales, salvo que los interesados acuerden otra forma de pago.* En los artículos 182-183, se regula el “arbitramento obligatorio”, de carácter público, donde las diferencias son notables respecto al anterior: *La composición del tribunal siempre será tripartita, formada por un árbitro designado por la empresa, otro designado por el sindicato o sindicatos a que estén afiliados la mitad de los trabajadores, y el tercero nombrado por el Ministerio de Trabajo de una lista integrada por abogados titulados especialistas en derecho laboral o expertos en situación económica y social del país de conocida honorabilidad. Lista formada por la Sala Laboral de la Corte*

la arbitrabilidad, según la tipología del conflicto, en razón de la disponibilidad. Criterios moderados de la arbitrabilidad. Y, por último, aquellos que prohíben radicalmente la arbitrabilidad en el ámbito de lo social, grupo, que en la actualidad, se está quedando vacío. Criterios prohibitivos o impeditivos de la arbitrabilidad. Dando por supuesto el carácter público de la institucionalización dentro de la cual se permite la arbitrabilidad.

408. En el primer sistema, se engloban los países anglosajones, en general, y EEUU, en particular, donde las controversias en el ámbito laboral decididas por tribunales arbitrales están a la orden del día. Es de destacar la impresionante práctica arbitral en este sentido, entre la que nos ha llamado especialmente la atención, la relativa a los Derechos civiles adyacentes a controversias que versan sobre el despido de un trabajador/a, tales como la discriminación sexual, racial, discriminación por edad, etc.¹³⁰¹. La amplitud de criterios mostrados a la hora de admitir la arbitrabilidad de las controversias deja fuera de toda duda cualquier reticencia en contra de la arbitrabilidad de la controversia laboral dentro del cauce para ello señalado. El tema que aún en la actualidad sigue suscitando amplias polémicas es el de las cláusulas de arbitraje obligatorias en los contratos de trabajo. Tal es así, que no es alarmista predecir que la tendencia en éste campo se encuentra cada vez más encaminada a sustituir al arbitraje por los métodos alternativos de resolución de controversias- ADR- en los contratos de

Suprema de Justicia". Para un mayor abundamiento en la regulación del arbitraje laboral colombiano, *vid.*, concretamente, cada uno de los artículos citados.

¹³⁰¹ *Vid.*, Ch. Baker, "Sexual Harassment v. Labor Arbitration: Does Reinstating Sexual Harassers Violate Public Policy?", *Un. Cincinnati L.R.*, vol. 61, 1992-1993; L.C. Roszkowski y R.F. Wayland, "Arbitration review: Is the Public Policy Against Sexual Harassment Sufficient Cause for Vacating an Arbitration Award?", *Labor L. J.*, 1993, pp. 706-717. Por ello, la arbitrabilidad de las controversias implica la aplicación de normas específicas contenidas en la ADEA, *Age Discrimination in Employment Act* de 1967, 2, 29 U.S.C., 621 (1994), NYSE, y ERISA, *Employee Retirement Income Security Act*. Dentro de un marco de protección. El arbitraje laboral se entiende ampliado a cualquier controversia que surja en un conflicto laboral, de ahí, la arbitrabilidad de los derechos civiles, *vid.*, Ch. Hexter, "Judicial Review of Labor Arbitration Awards: How the Public Policy Exception Cases Ignore the Public Policies Underlying Labor Arbitration", *Saint Louis Un. L. J.*, vol. 34, 1990, pp. 77-107; L.K. Saunders, "Legislative Research Bureau Report. The Quest for Balance: Public Policy and Due Process in Medical Malpractice Arbitration Agreements", *Harvard J. L.*, vol. 23, 1986, pp. 267-285; C.B. Hagen & K.B. Hayward, "The Issues Concerning Mandatary Arbitration", *loc. cit.*, pp. 22-28; G.T. Mayes, "The Third Circuit Defines the Public Policy Exceptions to Labor Arbitration Awards- *Exxon Shipping Co. v. Exxon Seamen's Union*, 993 F.2d 357 (3d Cir. 1993)", *Temple L.R.*, vol. 67, 1994, pp. 493-508; P. Pashler, "Arbitration Award Reserving School District's Determination that Teacher's Performance was Unsatisfactory is Subject to Narrow Scope of Review Modeled on Federal Precedent and Neither Arbitrator's Mistaken Conclusions of Fact or Law, nor Public Policy Favoring Quality Educations, Supports Overtuning", *Drake L. R.*, vol. 35, 1985-87, pp. 249-260.

trabajo¹³⁰². La disposición núm. 347 de la *New York Stock Exchange*, (NYSE), requiere que los empleados firmen un convenio de arbitraje como condición para trabajar como miembro de la organización NYSE. Lo cual, desde nuestro punto de vista, da lugar a un arbitraje obligatorio, que podría considerarse lesivo para la parte trabajadora que se ve compelida a recurrir al arbitraje. Aunque varios autores de la doctrina norteamericana recurren a la excepción de orden público para solventar este problema, de modo que argumentan que el trabajador no queda desprotegido de la jurisdicción estatal, porque si no están satisfechos con el resultado del arbitraje laboral siempre pueden utilizar el recurso de anulación del mismo ante un Tribunal federal, utilizando la excepción de orden público¹³⁰³.

409. En el segundo sistema, donde existen restricciones a la arbitrabilidad en Derecho laboral, podemos englobar a la totalidad de países que forman parte del ámbito latinoamericano¹³⁰⁴ y comunitario, excepto el Reino Unido, que estaría integrado en el primer grupo. Aquí, se diferencian los arbitrajes específicos para determinadas controversias laborales del resto de arbitrajes laborales, que si versan sobre materia disponible se consideran arbitrables conforme a los criterios civiles o comerciales del arbitraje. Dentro de este segundo sistema tendríamos que establecer otro subsistema. Clasificación que versa según si la cláusula compromisoria esta inserta en las condiciones generales del contrato de trabajo o se acuerda en el mismo momento de plantearse la controversia. En el primer caso, la mayoría de las legislaciones despliegan el dispositivo del orden público de protección y tienden a prohibirlas por razones de orden público, debido a que no se garantiza que la parte considerada débil haya accedido voluntariamente al mismo. Así ocurre en Bélgica, algunos Cantones Suizos,

¹³⁰² Afirmación realizada por A. Lanni, "Protecting Public Rights in Private Arbitration", en el comentario al caso *Cole v. Burns International Security Services*, 105 F. 3d 1465 (D.C. Cir. 1997), *Yale L. Journ.*, vol. 107: 1151, 1998, pp. 1157-1162, esp. p. 1159.

¹³⁰³ Para un estudio de la jurisprudencia norteamericana en este sentido, al igual que de la posición de la doctrina respecto a la NYSE, *vid.*, J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 285 y 302-319.

¹³⁰⁴ Como México, Colombia, Perú, etc, *vid. supra*, lo cual es lógico ya que se han alimentado de legislaciones europeas, como la francesa y la española, junto con la Ley Modelo de la Uncitral. En México, las Juntas Federales de conciliación y arbitraje para arbitrajes laborales independiente del poder judicial, *vid.*, J.A. Silva, *Arbitraje comercial internacional en México*, Atizapán de Zaragoza, Estado de México, Pereznieto Editores, 1994, pp. 156-157.

Francia, Holanda y Suecia¹³⁰⁵, aunque en estos dos últimos países el recurso al arbitraje es únicamente para los conflictos laborales colectivos y casi nunca para los individuales¹³⁰⁶.

410. En tercer lugar, los países donde la arbitrabilidad se encuentra radicalmente prohibida son en la actualidad difíciles de encontrar. Hasta hace poco el adalid de este grupo era Italia, considerado tradicionalmente el polo opuesto al arbitraje laboral¹³⁰⁷. Pero tal representatividad ya no tiene entidad debido a que Italia ha pasado recientemente a permitir la arbitrabilidad de ciertas controversias que se plantean en un conflicto sindical, claro ejemplo de arbitraje público¹³⁰⁸. Sí se sigue manteniendo la prohibición en Bulgaria, que se opone expresamente el arbitraje en las relaciones laborales¹³⁰⁹.

¹³⁰⁵ Francia ha sido un país tradicionalmente reticente al arbitraje laboral. La prohibición del mismo no se debe, sin embargo, a que exista una atribución imperativa de jurisdicción en el *Conseil Prud hommes*, sino que en el Derecho Francés la cláusula compromisoria incluida en un contrato de trabajo es nula. Sólomente si el compromiso ha sido firmado después de la relación laboral ésta sería lícita, cf., B. Goldman, "Arbitrage Commercial International...", *loc. cit.*, p. 10. En Suiza, aunque exista una atribución imperativa de jurisdicción para algunos conflictos individuales o colectivos en Derecho del trabajo, la competencia exclusiva de los tribunales laborales en derecho interno no debe extenderse para el supuesto si éste es internacional. El carácter imperativo interno no debe imponerse al arbitraje internacional. En consecuencia admiten la arbitrabilidad internacional en orden a un principio de orden público internacional, a no ser que el árbitro en atención a criterios también de orden público internacional de protección social, decida que debe declararse incompetente para juzgar sobre un determinado conflicto laboral. *Vid.*, P. Lalive, J.F. Poudret y C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 306-307.

¹³⁰⁶ Para una bibliografía más detallada en el arbitraje laboral en relación con los países nombrados en Derecho comparado, cf. A. Samuel, *Jurisdictional problems...*, *op. cit.*, 1989, pp. 141-143.

¹³⁰⁷ Así, se desprende de la legislación italiana, tanto de Derecho Laboral, como la relativa al arbitraje, *vid.*, en este último caso el comentario de P.A de Miguel Asensio, "El arbitraje internacional...", *loc. cit.*, pp. 348-355. Así como, en la práctica, la Corte de Casación Italiana, confirmó la prohibición del arbitraje en todos los conflictos laborales "sin excepción", tanto en el ámbito interno como en el internacional, *vid.*, la Sent. de la *Corte di Cassazione*, de 27 de abril de 1979, *Riv. dr. int. pr. proc.*, 1979, núm. 3, pp. 565-571, *id. loc.*, 1980, p. 458, *Year. Comm. Arb.*, vol VI, 1981, p. 229, donde se anuló una cláusula compromisoria incluida en un contrato de trabajo internacional.

¹³⁰⁸ El arbitraje estuvo prohibido en Italia desde 1942 para resolver cualquier controversia relacionada con el Derecho del trabajo. Tras la reforma del Derecho laboral italiano de 1998, Decreto correctivo núm. 387, para el arbitraje sindical, las partes sociales han apostado por incentivar en Italia, una alternativa a la justicia laboral del Estado, para las controversias que se den en la negociación colectiva en la materia, *vid.*, G. Pera, "La nuova disciplina dell'arbitrato nelle controversie di lavoro", *RIDI*, 1999, núm. 1, pp. 359-375. Autor que no es particularmente entusiasta de la iniciativa arbitral, porque los árbitros no tienen el poder que sí tienen los tribunales, *id., loc.*, p. 359. El espíritu de la reforma del Derecho laboral quiere propiciar el arbitraje sindicalizado, la parte social debe garantizar la presencia del sindicato en el desarrollo del arbitraje. El árbitro podrá dirimir sobre las controversias relativas al despido del trabajador, y podrá restablecer en su puesto a aquellos trabajadores que hayan sido despedidos injustamente, pero, en ningún caso se permitirá que los árbitros resuelvan en equidad.

¹³⁰⁹ En el artículo 2 de la Ley Bulgara de arbitraje comercial internacional de 5 de agosto de 1988, se prohíbe el arbitraje en las controversias relativas a los derechos reales, a la posesión de un

411. Tres salvedades en el ámbito internacional. La primera, es que a diferencia de lo que ocurre en el Reino Unido y en EEUU, en el resto de los países el arbitraje laboral no es prácticamente utilizado, sino es en la vertiente pública del mismo¹³¹⁰. En segundo lugar, hay que destacar que en muchos de los países que hemos nombrado, el éxito del arbitraje laboral es muy reducido si lo comparamos con el procedimiento de conciliación en el mismo campo¹³¹¹. Puesto que la conciliación aparece aquí como uno de los mecanismos extrajudiciales más eficaces a la hora de ponerse de acuerdo los intereses de los trabajadores y los empresarios¹³¹². Ante la inadecuación de la administración de justicia se ha establecido un nuevo equilibrio en la manera de rendir justicia en los conflictos individuales de trabajo donde por encima del arbitraje, entendido éste en su sentido judicial y público, se ha recurrido a la conciliación, mediación y amigable composición en los conflictos individuales de trabajo¹³¹³. Una tercera salvedad, que también se comprueba en la práctica, es que el recurso al arbitraje laboral tiene más aceptación en los conflictos de carácter colectivo, que en aquellos de naturaleza individual¹³¹⁴. Ello, por la propia dinámica del mundo laboral, donde el trabajador no suele reclamar aisladamente siendo más lógico que acuda a un sindicato

inmueble y a las relaciones laborales, *vid.*, el artículo y la Ley en la *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, p. 149, con el comentario a la Ley de E. Gueorguiev, “La loi bulgare sur l’arbitrage...”, *ibid.*, p. 39.

¹³¹⁰ Prueba de ello, *cf.* A. Samuel, *Jurisdictional problems...*, *op. cit.*, 1989, p. 142. El autor llama la atención de la gran diferencia existente en la práctica entre los países anglosajones y el resto de países señalados.

¹³¹¹ Si bien es verdad que en el ámbito laboral se tiende más a recurrir al acto de conciliación previamente de acudir al orden jurisdiccional, *vid.*, el Fundamento Jurídico Sexto (FJ), tercer párrafo, de la Sent. TC de 18 de marzo de 1992, *RAJ*, 1992, 30 (*BOE* de 10 de abril de 1992). Y, en Italia, los comentarios a la reforma laboral a la que antes aludíamos, donde además el arbitraje sindical sólo puede tener lugar tras el fracaso de la conciliación intentada con anterioridad, *vid.*, R. Vaccarella, “Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del p.i. e sull’arbitrato in materia di lavoro”, *ADL*, 1998, p. 139, y también M. Grandi, “La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel p.i.”, *LPA*, 1998, p. 789.

¹³¹² En este sentido, Lorca Navarrete, constata que en la práctica el arbitraje está destinado a ocupar un puesto secundario en la resolución de controversias laborales, al menos en España. Se recurre más a otros mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias como son la conciliación y la mediación, *cf.*, “La resolución de conflictos laborales a través de la mediación, arbitraje y conciliación en el seno institucional”, *La Ley*, 1990, p. 899.

¹³¹³ Sobre la evolución contemporánea de los nuevos mecanismos de resolución de controversias adaptados a la conflictividad laboral, *vid.*, B. Blohorn-Brenneur, “Conciliation, amiable composition et médiation judiciaires dans les conflits...”, *loc. cit.*, pp. 785-799.

¹³¹⁴ *Vid.*, *supra.*, las consideraciones vertidas al respecto por la doctrina española, al estudiar el arbitraje laboral en España.

que reclama colectivamente como tal agrupación de trabajadores haciendo suya la queja particular, a través de un mecanismo público y no privado¹³¹⁵.

B) Orden público en la práctica laboral internacional y compromiso arbitral

412. Un laudo de hace más de veinte años nos aporta, aún en la actualidad, las claves fundamentales para observar los principales problemas que se plantean en relación con la arbitrabilidad y el orden público de protección en los conflictos del orden de lo social. Es el laudo de la CCI núm. 2558/1976¹³¹⁶. En este caso, somos testigos excepcionales de una de las escasas ocasiones en las que un árbitro internacional se declara incompetente por razón de la inarbitrabilidad de la controversia. La meticulosidad que empleó el árbitro en la provisión de su propia competencia, para después negarla, es la que nos ha proporcionado un análisis exhaustivo del tratamiento de la arbitrabilidad de la cláusula compromisoria en los contratos internacionales de trabajo. Los hechos que dieron origen a la controversia, presentada ante la Corte de Arbitraje de la CCI, se debieron a la ruptura de las relaciones laborales en un contrato de agencia mercantil internacional que vinculaba a una sociedad francesa y a un ciudadano de la misma nacionalidad. La causa de despido del agente, que realizaba su trabajo en cuatro países distintos, tuvo su origen en que según la sociedad éste se había extralimitado en sus obligaciones del contrato de agencia al haber desarrollado su actividad fuera de los territorios acordados. El contrato de trabajo contenía una cláusula que preveía que todas las posibles controversias surgidas entre trabajador y empresario fuesen decididas en la CCI.

En primer lugar, se da uno de los requisitos enunciados con anterioridad para que la parte débil de la relación contractual adquiera la disponibilidad de sus derechos. Se ha roto la relación laboral que le vinculaba con el empresario terminando con la

¹³¹⁵ Sobre la aplicación de normas imperativas en un contrato internacional de trabajo relativo a un conflicto derivado de un convenio colectivo, *vid.*, en general, la nota de A. Crespo Hernández a la Sent. TS (Sala Cuarta) de 7 de julio de 1997, *RAJ*, 1997, núm. 5565, *REDI*, vol. L, 1998, núm. 1, pp. 339-342, aunque no se contenga específicamente en la misma una cláusula arbitral.

¹³¹⁶ *Vid.*, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 952-957. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 189-192, con las observaciones al respecto de Y. Derains, *ibid.*, pp. 192-195, relativo a un contrato de agencia mercantil y a la nulidad de la cláusula compromisoria en materia de contrato

situación de desigualdad que impedía la plena disponibilidad y, en consecuencia, la arbitrabilidad.

413. En un principio, el orden público de protección social actúa para proteger a la parte débil de la relación contractual, por lo que se puede deducir que sólo el trabajador puede invocar la nulidad de dicha cláusula, pero aquí ambas partes tenían argumentos para declarar la nulidad del convenio de arbitraje. La parte débil, invocando el convenio como cláusula abusiva y, la parte fuerte, basándose en la inarbitrabilidad del conflicto laboral. Se plantea, entonces, si ambas partes pueden invocar la nulidad, o sólo el trabajador a quién realmente va dirigido el orden público de protección¹³¹⁷. En la práctica, da igual qué parte reclame la nulidad del convenio arbitral, ambas pueden hacerlo. Lo que ocurre es que a diferencia del árbitro, que considera que la razón de la legitimidad bilateral para invocar la nulidad del convenio se debe, más que a la protección de una cierta categoría de personas, a la prohibición *per se* de la arbitrabilidad en materia laboral, nuestro punto de vista es totalmente distinto¹³¹⁸.

En la actualidad, aunque no exista una prohibición expresa del arbitraje social por parte del legislador interno, la cuestión de la arbitrabilidad en contratación laboral sigue planteando serias dudas en atención a su permisividad. Reiteramos una vez más que en el planteamiento del orden público en CGC, la verdadera función del mismo, su condición suficiente, es la protección de la parte débil elevada a principio de orden público transnacional. Es la base de su contenido junto a su finalidad tuitiva lo que

internacional de trabajo, declarando la inarbitrabilidad de la materia y, en consecuencia, la incompetencia arbitral al respecto.

¹³¹⁷ En este sentido, lo habitual hubiese sido que al plantearse la controversia, el adherente fuera el que hubiese invocado la nulidad de la cláusula arbitral como cláusula abusiva por el hecho de encontrarse ésta inserta en las condiciones generales del contrato. No obstante, contra todo pronóstico, fue la propia sociedad la que planteó la incompetencia de la jurisdicción arbitral para decidir sobre un contrato de trabajo sobre la base de la inarbitrabilidad de la materia laboral por su contrariedad con el orden público. Surge así la cuestión de si el predisponente puede invocar la nulidad del convenio arbitral que él mismo ha incluido, si no impuesto, en el contrato.

¹³¹⁸ Aunque coincidamos en el resultado que permite a las dos partes invocar la nulidad del convenio arbitral, creemos que la explicación que da el árbitro para justificar la legitimidad de la sociedad empresarial para apelar la inarbitrabilidad del convenio, y su consiguiente nulidad, se encuentra anclada en el criterio tradicional francés, restrictivo a la arbitrabilidad de las controversias en aplicación del art. 2060 Cc y del art. 1004 del C. Procesal, que consiste en que no permiten comprometer en “aquellas materias que interesen al orden público”, *vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 9 de febrero de 1954, *S. A. Agricole c. Torris*, *Rev. arb.*, 1955, pp. 21 ss. Aunque el árbitro no haga alusión directa a la misma, sino a la Sent. de la *Cour. Cass.* de 2 de diciembre de 1964, *Dalloz*, 1965, p. 412, y a la Sent. de la *Cour. Cass.*, de 11 de octubre de 1971, *Dalloz*, 1972, p. 688, también apegadas a las consideraciones

justifica la nulidad del convenio arbitral por razón de su inarbitrabilidad sin importar la parte que haga valer la nulidad.

414. El segundo punto, a tener en cuenta, es la valoración de la arbitrabilidad en el contrato de trabajo internacional como *prius* para la validez del convenio de arbitraje y como condición para la competencia de los árbitros¹³¹⁹. Para valorar la arbitrabilidad en el contrato de agencia mercantil internacional, como contrato de trabajo, el árbitro aplica la ley del ordenamiento jurídico francés, considerado el Derecho aplicable a la arbitrabilidad en este caso¹³²⁰. Las soluciones jurídicas francesas relativas a arbitrabilidad y a la validez de la cláusula compromisoria en los contratos de trabajo, fueron expuestas por el árbitro en los siguientes términos:

“La cláusula compromisoria sólo se permite a efectos de los posibles litigios enumerados en el art. 661 del Ccom, lo que implica la necesidad de un litigio que haya surgido entre comerciantes y a propósito de un acto de comercio. Por ello, en principio, un litigio relativo a cualquier clase de representación puede ser sometido a arbitraje desde el momento en el que la representación tenga carácter mercantil. Por el contrario, es imposible recurrir al arbitraje en una controversia relativa a un contrato de trabajo. El Código de trabajo prevé la nulidad de cualquier cláusula atributiva de competencia territorial. (...) la atribución de jurisdicción o de competencia exclusiva, no implica la nulidad de la cláusula compromisoria. (...). Lo que sería más justo es ver si la materia laboral es “por naturaleza” de orden público, para comprobar que el litigio individual de trabajo no es congénitamente refractario al arbitraje”.

más tradicionales de la jurisprudencia francesa, restrictivas a la arbitrabilidad en materias relacionadas con el orden público en general.

¹³¹⁹ *Vid.*, el estudio de la arbitrabilidad como presupuesto del arbitraje, y como requisito de validez del convenio de E. Artuch Iriberry, “Arbitraje comercial internacional”, *op. cit.*, pp. 478-487.

¹³²⁰ Llama aquí la atención sobre la base de qué criterio el árbitro, en un contrato de trabajo internacional, decide la cuestión de la ley aplicable a la arbitrabilidad. El propio árbitro justifica su decisión de seleccionar el Derecho francés, argumentando que implícitamente por las circunstancias del caso, donde el trabajador y el empresario eran franceses, la aplicación de la ley francesa al contrato, no puede ser discutida en modo alguno. Siguiendo el método conflictual, a falta de elección expresa de la ley aplicable, ésta habría debido deducirse según el lugar de la ejecución de la prestación principal característica del contrato, es decir, el lugar de la actividad del agente, que como aquí es de cuatro o más países, al haberse éste presuntamente extralimitado en sus funciones, “*la economía y los términos del contrato, indican que ésta ley es la francesa*”. El contrato se celebró en París y es allí donde ambas partes tienen su domicilio, *cf.*, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 190-191, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 950-951. *Vid.*, especialmente las observaciones de Y. Derains relativas al derecho aplicable, *ibid.*, pp. 194-195.

415. En relación con estos criterios son necesarias tres apreciaciones. En primer lugar, en éste punto los argumentos del árbitro en aplicación de la ley francesa, se encuentran desfasados incluso para el momento en que fueron dictados, ya que desde el asunto *Hecht* quedó claro la permisividad de la arbitrabilidad de las controversias surgidas en un acto mixto, entre comerciante y no comerciante¹³²¹. En segundo lugar, se afirma que el contrato de agencia mercantil internacional sí es arbitrable, lo que es inarbitrable es que la controversia se ha basado en una relación de trabajo, de lo que se deduce que implícitamente el árbitro está considerando que la arbitrabilidad en una relación contractual laboral es contraria al orden público¹³²². Otro límite a la arbitrabilidad se debe a la posibilidad de que exista una competencia atributiva de jurisdicción, en este caso a los Tribunales de Trabajo franceses que impida el arbitraje en materia laboral, cuestión que ya hemos visto no es la causa de la inarbitrabilidad¹³²³. No obstante, de las consideraciones expuestas por el árbitro se deduce que el conflicto de trabajo es “congénitamente refractario al orden público” como razón fidedigna de la inarbitrabilidad.

416. Queda por valorar las especiales características del supuesto controvertido en atención a su internacionalidad como último recurso para permitir la arbitrabilidad de la cláusula compromisoria en una relación laboral internacional. Lo primero, es saber si realmente estamos ante un supuesto internacional, dado que si tiene esa cualidad, habremos de tratarlo en el arbitraje con carácter especial, totalmente desvinculado de las condiciones impuestas para los supuestos sustantivos internos en el mismo ámbito,

¹³²¹ Vid., la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 19 de junio de 1970, *Hecht c. Société Buisman's*, *Journ. dr. int.*, 1972, p. 62, con nota de B. Oppetit. Principio de validez de la cláusula compromisoria internacional, en la Sent. de la *Cour de cassation (2^a Chambre civile)* de 4 de julio de 1972, *Hecht c. Société Buisman's*, *Journ. dr. int.*, 1972, núm. 4, p. 843, con nota de B. Oppetit, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1974, p. 82; también comentada por P. Level, *Rev. arb.*, 1972, núm. 1, p. 76, *Rev. trim. dr. com.*, 1973, p. 499, y por Y. Loussouarn. Ni que decir tiene que después del levantamiento en Francia de la reserva de comercialidad, *vid.*, Ph. Fouchard, “La leve par la France...”, *loc. cit.*, pp. 575-582, tal distinción entre actos de comercio, se encuentra totalmente superada en la actualidad.

¹³²² La competencia arbitral depende del tipo de contrato de trabajo. Si se trata de un contrato de representación no remunerada o de un contrato de relación contractual de subordinación exclusiva, el árbitro sí es competente, pero si se trata de un contrato de trabajo el árbitro es incompetente. La verdadera razón de la incompetencia del árbitro, en este caso, se debió a que tras el análisis de las relaciones contractuales se comprobó que la cuestión de fondo versaba únicamente sobre el contrato de trabajo, inarbitrable por su contrariedad con el orden público, *vid.*, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 192.

¹³²³ Vid., *supra.*, en la reagrupación de criterios de la condición necesaria, cap. II. II. 3. A) y B).

sobre todo, en lo que al orden público se refiere¹³²⁴. La decisión del árbitro en éste sentido fue que la nulidad de la cláusula compromisoria en materia laboral es una nulidad absoluta. La jurisprudencia seguía apegada a la nulidad de las cláusulas compromisorias en los contratos de trabajo, como solución tradicional del Derecho francés, sin tener en cuenta que el contrato fuese internacional. Sin embargo, creemos que si el mismo supuesto hubiese sido decidido en la actualidad, probablemente el árbitro sí hubiese aceptado la arbitrabilidad de la controversia como requisito imprescindible para estatuir sobre su propia competencia. Cosa distinta, es que estemos de acuerdo con tal recurso jurisprudencial de la validez en todo caso del convenio de arbitraje internacional¹³²⁵.

417. Ya ha sido afirmado que tal actitud laxista en relación con la arbitrabilidad de las controversias, únicamente si el contrato es internacional, hace un mal servicio al arbitraje comercial internacional. Es una pérdida innecesaria para las partes el arbitrar *ratione materiae* a toda costa, aún cuando pende sobre el procedimiento la amenaza cierta de la ineficacia final del laudo¹³²⁶. Por ello se aplaude la decisión aquí tomada por el árbitro de no permitir la arbitrabilidad del contrato de trabajo, dado que el laudo tiene todos los visos de ser ejecutado también en Francia, y probablemente si se hubiese permitido la arbitrabilidad, éste hubiese sido anulado posteriormente en la fase post-arbitral, como consecuencia del orden público internacional francés, contrario a la

¹³²⁴ En este sentido, dos son los criterios que permitieron al árbitro apreciar el carácter internacional de un contrato. El criterio jurídico o concepto formal del contrato internacional vinculado al hecho de que el contrato afecta a varios sistemas jurídicos. Y el criterio económico o concepto sustancial del contrato internacional, que tiene en cuenta la entrada en juego de los intereses del comercio internacional, el cual, en éste caso, es el que ha dado lugar a que el árbitro considere a éste supuesto como internacional, *cf.*, ambos criterios en Y. Derains, haciendo uso de la terminología de B. Goldman, en las observaciones de Y. Derains, *Jur. arb. CCI, op. cit.*, pp. 192-193.

¹³²⁵ El árbitro, en este caso, no utilizó este principio de validez, porque a la hora de tomar su decisión el referido principio no estaba asentado en la jurisprudencia francesa. Claro está que según la dialéctica argumentativa empleada para justificar el principio de validez, toda cláusula compromisoria inserta en un contrato internacional va a ser siempre considerada como válida. Lo único que se tendrá en cuenta será el convenio y no los otros presupuestos del arbitraje, ni la arbitrabilidad ni la autonomía de la voluntad, así como tampoco se paran en comprobar el resto de requisitos que sí afectan a la validez del convenio. Se consideraría entonces a la cláusula compromisoria internacional siempre válida, independientemente de cualquier ley estatal y de la inarbitrabilidad del objeto material.

¹³²⁶ *Vid. infra*. Cap. V. El epígrafe dedicado al principio de la eficacia arbitral *v. favor arbitrandum*, que venimos reiterando desde el inicio del estudio de la fase negocial y las teorías hacia una arbitrabilidad internacional ilimitada que imperan en la actualidad.

arbitrabilidad del conflicto laboral¹³²⁷. Prueba de ello, es que de forma casi coetánea al laudo comentado, fueron rendidas cuatro decisiones sobre el asunto *Banque de Financement Industriel c. Roudy*, donde no se reconoció una sentencia arbitral por ser contrario al orden público francés el exequátur de un laudo internacional que versaba sobre la arbitrabilidad y el orden público en un contrato internacional de trabajo¹³²⁸.

Del mismo modo, tampoco se aceptó, en la decisión de la jurisprudencia italiana que confirmaba la prohibición del arbitraje en todos los conflictos laborales “sin excepción”, tanto en el ámbito interno como en el internacional¹³²⁹. Las sentencias judiciales que posteriormente tuvieron que enfrentarse a la arbitrabilidad de una

¹³²⁷ Compartimos aquí las observaciones de Y. Derains al laudo comentado que se felicita de que el árbitro no haya utilizado los criterios jurisprudenciales de las decisiones francesas de la época, que abogaban por la validez de la cláusula compromisoria incluida en un contrato internacional, independientemente del resto de factores, como aquí, el del orden público y la arbitrabilidad, determinantes de su validez material. Nos referimos concretamente a la no consideración de los asuntos *Hecht y Menicucci, vid., Cour d'appel de París de 19 de junio de 1970, Hecht c. Société Buisman's, id. loc. Y, Cour d'appel de París de 13 de diciembre de 1975, Menicucci c. Mahieux, Journ. dr. int., 1976, núm. 1, pp. 106 ss; Rev. crit. dr. int. pr., 1976, p. 511, con nota de B. Oppetit. Por lo tanto, aunque como dijimos antes, el arbitraje se nos muestra desfasado conforme a la realidad jurisprudencial del momento, por otro lado, es ésta una decisión más realista que las demás.*

¹³²⁸ Se justificaba el rechazo al exequátur sobre la base del carácter no comercial de un contrato laboral que vinculaba un alto directivo francés, M. Roudy, con un banco monegasco, *Banque de Financement Industriel*. Y además se estima que existe una competencia exclusiva de jurisdicción a los tribunales de trabajo: “*Le Tribunal du Travail est seul compétent pour connaître en première instance des différends s'élevant à l'occasion d'un contrat du travail*”, *vid., Tribunal de Grande Instance de Paris, de 12 de mayo de 1975, Banque de Financement Industriel c. Roudy, Tribunal de Première Instance de Mónaco, Sent. de 13 de diciembre de 1974, Cour de Revision de Mónaco, Sent. de 23 de octubre de 1975, y el mismo asunto en la sentencia también de la Cour de Revision de Monaco, de 8 de mayo de 1976, Rev. arb., 1977, núm. 1, pp. 174-191, con nota a las cuatro decisiones de E. Mezger, ibid., pp. 191-194.*

¹³²⁹ *Vid., la Sent. de la Corte di Cassazione, Sent. de 27 de abril de 1979, Riv. dr. int. pr. proc., 1979, núm. 3, pp. 565-571, id. loc., 1980, p. 458, Year. Comm. Arb., vol VI, 1981, p. 229, donde se anuló una cláusula compromisoria incluida en un contrato de trabajo internacional. La decisión se refiere a un contrato de trabajo concluido entre una sociedad italiana y uno de sus trabajadores que contenía una cláusula de arbitraje, que estipulaba que las controversias que pudiesen surgir entre el trabajador y la empresa deberían ser resueltas por un único árbitro que correspondía elegir al Cónsul italiano en Jeddah, previéndose la aplicación de la ley del lugar de celebración del contrato, es decir, el Derecho de Arabia Saudí. Ante la aparición del conflicto, el obrero decidió demandar ante el Pretor de Roma que en Italia es la jurisdicción competente para resolver las controversias en materia laboral.*

La diferencia es que mientras el Derecho italiano no permite la arbitrabilidad de la diferencia en el ámbito laboral, según el Derecho de Arabia Saudí, está permitido que un conflicto surgido en el orden de lo social, sea resuelto por vía de arbitraje. En este supuesto concreto, la Corte de Casación italiana confirmó que habría que aplicar la *lex fori* a la cuestión de la arbitrabilidad en materia laboral como si se tratase de un principio de orden público internacional. Los tribunales estatales italianos no reenvían a las partes al arbitraje a pesar de la existencia de un convenio de arbitraje válido, porque consideran que la materia relativa a contratos de trabajo no es arbitrable en Italia, en aplicación incluso del Convenio de Nueva York. Y además estima que los criterios *lege foristas* son los mismos que deben ser utilizados para interpretar los artículos II y V del Convenio de Nueva York, así como el art. VI. 2 del Convenio de Ginebra de 1961. *Vid., el estudio de dicha sentencia por B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", loc. cit., pp. 922-924, esp. p. 924.*

cláusula compromisoria inserta en un contrato de trabajo hicieron también caso omiso al principio de validez de la cláusula compromisoria internacional para justificar la arbitrabilidad de la controversia internacional en materia laboral¹³³⁰. Así se demostró en la sentencia dictada en el asunto *Société Ceramique Ragno c. Chauzy*, donde de nuevo se afirmó la nulidad de la cláusula compromisoria inserta en un contrato de trabajo, aunque éste fuese internacional¹³³¹.

418. El primer cambio respecto a la restricción absoluta hacia la arbitrabilidad de la contratación laboral, considerada innatamente contraria al orden público internacional, tuvo lugar con el asunto *Freyssinet*¹³³². Aquí, el árbitro debía dirimir directamente sobre los conflictos ocasionados como consecuencia de la toma de control de la sociedad *Renardet* por la sociedad *Freyssinet international*. En el caso, se planteó también, de manera accesoria, la resolución del incumplimiento de la promesa de renovación del contrato de trabajo al presidente de la sociedad cedida. Según el demandante la ruptura del contrato de trabajo no podía ser sometido a juicio de los árbitros “*en vertu de l’ordre public international*”¹³³³. La respuesta del Tribunal en este caso no fue todo lo clara que hubiera sido de desear en relación con la arbitrabilidad. Por un lado, el Tribunal afirma que los árbitros se han pronunciado sobre una controversia contractual y por tanto arbitrable en lo que respecta al orden público internacional.

Por vez primera, en materia laboral, se muestra un importante respeto por el arbitraje internacional y por el principio de competencia-competencia de los árbitros. De modo, que aunque la controversia contenga indirectamente una causa relativa a un conflicto laboral, los árbitros serán competentes para decidir sobre su propia

¹³³⁰ Así, de entre las sucesivas sentencias judiciales que no estimaron la arbitrabilidad de un contrato de trabajo internacional, *vid.*, la Sent. de la *Cour d’appel* de París de 24 de noviembre de 1981, *Rev. arb.*, 1982, núm. 2, p. 224, con observaciones de Ph. Fouchard, Sent de la *Cour de Cassation*, de 5 de noviembre de 1984, *Rev. arb.*, 1986, núm. 1, p. 47, con nota de M.A. Moreau-Bourles, y la Sent. de la *Cour d’appel* de París de 14 de diciembre de 1990, *Rev. arb.*, 1991, núm. 2, p. 365. Todas ellas, citadas y más desarrolladas en J.B. Racine, *L’arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 70-72, esp. nota. 242.

¹³³¹ *Vid.*, la Sent. de la *Cour de Cassation* de 12 de febrero de 1985, *Société Ceramique Ragno c. Chauz*, *Rev. arb.*, 1986, núm. 1, p. 47 con nota de M.A. Moreau-Bourles. También en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, p. 469, con nota de M.L. Niboyet-Hoegy.

¹³³² *Vid.*, la Sent. de la *Cour d’appel de Paris (1° Ch Civ)* de 28 de febrero de 1992, *Société Freyssinet international c. Renardet et autres*, *Rev. arb.*, 1992, núm. 4, pp. 649-651, con nota de D. Cohen.

¹³³³ *Ibid.*, p. 649.

competencia en razón de la arbitrabilidad internacional. Siendo, en todo caso, muy conscientes de que posteriormente su decisión se someterá al control judicial, que comprobará si se han extralimitado en su competencia o en su misión arbitral y donde se verificará si el conflicto puede ser anulado en virtud del orden público internacional¹³³⁴. Sin embargo, de otro lado, el tribunal, tras realizar estas consideraciones que parece que van a dar lugar al reconocimiento de la arbitrabilidad laboral internacional, se cuida de llegar a una solución más matizada. En sus argumentos, se esfuerza en demostrar que la controversia no es relativa a la ruptura de la promesa del contrato de trabajo, dado que demanda no ha sido dirigida contra el empresario, ni contra el trabajador, sino contra el grupo cesionario, con lo que, en el caso *Freyssinet*, el Tribunal consigue eludir referirse a la arbitrabilidad internacional en los contratos de trabajo.

419. Un año después, tuvo lugar el asunto *Grenoble*, donde, ahora sí, por primera vez, se dio paso a la arbitrabilidad de la controversia en un contrato de trabajo internacional¹³³⁵. A pesar de la impresión inicial, es éste un supuesto al que quizás se le ha dado un alcance exagerado en relación con la arbitrabilidad en materia de contratación laboral y su no-contrariedad con el orden público internacional. No dudamos de su importancia en otros aspectos tan esenciales como el apuntalamiento del principio de validez del convenio de arbitraje internacional junto con el levantamiento de la reserva de comercialidad en Francia¹³³⁶. Sin embargo, su comentario no se detiene tanto en la arbitrabilidad. La repercusión que ha tenido en relación con la misma ha sido más bien escasa y su apertura hacia el arbitraje laboral internacional no dio, tras éste caso, los frutos que en un principio parecían estar augurados. La controversia no decide

¹³³⁴ Vid., las consideraciones del Tribunal: “*Les arbitres sont compétents pour déterminer la portée de la convention d’arbitrage, mais peuvent être soumis au contrôle de la Cour d’appel qui, dans le cadre du recours en annulation, peut vérifier s’ils n’ont pas dépassé leur mission ..*”, especialmente las observaciones de D. Cohen a la Sentencia *Freyssinet international c. Renardet et autres*, *id. loc.*, p. 651.

¹³³⁵ Vid., la Sent. de la *Cour d’appel de Grenoble (Ch. Soc.)*, de 13 de septiembre de 1993, *Société CFTE c. J. Dechavanne*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 337-342, con nota de M.A. Moreau, *ibid.*, pp. 342-347.

¹³³⁶ Vid., las tajantes afirmaciones del Tribunal de Grenoble al respecto nada más comenzar la sentencia: “*La validez de la cláusula de arbitraje en materia de contratos de trabajo, ha sido confirmada por el Gobierno francés, con la carta del 17 de noviembre de 1989, dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, por la cual ha sido levantada la reserva de comercialidad que había realizado Francia al ratificar el Convenio de Nueva York de 1958. Por ello, conforme al art. II. 1 del Convenio, Francia se ha obligado sin ninguna reserva a someter a arbitraje todas o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a*

directamente sobre el orden público de protección en un contrato de trabajo, sino sobre la ruptura de una promesa de un contrato laboral incluida en un acuerdo de cesión de partes de una sociedad.

En efecto, los hechos se basan en un contrato de cesión de parte de la sociedad francesa *CFTE* a la sociedad alemana *Merkel*, donde se establecía claramente que en caso de controversia las partes se someterían a un tribunal de arbitraje con sede en Suiza. Junto a la cláusula compromisoria existía una cláusula de confidencialidad que permitía garantizar el secreto del acta de la operación además de contener la promesa de restablecer en su puesto directivo administrativo a los dos cesionarios franceses. Años más tarde de la cesión uno de ellos, el Sr. *Dechavanne*, fue destituido de su puesto lo que le llevó a demandar a *Merkel* ante el *Conseil des Prud'hommes* por no haber respetado la promesa de trabajo inicial haciendo caso omiso de la cláusula compromisoria y de la de confidencialidad. El primer tema que se planteó el tribunal de apelación fue el de la validez de la cláusula compromisoria incluida en un contrato de cesión y el del contrato internacional de trabajo individual anexo al mismo. El Tribunal de *Grenoble* fue en éste sentido tajante en su decisión inicial afirmando, fuera de toda duda, la validez de la cláusula compromisoria inserta en un contrato internacional de trabajo individual: “*La cláusula compromisoria inserta en un contrato internacional de trabajo individual es válida. El trabajador, al igual que el comerciante, puede estar interesado en que se le aplique un reglamento de arbitraje que le permita participar en la designación de los árbitros antes que ser juzgado por un tribunal estatal que no comparta la misma cultura jurídica que éste*”¹³³⁷.

Lejos de estatuir directamente sobre la arbitrabilidad y el orden público internacional de protección al trabajador, la decisión del Tribunal se centra exclusivamente en la internacionalidad del contrato de cesión y en el principio de autonomía del convenio arbitral¹³³⁸. El convenio de arbitraje es válido porque es

un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”, cf., la Sent. de la Cour d'appel de Grenoble (Ch. Soc.), de 13 de septiembre de 1993, Société CFTE c. J. Dechavanne, loc. cit., p. 337.

¹³³⁷ *Ibid*, p. 337.

¹³³⁸ Ni siquiera se reconoce la internacionalidad de la promesa del contrato de trabajo. Mientras el reconocimiento del carácter internacional del contrato de cesión, no es aquí discutido ni discutible, la promesa del contrato de trabajo se considera de dudosa internacionalidad. El motivo es que la sociedad

internacional, independientemente de la materia sobre la que verse la controversia arbitral. El levantamiento de la reserva de comercialidad en Francia basta para no detenerse en si la materia es o no comercial, ya que ello no presenta ya interés a la hora de decidir sobre la arbitrabilidad. De acuerdo a estos dos factores, junto al de la naturaleza particular del acuerdo suscrito que no versa directamente sobre el derecho del trabajador sino sobre la cesión del control de una sociedad, éste caso concreto se escapa a la prohibición de la arbitrabilidad de un conflicto laboral. Es decir, el hecho de que la controversia no fuese *sensu stricto* de naturaleza laboral es lo que ha despreocupado al tribunal de Grenoble de decidir directamente sobre la arbitrabilidad del contrato de trabajo internacional. ¿Qué hubiera ocurrido, si la relación laboral no hubiese estado aquí integrada en una relación más concreta como es la cesión?. La respuesta nos la da el propio tribunal. El supuesto hubiera sido considerado interno y por tanto nulo. Únicamente se ha salvado por estar incluido en una relación contractual más amplia y ser ésta internacional, esto es, porque se ha contagiado del principio de validez del convenio de arbitraje internacional¹³³⁹.

420. Tras este supuesto parecía que iba a existir un antes y un después de *Grenoble*, en relación con la validez de la cláusula compromisoria en un contrato de trabajo internacional, pero no ha sido así. Reiteramos que su importancia mayor fue relativa al principio de validez del convenio arbitral internacional pero no ha resuelto el problema de la arbitrabilidad. Este caso tuvo la trascendencia justa en el sentido en que por primera vez se admitía la arbitrabilidad de la controversia internacional en materia laboral, pero sólo porque la relación de trabajo se contenía dentro de otro acuerdo

resultante a pesar de estar controlada por la sociedad alemana, sigue estando domiciliada en Francia donde también realiza su principal actividad, por lo que el contrato de trabajo prometido, no sería internacional sino interno, *cf.*, la Sent. de la *Cour de cassation soc.*, de 5 de noviembre de 1984, *Rev. arb.*, 1986, núm. 1, p. 49. Y, la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 10 de diciembre de 1985, *Rev. arb.*, 1985, núm. 1, p. 157, con nota de M.C. Rondeau-Rivier y Sent. de la *Cour d'appel* de París de 14 de diciembre de 1990, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 365 ss, con observaciones de B. Moreau, enunciados en la propia sentencia *Grenoble, op. cit.*, p. 346.

¹³³⁹ Al considerarse la promesa del contrato de trabajo de carácter interno sería una promesa nula, porque el art. L. 511-1 del Código de trabajo, establece aquí la nulidad de la cláusula compromisoria. *Cf.*, B. Moreau, "L'arbitrabilité des conflits individuels de travail", *Rev. arb.*, 1980, núm. 2, p. 222. Sólo el carácter internacional del contrato de cesión en el que se encuentra ha validado la relación laboral, por considerarse al contrato principal internacional y no versar la controversia directamente sobre la relación laboral, ni sobre la exigencia de orden público de protección al trabajador: "L'exigence de protection du salarié était donc bien lointaine (...). L'allergie du droit du travail à la

general, el de cesión. No era estrictamente relativa al Derecho del trabajo y, además, el afectado era un alto directivo y no un asalariado medio. Incluso, se es de la opinión, de que si de un asalariado medio o bajo se hubiera tratado no se hubiese permitido la arbitrabilidad. El factor económico, en definitiva, se revela como fundamental.

421. Prueba de que después de *Grenoble* no se ha mantenido el cambio pronosticado a favor de la arbitrabilidad, la sentencia de 24 de marzo de 1995, *Bin Saud Bin Abdel Aziz c. Crédit Industriel et Commercial de Paris*¹³⁴⁰. Los jueces consideran que las cláusulas compromisorias insertas en un contrato de trabajo internacional son ilícitas, no cumplen la condición suficiente para la arbitrabilidad. El orden público de protección del trabajador debe prevalecer incluso si el arbitraje es internacional. En el asunto posterior de 3 de julio de 1997, *Millac-Deletang c/ SCOP Couécou*¹³⁴¹, relativo a la cláusula compromisoria en un contrato de trabajo, arbitrabilidad y orden público, se retrocede aún más al considerar que la materia laboral no es arbitrable debido a que existe una atribución imperativa de jurisdicción. Al igual que las últimas sentencias al respecto, de 16 de febrero, *Soc. Château Tour Saint Christophe et autre c. M. Aström*, y de 4 de mayo de 1999, *Sacinter c. Piquet*, respectivamente, se muestran tajantes al rechazar la existencia de una cláusula compromisoria inserta en un contrato internacional de trabajo que sea oponible a cuestiones que afectan al salario del trabajador considerado claramente de orden público internacional¹³⁴².

clause compromissoire ne s'efface donc que si la relation de travail s'intègre dans une relation commerciale internationale plus large", *Grenoble*, *op. cit.*, p. 347.

¹³⁴⁰ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 24 de marzo de 1995, *Bin Saud Bin Abdel Aziz c. Crédit Industriel et Commercial de Paris*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 2, p. 259, con nota de J.M. Talau, donde se confirmó la inarbitrabilidad de la cláusula compromisoria en un contrato internacional de trabajo, al igual que está también prohibida para los arbitrajes de consumo.

¹³⁴¹ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel* del Paris (1^{re} Ch. C), de 3 de julio de 1997, *Millac-Deletang c/ SCOP Couécou*, *Rev. arb.*, 1997, núm. 4, pp. 611-612, con las observaciones de L.D., *ibid.*, pp. 612-613. En este caso concreto, se trata de un supuesto en apelación donde se pretende excluir la sentencia arbitral dictada en un contrato individual de trabajo, debido a que existe una atribución imperativa de jurisdicción al *Conseil des prud'hommes*, *cf.*, *id. loc.*, p. 614.

¹³⁴² *Vid.*, las sentencias de la *Cour de cassation* (Ch. Soc.) de 16 de febrero de 1999, *Soc. Château Tour Saint Christophe et autre c. M. Aström*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 88, 1999, núm. 4, pp. 745-747 y la de la *Cour de cassation* (Ch. Soc.) de 4 de mayo de 1999, 2^o *arret*, *Sacinter c. Piquet*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1999, núm. 4, pp. 747-748, con nota de F. Jault-Seseke, *ibid.*, pp. 748-758. Arbitrabilidad internacional en contratos de trabajo. En la primera de ellas, el Sr. Aström, de nacionalidad sueca, fue contratado por la sociedad francesa "Château Tour Saint Christophe". En el contrato de trabajo se preveía una cláusula compromisoria que preveía el arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, pero al plantearse la controversia se atribuye competencia a los tribunales franceses del orden de lo social descartándose la existencia de la cláusula compromisoria. En el segundo caso, Mr. Piquet, ingeniero de nacionalidad belga, fue contratado por la Sociedad suiza Sacinter, para ejecutar un trabajo en Francia. En

C) La condición suficiente del orden público en la arbitrabilidad laboral internacional

422. Tras el análisis realizado en la práctica de arbitraje laboral internacional es evidente que no se puede llegar, de *lege ferenda*, a una solución general que nos permita extrapolar criterios unánimes, aunque la balanza se incline más del lado de la negación de la condición de suficiencia de la arbitrabilidad internacional en éste ámbito. Todo apunta a que el orden público transnacional se opone a la misma si la controversia versa directamente sobre una relación de trabajo. De hecho, en el caso *Freyssenet* y, sobre todo, en *Grenoble*, donde la arbitrabilidad fue admitida, lo fue de una manera encubierta, ya que la cuestión relevante era el contrato de cesión y dentro del mismo, de manera colateral, la relación laboral basada en una promesa de trabajo¹³⁴³. No estamos, pues, de acuerdo con los autores que afirman que existe una corriente jurisprudencial a favor de la validez de la cláusula compromisoria inserta en un contrato de trabajo internacional¹³⁴⁴. Creemos, que lo que realmente existe es una corriente jurisprudencial a favor de la validez de la cláusula compromisoria internacional, en general, pero no en cuanto a la validez del convenio arbitral inserto en un contrato de trabajo, en particular.

el contrato de trabajo se prevé una cláusula compromisoria donde se acuerda que toda controversia resultante del contrato de trabajo, será resuelta por un tribunal arbitral con sede en Laussane. En los dos casos, la Corte de Casación francesa, según F. Jault-Seseke, manifiesta una clara hostilidad a las cláusulas compromisorias insertas en un contrato de trabajo. En los dos asuntos se afirma la inoponibilidad del arbitraje a las cuestiones relativas al salario del trabajador concernido. Solución que nos lleva una vez más a preguntarnos por el tema de la arbitrabilidad de las controversias en materia internacional, y el método y los criterios utilizados para separar lo que es arbitrable de lo que no lo es en el arbitraje internacional, *cf.*, las interesantes apreciaciones al respecto sobre lo aquí expuesto de F. Jault-Seseke, *loc. cit.*, p. 749. Así como, las consideraciones posteriores al rechazo al método conflictual para determinar la arbitrabilidad, las propuestas de elaboración de una norma material, basada en la *lex fori* que decidirá sobre la arbitrabilidad de las controversias, la protección de la parte débil en los contratos de trabajo y la conclusión definitiva de hacer de la libre disponibilidad de los derechos el único criterio válido para determinar la arbitrabilidad internacional de las controversias, *ibid.*, pp. 750-758, especialmente ésta última.

¹³⁴³ Reiteramos, una vez más, que la relación no era estrictamente laboral. En ninguno de los supuestos analizados se ha considerado aisladamente la relación laboral sino dentro del contrato de cesión. En todos los casos jurisprudenciales citados, la protección real del trabajador no era discutida. La controversia consistía en una operación compleja que trataba sobre la cesión del control, *cf.*, las anotaciones de M.A. Moreau al caso *Grenoble*, *loc. cit.*, p. 347.

¹³⁴⁴ De ésta opinión, entre otros M.F. Hoellering, "Arbitrability of Disputes", *loc. cit.*, pp. 125-144, J.B. Racine, *ibid.*, *op. cit.*, p. 74, y B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 966.

423. Una solución para la arbitrabilidad en una relación laboral internacional podría venir de la mano de la aplicación de criterios específicos en relación con la situación social y económica del trabajador concernido. En el asunto *Grenoble* ocurrió que la parte trabajadora era un alto ejecutivo, lo cual fue determinante para que se admitiera la arbitrabilidad. Es necesario destacar que el tribunal aquí no se plantea la protección del orden público internacional de la parte débil de la relación contractual por un motivo muy simple, el trabajador afectado es un alto directivo. Si el caso hubiese afectado a una relación laboral de bajo o medio nivel del asalariado, seguramente el tribunal de *Grenoble* no hubiese permitido la arbitrabilidad, por mucho que el supuesto hubiese sido internacional y que se hubiese levantado en Francia la reserva de comercialidad¹³⁴⁵. Se podría admitir el principio de la arbitrabilidad de las controversias sólo para los trabajadores directivos y continuar refiriéndonos al criterio de libre disponibilidad de derechos para los otros tipos de controversias.

Los trabajadores directivos no tienen la misma protección que los asalariados que no tienen ninguna función de dirección. En este punto, coincidimos en la propuesta de J.B. Racine que indica que el Derecho belga nos puede servir como fuente de inspiración. El art. 69 de la Ley belga de 3 de julio de 1978, se nos muestra como una importante referencia legislativa en atención de la aplicación de criterios económicos para resolver el tema de la arbitrabilidad laboral. Citamos textualmente: “*La clause d’arbitrage est valable à l’égard de l’employé dont la rémunération annuelle dépasse 1.675.000 francs et qui est chargé de la gestion journalière de l’entreprise ou assume dans une division de l’entreprise ou dans une unité d’exploitation, des responsabilités de gestion comparables à celles exercées au niveau de l’ensemble de l’entreprise*”¹³⁴⁶.

424. A diferencia de lo expuesto en contrato de consumo y contrato de seguro internacional, no vemos por qué, en los casos referidos a los altos directivos, un contrato de trabajo no puede ser arbitrable una vez que se ha acabado la relación laboral, o incluso durante la misma, si ésta está en suspenso. Un árbitro sí puede decidir

¹³⁴⁵ De la misma opinión, M.A. Moreau, que aunque no entra en más explicaciones al respecto, finaliza su comentario señalando que si los trabajadores afectados por la controversia arbitral son directivos de un alto nivel, pueden estar más que interesados en llevar su contencioso ante un tribunal arbitral, *cf.*, la nota a la Sent. de la *Cour d’appel de Grenoble (Ch. Soc.)*, *loc. cit.*, último párrafo, p. 347.

retrospectivamente sobre las circunstancias económicas derivadas de una relación laboral para decidir sobre una posible indemnización o incluso restablecer al trabajador en su puesto si así lo quiere el trabajador y se ha firmado una cláusula compromisoria en este sentido¹³⁴⁷. Mientras tanto, en el resto de supuestos, no creemos que el arbitraje internacional, desvinculado del carácter público y estatal que es la principal característica del arbitraje laboral, sea la institución más aconsejada para resolver una controversia del orden de lo social, un conflicto laboral que ataña a un trabajador individual. No obstante, hoy por hoy, no se considera recomendable un sistema de arbitraje internacional para resolver, con carácter general, todos los conflictos laborales que se pudieran presentar, excepto el desenlace previsto para los altos directivos a los que sí les puede interesar recurrir al arbitraje.

425. La solución generalizada, aunque utópica, vendría a través de la institucionalización de un sistema de arbitraje para las relaciones laborales internacionales que garantizase el orden público de protección social verdaderamente internacional, entendido en este caso desde la perspectiva de las normas imperativas internas protectoras del asalariado de aquel país donde éste venga desarrollando habitualmente su principal actividad, que tenga en cuenta las circunstancias sociales y económicas del trabajador concernido¹³⁴⁸. Mientras tanto, el arbitraje comercial internacional no es el mecanismo más adecuado para dirimir las controversias que deriven del orden de lo social. La solución tradicional del arbitraje comercial internacional es aquí difícil de aceptar. En los terrenos donde existe una parte débil en la contratación internacional, el arbitraje se desenvuelve como un elemento extraño al

¹³⁴⁶ Cf., J.B. Racine, *ibid.*, *op. cit.*, p. 74, nota 257, señalando a su vez a, V.B. Hanotiau, “L’arbitrabilité des litiges en droit belge au regard de la pratique internationale”, *Mélanges R. O. Dalcq, Responsabilités et assurances*, Bruselas, Larcier, 1994, pp. 269-280.

¹³⁴⁷ A favor de estos criterios según los cuales los árbitros pueden aplicar, de igual manera que un juez, las normas imperativas que protegen a las cuestiones laborales, se manifestaba J. Deprez, *vid.*, “Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international”, *Rev. dr. aff. Int.*, 1990, p. 846. Aunque él defendía la arbitrabilidad de la controversia internacional con carácter general.

¹³⁴⁸ La valoración del orden público por parte de los jueces también se vuelve más cercana. La justicia se ha vuelto más humana. Sabe que, en muchos sentidos, se ha quedado anquilosada por lo que tiende a adaptarse a la sociedad. Para ello ha adaptado las fórmulas conciliadoras y arbitrales que tanto éxito han tenido, unas en la resolución y otras, en la pacificación de conflictos. Tomando como ejemplo al arbitraje se pretende finalizar de una vez por todas con las graves acusaciones de distanciamiento y pasividad que desde la época revolucionaria se avalanzaban sobre la justicia tradicional: “*vous êtes les juges des citoyens, mais vous êtes les esclaves de la loi. Vous êtes les organes et non les arbitres; votre*

encontrarse en unos ámbitos muy alejados de su hábitat natural que no es otro que el mundo de las transacciones privadas internacionales.

426. A modo de conclusión general, el ámbito de aplicación personal en las controversias que afectan a consumidores, asegurados no-profesionales y trabajadores en el tráfico internacional, es el que ofrece mayores problemas a la hora de apreciar la condición de suficiencia del orden público en la arbitrabilidad internacional. La prohibición de la arbitrabilidad se justifica porque los sujetos controvertidos: consumidor, asegurado y trabajador, están en situación de desigualdad, no sólo contractual, sino, especialmente referido al sector laboral, también económica y social, con respecto al empresario. Por ello, aunque se dé la condición necesaria en las materias analizadas para permitir la arbitrabilidad, el orden público transnacional de protección no considera que se dé la condición suficiente para que se cumplan las suficientes garantías de orden público en el arbitraje internacional. El arbitraje internacional, no está concebido para éstos supuestos, como se ha demostrado con las particularidades señaladas en cada uno de ellos.

En el auge de la globalización actual no hay que olvidar que el exceso al recurso del arbitraje internacional también puede ser perjudicial. La espectacular expansión del arbitraje mercantil y su implantación generalizada en la contratación internacional han derivado en los defectos propios de la utilización masiva del arbitraje. Ello se ha caracterizado como “abuso del arbitraje”, que ha repercutido negativamente en su utilización en los ámbitos materiales aquí tratados¹³⁴⁹. Si hubiera voluntad se podrían articular procedimientos específicos de resolución de controversias internacionales adaptados a la protección de la parte débil. Protección que, hoy por hoy, no encuentra respuesta ni en los métodos tradicionales del DIPr, ni en el mecanismo articulado en el arbitraje internacional privado.

ministère est purement passif”, cf., B. Blohorn-Brenneur, “Conciliation, amiable composition...”, *loc. cit.*, p. 786.

¹³⁴⁹ Por estos motivos, no faltan voces que en la actualidad se decantan por otros métodos alternativos de resolución de controversias, entre los que se encuentran, por ejemplo, los conocidos como A.D.R., *Alternative Disputes Resolution*, cuya implantación generalizada en la práctica se encuentra hoy,

427. De otro lado, el análisis de la práctica arbitral en los sectores concretos aquí tratados nos ha permitido destruir en parte el mito del *favor arbitrandum* o de la arbitrabilidad ilimitada en el ámbito internacional. Un mayor rigor científico en el análisis empírico no avala el excesivo marketing al que dio lugar el tratamiento de la arbitrabilidad en determinados casos jurisprudenciales y arbitrales que más que la regla configuraban la excepción general. No es verdad que la práctica internacional tienda a un reconocimiento de la arbitrabilidad en éstos campos. Únicamente el caso *Jaguar* en contratos internacionales de consumo y el caso *Grenoble* en el marco laboral, permitieron la arbitrabilidad de la controversia internacional y ello bajo determinadas circunstancias que dan lugar a la consideración de un sentido muy restringido de ésta. Si bien, es cierto que un alcance desmesurado de su publicidad, por parte de la doctrina, ha tendido a exagerar sus consecuencias respecto a la arbitrabilidad de la controversia internacional en los ámbitos examinados en CGC, a lo que hay que sumar que se ha tendido a restringir el protagonismo del orden público en los mismos, el análisis realizado ha confirmado que ocurre todo lo contrario.

El orden público internacional sí juega aquí un papel fundamental. Según sus criterios no es recomendable la arbitrabilidad de la controversia internacional hasta que no se den unas garantías específicas de protección a la parte débil. Protección que es suplida en el arbitraje interno por el carácter público o semipúblico en él observado, aunque nos hayamos mostrado contrarios a la denominación de “arbitraje” a todo aquellos que no emerge directamente del ámbito de lo privado. Ahora bien, en ningún caso se ha puesto en duda que el árbitro no pueda aplicar la normativa imperativa y el orden público internacional a la parte débil¹³⁵⁰.

todavía muy atrasada, cf. B.M. Cremades, “La solución de conflictos internacionales: la nueva cultura del arbitraje comercial”, *loc. cit.*, p. 1.

¹³⁵⁰ Ni siquiera ha lugar a ello porque aquí es el propio orden público internacional el que no permite la arbitrabilidad por razones mucho más sencillas. La propia infraestructura del arbitraje privado internacional no ha sido concebida para mimar especialmente a éstas partes necesitadas de protección. El orden público realmente internacional de protección no aconseja la adaptación del arbitraje internacional en éstos tres últimos ámbitos específicos aquí tratados. Sin obviar que, por otra parte, los problemas en los que pueden verse implicadas las partes débiles de la contratación internacional mediante la aplicación de los mecanismos tradicionales de protección del DIPr, es una realidad que preocupa a la doctrina internacionalprivatista en la actualidad sin encontrar vías plenamente satisfactorias de solución.

FASE ARBITRAL

CAPÍTULO IV

EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

I. El árbitro ante el Derecho aplicable a la controversia

1. ORDEN PÚBLICO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: TENSIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

A) Consideraciones previas. Exclusión del orden público procesal

428. Dentro del marco de la autonomía de la voluntad en el arbitraje privado internacional la tensión entre lo público y lo privado, trasunta de la propia naturaleza de la institución arbitral, subyace implícita en todas las fases que aglutinan el proceso arbitral¹³⁵¹. Recorre desde aquellos aspectos puramente sustantivos, como los ya vistos en la arbitrabilidad en el conjunto de la fase negocial, orden público, criterios de determinación, atribución imperativa de jurisdicción por parte de los poderes públicos, etc., pasando por los aspectos propiamente procesales característicos del orden público procesal internacional de carácter transnacional, principios de audiencia, contradicción e igualdad¹³⁵²; y se trasluce en otro de los pilares que sustentan la institución arbitral, la autonomía de la voluntad, aquí referida al Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional. En definitiva, un alto potencial cuyo estallido o flexibilidad final sólo se resolverá una vez terminado el procedimiento arbitral y, si acaso tuviera lugar, con posterioridad, la fase de control. A excepción de aquellos supuestos en los que, previo a acceder a ésta última etapa, el propio árbitro es el que guiado por un imperativo ético o moral decide no seguir adelante con el procedimiento arbitral ante la imposibilidad de compatibilizar las pretensiones de las

¹³⁵¹ Poniendo de manifiesto dicha tensión, *cf.*, O. Chukwumerije, "Mandatory Rules of Law...", *loc. cit.*, pp. 560-561, y la numerosa práctica y doctrina que se refiere a la misma en las notas subsiguientes de esta sección.

¹³⁵² Aparte de lo indicado en el Capítulo conceptual en lo tocante al núcleo irreductible del orden público procesal considerado como un principio de orden público transnacional o auténticamente internacional en el desarrollo del procedimiento arbitral internacional, *vid., supra*. Es necesario justificar más adelante el porqué de su exclusión específica en cuanto al tratamiento del orden público procesal en la fase

partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad con el orden público estatal o transnacional en conflicto irreversible con las mismas¹³⁵³.

429. En éste ambiente de intranquilidad permanente, en materias relevantes para el orden público, hasta la evaluación del laudo arbitral internacional por un poder judicial nacional en la fase post-arbitral, si es que ésta tiene lugar, la situación de intermediación atribuida al árbitro es a todas luces bastante delicada. La elasticidad que tensa, por un lado, el alcance de la voluntad de las partes (y, en su defecto, la del propio árbitro), y por el otro, la capacidad de los sistemas nacionales en la regulación de las conductas y de las normas de los procedimientos arbitrales es uno de los temas más recurrentes en la literatura científica y práctica especialmente referida al arbitraje concernido por el factor de la internacionalidad¹³⁵⁴. De hecho, con carácter general, se ha llegado a afirmar que, en la actualidad, la única amenaza al amplio reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad como principio de orden público supranacional de la contratación internacional¹³⁵⁵ es el orden público y las normas materiales imperativas: “*Les règles impératives constituent*

arbitral en la que nos encontramos, *vid.*, al respecto, las consideraciones realizadas en breve en este mismo apartado.

¹³⁵³ Así, aunque no sea práctica habitual, encontramos supuestos en los que el árbitro ha estimado mejor dejar de decidir en atención a su deber moral de no permitir a las partes un uso fraudulento de la autonomía de la voluntad, *vid.*, entre otros, el laudo ya paradigmático de la CCI núm. 1110/1963, *Year. Comm. Arb.* vol. XXI, 1996, pp. 47-53 y las consideraciones realizadas por el árbitro en el laudo núm. 4972/1989, *Journ. dr. int.*, 1989, núm. 4, pp. 1100-1105, con observaciones *Clunet* (Y. Derains), *ibid.*, pp. 1105-1107. Casos de corrupción e, incluso, como se ha expuesto en la fase negocial, debido a que a pesar de las pretensiones de las partes, la propia materia era inarbitrable en atención a un orden público realmente internacional que prima sobre la autonomía de la voluntad, *vid. supra.*, las explicaciones en torno al laudo de la CCI núm. 2558/1976, *id. cit.*

¹³⁵⁴ Poniendo de relieve la tensión entre la autonomía de la voluntad de las partes, por un lado, y las normas imperativas y el orden público representando al Estado, por el otro lado, *vid.*, entre otros, M. Blessing, "Mandatory Rules of Law Versus Party Autonomy in International Arbitration", *Journ. int. arb.*, vol. 14, 1997, núm. 4, pp. 23- 40.

En la práctica más reciente, *cf.*, la tensión entre la voluntad de las partes y el orden público susceptible de hacer el laudo inejecutable en la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C)* de 11 de diciembre de 1997, *Société Cubana c/ Société Consavio International Ltd*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 124, con observaciones de D. Bureau, pp. 124-130.

¹³⁵⁵ En el curso de la Haya de P. Nygh, en 1995, se reafirmó con carácter inequívoco la supranacionalidad del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional: “*Basic to choice of law is the autonomy of the will of the parties. I saw that as a supra-national right not derived from any particular legal system*”, *cf.*, P. Nygh, “The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of law in Contract and in Tort”, *R. des C.*, t. 251, 1995, pp. 294-295.

désormais la seule restriction à l'autonomie de la volonté"¹³⁵⁶, constituyendo, hoy por hoy, la única limitación al principio del *ius dispositivum* como presupuesto de la institución arbitral y factor esencial en la elección del Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional¹³⁵⁷.

430. En el arbitraje, el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra estrechamente vinculado al orden público porque, en definitiva, es éste el encargado de delimitar la extensión y los límites de dicha autonomía¹³⁵⁸. A pesar de la flexibilidad que caracteriza al procedimiento de arbitraje el juego tiene unas reglas que aunque mínimas deben cumplirse. Son las normas de intervención y las disposiciones de orden público las que marcan, sólo si es necesario, la línea que el amplio poder dispositivo de las partes no puede atravesar¹³⁵⁹. Retrocediendo al pacto inicial al que nos referíamos en la introducción, aunque las partes y los árbitros, poderes privados, tengan un marco de actuación muy extenso en el uso de su autonomía de la voluntad en el arbitraje, éstos no deben nunca faltar a la confianza que en ellos han depositado los Estados. Los jueces privados, aun cuando están al servicio de las partes y sometidos a las disposiciones de las mismas según su voluntad a la hora de fijar cuestiones relacionadas con el procedimiento arbitral y con el Derecho aplicable a cada una de las fases del arbitraje, deben considerar las posibles limitaciones legales surgidas a través de las normas imperativas y del orden público internacional. La responsabilidad del árbitro no es sólo hacia las partes, de las que extraen su legitimidad, sino también hacia los Estados y la comunidad del comercio internacional¹³⁶⁰.

¹³⁵⁶ Cf., A. Bonomi, *Le norme imperative...*, *op. cit.*, p. 415.

¹³⁵⁷ Cf., tal afirmación realizada por, P. Nygh, "Choice of Forum and Laws...", *loc. cit.*, p. 20: "*The only threat to autonomy comes from mandatory laws*".

¹³⁵⁸ Potenciando la idea del orden público y de las normas materiales imperativas como las limitaciones fundamentales a la libertad del Derecho aplicable en el arbitraje internacional, cf., N. Voser, "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration", *Am. Rev. Int. Arb.*, vol. 7, núm. 3/4, 1996, pp. 319-357, esp. p. 329.

¹³⁵⁹ En este sentido, *vid.*, en general, las posibilidades, casi ilimitadas, del ejercicio de la autonomía de la voluntad en el arbitraje y sus estrechos límites en el trabajo de S. Perloff, "The Ties that Bind: The Limits of Autonomy and Uniformity in International Commercial Arbitration", *Univ. Penns. Jour. Int. Bus. Law.*, vol. 13, 1992, pp. 323-350.

¹³⁶⁰ Es el conflicto básico planteado entre el deber del árbitro de respetar el orden público de los Estados y la voluntad de las partes que lo han legitimado, cf. H. Arfazadeh, "L'ordre...", *loc. cit.*, pp. 245-247.

Por lo tanto, la afirmación según la cual los árbitros deberían estar exclusivamente obligados por la voluntad de las partes en una controversia internacional no puede ser aceptada en lo que concierne al respeto del orden público y de las normas materiales internacionalmente imperativas¹³⁶¹. Aunque estemos de acuerdo en que el árbitro se debe en principio a las partes, el arbitraje no sólo depende de la voluntad de éstas sino de la voluntad de los Estados y de los tribunales judiciales nacionales que reconocen y ejecutan los laudos arbitrales internacionales¹³⁶². Precisamente, la institución arbitral ha conseguido ampliar su propia autonomía penetrando en materias intervenidas por el orden público internacional de un Estado porque se ha mostrado capaz a la hora de mantener un equilibrio entre la voluntad de las partes y la seguridad jurídica, con especial transcendencia en el dominio del Derecho aplicable al fondo de la controversia¹³⁶³.

431. Una vez permitida la extensión de la arbitrabilidad en aquellos ámbitos materiales especialmente protegidos por el orden público y la normativa imperativa, la tensión se trasluce en la preocupación de los poderes públicos por el verdadero alcance de la autonomía de la voluntad en la fase del procedimiento arbitral¹³⁶⁴. Fase que engloba dos sectores claramente diferenciados. Los aspectos de orden público atinentes al orden público procesal específico del procedimiento de arbitraje internacional y aquellos relativos al orden público sustantivo en el Derecho aplicable al fondo de la controversia sujeta a un compromiso arbitral. Se pretende evidenciar que no se va a tratar específicamente el orden público procesal en el procedimiento de arbitraje internacional, puesto que al igual que lo expuesto con anterioridad en otras cuestiones concretas susceptibles de presentar una

¹³⁶¹ Como señala D. Hochstrasser, *cf.*, "Choice of law and "Foreign" Mandatory Rules in International Arbitration", *Jour. int. arb.*, vol. 1, 1994, p. 85.

¹³⁶² Aspecto éste que a pesar de su carácter reiterativo no se debe dejar de tener presente a lo largo de todas las fases en una investigación de este tipo, *cf.*, *ibid.*, pp. 85-86, a modo de conclusión final.

¹³⁶³ Y no sólo en cuestiones relativas a la arbitrabilidad de la controversia, sino que los árbitros respetan las normas imperativas, como límite a la autonomía de la voluntad de las partes, en la ley aplicable al fondo de la controversia, *vid.*, O. Lando, "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", *Essays on International Arbitration*, P. Sarcevic (ed.), Londres, Graham-Trotman, 1989, pp. 129-159.

¹³⁶⁴ No hay que olvidar que en muchas ocasiones la arbitrabilidad en materias sensibles al orden público es permitida "a condición" de que el árbitro aplique el orden público en la fase arbitral.

problemática específica en relación con el orden público en el arbitraje internacional¹³⁶⁵, es éste un tema que únicamente ofrece matizaciones muy puntuales de cara a las limitaciones imperativas y de orden público cuya discusión, sin desmerecer los meritorios tratamientos existentes al respecto¹³⁶⁶, se considera globalmente ya superada por la práctica y la doctrina internacional.

En la actualidad, son muy pocos los aspectos que arrojan dudas en lo que al orden público procesal internacional se refiere en su acepción general, dentro del núcleo irreductible del orden público procesal, principios de audiencia, de contradicción y de igualdad, que han sido elevados a la categoría de orden público auténticamente internacional y no suelen ser obviados en ningún procedimiento de arbitraje internacional. Los aspectos más problemáticos son aquellos derivados de cuestiones procesales puntuales,

¹³⁶⁵ Como la referida en la fase negocial, concerniente a la innecesariedad de un tratamiento específico en las cuestiones de orden público que se pudieran plantear en cuanto a la capacidad de los poderes públicos para ser sujetos activos del procedimiento arbitral. Habida cuenta de que, en la actualidad, es indiscutible la participación de Estados, organismos y empresas públicas en un procedimiento arbitral, considerándose además su legitimidad, en éste sentido, como un principio de orden público transnacional del arbitraje internacional. Sobre todo en relación con las conclusiones extraídas de la numerosa práctica al respecto. Desde la jurisprudencia *Galakis*, emblemática en el asunto de los contratos de Estado, Sent. de la *Cour de Cassation (1^{re} Ch. Civ.)* de 2 de mayo de 1966, *Trésor public c. Galakis, id. cit.*, donde la validez de un convenio de arbitraje concluido por una persona moral de Derecho público se adoptó como una regla material de derecho del arbitraje internacional. Hasta la numerosa jurisprudencia que lo ha confirmado en una multitud de supuestos internacionales, *vid.*, entre otras, la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 17 de diciembre de 1991, *Gatoil c. National Iranian oil Company (NIOC)*, *Rev. arb.*, 1993, núm. 2, p. 281, con nota de H. Synvet. La Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)*, de 24 de febrero de 1994, *Ministère Tunisien de l'équipement c. Sté Bec Frères*, *Rev. arb.*, 1995, p. 275, con nota de Y. Gaudemet. *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 682-690, esp. pp. 686-687. Solución, de nuevo ratificada en el asunto de 13 de junio de 1996, en la Sent. de la *Cour d'appel de Paris*, *Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c. Sté Icori Estero Spa/ Sté Lombardini Estero Spa*, *Rev. arb.*, 1997, núm. 2, p. 251, con nota de E. Gaillard, *journal. dr. Int.*, 1997, p. 151, con nota de E. Loquin y en el de la *Oberlandesgericht (Court of Appeal)*, Hamburgo, 6 de julio de 1994, *X. c. Croatian Company, formerly Yugoslav State entity*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 702-706. Junto a los laudos arbitrales de la CCI y de otras instituciones arbitrales y arbitrajes *ad hoc*, citados en el Cap. II.

¹³⁶⁶ De entre los trabajos específicamente dedicados a la relación entre el orden público y los aspectos procesales del procedimiento de arbitraje internacional, destacamos los de S.M. Schwebel y S.G. Lahne, "Public Policy and Arbitral Procedure", *op. cit.*, pp. 205-227; Ph. Fouchard, E. Gaillard, y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 972 y ss. Y los realizados particularizadamente en cuanto a los principios procesales considerados de orden público realmente internacional en el arbitraje internacional, como es el principio de contradicción, *vid.*, S. Guinchard, "L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire", *Rev. arb.*, 1997, núm. 2, p. 185. O, el orden público en los aspectos procesales del lugar de arbitraje, *vid.*, E. Verdura y Tuells, "La elección del lugar y el idioma en el procedimiento arbitral", *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 35-57; y, J. Paulsson, "The Extend of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs", J.D.M. Lew (ed.), *op. cit.*, pp. 141-148.

consecuencia lógica de la falta de una armonización de legislaciones procesales en un contexto universal globalizado¹³⁶⁷. Por lo que cabe concretar que a pesar de la falta de consideración de una problemática general en cuanto al orden público formal entendido bajo la forma de unas limitaciones insalvables constitutivas del orden público procesal verdaderamente internacional que garantiza la protección de los Derechos fundamentales en materia de procedimiento¹³⁶⁸, son los pequeños problemas derivados de las peculiaridades procesales de los distintos ordenamientos internos los protagonistas indiscutibles de las causas en las que aquí se habría de entrar analizando, caso por caso, las consideraciones derivadas del orden público¹³⁶⁹. No obstante, se ha pretendido no disociar las mismas por falta de espacio para un tratamiento que merecería ser objeto de un trabajo más amplio que las pequeñas pinceladas que a continuación son indicadas a este respecto.

432. No cabe duda, en primer lugar, que los árbitros ostentan amplios poderes tanto para organizar el procedimiento como para suplir la carencia o insuficiencia de las normas aplicables al mismo y así está reconocido en la práctica totalidad de las legislaciones

¹³⁶⁷ Son aspectos más puntuales que pueden suscitar, en cuanto al orden público procesal internacional, problemas derivados de las peculiares características procesales de los distintos sistemas legales. Por ejemplo, los relacionados con los plazos propios de los ordenamientos internos, las medidas auxiliares, cautelares o de colaboración que se puedan adoptar en el procedimiento, etc., *vid.*, M. Werner, "Mandatory National Procedural Law and Auxiliary Powers of Courts", ICCA Congress series núm. 7, Viena, 3-6 de noviembre de 1994, pp. 355-362. En definitiva, la problemática derivada de la falta de una armonización de legislaciones al respecto. Y, eso que, como se ha indicado, ya han existido intentos de armonizar las normas que regulan el arbitraje por medio de un "Código Procesal Comunitario", *vid.*, Ch. Wiegand, "Brussels and Arbitration Prospects, "pros" and "cons" of the National Procedural Laws and Arbitration Achemes within the European Community", *Arbitration*, vol. 61, 1995, núm. 2, pp. 125-13, *id.*, "Brussels and Arbitration", *Approximation of Judiciary Law within the EU and the Potential Impact on International Arbitration*", *Journ. int. Arb.*, vol. 12, 1995, núm. 4, pp. 4-28.

¹³⁶⁸ *Vid.*, *supra*, Cap. I, las reflexiones sobre el art. 6 CEDH, art. 24 C.E., etc., en cuanto a la consideración de orden público transnacional y los Derechos irreductibles de defensa como garantías *sine qua non* en cualquier procedimiento, sea éste público o privado, interno o internacional, junto a los laudos y la jurisprudencia allí citados en relación con el orden público procesal transnacional.

¹³⁶⁹ Por ejemplo, las consideraciones internas en cuanto al procedimiento no suponen, excepto en casos donde los derechos de defensa se vean vulnerados, una violación al orden público procesal, *vid.*, en cuanto al la composición de los árbitros la Sent. de la *Oberlandesgericht* (Corte de Apelaciones) de Hamburgo, 6 de julio de 1994, *X. c. Croatian Company, formerly Yugoslav State entity*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 702-706, que versaba sobre una entidad estatal yugoslava transformada en una compañía croata donde fue estimado que el tribunal arbitral compuesto únicamente por yugoslavos, no viola el orden público internacional ni los Derechos de defensa.

internas e internacionales sobre arbitraje¹³⁷⁰. La búsqueda de garantías y los límites de orden público ante tan amplio poder de iniciativa nos llevarán a detenernos en aspectos muy concretos en el curso de los diferentes apartados que serán aquí objeto de análisis. Es en el procedimiento donde el tema controvertido del orden público procesal presenta menos problemas en cuanto a que en la práctica no suele ser obviado, a pesar de que sí suele ser alegado por la parte reticente al cumplimiento del laudo dictado en su contra¹³⁷¹.

Los problemas son menores en atención a que en el arbitraje internacional contemporáneo es habitual que las partes deleguen las pautas a seguir en el desarrollo del procedimiento arbitral a una institución de arbitraje internacional que en su Reglamento y Estatutos fija las garantías procesales suficientes de orden público para que el arbitraje se lleve a cabo¹³⁷². Es necesario incidir, con pretensiones de generalidad, en que los posibles límites y deberes en el ejercicio de tal poder se deberán al obligado respeto del núcleo irreductible del orden público procesal de aceptación general formado por los principios

¹³⁷⁰ La libertad en el procedimiento arbitral, emanada de la propia autonomía de la voluntad siempre y cuando se dejen a salvo los principios procesales esenciales, es un elemento característico de la autonomía en el arbitraje internacional reflejado en los principales Convenios de arbitraje y en los Reglamentos internacionales en la materia, arts. V. 1 d) del CNY, art. IV del CG, art. 15 del Reglamento de la Uncitral, art. 13 y ss del Reglamento de la CCI, arts. 21 y ss de nuestra Ley de Arbitraje, etc. Libertad, también manifestada en las legislaciones más recientes de arbitraje internacional de entre las que destacamos el art. 39, primer párrafo, de la Ley de arbitraje costarricense de 1997: “(...) las partes podrán escoger libremente el procedimiento que regulará el proceso arbitral siempre que ese procedimiento respete los principios del debido proceso, el derecho de defensa y el de contradicción (...)”; y el art. 19 de la Legislación de arbitraje panameña, de 8 de julio de 1999, que expresa, de igual manera, que las actuaciones arbitrales se regirán por los principios de contradicción, impulso de oficio y leal colaboración de las partes en el desarrollo del proceso.

¹³⁷¹ En nuestro ordenamiento, *vid.*, las alegaciones a este respecto, en el Auto del TS (Sala 1ª) de 17 de febrero de 1998, *REDI*, vol. L., 1998, núm. 2, pp. 258-262, con nota de H. Aguilar Grieder y la Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 10ª), de 10 de diciembre de 1991, *RAJ*, 1991, 2300; también en *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 205-215, con comentario de E. Artuch Iriberry, “El recurso de anulación del laudo en el arbitraje comercial internacional (A propósito de la Sent. Aud. Territ. de Madrid de 10 de diciembre de 1991)”, *ibid.*, pp. 117-125, en la que se refiere al concepto de orden público sustantivo y procesal. *Vid.*, también, al respecto, la Sent. de la *Cour d’appel de Paris (1º Ch Civ)* de 10 de septiembre de 1993, *Soc. European Gas Turbines SA c. Soc. Westman International Ltd.*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, t. 83, pp. 349-360, con nota de V. Heuzé, *ibid.*, pp. 360-367. La conformidad del contrato y del procedimiento al orden público internacional, y la Sent. de la *Cour d’appel de Paris (1º Ch. C)* de 12 de noviembre de 1998, *Société civile financière Azzaro et autres c/ consorts Cattan*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 374-379, con nota de Ch. Jarrosson, pp. 379-380, donde sí se da una violación del orden público procesal, considerada un atentado a los Derechos fundamentales de defensa y al orden público procesal transnacional.

¹³⁷² Parcialmente en contra, dentro del marco de los arbitrajes institucionalizados o administrados no han faltado voces que han criticado que la institucionalización del arbitraje a través de los Centros permanentes de arbitraje encargados de regir los procedimientos celebrados en el seno de su institución limita

rectores del procedimiento arbitral considerados de orden público transnacional. Los Derechos de defensa, principios de igualdad, audiencia, y contradicción que adquieren su máximo relieve en el arbitraje internacional, actuando, no tanto como límites, sino como armonizadores en las cuestiones procedimentales conforme a las exigencias de la práctica¹³⁷³.

433. De otro lado, es la propia psicología del arbitraje la que prescribe el respeto de sistemas jurídico procesales muy diferentes ante la falta de una uniformidad procesal internacional siquiera en los aspectos del proceso más sencillos, desencadenante de problemas de orden público más específicos. Sobre todo en cuanto a las limitaciones temporales procesales que siguiendo los plazos impuestos por las legislaciones internas son susceptibles de violar un orden público internacional que puede exigir un plazo mayor para la adecuada defensa de sus intereses. Por ejemplo, existen una serie de supuestos, aunque si bien no son muy numerosos, en los que las partes objetan que los plazos procesales adecuados a las leyes internas que rigen el procedimiento, muchas veces coincidentes con la ley de la sede, son demasiado reducidos para que aquellas puedan hacer valer sus Derechos de defensa en el período de presentación de pruebas, interposición de recursos etc.¹³⁷⁴.

con sus normas internas el desarrollo total de la autonomía de la voluntad de los árbitros y de las partes en el mismo. De esta opinión, *cf.*, M. Medina de Lemus, *Contratos de comercio exterior...*, *op. cit.*, pp. 563-564.

¹³⁷³ Se subraya, de nuevo, la contemplación de dichos principios como garantías esenciales de un proceso justo y equitativo que constituyen una norma de orden público transnacional, núcleo irreductible del orden público procesal internacional que como tal, deben ser respetados por los árbitros, las partes, los jueces y las Instituciones privadas de arbitraje internacional, *cf.*, la anotación de G. Flécheux a la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C)* de 12 de marzo de 1998, *Société Doux c/ société FTT et autre*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 95-102, esp. p. 101. La necesidad de unos principios procesales de orden público que de manera uniforme constituyeran los límites, a la vez que los guías, de los procedimientos de arbitraje internacionales ha sido también subrayada por S.M. Schwebel y S.G. Lahne, "Public Policy and Arbitral Procedure", *op. cit.*, p. 206. Sobre el conjunto de la cuestión del arbitraje y los principios procesales *vid.*, las sentencias de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C)* de 12 de marzo de 1998, *Société Doux c/ société FTT et autre*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 95-99, con nota de G. Flécheux, *ibid.*, pp. 99-102, en relación con el procedimiento arbitral, el principio de contradicción y el valor supranacional del art. 6 CEDH. Principios de orden público procesal también contemplados en la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C)* de 15 de septiembre de 1998, *Société Cubic Defense Systems Inc. c/ Chambre de Commerce Internationale*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 103-113, con nota de P. Lalive, *ibid.*, p. 120.

¹³⁷⁴ *V. gr.*, el laudo dictado en el asunto de 27 de diciembre de 1980, *Société Italo-Belge pour le Commerce et l'Industrie v. S. p. a. I.G.O.R.*, *Year. Comm. Arb.*, vol. VIII, 1983, p. 383, y el anterior, de 1 de Mayo de 1971, *Compagnie de Saint Gobain-Pont à Mousson v. Fertilizer Corporation of India, Ltd.*,

434. Como reciente ejemplo indicativo de la particularidad procesal a la que nos referimos, resolviendo las relaciones entre el orden público en el Derecho comunitario y el Derecho procesal nacional de los Estados miembros en relación con la suspensión y la anulación del laudo, S. Alvarez González destaca acertadamente el problema del orden público procesal en el ámbito comunitario en el pulso de éste con el peso de las normas procesales internas de los Estados de la Unión¹³⁷⁵, a raíz de una de las últimas Sentencias del TJCE, en el caso *Eco-Swiss/Benetton*¹³⁷⁶. Dicho autor pone el dedo en la llaga al interrogarse sobre si el plazo para interponer un recurso de anulación, de 10 días en el ordenamiento español, art. 46. 2 LA, no es susceptible de ser contrario a un orden público procesal comunitario habida cuenta de que en otros de sus países el plazo es mayor¹³⁷⁷. Como por ejemplo, los tres meses para la interposición de recurso que prevé la Ley neerlandesa, art. 1064 WBR, considerados suficientes para no menoscabar los Derechos de defensa de la parte recurrente.

Se plantean muchos interrogantes a los que no parece darse una respuesta específica, si no es, en nuestra opinión, recurriendo a la tesis aquí defendida que aboga por la prevalencia de los rangos del orden público también válida en cuanto a su discusión

problemático también en cuanto al período de alegación de pruebas, donde no se considera que sea contrario al orden público internacional, ni causa de abuso alguno por parte de la autoridad arbitral en el procedimiento, la negativa a abrir un nuevo período probatorio, por negligencia de la parte que pretendiendo esto no había aportado los documentos correspondientes en el período anterior. Para un mayor abundamiento, *vid.*, a éste respecto lo señalado en cuanto a que los plazos procesales puedan vulnerar los Derechos de Defensa de las partes y el orden público procesal transnacional, por J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 848-849, y S.M. Schwebel y S.G. Lahne, “Public Policy...”, *op. cit.*, pp. 219-222.

¹³⁷⁵ *Vid.*, S. Alvarez González, “Arbitraje Comercial Internacional, orden...”, *loc. cit.*, pp. 1-5.

¹³⁷⁶ Sent. TJCE de 1 de junio de 1999, As. C-12/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, *Rec.* 1999. Resultante de las cuestiones prejudiciales derivadas a su vez de la Sentencia de la Corte de Apelación de la Haya, *Gerechtshof, 's-Gravenhage* Sentencia de 28 de marzo de 1996; *Eco Swiss China Time Ltd., (Hong Kong), c. Benetton international (Países Bajos)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIII, 1998 pp. 180-187, y de la Sentencia del Tribunal Supremo, *Hoge Raad*, de 21 de marzo de 1997, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton international*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIII, 1998, pp. 187-195.

¹³⁷⁷ Se vuelve a destacar los intentos de realizar un hipotético Código procesal comunitario a través de la armonización de las normas reguladoras del arbitraje, *vid.*, C. Wiegand, “Brussels and Arbitration”. Approximation of Judiciary law within the UE and the Potential Impact on International Arbitration”, *Journ. Int. Arb.*, 1995, núm. 4, pp. 4-28. Evidenciado como una solución necesaria en el marco de la Unión por M. Gómez Jene, en la introducción de, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, *op. cit.*

referida al orden público procesal que bien podría solucionar el problema de los plazos procesales distintos en cada entorno jurídico. Para ello se ha de recurrir a un oportuno estudio comparativo de los mismos en todas las legislaciones del ámbito europeo, para determinar el plazo consensuado conveniente en el contexto de la Unión, a falta de una armonización legislativa en este sentido como mejor solución¹³⁷⁸. Y ello, a pesar de los malogrados proyectos para conseguir una armonización de las normas reguladoras de los procedimientos de arbitraje en el marco de la Unión¹³⁷⁹. Reiterando, no obstante, que son éstas consideraciones que por ser demasiado puntuales y ante la posibilidad de tocar distintas fases del arbitraje que la estrictamente considerada requerirían, como se ha dicho, un tratamiento más exhaustivo que aquí ha sido expresamente excluido¹³⁸⁰. Conscientes, empero, de que los aspectos procesales del orden público referidos a las sentencias judiciales extranjeras e internacionales y las consecuencias que de él se derivan respecto al reconocimiento de las mismas en el marco comunitario, es una de las cuestiones que, en los últimos tiempos, más ha preocupado al TJCE. A través de las cuestiones prejudiciales a él planteadas en los asuntos *Krombach* y *Renault*, donde la discusión relativa al orden público según el art. 27. 1 CB ponía el acento mayoritario en las cuestiones procesales más que sustantivas del orden público comunitario observado desde la perspectiva estatal del control de la sentencia judicial en los Estados miembros¹³⁸¹.

435. Una vez aclarado éste aspecto y el porqué de la exclusión de un apartado específico relativo a los aspectos procesales del orden público en el procedimiento de

¹³⁷⁸ Ya que, por el momento, como especifica S. Alvarez González, no parece que se llegue a exigir la modificación de las normas procesales internas que disciplinan el procedimiento de anulación del laudo, *id.*, *ibid.*, p. 3. punto núm. 4, sexto párrafo.

¹³⁷⁹ Refiriéndonos de nuevo a los intentos fallidos de armonizar las normas que regulan el arbitraje por medio de un "Código Procesal Comunitario", analizados por, Ch. Wiegand, "Brussels and Arbitration Prospects, "pros" and "cons" of the National Procedural Laws and Arbitration Achemes within the European Community", *loc. cit.*, pp. 125-13, *id.*, "Brussels and Arbitration", *Approximation of Judiciary Law within the EU and the Potential Impact on International Arbitration*", *loc. cit.*, pp. 4-28.

¹³⁸⁰ Sobre el orden público procesal y la ley rectora del procedimiento arbitral, que ineludiblemente llevan a la aplicación de los principios procedimentales obligatorios, "nucleo irreductible del orden público procesal", *vid.*, en general, en nuestra doctrina, el estudio de J.A. Pérez Bevia, "Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público...", *loc. cit.*, pp. 84-90.

¹³⁸¹ *Vid.*, *supra.*, las dos últimas Sentencias del TJCE a este respecto citadas en la introducción y en el anexo final de la jurisprudencia comunitaria y los comentarios realizados a las mismas ya destacados.

arbitraje internacional, nos centramos en el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional donde la reticencia de la Administración pública se manifiesta de manera muy especial en relación con la amplitud conferida a la autonomía de la voluntad. Se trata de determinar, o al menos de prever, con carácter general, los límites de la voluntad de las partes respecto al orden público sustantivo y las normas imperativas en la fase arbitral.

A este respecto, hay que recordar que la problemática emergerá cuando en dichos ámbitos, especialmente delicados por su carácter de orden público o imperativo, las dos fuentes de las que bebe el poder del árbitro se enfrentan¹³⁸². Las partes intentan esquivar, no siempre de manera consciente, la aplicación de determinadas disposiciones imperativas a los contratos de los que son parte y el medio que utilizan para ello es la institución de arbitraje internacional. Con su actuación sitúan, voluntaria o involuntariamente, al árbitro en la difícil posición de tener que optar entre su lealtad a las partes (intereses privados), de las que depende y se encuentra atado por el vínculo originario de su naturaleza contractual evidenciado en el convenio arbitral del que extrae su legitimidad, y su deber de aplicar, por el otro lado, el orden público y las normas internacionales imperativas en determinadas materias que le han sido confiadas por el Estado (intereses públicos) como prueba de buena voluntad de éste hacia la institución arbitral¹³⁸³. Encontrándose obligado, en este último caso, por el contrapeso de su naturaleza jurisdiccional, constreñida en cuanto a la necesaria aplicación del orden público en el Derecho aplicable al fondo de la controversia como condición impuesta en determinados “arbitrajes condicionados”¹³⁸⁴ y como requisito necesario para conseguir la eficacia del laudo¹³⁸⁵.

¹³⁸² Recogiendo el hilo conductor de las explicaciones dadas en cuanto al orden público en la fase negocial. *Vid., supra.*, cap. II. I. 1. A).

¹³⁸³ *Vid.*, a este respecto, las indicaciones realizadas en la introducción.

¹³⁸⁴ El “arbitraje condicionado” que actúa de manera principal en el Derecho aplicable al fondo de la controversia por el árbitro internacional. Debemos recordar que la denominación de “arbitraje condicionado” se debe a que los Estados dejan a los árbitros el poder arbitrar en determinadas materias “a condición” de que éstos apliquen el orden público y las normas imperativas de obligatoria aplicación en las mismas.

¹³⁸⁵ La eficacia de la sentencia arbitral depende de que el desarrollo del arbitraje haya sido seguido convenientemente y, por lo tanto, no de motivos para ser causa de contestación de la sentencia. Sobre la eficacia en el procedimiento de arbitraje, tanto en cuanto al orden público procesal del procedimiento como en relación con el orden público sustantivo en el Derecho aplicable al fondo, ambos, íntimamente vinculados con la eficacia del laudo final, *vid.*, el resumen de Ph. Fouchard, a este respecto, sobre los trabajos del ICCA Congress de 1998, “Suggestions pour accroître l’efficacité...”, *loc. cit.*, pp. 653-672, esp. pp. 655 y ss, y la numerosa jurisprudencia allí citada.

436. No es de extrañar, por ello, que la referida tensión parezca siempre empañar el punto de mira del objetivo de los poderes públicos pendientes del alcance de la autonomía de la voluntad tanto material como conflictual en el arbitraje privado internacional. Ésta última institución se encuentra en alerta permanente dado el difícil equilibrio que debe realizar el árbitro para dar satisfacción, por un lado, a las partes privadas, mayoritariamente empresarios y agentes económicos internacionales que en su afán liberalizador y globalizador de las transacciones privadas internacionales pueden sentirse molestos con los sistemas imperativos y de control impuestos por los ordenamientos estatales y, por el otro lado, para respetar al orden público estatal de carácter internacional y transnacional, en la cumbre de la jerarquía de los rangos del orden público que aquí también desempeñarán un papel fundamental, puesto que, en la contradicción existente entre un orden público internacional estatal y un principio de orden público transnacional ampliamente reconocido en el ámbito universal, el segundo se aplicará preferentemente sobre el primero en la determinación del Derecho aplicable a la controversia internacional. Siendo en estos supuestos y de manera excepcional donde el árbitro se eximirá de respetar el orden público estatal a favor de otro principio de orden público internacional o transnacional de rango superior¹³⁸⁶.

B) El orden público en el alcance del *ius dispositivum*

a) *Balance entre intereses públicos y privados*

437. La necesidad de un balance entre intereses públicos y privados en la fase arbitral se materializa en aquellos ámbitos concernidos por una importancia esencial para la

¹³⁸⁶ *Vid., infra*. Sobre la excepción de aplicar las normas imperativas y el orden público de la *lex contractus* cuando el orden público internacional o auténticamente internacional se manifieste en contra de dicho orden público estatal, aunque de carácter internacional. De nuevo, haciendo uso de la idea de los rangos del orden público en su consideración por el árbitro internacional, *cf.*, la Sent. de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 30 de junio de 1998, *Mediterranean Shipping Co c/Urcoopa*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 80-85, con comentario de M.L. Niboyet, esp. p. 85, “*accéder au rang de principes d’ordre public international*”.

soberanía nacional preocupada por la amplia libertad de la que disfrutaban las partes en el proceso arbitral que, no obstante, se encuentra ciertamente limitada por las exigencias derivadas del orden público¹³⁸⁷. Exigencias que llevadas al extremo han llegado a cristalizar en teorías que afirman que las partes, propiamente hablando, no pueden elegir la ley aplicable a sus contratos porque dicha elección sólo tendría efecto dentro de los estrechos límites impuestos por el orden público y las normas imperativas¹³⁸⁸. Sin llegar a éstos extremos que hacen de la excepción la regla es claro que está admitido sin reservas el reconocimiento de la autonomía de los compromisarios en la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia, también en el arbitraje, como un principio de orden público supranacional¹³⁸⁹. A la vez que se encuentra ampliamente reconocido el respeto de los árbitros por la voluntad de las partes en su determinación como una de las tendencias ya consolidadas en la práctica arbitral internacional¹³⁹⁰. Es por ello que habiendo sido acogida, en un principio, la dualidad tradicional que enfrenta al orden público *versus* el *ius dispositivum* en el arbitraje internacional se ha optado, al final, por analizar el orden público en el alcance o la representación del mismo sin tomar como punto de partida la oposición frontal clásicamente observada entre ambos. En la actualidad, la entrada del orden público en el ámbito del *ius dispositivum* es un hecho indiscutible e indiscutido.

438. Las dudas se plantean a la hora de discernir el alcance y los contornos de la citada autonomía en aras de determinar si ésta se puede calificar de infinita en consonancia con las teorías del arbitraje ilimitado analizadas en la arbitrabilidad¹³⁹¹. En este sentido, una

¹³⁸⁷ Así afirmado en el laudo de la CCI núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95, y en los laudos preliminares núm. 1512/1967, de 18 de diciembre de 1967 y de 14 de enero de 1970, *Compañía India de Cemento (Dalmia) c. Banco Nacional Pakistani, Year. Comm. Arb.*, vol. V, 1980, p. 170.

¹³⁸⁸ *Ibid.*, p. 170. Tales teorías no son admisibles en el arbitraje internacional porque van en contra de la doctrina de la *proper law of the contract* y del propio principio de autonomía, *cf.*, el laudo de la CCI núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 91.

¹³⁸⁹ *Vid., supra.*, entre otras, las afirmaciones de P. Nyght, en este sentido, *cf.*, "The Reasonable Expectations of the Parties...", *op. cit.*, 295.

¹³⁹⁰ Dentro de las tendencias de la jurisprudencia arbitral internacional se subraya como una de las principales la de la autonomía de la voluntad, que se manifiesta cada vez que los árbitros en causa, respetan el Derecho elegido por las partes y, en su ausencia, asumen su competencia para determinar el Derecho aplicable al fondo de la controversia, *cf.*, Y. Derains, "Les tendances de la jurisprudence...", *loc. cit.*, p. 854. Tendencia también acogida definitivamente por la jurisprudencia española, aunque si bien tras demasiadas cautelas y reticencias, *cf.* la Sent. TS de 23 de diciembre de 1991, *RCEA*, vol. 1992, p. 134.

¹³⁹¹ *Vid., supra.*, Capítulo II.

referencia especial merecen los autores que centran su investigación en negar las últimas corrientes permisivas a la absoluta autonomía del arbitraje internacional en el terreno del Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional desvinculado, en principio, de la obligación de aplicar cualquier sistema normativo estatal en particular¹³⁹². Y, aquellos otros autores que, por el contrario, señalan que tal liberalidad habría de ser acotada dentro de unos límites que podrían materializarse en forma de normas imperativas y de un orden público internacional por encima del cual la voluntad de las partes ni la del árbitro internacional pudiera saltar¹³⁹³.

Es, en este aspecto, en concreto, donde hay que reiterar que aunque la libertad de las partes en la elección del Derecho aplicable es un principio generalmente respetado en el Derecho internacional, sería discutible y, en todo caso, aconsejable que esta autonomía debiera actuar dentro de unos límites tales como “otros” principios generales constitutivos del orden público internacional o transnacional¹³⁹⁴. Ya que, una cosa es que mediante el arbitraje se conceda a las partes, y subsidiariamente a los árbitros, el poder para organizar la resolución de sus controversias de manera compatible con los objetivos a alcanzar por las mismas y, otra muy distinta, sugerir que las partes en el arbitraje internacional sean completamente libres para obviar las demandas de orden público y otras previsiones fundamentales concretadas en normas consideradas de aplicación estricta y necesaria por parte de las instituciones públicas de cada sistema estatal, en atención siempre a la mayor flexibilidad que implica la internacionalidad¹³⁹⁵.

¹³⁹² Lo que amenaza con fomentar los peligros del arbitraje si se deja a éste exclusivamente en manos de los grandes operadores económicos internacionales, *vid.*, R.J. Sever, "The Relaxation of Inarbitrability...", *loc. cit.*, pp. 1661-1697, y Th.E. Carbonneau, "L'arbitrage en droit américain", *loc. cit.*, pp. 3-51.

¹³⁹³ *Cf.*, N. Voser, "Mandatory Rules of Law as a Limitation...", *loc. cit.*, p. 330.

¹³⁹⁴ En numerosas ocasiones ha sido subrayada por la doctrina la necesidad de imponer unos límites a la amplia libertad de la que gozan los participantes del arbitraje internacional en la determinación del Derecho aplicable. Limitación que podría articularse a través de principios realmente internacionales que constituirían el contenido principal del orden público transnacional, como ha sido puesto de relieve por A.F.M. Maniruzzaman, "International Arbitration and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: an Overview", *Journ. dr. int.*, vol. III, 1990, pp. 53-64. Sin obviar citar el clásico trabajo de P. Lalive, siempre en mente cuando del orden público transnacional se trata, *vid.*, "Transnational (or Truly International)...", *op. cit.*, pp. 257-317.

¹³⁹⁵ Entre los numerosos laudos arbitrales que se hacen eco de la necesidad de limitar la autonomía de la voluntad en el arbitraje, *cf.*, el laudo interlocutorio de la CCI, núm. 4504/1985, 1986, *Journ. dr. int.*, 1986, núm. 4, pp. 1118-1127, con observaciones de S. Jarvin, *ibid.*, pp. 1127-1131. Se considera necesario establecer un límite al derecho aplicable tales como las disposiciones de aplicación necesaria de los derechos

439. Ciertamente es que los Estados favorecen al arbitraje privado internacional dando facilidades en cuanto a la libertad de elección del Derecho aplicable al fondo de la controversia pero no pueden hacerlo a cualquier precio. Nunca se dará su conformidad para que la justicia privada pudiera ser utilizada en contra de aquellas normas consideradas fundamentales para su sistema de ordenación económico, político y social¹³⁹⁶. Se trata de contrastar hasta qué punto los árbitros deben respetar las legítimas expectativas de las partes plasmadas en la cláusula de elección de ley aplicable en el contrato internacional haciendo uso de su autonomía de la voluntad, a costa de entrar éstos intereses privados en grave conflicto con uno o varios ordenes públicos internacionales estatales a los que, sin embargo, el árbitro no está en principio obligado por no ser éste el guardián de ningún orden público estatal en particular¹³⁹⁷. El árbitro internacional no dispone de *lex fori* de la que pueda tomar la norma de conflicto de ley ni guardar el orden público de un sistema jurídico estatal en concreto¹³⁹⁸. La decisión arbitral aunque debe reflejar los intereses de las partes y sus expectativas en la elección de ley aplicable no puede desatender otros intereses públicos y privados con los que la controversia presente relación atendiendo al equilibrio necesario en la balanza de los intereses públicos y privados. Así, puede que el propio árbitro vulnere “involuntariamente”, determinadas normas imperativas y el orden/es público/s por centrarse demasiado en los intereses de las partes, factor que desencadenaría la responsabilidad del árbitro cuando no ha sido todo lo diligente que se requiere en la determinación del Derecho aplicable.

nacionales interesados. Así como aquellas otras que contengan disposiciones imperativas, señaladamente en materia de forma, ya que el desconocimiento o la inaplicación de dicha normativa deja la puerta abierta al triunfo de un recurso de anulación ante los Tribunales del Estado en que se llevó a cabo el arbitraje, además de la posibilidad de rechazo del exequátur en el país de ejecución.

¹³⁹⁶ En este sentido, de poner límites a la libertad de las partes a través de normas de aplicación necesaria y de un orden público que proteja sus intereses fundamentales por encima del cual no pueden pasar determinadas prácticas, *cf.*, A. Bucher y P. Tschanz, *International Arbitration in Switzerland*, Basle, Helbing & Lichtenhahn, 1989, p. 103.

¹³⁹⁷ *Vid., infra*, un estudio concreto en el epígrafe dedicado a los *Métodos de determinación. Análisis comparativo entre jueces y árbitros*.

¹³⁹⁸ *Cf.*, el laudo de la CCI núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95, esp. p. 90; y los laudos preliminares núm. 1512/1967, de 18 de diciembre de 1967 y de 14 de enero de 1970, *Year. Comm. Arb.* vol. V, 1980, p. 170, donde se dice textualmente que “*el árbitro internacional carece de una lex fori de la que pueda tomar la norma de conflicto de leyes*”. También, de manera específica, en el laudo núm. 1422/1966, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 67-68, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 68-71.

440. En este sentido, uno de los temas más controvertidos se plantea en relación con la responsabilidad del árbitro internacional en la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia en la fase arbitral¹³⁹⁹. La cuestión que subyace implícita en éstos planteamientos es si debería preocuparse el árbitro sobre la ejecutabilidad última del laudo cuando ello supone la consideración de la ley o del orden público que las partes intentan eludir a través de la elección del Derecho aplicable o si, por el contrario, debe primar el interés de las partes a las que éste se debe sobre la base del carácter contractual y privado de la naturaleza del árbitro. De otro lado, también se debatirá un tema recurrente en la mayoría de las discusiones prácticas y doctrinales sobre el que tampoco existe una respuesta clara. Se trata de averiguar si el consentimiento de la comunidad internacional, expresado a través de su adhesión y pertenencia a los Tratados internacionales sobre reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, impone un deber de respeto de las leyes y al orden público de los Estados que estén afectados por el contrato, pero estén excluidos por una cláusula de elección de ley expresamente rechazada por la voluntad de las partes¹⁴⁰⁰.

441. La respuesta, ya adelantamos, va a ser positiva en un doble ámbito. El árbitro internacional sí tiene un deber moral de respeto hacia el orden público estatal del Derecho elegido para regular el fondo del caso controvertido y un deber de fidelidad y custodia del orden público auténticamente internacional del mercado internacional. Puesto que una de las conclusiones que se pretende fundamentar es que aunque sea harto repetida la máxima referida a que el árbitro no es el guardián de ningún orden público estatal, ni en su sentido interno ni internacional, se considera que sí lo es de un orden público auténticamente internacional o transnacional. A la vez que también debe ser el árbitro internacional el

¹³⁹⁹ Sobre la responsabilidad de los árbitros, o la del presidente del tribunal arbitral, en caso de que éste estuviera compuesto por más de un miembro, para que a partir de la elección del Derecho aplicable se sea capaz de lograr la ejecución de la sentencia arbitral, *cf.*, A. Plantey, "Une politique générale...", *loc. cit.*, p. 25.

¹⁴⁰⁰ No podemos dejar de referirnos particularmente a las exigencias del Convenio de Nueva York en cuanto al balance de intereses públicos y privados se refiere en el reconocimiento de laudos arbitrales

principal creador, valedor y defensor del mismo en todas y cada una de las actuaciones que lleva a cabo¹⁴⁰¹. En este contexto, es lógico y necesario que continuamente nos estemos refiriendo a los casos afectados por un interés público, problema casi siempre planteado en mayor o menor medida en la experiencia empírica¹⁴⁰².

Numerosos laudos arbitrales hacen alusión de alguna manera a la referida fricción o tirantez entre lo público y lo privado que se encuentra solapada en las referidas fases de la institución arbitral. Ya sea, en referencia a cuestiones meramente interpretativas acerca del verdadero alcance y límites de la voluntad de las partes en el Derecho aplicable¹⁴⁰³, como haciendo alusión a la tensión que se resuelve combinando criterios por parte de los poderes públicos que investigan la voluntad de las partes y el poder otorgado a dicha autonomía¹⁴⁰⁴. Tradicionalmente, se considera que el interés público concretado a través de las normas imperativas y la cláusula de orden público obedece a intereses más fuertes y poderosos que cualquiera de los considerados legítimos para las partes en una controversia específica.

internacionales, *cf.*, los planteamientos expuestos en este sentido, arriba transcritos, por M.A. Buchanan, "Public Policy...", *loc. cit.* pp. 517-518.

¹⁴⁰¹ *Vid., infra.*, la libertad imperfecta, y, más detallado en el apartado, II. 1. C), dedicado a las excepciones a la aplicación del orden público de la *lex contractus*. A vueltas con la prevalencia de los rangos.

¹⁴⁰² Traemos aquí a colación, como uno de los primeros casos más significativos también a este respecto, al asunto *Soler Chrysler Plymouth c. Mitsubishi Motors Corporation*, *id. cit.* No tanto aquí por su significado relativo a la arbitrabilidad de las controversias internacionales y normativa *antitrust*, ya analizado, sino en relación con el aspecto en el que incidiremos con posterioridad en el apartado relativo a la aplicación de las leyes de policía de terceros Estados, el cual refleja que se puede aplicar una norma imperativa de un tercer Estado distinto al de la *lex contractus*. Como en el caso citado donde se aplicó la ley *antitrust* norteamericana distinta a la expresamente fijada como *lex causae*, que era la ley suiza.

¹⁴⁰³ *V.gr.*, los laudos de la CCI en los asuntos núms. 7385 y 7402 de 1992, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 209-213, también en *Year. Comm. Arb.*, vol. XVIII, 1993, pp. 68-73.

¹⁴⁰⁴ Solución formulada en el laudo interlocutorio de la CCI, núm. 4695/1984, *Recueil CCI II*, pp. 33-34, *Year. Com. Arb.*, vol. XI, 1986, pp. 127-128. U, otras muchas veces, como se ha comprobado en la arbitrabilidad, la tensión aparece en cuestiones primarias de competencia estatal/arbitral, ante el tribunal público o privado, que en cuantiosas ocasiones suelen empezar y terminar sin más con una declaración de voluntad de las partes, *vid.*, aunque no referido a la arbitrabilidad sino a la capacidad, el laudo recaído en el arbitraje *ad hoc* de 12 de abril de 1977, entre LIAMCO y el Gobierno de Libia, *Yearbook com. arb.*, vol. VI, 1981, p. 89; *Rev. arb.* 1980, núm. 1, pp. 132-191, con comentario de B. Stern, "Trois arbitrages, un même problème, trois solutions", *Rev. arb.*, 1980, núm. 1, pp. 3-43. Arbitraje, protagonizado por el S. Mahmassani, como árbitro único que dio lugar a un pronunciamiento del Tribunal Federal Suizo, el 18 de febrero de 1983, ratificando la voluntad de las partes de someterse al arbitraje y su apreciación como cuestión de hecho. *Cf. Year. Comm. Arb.* vol. X, 1985, p. 123. La capacidad de las partes para someterse a arbitraje se rige por su respectiva ley nacional, sin que sus disposiciones restrictivas se impongan al orden público internacional.

442. En nuestra opinión, al intervenir intereses de orden público en el litigio, se crea de manera espontánea una nueva relación adicional a la ya existente entre las partes entre sí y entre éstas y el árbitro. Surge una correspondencia entre los intereses de las partes, generalmente empresarios, y el interés público de los Estados que requiere el correcto proceder del árbitro para el buen término de la misma. El problema se da porque mientras que en cualquier intervención judicial donde aparezcan intereses de orden público se obliga al administrador de justicia correspondiente a hacer prevalecer los citados intereses, de los que son guardianes, sobre las legítimas expectativas de las partes; en la institución objeto de estudio no tendría por qué ocurrir lo mismo ya que el arbitraje no tiene por qué aplicar la normativa imperativa o el orden público estatal al que no están vinculados¹⁴⁰⁵.

El riesgo de dar una respuesta positiva en el sentido de afirmar tajantemente que el árbitro sí está obligado por el orden público internacional estatal sin matizarlo puede derivar en que, dado el carácter eminentemente privado del arbitraje, su asimilación en éste punto con la justicia estatal diera lugar a la crítica de la primera institución en la consideración de que el arbitraje estaría ante todo al servicio del interés público, alejando a los comerciantes y empresarios de recurrir al mismo y atacando así directamente la finalidad privada para la que fue creado¹⁴⁰⁶.

De otro, lado si se afirma de manera radical que el árbitro internacional no tiene ningún deber para con el orden público estatal, son los Estados los que acabarían destruyendo la institución arbitral a causa del quebrantamiento de su confianza originaria. Es por ello que la integridad del arbitraje privado internacional y su permanencia como una alternativa que por ahora ha demostrado en su hacer su perfecta viabilidad como forma de

¹⁴⁰⁵ La ausencia de foro y de un orden público que obligue al árbitro en la determinación del Derecho aplicable a la controversia es una constante reiterada como premisa necesaria en todos los trabajos que tratan la cuestión del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje internacional, *cf.*, entre otros, E. Loquin, "Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international", *Jour. dr. int.*, 1983, p. 298, y F. Eisemann, "La lex fori de l'arbitrage commercial international", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, París, 1973-1975, p. 189. De igual manera, en la doctrina española, *vid.*, S. Alvarez González, "Arbitraje y Derecho aplicable (Anotaciones al Título X de la Ley 36/1988 de arbitraje)", *RCEA*, vol. V, 1988-89, pp. 171-179 y J.A. Pérez Bevia, "Sobre la ley aplicable por el árbitro al fondo...", *loc. cit.*, pp. 213-235.

¹⁴⁰⁶ El peligro reside en que los empresarios desconfíen del arbitraje por estar éste más próximo a las normas imperativas de los poderes estatales que a las propias de las partes. Sería éste uno de los aspectos negativos de la jurisdiccionalización del arbitraje. Para un mayor abundamiento al respecto, *vid.*, *infra.*, en el apartado II. 2. A), del capítulo en el que nos encontramos.

justicia parece anclar a sus representantes, árbitros, en la difícil tarea de tener que conciliar un respeto, cada vez mayor, por los intereses de orden público que pudieren verse implicados en las controversias sujetas a un compromiso arbitral y los intereses creados por el desarrollo de las transacciones internacionales en un mundo globalizado, cuyas exigencias y la de los poderes empresariales tienden a evolucionar por encima de los sistemas tradicionales apegados a los Estados¹⁴⁰⁷.

443. En pro de la continuidad de la propia institución, los árbitros han de intentar equilibrar, por todos los medios, la balanza a ellos encomendada en todos y cada uno de los supuestos internacionales sujetos a su decisión. De un lado, el respeto por los intereses privados precisados por la voluntad de las partes y, de otro; la necesidad de aplicar las normas imperativas y de orden público, relevantes en la controversia, que pudieran resultar quebradas por estos intereses particulares situados en el primer plato de la ponderación. Queda por determinar si excepcionalmente, o acaso no de manera tan excepcional, el deseado equilibrio se pudiera romper a favor de los intereses públicos reflejados en las normas imperativas o de aplicación necesaria y de orden público y en qué casos. O si por el contrario, el principio de la autonomía de la voluntad primase en caso de conflicto con el primero, dependiendo de si el orden público que pudiese estar afectado es nacional, internacional o verdaderamente internacional. Una tercera opción que mediase en la contradicción, propone que en el arbitraje internacional el orden público auténticamente internacional fuese el encargado de equilibrar los casos en conflicto en cada supuesto en concreto. No cabe pues afirmar que los “intereses públicos”, orden público, están por encima de los “intereses privados” de las partes, autonomía de la voluntad, como máxima que deba ser aplicada con carácter general en el arbitraje privado internacional, ni tampoco su comprensión en sentido inverso. El arbitro tiene que sopesar ambos intereses para equilibrar el fiel de modo que no todas las normas imperativas ni el orden público estatal deban prevalecer únicamente por ésta condición por encima del interés particular. La meticulosidad se impone al respecto en el estudio de cada caso concreto.

¹⁴⁰⁷ *Vid.*, con carácter general uno de los últimos trabajos de H.P. Martin y H. Schumman, *La Trampa de la globalización...*, *op. cit.* En el mismo sentido, desde una perspectiva más ética, filosófica y

b) Los rangos del orden público en el Derecho aplicable

444. A modo de recapitulación en el potencial conflicto de intereses creados en la relación entre el orden público -interés general- y los -intereses particulares- de las partes en la fase arbitral, cuando en una controversia se plantee la intervención de un significativo interés público considerado de orden público el árbitro debe proceder como línea de principio al servicio de ambos intereses por igual. El juez privado se debe tanto a su naturaleza contractual como jurisdiccional. Tanto a la voluntad de las partes como al interés público, en general, aunque el árbitro no sea por definición el guardián de ningún orden público estatal en particular. En el caso de que ambos intereses no sean compaginables, un árbitro no puede conscientemente anteponer los intereses de las partes al interés público, sino que debe servir, en última instancia y si no hubiese más remedio, a éste último, siempre y cuando dicho orden público fuese internacional y no únicamente desde el punto de vista de un Estado determinado, sino de la comunidad internacional, un orden público auténticamente internacional, o bien se considere imprescindible la aplicación de un orden público estatal, una norma imperativa o una ley de policía interna para conseguir el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral internacional, o, en tercer lugar, como máxima general, nos encontremos ante un supuesto de los denominados “arbitrajes condicionados”, esto es, en aquellos casos conflictivos para la soberanía nacional donde se ha permitido la arbitrabilidad “a condición” de que el árbitro aplique el orden público en la fase del procedimiento arbitral.

Cabe pues afirmar, que en cualquier relación jurídica controvertida, independientemente de cual sea la forma de intervención, arbitral o judicial, la parte (incluyéndose al árbitro en la tercera relación creada) cuyos intereses estén más en línea con el interés público auténticamente internacional, será la que resulte vencedora ante un conflicto de intereses que resulte irreversible¹⁴⁰⁸.

social, *vid.*, E. Dussel, *Ética de la liberalización...*, *op. cit.*

¹⁴⁰⁸ En este sentido, se manifiesta en su tesis doctoral al tratar sobre los problemas contextuales en el arbitraje, J.E. Efron, *Arbitration, Mediation and Conciliation: Factors in Choosing. A theory with*

445. Es por ello que en el Derecho aplicable al fondo de la controversia por el árbitro internacional se pretende consolidar el funcionamiento de la tesis propuesta con anterioridad, en la fase negocial, basada en la idea de los rangos del orden público. No todos los órdenes públicos reclaman su aplicación por el árbitro en una determinada controversia como Derecho aplicable al fondo de la misma. Hay ordenes públicos internos que no deben ser tenidos en cuenta en la elección del Derecho aplicable al fondo y otros, normas imperativas, leyes de policía y orden público estatal internacional y transnacional, que en vías de la consecución de la sentencia arbitral el árbitro no puede dejar de aplicar. El verdadero fundamento de la institución arbitral es realmente internacional. En éste sentido, los límites a la eficacia del Derecho aplicable se encuentran en el orden público internacional y supranacional. En caso de divergencia entre un orden público internacional y un orden público verdaderamente internacional prevalecen las exigencias de éste último¹⁴⁰⁹. Retomando, pues, aquí las directrices del art. 2 del IDI que en la sesión de Santiago de Compostela el 12 de septiembre de 1989, transcribe que “En ningún caso el árbitro puede desconocer los principios de orden público internacional sobre los cuales existe un amplio consenso en la comunidad internacional”¹⁴¹⁰.

446. La principal dificultad estará en determinar cuáles son esos principios a partir de los cuales sea factible una teoría general que sea capaz de concretar cuál es el orden público de rango superior que se debe aplicar y prevalezca sobre el interés particular. Es la problemática que más preocupa a los prácticos del arbitraje internacional en la función a ellos encomendada de delimitar el contenido y las funciones del orden público que garantice su estabilidad y su fiel cumplimiento en el contexto internacional. Insistimos, a éste respecto, que no se puede dar una respuesta general y que la determinación debería hacerse, caso por caso, para lo cual nos serán de enorme utilidad los supuestos específicamente tratados en la fase negocial y la práctica arbitral siempre más enfocada a

Applications to Industrial Disputes Agencies in Britain and the United States (A.C.A.S. and F.M.C.S.), Institute of Advanced Legal Studies, Londres, 1998.

¹⁴⁰⁹ Cf., E. Gaillard, "Arbitrage Commercial International: Sentence Arbitrale...", *loc. cit.*, p. 33.

¹⁴¹⁰ Cf., *Rev. arb.*, 1990, núm. 4, p. 932, *cf. ibid.*, E. Gaillard, p. 28.

las particularidades que presenta cada supuesto. Así, las observaciones puntuales en torno a los rangos del orden público, sus consecuencias y su efectividad particular en la fase actual serán puestas de relieve a lo largo de consideraciones puntuales en este capítulo, con especial relevancia en el apartado dedicado a las excepciones a la aplicación por el árbitro del orden público de la *lex contractus*, donde será retomado la cuestión de los rangos del orden público como factor determinante que posibilitará dichas excepciones.

447. Con la finalidad de resolver todas estas cuestiones introductorias y ofrecer una guía en el recorrido del estudio de la incidencia del orden público en el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional junto al deber de los árbitros de respetar el mismo para conseguir el equilibrio con la autonomía de la voluntad, el esquema inicial a seguir será desarrollado de la siguiente manera. En primer lugar, se examinará la actuación del árbitro en la resolución del Derecho aplicable al fondo de la controversia con carácter general, planteamiento, análisis positivo y métodos de determinación, para después observar el impacto de las normas imperativas y del orden público en dicha determinación. A continuación, se procederá a señalar las diferencias en la determinación de la ley aplicable contrastando la posición de los árbitros internacionales con la de los jueces estatales llamados a imponer las normas imperativas y el orden público estatal, interno e internacional. El problema planteado por las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional será puesto en perspectiva en relación con el alcance de la obligación que tiene el árbitro de aplicar las estipulaciones contractuales en ésta fase y la incomfortable libertad de la que disfruta, a la que aludimos bajo la caracterización de la “libertad imperfecta” del árbitro internacional en la determinación de la ley aplicable en la fase arbitral.

448. Más adelante, en el epígrafe número II, la discusión se centrará en las principales tendencias perceptibles en la aplicación de las normas imperativas y el orden público en el Derecho aplicable al fondo en el arbitraje internacional. Análisis que se realizará examinando el tratamiento de las normas imperativas y el orden público en la propia *lex contractus*, por un lado, tanto si el Derecho aplicable ha sido elegido por las

partes, como si ha sido determinado por el árbitro, con los correspondientes apartados de entre los que destacamos las excepciones a la aplicación del orden público de la *lex contractus*, a vueltas con la tesis defendida de la prevalencia de los rangos, y, por el otro lado, la especial problemática que se deriva de la toma en consideración y posible aplicación de las normas de intervención y el orden público ajenos a la *lex contractus*, donde se analizará la actuación de la citada normativa proveniente de terceros Estados y en particular la intervención de las leyes de policía extrañas a la *lex contractus*. Para finalizar, como metódicamente viene siendo habitual, realizaremos el análisis de supuestos prácticos pertenecientes a ámbitos materiales más concretos, procedimientos colectivos y Derecho de la competencia. De aquí en adelante es necesario precisar que utilizaremos indistintamente los términos *lex contractus* y *lex causae* como sinónimos de Derecho aplicable al fondo del asunto por los árbitros, a diferencia de otros autores que se decantan únicamente por la utilización de la *lex causae* por entender que éste es un término más amplio y preciso que el primero¹⁴¹¹.

449. Por último, se quiere hacer notar que el propósito de mayor brevedad que acompaña al análisis del orden público en ésta segunda fase arbitral se justifica en el sentido de que muchas de las consideraciones realizadas anteriormente en la fase negocial son aquí también válidas. Sobre todo en atención al exhaustivo estudio realizado en torno a la ley aplicable a la arbitrabilidad internacional que, como ha sido expuesto, obedece a las mismas pautas de determinación que las correspondientes a la ley aplicable al fondo de la controversia por el árbitro internacional, de donde se habían extrapolado los criterios anteriormente enunciados, a los cuales nos remitimos, ya que, en definitiva, para gran parte de la doctrina, la determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad por parte del órgano arbitral suele ser prácticamente igual al método de aplicación que se sigue en la fase arbitral

¹⁴¹¹ Así, J.B. Racine, siguiendo la terminología utilizada por M. Cornu, precisa que la expresión hasta ahora mayoritariamente empleada por la mayoría de los autores como es la de *lex contractus* debe ser reemplazada definitivamente por la expresión de *lex causae*. La *lex contractus* es una noción demasiado estricta que se refiere únicamente a las controversias de carácter contractual. La *lex causae* define con generosidad tanto a los litigios contractuales como a los no contractuales, *cf.*, *L'Arbitrage commercial...*, *op. cit.*, p. 237, y las reflexiones y bibliografía allí citadas, de las cuales no participamos en el sentido de que

para determinar el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional y al propio contrato¹⁴¹².

2. LEY APLICABLE A LA CONTROVERSIA POR EL ÁRBITRO INTERNACIONAL. PERSPECTIVA GENERAL

A) Libertad arbitral en la determinación del Derecho aplicable

a) *Planteamiento y análisis positivo*

450. Donde más ampliamente se manifiesta la influencia de la autonomía de la voluntad y, en consecuencia, la libertad de los árbitros, es en el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional. Aquí es donde el peculiar estatuto conferido al árbitro le permite obrar con una mayor libertad de movimientos debido a que éste no dispone de *lex fori* ni está obligado hacia ninguna regla predeterminada de la que deba partir en su determinación jurídica¹⁴¹³. Sobre la base de esta peculiaridad característica y caracterizadora del funcionamiento de la institución arbitral parece oportuno plantear, a título preliminar, la cuestión de resolver qué sistema, si cabe de DIPr, es el que debería ser aplicado por el árbitro cuando estatuye sobre un problema de orden público en el que debe conjugar la perspectiva material y conflictual de la normativa a aplicar en uno y otro sentido. Se trata de contrastar *prima facie* si el árbitro o tribunal arbitral, a pesar de que en teoría es totalmente independiente de cualquier sistema material o conflictual similar al que en DIPr es utilizado para determinar la ley aplicable, en la práctica pudiera disponer de

merezca la pena pararse en discusiones terminológicas sobre qué es mejor, *lex causae* o *lex contractus*, siendo ambas intercambiables en sentido amplio.

¹⁴¹² Existen bastantes ocasiones en las que el árbitro recurre a la comodidad, o simplemente se da la mera coincidencia de que una ley determinada sea la apropiada para regular todos los aspectos del arbitraje aquí referidos. Se aplica, pues, la misma ley a la arbitrabilidad, al convenio de arbitraje internacional y al fondo del contrato, *cf.*, B. Hanotiau, “What Law Governs...”, *loc. cit.*, p. 391 y K.H. Böckstiegel, “Public Policy and Arbitrability”, *op. cit.*, p. 184.

hecho de una serie de patrones básicos que le sirvieran de apoyo y ayuda a la hora de fijar la ley que se ha de aplicar al fondo de la controversia sobre la que tiene que dirimir¹⁴¹⁴.

Es por ello que, en primer lugar, antes de entrar a analizar la actuación del orden público en el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional, se considera procedente hacer unas breves indagaciones sobre cuál es el método que usan los árbitros en la determinación de ese Derecho. Con el objetivo de comprobar hasta dónde puede llegar la consabida libertad que a ellos está atribuida, pudiendo ser que no sea ésta tan ilimitada como en principio se presume¹⁴¹⁵.

451. En relación con estos primeros planteamientos, la incidencia de la tipología normativa objeto de estudio en el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional es el bloque que presenta una mayor dificultad de precisión, tanto material como positiva. Material, porque, como se ha dicho, esta es la fase en la que se encuentra el terreno más permeable a la autonomía de la voluntad y la libertad de los árbitros puede ser puesta en entredicho¹⁴¹⁶. Y, positiva, ya que, hasta el Convenio Europeo de Ginebra el 21 de abril de 1961, art. VII, no puede decirse que este tema haya sido abordado por ninguna disposición legal, ni en los Reglamentos de arbitraje, ni en los distintos Tratados Internacionales en la materia, más atentos siempre a los presupuestos de reconocimiento y ejecución de sentencias¹⁴¹⁷.

¹⁴¹³ *Vid., supra.*, en este capítulo, apartado I. 1, jurisprudencia y bibliografía citada que destacan la ausencia de foro y de un orden público que obligue al árbitro en la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional como punto indiscutible de partida.

¹⁴¹⁴ Afirmando la necesidad que tienen los árbitros de tener un modelo que guíe a los árbitros en la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia, *cf.*, N. Voser, "Mandatory Rules of Law...", *loc. cit.*, p. 330.

¹⁴¹⁵ *Vid. infra.*, en el apartado relativo a la libertad imperfecta del árbitro en el Derecho aplicable.

¹⁴¹⁶ *Cf.*, la "permeabilidad" de la autonomía de la voluntad en el Derecho aplicable y la dificultad material y positiva que de ella se deriva en, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 929.

¹⁴¹⁷ Sorprendido por la escasa preocupación convencional por éste tema a pesar de su indudable importancia práctica, *cf.*, S. Alvarez González, "Arbitraje y Derecho aplicable...", *loc. cit.*, p. 183. Ausencia que hace notar la práctica totalidad de la doctrina que pone en evidencia que tanto el Protocolo como el Convenio de Ginebra de 1923 y 1927, como el Convenio de Nueva York, están más atentos a los presupuestos de reconocimiento y ejecución de sentencias, dejando, en consecuencia, una amplia libertad a las partes y al árbitro en la elección del Derecho aplicable al fondo, *cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *op. cit.*, p. 930. Observaciones que, de igual manera, son realizadas, entre otros muchos autores, por Y. Derains, "Public Policy and the Law Applicable...", *loc. cit.*, pp. 230-231.

Ausencia legislativa que fue interpretada favorablemente en el sentido de que ello es la prueba fehaciente del reconocimiento implícito de una amplia autonomía y una mayor libertad en cuanto al Derecho aplicable al fondo del litigio considerada como uno de los principios fundamentales de orden público supranacional en el arbitraje internacional¹⁴¹⁸. Libertad que, no obstante, aún todavía hoy choca con los imperativos impuestos en cuanto a la determinación del Derecho aplicable en determinados sistemas nacionales que como el nuestro, art. 62 de la LA, no se adaptan legislativamente a las exigencias liberalizadoras derivadas de las transacciones privadas internacionales¹⁴¹⁹. En este sentido, varias razones habían sido atribuidas al porqué de la afirmación referente a que la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje privado internacional venía siendo considerada un tema de relevancia mucho más limitada respecto a otros problemas que pudiera plantear la institución arbitral¹⁴²⁰. De entre las que destacamos, de manera particular, aquella que relaciona la causa del principio de prohibición de revisión del Derecho aplicable al fondo de la controversia con el efecto de la inexistencia de decisiones judiciales relativas al respecto. Añadiendo la dificultad de que es imposible controlar la

¹⁴¹⁸ Junto a otros principios como son la admisión de la facultad para comprometer del Estado y las personas morales de Derecho público, el reconocimiento de la autonomía de la cláusula compromisoria, el principio de "competencia-competencia" de los árbitros, el de la propia autonomía del arbitraje y la reducción del control de las jurisdicciones estatales y, por último, el antedicho, referido al reconocimiento de la completa libertad de las partes en materia de procedimiento y de Derecho aplicable al fondo de la controversia. Tal y como ha sido afirmado en el sentido de destacar la amplia libertad y autonomía de la que goza en la actualidad el arbitraje internacional por F. Camara, "Le nouveau droit de l'arbitrage...", *loc. cit.*, pp. 47-52.

¹⁴¹⁹ Las críticas al art. 62 de la LA han surgido desde todos los ámbitos. Nuestro sistema de determinación del Derecho aplicable resulta inaplicable en el arbitraje internacional por encontrarse gravemente inadaptado al contexto internacional al estar muy apegado a las relaciones de conexidad que se exigen en relación con el asunto, trasunto del art. 10. 2 de nuestro Cc, *vid.*, las críticas al respecto de C. Esplugues Mota, "Comentario al art. 62", *op. cit.*, pp. 902-911; J.A. Pérez Bevia. "Sobre la ley aplicable al fondo...", *loc. cit.*, pp. 232-233, y de S. Alvarez González, "Arbitraje y Derecho aplicable...", *loc. cit.*, pp. 185-189. Críticas que han sido retomadas en el actual Proyecto de Reforma de la LA, *cf.*, J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, "Propuesta de reforma de la Ley 36/1988...", *loc. cit.*, pp. 303-359, esp. p. 349, y las propuestas de cambio allí realizadas.

¹⁴²⁰ La doctrina atribuyó esta falta de atención, unas veces, justificándola, por el carácter mayoritariamente confidencial de los laudos arbitrales que impide en gran medida conocer el Derecho aplicado por los árbitros. Otras veces, su justificación obedecía a la escasa abundancia de decisiones judiciales en las que se abordan éstas cuestiones, decantándose más por aquellas relativas al convenio arbitral o al reconocimiento. En otras ocasiones, la justificación era debida a que no había necesidad de discutir sobre éste tema que se encontraba claramente asentado en la autonomía de la voluntad considerado como uno de los principios más universalmente admitidos en el arbitraje, etc., *cf.*, J.A. Pérez Bevia. "Sobre la ley aplicable al fondo de la controversia...", *loc. cit.*, pp. 213-214.

vulneración al orden público en el Derecho aplicable al fondo del asunto por los árbitros al estar prohibido al juez la indagación sobre el mismo¹⁴²¹. Y es que, aunque sea de sobra conocido que corresponde al orden jurisdiccional posterior controlar la actuación de los árbitros en el procedimiento arbitral para ver si éstos han respetado en su actuación un orden público del lugar de la sede o del foro *executionis*, por ejemplo, las cosas no están tan claras cuando se trata de aclarar un planteamiento fundamental.

452. Se trata de la cuestión, no por obvia menos importante, que centra todos los recelos en el cómo van a reconocer los jueces si el árbitro ha desconocido el orden público internacional estatal si se encuentra consolidada en la práctica totalidad de las legislaciones arbitrales e Instrumentos Convencionales internacionales la prohibición de la revisión de lo actuado por los árbitros en cuanto al Derecho aplicable al fondo del asunto sobre la base de la presunción de legalidad. Argumentación que estando íntimamente relacionada con la fase posterior nos permite adelantar que, si bien nos manifestamos acorde con el impedimento de la revisión del fondo del asunto por parte de los Tribunales judiciales estatales con el fin de evitar un doble juicio, consideramos que ello debe ser matizable y más que discutible en relación con el control de orden público¹⁴²². La teórica ausencia de control de las decisiones de los árbitros en cuanto al Derecho aplicable al fondo que parece dejar a éstos dueños de unas decisiones prácticamente inatacables no es óbice para que de *lege ferenda* sí quepa afirmar que existe un control efectivo sobre el orden público sustantivo y procesal proveniente de la fase arbitral¹⁴²³.

453. Es por ello que, en detrimento de las argumentaciones tradicionales enunciadas justificativas de la ausencia de decisiones jurisprudenciales relativas al Derecho aplicable y

¹⁴²¹ *Ibid.*, p. 214. Y, *vid.*, *infra.*, en el Cap. V. IV, sobre ésta problemática en particular.

¹⁴²² Destacan, en este sentido, las tendencias doctrinales favorables al levantamiento de dicha prohibición con el objetivo de ejercer un control efectivo del Derecho aplicable al fondo de la controversia en materias relacionadas con el orden público y las normas de intervención. A favor de un mayor control, entre otros muchos autores que se estudiarán en mayor profundidad en la fase post-arbitral. Uno de los primeros autores en manifestarse al respecto fue, B. Oppetit, en la nota a la sent. del Tribunal de apelación de París de 19 de julio de 1989, *Rev. crit. dr. int., pr.*, 1990, p. 309, *cf.*, el laudo parcial de la CCI núm. 6560/1992, *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 245-246; con nota de M. Checa Martínez, *ibid.*, pp. 247-248, esp. p. 247.

¹⁴²³ *Vid.*, *infra.*, Cap. V. IV.

a la actuación del orden público en el mismo, se es de la opinión de que, en la actualidad, dichas interpretaciones no responden a la consolidación y al desarrollo en el que se encuentra la institución de arbitraje internacional. El propio carácter flexible del que dispone el árbitro en la determinación del Derecho aplicable es el que ha impedido surgir y establecer una jurisprudencia arbitral que nos permita generalizar el modo de actuación arbitral en el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional en y para todos los supuestos y distintos ámbitos geográficos¹⁴²⁴. No por ello negamos que exista una jurisprudencia arbitral de la que se puedan extrapolar conclusiones en cuanto al Derecho aplicable en la fase arbitral¹⁴²⁵. Existe, pero ésta es tan variable y distinta, en cada caso concreto, que no se puede extraer de ella una teoría general que nos permita fijar soluciones uniformes y unificadoras para el arbitraje privado internacional. A pesar de la tendencia armonizadora en el Derecho aplicable a la contratación internacional de la que también se contagia el mismo¹⁴²⁶.

454. Retomando el análisis positivo en el arbitraje internacional, la pretensión legislativa se centra en subrayar la amplia autonomía de la que goza el arbitraje respecto a los sistemas judiciales estatales en la determinación del Derecho aplicable¹⁴²⁷. De suerte que la amplia discrecionalidad de la que goza el árbitro y las partes en la determinación del mismo se encuentra reconocida expresa o implícitamente en las legislaciones nacionales y

¹⁴²⁴ La fórmula flexible que se ha concedido a los árbitros para que éstos fundamenten sus decisiones según el caso particular en conformidad con las exigencias del comercio internacional ha contribuido a impedir que surja una jurisprudencia arbitral homogénea en este sentido, *cf.*, L. Fumagalli, "La legge applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1985, pp. 471-472, esp. la nota núm. 15.

¹⁴²⁵ A diferencia de otros autores que niegan el valor de la jurisprudencia arbitral como fuente normativa para el Derecho del comercio internacional, como es el caso de A. Kassis, *theorie generale des usages du commerce: droit compare, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, París, LGDJ, 1984, p. 507.

¹⁴²⁶ Resaltando la tendencia a la uniformidad en la contratación internacional, *vid.*, P.A. de Miguel Asensio, "Armonización normativa y régimen jurídico...", *loc. cit.*, pp. 859-883. Y, también, rescatando su importancia en el arbitraje privado internacional, *vid.*, I. Fadlallah, "L'ordre public...", *loc. cit.*, pp. 369-430.

¹⁴²⁷ Principio de autonomía en el Derecho aplicable aceptado por la práctica totalidad de la práctica internacional. En nuestro país, *vid.*, la Sent. de la Aud. Prov de Barcelona de 31 de enero de 1997, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 202-209, donde el Derecho aplicable al contrato de distribución comercial en exclusiva fijado por las partes, el Derecho de Kentucky, es conforme a la autonomía de la voluntad.

en los principales Convenios internacionales de arbitraje¹⁴²⁸. De un lado, el Convenio de Nueva York de 1958, la registra de manera implícita, por cuanto en su art. V, que regula taxativamente las causas de denegación del reconocimiento y la ejecución, ignora entre las mismas la cuestión del Derecho aplicable al fondo del litigio. De la misma manera, la libertad en la determinación del Derecho aplicable se sobrentiende tácitamente en nuestra legislación interna, ya que el art. 45 de la Ley 36/1988, de Arbitraje tampoco contempla el tema del Derecho aplicable como apartado diferenciado entre los cinco motivos de anulación del laudo arbitral.

De otro lado, sin que sea necesario deducir su autonomía, ésta es reconocida de manera explícita en la gran mayoría de los distintos textos internacionales y en la práctica totalidad de las legislaciones internas. Su propulsor fue, como se ha dicho, el Convenio de Ginebra de 1961, que en el art. VII, párrafo 1, refleja la gran amplitud de criterios en la determinación del Derecho aplicable¹⁴²⁹. Proyectando en un documento internacional lo que en la práctica arbitral era una realidad ya indiscutida¹⁴³⁰. Claridad similar a la empleada en el art. 28. 1 y 2 de la Ley modelo de arbitraje de la Uncitral¹⁴³¹, y en el art. 42 del Convenio suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965¹⁴³². Del mismo modo, se hace una referencia expresa a la libertad de las partes y, en su defecto, a la del árbitro o tribunal arbitral, en la elección de las normas aplicables al fondo de la controversia en la mayoría de los Reglamentos de arbitraje, tanto internacionales como internos¹⁴³³.

¹⁴²⁸ Cf., Y. Derains, "Public Policy and the Law Applicable...", *loc. cit.*, p. 231; y C Esplugues Mota, "Comentario al art. 62", *op. cit.*, p. 903.

¹⁴²⁹ "Las partes podrán, según su libre criterio determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia. Si no existiere indicación por las partes en lo concerniente al derecho aplicable, los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión".

¹⁴³⁰ Tal y como fue afirmado en el laudo de la CCI núm. 1422/1966, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 67-68, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 68-71, esp. p. 69: "El Convenio de Ginebra de 1961, en su artículo 7, no ha hecho más que reforzar una práctica arbitral ya establecida". Resultando chocante la numeración cardinal aquí referida y no la numeración romana propia del Convenio ginebrino.

¹⁴³¹ "El Tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio...". También, en el apartado segundo del artículo 28, se refleja la libertad de los árbitros en defecto de elección de las partes: "Si las partes no indican la ley aplicable, el Tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estimen aplicables".

¹⁴³² "El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte...".

¹⁴³³ El Reglamento de arbitraje de la CCI, en vigor desde el primero de enero de 1998, se refiere literalmente a la libre elección en el art. 17. 1: "Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas

Gran parte de las legislaciones internas también se hacen eco expreso de la amplia libertad conferida en la determinación del Derecho aplicable. Desde aquellas más tradicionales y consolidadas en el tiempo¹⁴³⁴, hasta las legislaciones internas de arbitraje más recientes, a tenor de las últimas reformas realizadas con pretensiones de progresividad, muchas de ellas utilizando como modelo la Ley Tipo de la Uncitral, que, como es sabido, privilegia al principio de la autonomía de la voluntad¹⁴³⁵. Permaneciendo, eso sí, como único límite o reserva, las exigencias del orden público, identificado con el interés público de la sociedad¹⁴³⁶.

que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas". El anterior Reglamento, versiones de 1975 y 1988, lo expresaba de manera similar en el art. 13, párrafo 3. En nuestra legislación, las disposiciones vigentes de la Corte Española de Arbitraje, en la actualidad en proyecto de renovación, se refiere a la ley aplicable en el art. 9: "El Tribunal arbitral aplicará la Ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del conflicto. Si las partes no indican la ley aplicable, el Tribunal Arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto en conexión con el caso".

¹⁴³⁴ Como la legislación francesa que desde 1981 lo tiene previsto en el art. 1496 del NCPC, en la expresión de: "El árbitro decidirá el litigio de acuerdo a las normas elegidas por las partes, en ausencia de tal elección, decidirá según las reglas que él considere apropiadas. En todos los casos tendrá en cuenta los usos de comercio", *vid.* B. Moreau y T. Bernard, *Droit interne et droit international de l'arbitrage*, 2^a édition, J. Delmas et C, París, 1985. Y, en el art. 1054 de la Ley de arbitraje de los países bajos de 1986, *cf.*, la Ley en la RCEA, vol. V, 1988-89, pp. 391-420, esp. pp. 405-406, y el comentario a la misma de J.E. Bitter, *id.*, *ibid.*, pp. 421-427. En concreto, *vid.*, el Derecho aplicable en la p. 424.

¹⁴³⁵ De entre las más recientes reformas destaca, el art. 819. 2 de la Ley de arbitraje de Senegal, *loc. cit.*, pp. 45-57, y la Reforma alemana, de 30 de diciembre de 1997, art. 1051, con una redacción exactamente igual que el art. 28. 1 de la Ley Tipo, con la salvedad de que, en el apartado segundo ésta se separa de la indefinición de la que hace gala el art. 28. 2 de la Ley Modelo, que establece que el árbitro deberá aplicar la ley que determinen las normas de conflicto sin recurrir al criterio de los vínculos más estrechos, principio de proximidad, que, por el contrario, sí recoge la Ley alemana, *cf.*, las anotaciones al respecto de M. Checa Martínez, "La armonización del derecho del arbitraje...", *loc. cit.*, pp. 355-356. Siguiendo también a la Ley tipo, las nuevas legislaciones latinoamericanas. Art. 196 de la Ley Colombiana de arbitraje, Decreto núm. 1818 de 1998, referida a la libertad de las partes en el Derecho aplicable en el arbitraje internacional, al igual que el art. 117 de la Ley de arbitraje Peruana, Ley núm. 26572 de 3 de enero de 1996, con una redacción prácticamente igual a la anteriormente enunciada en el art. 28 de la Ley Modelo de la Uncitral. También, en el art. 8 de la ley venezolana de 1998, Gaceta oficial núm. 36430 de 7 de abril y en el art. 43. 3 de la Legislación de arbitraje panameña, Decreto Ley núm. 5 de 8 de julio de 1999, *Gaceta Oficial*, sábado 10 de julio de 1999. Todas ellas siguiendo, pues, en mayor o menor medida, las pautas marcadas por la Ley Modelo.

¹⁴³⁶ Concretamente, en la *Arbitration Act* de 1996, se expresa de forma explícita en la introducción, dentro de los principios generales en función de los cuales debe interpretarse todas las disposiciones de su legislación arbitral, art. 1. b) que las partes son libres a la hora de reglamentar sus litigios con el límite impuesto por la salvaguarda necesaria de los intereses públicos, *cf.*, la Ley, en la RCEA, vol. XIII, p. 396, y el comentario que a la misma realiza, V. Cuartero Rubio, destacando el imperio de la autonomía de la voluntad exclusivamente limitada por las exigencias del interés público, *id. ibid.*, p. 453.

b) *Diversidad del alcance dispositivo entre árbitros y partes*

455. En la totalidad de la normativa enunciada se observa que, en defecto de indicación por las partes en lo concerniente al Derecho aplicable, los árbitros serán los responsables de aplicar la ley procedente, observándose ciertas diferencias de éstos en relación con las primeras en puntos concretos de dicha determinación. En primer lugar, a falta de elección de la ley aplicable por las partes, los árbitros, tras el correspondiente examen preceptivo, podrán elegir la ley aplicable en conformidad con la normas de conflicto que considere más apropiada al caso controvertido¹⁴³⁷. Por el contrario, se entiende que si las partes se remitiesen al Derecho de un ordenamiento jurídico determinado, a menos que expresen lo contrario, éste será el Derecho sustantivo de ese Estado y no las normas de conflicto de leyes del mismo¹⁴³⁸. Por lo que, a diferencia de los árbitros, para las partes no es operativo el sistema de normas de conflicto de la ley del Estado elegido.

456. En segundo lugar, también se ha dicho que entre los distintos procedimientos que puede seguir el árbitro en la determinación del Derecho aplicable, se concluye, como regla general, en la aplicación de una ley nacional y sólo de modo muy excepcional, éstos pueden guiarse por la aplicación de usos, costumbres y principios generales del Derecho, dado los peligros derivados de la deslocalización del arbitraje que pueden darse en este último caso¹⁴³⁹. Destacamos la segunda “aparente” diferencia en éste sentido, ya que mientras que para las partes, como es sabido, existe una total libertad para que éstas recurran a los usos del comercio internacional, la *lex mercatoria* u otras reglas armonizadoras de carácter no estatal, en el Derecho a aplicar existen serias discrepancias en

¹⁴³⁷ Art. 28. 2 de la Ley Modelo de la Uncitral, y los comentarios de P. Sarcevic, *Essays on International Commercial Arbitration*, London-Dordrecht-Boston, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 134-159, esp., pp. 137-138. *Must the Arbitrator Apply the Conflict-of-Law Rules of the Forum?*.

¹⁴³⁸ Art. 28. 1 de la Ley Modelo de la Uncitral y prácticamente la totalidad de las legislaciones analizadas.

¹⁴³⁹ Así, lo afirma P. Lalive, "Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégant en Suisse", *Rev. arb.*, 1976, núm. 2, pp. 180 y ss.

el entendimiento de que la libertad de la que disfrutaban las partes se pueda hacer extensiva a los árbitros. Desavenencias, al fin y al cabo, que se refieren a otra cuestión más general cual es la del verdadero alcance de la libertad arbitral en el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional, preocupada fundamentalmente por la aplicación por los árbitros del orden público y las normas imperativas en aquellos ámbitos de los denominados de no-Derecho¹⁴⁴⁰. Así, otro de los inconvenientes en atención a lo señalado con anterioridad se centra en destacar que los árbitros sólo en escasas ocasiones pueden recurrir a un Derecho anacional o transnacional, lo que no es de gran ayuda para conseguir los objetivos pretendidos por una institución de arbitraje auténticamente internacional guiada y garantizada por un orden público internacional con carácter supranacional.

457. Las soluciones al respecto son ambivalentes. De un lado, aquellas que se decantan en sentido negativo a que lo árbitros puedan aplicar los usos del comercio internacional. Estos deberán “tenerlos en cuenta”, pero no utilizarlos con carácter de exclusividad como Derecho a aplicar puesto que, en definitiva, los árbitros se encuentran restringidos por la obligación de aplicar un Derecho estatal¹⁴⁴¹. De otro lado, aquellos que consideran una realidad que los árbitros aplican de hecho una normativa basada en los principios generales del Derecho y los usos del comercio, siendo en muchas ocasiones realmente conveniente para el desarrollo del arbitraje internacional que así sea¹⁴⁴². Corriente, ésta última, que suscribimos enteramente, guiados por la práctica arbitral internacional que en numerosos laudos demuestra, ya desde antiguo, como los árbitros

¹⁴⁴⁰ La ineludible aplicación del orden público común a todas las naciones civilizadas cuando los árbitros aplican la *lex mercatoria* ha sido afirmada por la doctrina y por la práctica arbitral internacional, *vid.*, los ejemplos respectivos en uno y otro sentido en P. Sarcevic, *Essays on International...*, *loc. cit.*, pp. 156-159.

¹⁴⁴¹ El árbitro deberá pues seleccionar libremente la ley aplicable más estrechamente vinculada con la controversia, pero siempre dentro de los límites marcados por el Derecho estatal, *cf.*, M. Checa Martínez, “La armonización del derecho del arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje”, *loc. cit.*, p. 356. Del mismo modo se manifiesta, contrastando los criterios legislativos y jurisprudenciales al respecto aunque sin llegar a coincidir completamente con ello, P. Mayer, “L'application par l'arbitre...”, *op. cit.*, 1994, pp. 278-279.

¹⁴⁴² La defensa en cuanto a que los árbitros apliquen un Derecho transnacional en consonancia con la creación de un orden público también de éste tipo con un firme propósito de que los árbitros apliquen “los principios generales del comercio internacional” y la *lex mercatoria* se encuentra, entre otros, en los trabajos de B. Goldman, “The Applicable Law: General Principles of Law –the *lex mercatoria*”, J.D.M. Lew (ed.), *Contemporary Problems...*, *op. cit.*, pp. 113-126.

aplican con carácter de exclusividad los usos del comercio internacional y los principios generales del Derecho¹⁴⁴³. O, tal y como les gusta denominar a los árbitros, aplican la nueva *lex mercatoria* en formación¹⁴⁴⁴ o, los “principios generales del derecho común a las naciones civilizadas”, si la aplicación es reclamada por las partes¹⁴⁴⁵. Por lo que justificamos el anterior entrecomillado de la “aparente” diferencia entre las partes y los árbitros de aplicar o no un Derecho anacional ya que ésta es prácticamente inexistente y ambos pueden proceder a su aplicación¹⁴⁴⁶, a no ser por las particularidades derivadas al respecto sobre si, en éstos casos en los que los árbitros tienen en cuenta “otras consideraciones” normativas aparte de las de un Derecho nacional, debe ser con la

¹⁴⁴³ A pesar de que en el laudo de la CCI núm. 1422/1966, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 67-68, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 68-71, la opinión del árbitro es que el poder de los árbitros está limitado a elegir un Derecho nacional y no anacional, Y. Derains nos demuestran que la propia práctica se encarga de probar que ello no es así. Existen laudos en los que los árbitros han considerado con carácter de exclusividad que sólo los usos del comercio internacional y los principios generales del Derecho eran aplicables a las relaciones jurídicas a ellos sometidas, *id. ibid.*, p. 70. Así, el laudo de la CCI núm. 1641/1969, Laudo núm. 1641/1969, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 71, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 71-73. Derecho aplicable por el árbitro en ausencia de elección de ley con la aplicación de los usos de comercio. También en el laudo de la CCI núm. 3267/1979, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 266-271, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 271-275, donde se afirma la exclusión de todo Derecho nacional como Derecho aplicable al fondo de la controversia por los árbitros y la aplicación exclusiva de los Principios generales del comercio internacional y de la *lex mercatoria*.

¹⁴⁴⁴ Así, entre otros, en el laudo de la CCI núm. 2291/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 156-158, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 158-160, dictado en equidad, se aplican los principios generales del Derecho y la buena fe contractual en una transacción comercial internacional, concebidos como los principios de la *lex mercatoria* en formación, *id. ibid.*, p. 158. p. 72. La postura adoptada por el árbitro en el presente laudo tiene mucho interés para analizar la nueva *lex mercatoria* en formación. También, en el laudo núm. 2375/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 139-141, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 141-145, audazmente los árbitros apuestan por la aplicación de la *lex mercatoria* en formación, *ibid.*, p. 142. De igual modo que en el laudo núm. 3540/1980, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 289-295, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 295-302, donde el árbitro, amigable componedor, aplica directamente, en ausencia de voluntad de las partes en el Derecho aplicable, la *lex mercatoria*, bajo reserva del orden público.

De entre los componentes de este nuevo orden público supranacional identificado con la “nueva” *lex mercatoria* destaca el DIP, los Convenios Internacionales, la legislación uniforme, los principios generales del Derecho, los usos y costumbres y los principios derivados de los laudos arbitrales internacionales, *cf.*, M. Pryles, "Choice of law issues in international arbitration", *Arbitration.*, vol. 63., 1997, núm. 3, pp. 200-209, esp. p. 201.

¹⁴⁴⁵ Denominación que, al igual que en el laudo de la CCI núm. 1422/1966, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 67-68, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 68-71, esp. p. 70, también fue adoptada por las partes para reclamar el Derecho aplicable en otros laudos de la CCI, desde tiempos muy primarios. Así, los laudos núm. 1641/1969, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 71, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 71-73, y en el laudo núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95. núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95.

correspondiente anuencia de las partes para que así sea, en el sentido del art. 46 1 b) de la *Arbitration Act*, inglesa de 1996, que sostiene que los árbitros tienen que “pedir permiso” a las partes para aplicar consideraciones de ley que no sean las estrictamente normativas¹⁴⁴⁷. Actitud, que ampliaría en éste aspecto el alcance de la libertad en la determinación del Derecho aplicable a través de la aplicación de los usos consuetudinarios y los principios generales del Derecho privilegiando a las partes, que también ha sido defendida por parte de la doctrina¹⁴⁴⁸.

458. Lo que nos lleva a destacar las especiales características que en este punto acompañan a la determinación del Derecho aplicable por los árbitros al fondo de la controversia cuando el procedimiento está siendo llevado a cabo por el CIADI bajo la egida del Convenio de Washington. Aquí, en estricta consideración del art. 42 del Convenio, se exige al árbitro un deber de precaución extremo que implica que éste no se remita a la aplicación de la *lex mercatoria* para completar la determinación de la ley aplicable¹⁴⁴⁹. En

¹⁴⁴⁶ Como señala, J.C. Fernández Rozas, la sumisión en el Derecho aplicable en el arbitraje a un Derecho transnacional o anacional o a los principios generales del Derecho comunes a todos los Estados es una interpretación maximalista del arbitraje internacional, *cf.*, "Comentario al art. 56", *op. cit.*, p. 802.

¹⁴⁴⁷ Art. 46. *Rules Applicable to Substance of Dispute*, (1) b) “*if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agree by them or determined by the tribunal*”, *cf.*, el artículo dentro del conjunto de la Ley, en la RCEA, vol. XIII, p. 413.

¹⁴⁴⁸ *Cf.*, P. Nygh, "Choice of Forum and Laws...", *loc. cit.*, p. 20.

¹⁴⁴⁹ La autonomía de las partes en el CIADI se entiende limitada a la aceptación de las pautas establecidas en el art. 42 en las tres partes que lo dividen. La primera, dirigida a los árbitros, contiene la norma general para determinar el Derecho aplicable a la controversia: “*El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de DIPr, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables(...)*”. El segundo apartado, recoge el principio de prohibición de *non liquet*: “*El tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de ley*”. Y, el tercero, deja las puertas abiertas a la posibilidad de obtener un laudo dictado en equidad si las partes así lo acuerdan: “*Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono*”. En este sentido, en palabras de J.A. Vives Chillida, la disposición recoge dos vías de determinación del Derecho aplicable. La primera, la tradicional del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, mediante la cual el Derecho aplicable se expresará en un contrato entre el Estado y el inversor y a esta elección debe atenerse el Tribunal. Cuando no exista una elección de ley en el contrato de inversión, se aplicará a la controversia la legislación del Estado parte en la diferencia, incluidas sus normas de DIPr y las normas de Derecho internacional que pudieran resultar aplicables. De tal manera que la segunda frase del art. 42.1 aparece transcrita literalmente en algunas de las cláusulas de controversias mixtas de TPPI. Aunque los Tribunales del CIADI nunca han aplicado una norma sobre conflicto de leyes del Estado receptor de la inversión en aplicación de ésta segunda frase, *cf.*, J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, Mc Graw Hill, 1998, pp. 175-199, esp., pp. 176 y 183.

el marco de la resolución de controversias relativas a contratos internacionales sobre inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados partes del Convenio de Washington y del arbitraje CIADI no hay lugar para que pueda entrar una cláusula de elección de ley aplicable que remita “vagamente” a la indeterminación que supone la posibilidad de aplicar normas imperativas de terceros Estados o de la *lex mercatoria*. La importancia de las inversiones internacionales y de los sujetos partícipes en ellas desaconsejan la falta de precisión y de seguridad que supone acudir a fuentes internacionales indeterminadas¹⁴⁵⁰.

Es por ello que, una vez más, resurge la crítica al carácter un tanto sectario que se desprende del contenido y la aplicación del Convenio de Washington, donde, en palabras de sus comentaristas, hay que buscar más seguridad en las controversias dirimidas a través de éste Convenio que en las llevadas a cabo por los árbitros “en las operaciones comerciales corrientes”,¹⁴⁵¹ cuando todas las operaciones comerciales internacionales a nivel privado tienen la misma importancia para los empresarios por ellas afectados. Y, además, se ha demostrado que, en la práctica, los árbitros del CIADI también han aplicado principios generales del Derecho como el principio de la buena fe a través del *estoppel* y el principio de *pacta sunt servanda* considerada como elementos integrantes de la llamada *lex mercatoria*, aunque, si bien es cierto que los tribunales del CIADI nunca se han referido a los mismos denominándolos *eo domine* como *lex mercatoria*¹⁴⁵².

¹⁴⁵⁰ Cf., G.R. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI..", *loc. cit.*, pp. 63 y 66.

¹⁴⁵¹ Coincidiendo con las críticas que en éste caso son llevadas a cabo por uno de los principales consejeros del CIADI, G.R. Delaume: “*Il nous paraît d’ailleurs fort contestable que, même en dehors de la Convention, la lex mercatoria trouve place dans le contexte de contrats d’Etat, par opposition aux opérations commerciales courantes*”, *cf.*, “The Proper Law of State Contracts and the Lex Mercatoria: A Reappraisal”, 3 *ICSID Rev.*, 1988, citándose a sí mismo, G.R. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides...", *loc. cit.*, p. 63.

¹⁴⁵² Cf., J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional...*, *op. cit.*, p. 191, quién evidencia que incluso existe una corriente doctrinal liderada por E. Gaillard, que tiene como medio de expresión el Comité de Arbitraje Mercantil Internacional de la *International Law Association*, que estudia las “reglas transnacionales” aplicables a los arbitrajes mercantiles internacionales, como son las relativas a la fuerza mayor, a la prohibición de contradecirse en perjuicio de otro, a la excepción de la inejecución, al deber de cooperar en los contratos a largo plazo, a los principios relativos a la evaluación de los perjuicios reparables y los principios relativos a los intereses, al *pacta sunt servanda*, etc., extraídos de la resolución adoptada por la *International Law Association*, en la sesión núm. 65.^a de 26 de abril de 1992, celebrada en el Cairo, sobre las “Reglas transnacionales”, *vid.*, sobre el particular el informe de H. Grigera Naón, centrado en la aplicabilidad de las reglas consideradas transnacionales en el arbitraje del CIADI, “Enforceability of Awards Based on Transnational Rules under the New York, Geneva, Panama and Washington Conventions”, *International Law*

459. Nos adherimos a la postura que defiende que los árbitros puedan aplicar principios generales del Derecho y normas pertenecientes en general al denominado Derecho transnacional, ya que se considera que ello coadyuva a la consecución de los objetivos que en relación con el orden público aquí se proponen, consistentes en que sean los árbitros una vía principal para consolidar y crear ese Derecho supranacional y los más interesados defensores en la fijación y el establecimiento de un orden público del mismo signo. Objetivo que difícilmente van a poder cumplir y fomentar cuando sus libertades para aplicar el Derecho transnacional al fondo de la controversia se encuentran restringidas y sin posibilidad de éxito en cuanto a sus pretensiones de uniformidad. En este sentido, destacan los Principios generales de la UNIDROIT que son, por otro lado, práctica habitual entre las tendencias uniformes a las que va encaminada la propia contratación internacional¹⁴⁵³, y vienen siendo aplicados en numerosos laudos arbitrales¹⁴⁵⁴. Tendencias de las que el arbitraje no se debe desgajar si no quiere quedarse atrás en su capacidad de adaptación en sus propios métodos de determinación en el Derecho aplicable¹⁴⁵⁵.

460. Ante las dudas que se suscitan en torno a cuál es la situación actual del arbitraje internacional en éste punto y los mecanismos que realmente se emplean en la

Association, Report of the Sixty-Fifth Conference, (Cairo, Egypt), 1992, ILA, 1993, pp. 117-119, esp. pp. 124-126, relativa al art. 42. 1, ibid., p. 191.

¹⁴⁵³ Cf., P.A. de Miguel Asensio, "Armonización normativa y régimen jurídico...", *loc. cit.*, pp. 859-883, esp. p. 873-878. Y, la amplia bibliografía y práctica allí citada.

¹⁴⁵⁴ *Vid.*, el laudo de la CCI, núm. 8128/1995, *journal dr. int.*, 1996, pp. 1024-1028, con nota de D. Hascher, *cf.*, *ibid.*, pp. 1028-1030. Aplicación por el árbitro internacional de los Principios de UNIDROIT. Y, el resto de los laudos citados por P.A. de Miguel Asensio, *id.*, *ibid.*, nota anterior, pp. 879-880, en las anotaciones correspondientes a los números 68-69. De entre las que también nos remitimos al autor anteriormente citado, A. Mari, "Le prime decisioni arbitrali in applicazione dei Principi Unidroit", *Dir. Com. Int.*, vol. 9. 2, 1995, pp. 495-501. De publicación más reciente, *vid.*, el laudo de la CCI, núm. 8486/1996, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 162-173, donde también se observa la aplicación por el árbitro internacional de los principios de la UNIDROIT. Al igual, que fueron aplicados en el laudo final de la Cámara de Comercio Internacional de Milán, en el caso núm. 1795 de 1 de diciembre de 1996, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 196-206.

¹⁴⁵⁵ Reivindicando el papel del arbitraje como la forma de justicia que mejor se adapta a los vertiginosos cambios de las transacciones privadas internacionales tomando el rumbo de un arbitraje internacionalizado perfectamente adaptado a la globalización en la que nos encontramos inmersos, *cf.*, J.G. Wetter, "The Internationalisation of International Arbitration: Looking Ahead to the Next Ten Years", *The Internationalisation of International Arbitration. The LCIA Centenary Conference*, M. Hunter, A. Marrisctt, V.V. Veeder, (editores), London-Dordrecht-Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, p. 85.

selección por los árbitros del Derecho aplicable, procede estudiar aquí, de manera muy somera y sin distanciarnos en exceso del objeto de nuestra investigación, qué ocurre en la práctica arbitral a la hora de saber cuál es el Derecho que determinan los árbitros cuando tienen que decidir sobre qué ley han de aplicar al fondo de la controversia internacional. Dejando claro la falta de pretensión de establecer una teoría general que pretenda concretar un método para determinar el Derecho aplicable al fondo del asunto en la fase arbitral internacional¹⁴⁵⁶. Resulta relevante determinar, al menos, si en la práctica arbitral existe una univocidad a este respecto en el que los árbitros han de tener un especial cuidado con problemas derivados de la particular incidencia de las normas imperativas y del orden público en el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional. Para algunos autores sí existe unicidad en este tema, en cuanto a que los árbitros actúan de manera similar a los jueces y tribunales estatales cuando se enfrentan con el orden público en la fase de determinación del Derecho aplicable¹⁴⁵⁷, mientras que otros se muestran contrarios a que los árbitros utilicen los mismos criterios de aplicación de ley que los jueces estatales¹⁴⁵⁸. Con éstos objetivos, resultará útil, como punto de referencia, una vez visto en primer lugar las diferencias entre el árbitro y las partes en el alcance de la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia, analizar muy sumariamente cuáles son

¹⁴⁵⁶ Nuestro objetivo dista de encasillar de manera descriptiva todos los procedimientos a los que puede recurrir el árbitro en la determinación del Derecho aplicable. Lo cual no quita para que se considere necesario realizar esta breve referencia introductoria sobre el mismo y poder resolver, a continuación, en atención a las soluciones específicas dadas por los árbitros cuando se enfrentan con las normas imperativas o el orden público, en aquellos casos donde tengan que determinar el Derecho aplicable en el conflicto de intereses que se puede ocasionar entre las pretensiones de las partes y el referido orden público estatal o internacional.

¹⁴⁵⁷ En el laudo de la CCI, núm. 1434/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 145-149, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 149-156, relativo al Derecho aplicable al fondo a las leyes de policía y a los grupos de sociedades. Se afirma que el método que emplean los árbitros para resolver el Derecho aplicable al fondo de la controversia al recurrir a los principios generales admitidos en materia de conflictos de leyes coincide con las normas de DIPr, *cf.*, *ibid.*, p. 147.

¹⁴⁵⁸ En las observaciones de Y. Derains, al laudo de la CCI núm. 1422/1966, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 67-71, se especifica claramente la contrariedad manifiesta a que los árbitros utilicen los mismos criterios de aplicación de ley que los jueces estatales, "A pesar de que generalmente se admita que los jueces deciden la ley aplicable siguiendo las normas de conflicto de leyes del Estado en nombre del cual administran la justicia, los árbitros no pueden recurrir a tales normas, en la medida en que su poder no lo reciben de ningún Estado", *ibid.*, p. 69. En palabras de Y. Derains, no hay que confundir la discrecionalidad de la que disfrutaban los árbitros con el respeto por el orden público en su elección, *cf.* Y. Derains, "Public Policy...", *op. cit.*, p. 229.

las pautas que sigue el árbitro internacional en la determinación del mismo, comparando éstas con las de los jueces estatales.

B) Análisis comparativo entre jueces y árbitros

a) *Métodos de determinación*

461. Como no podía ser de otra manera, el punto de partida que marca la diferencia entre la jurisdicción pública y privada en el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional es que el árbitro, a diferencia del juez estatal, no tiene *lex fori* ni *lex causae* y, en consecuencia, no se encuentra compelido por la aplicación de ningún Derecho ni orden público estatal¹⁴⁵⁹. El árbitro internacional al no pertenecer a ningún foro no está en principio obligado por la aplicación de ninguna normativa adscrita a ellos y tampoco está vinculado por el respeto del orden público y de las normas imperativas de obligatoria aplicación para los jueces. Es por ello evidente que la primera diferencia entre la jurisdicción arbitral y la estatal deriva de la amplia flexibilidad, autonomía y/o libertad de la que gozan los primeros en relación con los segundos en la elección de la ley aplicable al fondo de la controversia.

Mientras el juez está obligado por los descriptores del DIPr en la determinación de la misma, sistema, con carácter general, determinado por el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, el árbitro, ante la ausencia de un sistema normativo de conflicto, sólo trata de establecer la oportunidad de aplicar una normativa antes que otra, en atención al ejercicio que las partes le han confiado, sin tener que recurrir a un sistema convencional internacional para llevar a cabo dicha

¹⁴⁵⁹ Cf., esta afirmación en los laudos de la CCI, núms, 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95; núm. 1422/1966, *id. cit.*, en el laudo núm. 3380/1980, *Journ. dr. int.*, 1981, núm. 4, p. 928. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 303-307; núm. 3130/1980, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 307-310, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 310-312. Y, en general, en todos aquellos donde se plantea la problemática del Derecho aplicable ante la falta de elección de la misma por las partes.

determinación¹⁴⁶⁰. El árbitro es totalmente libre en la elección de ley, con las únicas limitaciones anteriormente indicadas en relación con las prescripciones de las partes si las hubiere, por un lado, y la autoimposición o el deber moral de hacer el laudo ejecutable, por el otro lado, pero sin que exista ninguna guía indicativa ni preventiva en cuanto a la determinación ni posterior aplicación normativa.

462. Se vislumbra, en consecuencia, el aspecto menos amable de la amplia libertad conferida al árbitro en la fase arbitral, que se traduce en un importante factor de inseguridad susceptible de provocar el distanciamiento de los operadores internacionales, empresarios y agentes económicos, a los que no suele gustarles asumir más riesgos que los estrictamente necesarios en las transacciones privadas internacionales de las que son partícipes. Riesgos aquí derivados de la falta de previsibilidad en cuanto al Derecho aplicable por los árbitros al fondo de la controversia de importancia sustancial para los intereses de aquellas¹⁴⁶¹. Es entonces comprensible la manifestación de ciertas reservas frente a las explicaciones del crédito del que goza el arbitraje internacional, en el afán que ponen los prácticos internacionales por evitar todas las incertidumbres relativas a la determinación de la ley aplicable al fondo¹⁴⁶². A falta de una solución preventiva que supone incorporar en todo caso cláusulas de elección de ley en el propio contrato¹⁴⁶³, y tras contrastar la práctica internacional donde cada vez es menos frecuente que las partes elijan la ley que habrá de regir sus futuras desavenencias negociales¹⁴⁶⁴, es el árbitro el que se encuentra con que de forma creciente tiene que cargar con ésta responsabilidad. La clave residirá, a partir de

¹⁴⁶⁰ Cf., la diferenciación transcrita del laudo de la CCI núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95, esp. pp. 94-95 y los laudos preliminares núm. 1512/1967, de 18 de diciembre de 1967 y de 14 de enero de 1970, *Compañía India de Cemento (Dalmia) c. Banco Nacional Pakistaní*, *Year. Comm. Arb.* vol. V, 1980, p. 170.

¹⁴⁶¹ Causa, como se ha especificado, de la que deriva la estricta y obligatoria aplicación del art. 42 del Convenio de Washington por el árbitro, con el propósito de reducir la inseguridad en cuanto al Derecho aplicable en las controversias relativas a inversiones internacionales, cf., G.R. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides...", *loc. cit.*, p. 40.

¹⁴⁶² Transcrito del laudo de la CCI, núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 93, que en boca de R. David, "Jurisdictions arbitrales ou juridictions interétatiques", *Arbitrage Commercial, Essais in memoriam Eugenio Minoli*, p. 109, precisa, además, pertinentemente que este afán que se atribuye a las partes, se verá a menudo defraudado.

¹⁴⁶³ Cf., esta solución en el comentario de M. Checa Martínez al laudo parcial de la CCI, núm. 6560/1992, *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 245-246, esp. p. 248.

¹⁴⁶⁴ *Vid. infra*, apartado II. 1 b)

aquí, en determinar cuál es el sistema que utilizan entonces los árbitros para concretar el Derecho aplicable a la controversia internacional y si ese sistema le vincula con el orden público de la ley estatal a la que, en su caso, le remita el mismo¹⁴⁶⁵.

463. Es en éste punto, relativo a la tarea del árbitro en la determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia en ausencia de elección expresa por las partes, donde existe una discrepancia doctrinal entre aquellos autores que aseguran que los árbitros deberían determinar la ley adecuada al contrato siguiendo las normas de conflicto que éstos consideren apropiadas, según los métodos tradicionales del DIPr¹⁴⁶⁶; y otros autores y prácticos, que consideran que las pautas que utilicen los árbitros para determinar la ley apropiada deben estar desvinculadas de aquellos métodos utilizados por los internacionalprivatistas¹⁴⁶⁷. Hay que comprobar, pues, si los árbitros utilizan métodos similares a los empleados por los jueces, en la aplicación que éstos hacen de las técnicas del DIPr, o si, por el contrario, puede posibilitarse un sistema normativo alternativo para el arbitraje privado internacional cuya creación y adaptación varíe en función de los intereses de los participantes del tráfico internacional, principales usuarios del sistema arbitral, con los límites y garantías del orden público. En el sentido de precisar si se puede contar con una pauta de determinación general que nos permita dotar de una mayor seguridad a la elección de ley aplicable por los árbitros para poder ser ésta transmitida tanto a las partes como a los Estados ante la incertidumbre y desconfianza suscitada al respecto. Sistema que, en definitiva, estuviera basado en una serie de métodos o de directivas que permitiesen al árbitro la elección más adecuada para acabar con la indeterminación generada, con vistas a

¹⁴⁶⁵ Ello, a pesar de la aparente falta de control que hay del Derecho aplicable al fondo de la controversia por la prohibición de revisión del fondo del asunto como pieza fundamental de la investigación, *vid., supra.*, las anotaciones al respecto indicadas en el epígrafe anterior acerca de la conveniencia o no de volver a implantar una revisión necesaria en cuanto al Derecho aplicable al fondo del asunto, completado *ex abundantia* en el capítulo V.

¹⁴⁶⁶ Así, por ejemplo, para Maniruzzamann sólo cabe que sea un sistema de DIPr el utilizado por el árbitro como método a seguir para determinar la ley sustantiva a seguir, en ausencia de elección de ley, *cf.*, International Commercial Arbitration: The Conflict of Law Issues in Determining the Applicable Substantive Law in the Context of Investment Agreements", *NILR*, 1993, pp. 202-203.

¹⁴⁶⁷ *Cf.*, las observaciones anteriorente transcritas de Y. Derains, al laudo de la CCI núm.1422/1966, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 69.

que ésta pudiera llegar a ser previsible, satisfaciendo las demandas de los empresarios en el afán de seguridad y previsibilidad normativa en el que se insiste¹⁴⁶⁸.

464. Una primera perspectiva aproximativa en relación con los métodos que utiliza el árbitro para determinar el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional, se caracteriza por ser consecuente con la amplia libertad que en teoría les ha sido conferida¹⁴⁶⁹. Dentro de los objetivos de la ley apropiada al fondo de la controversia, “*the proper law of the contract*”, en ausencia expresa de elección de ley por las partes, el árbitro o tribunal arbitral puede resolver atendiendo a una variedad de criterios basados en distintos factores de conexión¹⁴⁷⁰. El lugar de ejecución del contrato¹⁴⁷¹, la nacionalidad de las partes¹⁴⁷², la aplicación de Convenios internacionales de Derecho privado¹⁴⁷³, la aplicación de normas materiales uniformes, entre las que destaca, el Convenio de Viena sobre contratos de venta internacional de mercancías de 1980¹⁴⁷⁴, que se ha convertido uno de los

¹⁴⁶⁸ Es la solución aportada por P. Mayer con el objetivo de acabar con la laguna específica que, en contraposición con la amplia libertad de la que disfruta el árbitro en el Derecho aplicable, se provoca en ésta fase del arbitraje, *cf.*, P. Mayer, "L'application par l'arbitre des Conventions...", *op. cit.*, p. 289.

¹⁴⁶⁹ Aunque en el apartado final veremos como dicha libertad no es tan amplia ni extensa como teóricamente se indica, *vid., infra.*, Cap. IV, I. 2. C)

¹⁴⁷⁰ A la tarea del árbitro consistente en determinar el Derecho aplicable al fondo de la controversia, en ausencia de elección de ley, se refiere el derecho anglosajón, especialmente referido al Reino Unido, con la expresión: "*The Proper Law of the Contract*", o simplemente: "*The Proper Law*". Utilizada como expresión intercambiable a la responsabilidad encomendada al árbitro para la determinación del Derecho aplicable, en ausencia de elección de ley, como principio de orden público admitido universalmente, *cf.*, A.F.M. Maniruzzamann, "International Commercial Arbitration...", *loc. cit.* p. 202. *Vid.*, también a éste respecto las reflexiones de S. Alvarez González, "Arbitraje y Derecho aplicable...", *loc. cit.*, pp. 187-188; y, de J.A. Pérez Bevia, "Sobre la ley aplicable por el árbitro al fondo...", *loc. cit.*, p. 232. Método de la "*Proper Law*" que es hábilmente contrastado desde la perspectiva comparada con los métodos existentes en otros sistemas legales por H.A. Grigera Naón, *Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration*, Tübingen, J.C.B. Mohr, P. Siebeck, 1992, pp. 153-216, esp., pp. 161-165, relativa a la *Proper Law* en el Reino Unido.

¹⁴⁷¹ *Cf.* el laudo final de la CCI, núm. 6268/1990, de 18 de mayo de 1990, *Rec. CCI. III*, 1991-1995, pp. 68-72; *Year. Comm. Arb.*, vol. XVI, 1991, pp. 119-122.

¹⁴⁷² *Vid.*, el laudo final de la CCI en el caso núm. 6283/1990, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 100-102; *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, pp. 178-179.

¹⁴⁷³ *Cf.*, P. Mayer, "L'application par l'arbitre des Conventions...", *op. cit.*, pp. 276-291, y los laudos allí citados.

¹⁴⁷⁴ Aunque estén éstas contenidas en un determinado Convenio de Ley Uniforme como el Convenio de Viena sobre contratos de venta internacional de mercancías de 1980, *cf.*, el laudo de la CCI, núm. 7153/1992, *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 249-250; con nota de M. Checa Martínez, *ibid.*, pp. 250-252. Laudo importante para la práctica arbitral española porque al haberse adherido nuestro país el 17 de julio de 1990 al Convenio de Viena, *BOE* de 30 de enero de 1991, encontrándose dicho Convenio en vigor en España desde el 1 de agosto de 1991, debe ser tenido en cuenta cuando el árbitro elige la ley española como ley aplicable, cuando al ser el contrato en materia de compraventa, el Convenio referido se vería lógicamente comprometido

más aplicados por los árbitros¹⁴⁷⁵; la elección de la ley del lugar del perfeccionamiento del contrato¹⁴⁷⁶; o la del lugar del domicilio del deudor¹⁴⁷⁷; la aplicación de la ley del lugar del cumplimiento de las obligaciones esenciales¹⁴⁷⁸; la ley de la sede del arbitraje¹⁴⁷⁹, etc. Elecciones, todas ellas, atentas a las distintas posibilidades que ofrece el fenómeno del *dépeçage* en el arbitraje privado internacional¹⁴⁸⁰, aunque sea ésta una posibilidad distributiva negada por otra parte de la doctrina¹⁴⁸¹. No obstante, lejos de transcribir un elenco de posibilidades basadas en casos aislados, los métodos de selección de ley por el árbitro responden a una serie de clasificaciones en bloque sobre las que tampoco existe un

siempre que se cumplan las condiciones para su aplicación, *cf., ibid.*, p. 250. *Vid.*, también la aplicación de este Convenio como normativa aplicable a un laudo internacional reconocido por nuestro Tribunal, en la Sent. De la Aud. Prov. de Barcelona de 20 de junio de 1997, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 209-212.

¹⁴⁷⁵ Recientemente, en el laudo arbitral final de 29 de diciembre de 1998 rendido en la *Hamburg Friendly Arbitration*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 13-22, se observa la aplicación por el Arbitro del Convenio de Viena de 1980. De publicación también reciente, *vid.*, la aplicación por el árbitro de los usos de comercio en el laudo de la CCI, núm. 6955/1993, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 107-140, esp. pp. 124-127. *Vid.*, también, desde una perspectiva más general, el trabajo de B. Campuzano Díaz, "El Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 como núcleo en la regulación de la compraventa internacional de mercaderías (comentario a propósito de la Sentencia arbitral de la CCI núm. 8611/HV/JK de 23 de enero de 1997)", *Derecho de los negocios*, 1998, pp. 15-28, esp., p. 23, donde se destaca como el Convenio de Viena a pesar de ser el núcleo de regulación de la compraventa internacional de mercancías no regula todos los supuestos y tiene que recurrir a veces a los métodos del DIPr, basados en la norma de conflicto o a nuevas modificaciones provenientes de los usos y las prácticas de los comerciantes en este sentido.

¹⁴⁷⁶ *Cf.*, el laudo de la CCI núm. 1472/1968, *Rev. arb.*, 1973, núm. 1, p. 141.

¹⁴⁷⁷ *Cf.*, el laudo final de la CCI, caso núm. 5885/1989, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 40-46; *Year. Comm. Arb.*, vol. XVI, 1991, pp. 92-95.

¹⁴⁷⁸ *Cf.*, el laudo parcial de la CCI, núm. 6560/1992, *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 245-246.

¹⁴⁷⁹ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C)* de 15 de septiembre de 1998, *Société Cubic Defense Systems Inc. c/ Chambre de Commerce Internationale*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 103-113, con nota de P. Lalive, *ibid.*, pp. 113-120.

¹⁴⁸⁰ En líneas generales el "*Dépeçage*" es entendido por la doctrina de diferentes maneras más o menos expansivas. Puede ser definido ampliamente, para cubrir todas las situaciones donde las normas de los distintos Estados son aplicadas al mismo caso, a modo de aplicación cumulativa. O bien, más estrictamente, sólo cuando las normas de Estados distintos son aplicadas para gobernar "cada una" distintos aspectos sustantivos, *cf.*, W.L.M. Reese, "Dépeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law", *Columbia L. R.*, 1973, p. 58. Teniendo en cuenta que el actual Derecho del arbitraje internacional no es favorable a aplicar una única ley al procedimiento arbitral, manifestándose por tanto a favor del *depeçage*, *cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 934.

¹⁴⁸¹ En este sentido, C. Esplugues Mota, niega que se pueda admitir el *depeçage* en el Derecho aplicable al fondo de la controversia, dado que la elección de ley aplicable debe ser de una sola ley que resuelva el fondo del litigio, sin posibilidad de desgajamiento normativo, *cf.*, "Comentario al art. 62", *op. cit.*, p. 908. Conforme al *depeçage*, y las posibilidades que permanecen abiertas en cuanto al mismo, aunque en un sentido muy restringido en el Derecho aplicable, *cf.*, las afirmaciones realizadas en la doctrina española por S. Álvarez González, "Arbitraje y Derecho aplicable...", *loc. cit.*, p. 185.

consenso doctrinal ni práctico, debido a que el reconocimiento de la amplia libertad ha provocado una abundante literatura al respecto difícil de casar¹⁴⁸².

465. Guiándonos por un criterio cuantitativo más que cualitativo, que implicaría un cierto grado de subjetivismo, la mayor parte de la doctrina coincide en apuntar mayorariamente tres métodos como los más generalizados para la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia por los árbitros, siempre a falta de elección previa por las partes¹⁴⁸³. El primero de ellos prevé que los árbitros apliquen directamente un determinado sistema de conflicto de leyes seleccionado de entre aquellos países que esten implicados en la controversia, del que extraen un único ordenamiento nacional determinado a aplicar al caso ante el que se enfrentan¹⁴⁸⁴, recurriendo, pues, a la aplicación del ordenamiento o la norma material más aconsejada en atención a un criterio de proximidad o

¹⁴⁸² Así, los diferentes métodos de determinación de la ley aplicable han ido variando desde los trabajos doctrinales de mediados de siglo, que comenzaban a preocuparse por la incidencia del Derecho aplicable al arbitraje, siempre más impreciso y desplazado que otros temas concernientes a la institución arbitral, *cf.*, H. Batiffol, "L'arbitrage et les conflits de lois", *Rev. arb.*, 1957, núm. 1, p. 111, hasta uno de los trabajos más significativos y completos en este ámbito, *vid.*, H.A. Grigera Naón, *Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, sin encontrarse hasta el momento una uniformidad al respecto.

¹⁴⁸³ De entre los métodos que se van a exponer muchos autores subsumen unos en otros, habida cuenta de que pueden ser alternativa o cumulativamente aplicables. Así, J.D.M. Lew, señala tres métodos, *cf.*, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pp. 221-259. Trilogía también seguida, en nuestra doctrina, por P.A. de Miguel Asensio, "Armonización normativa y régimen jurídico...", *loc. cit.*, p. 862. Y. Derains, también emplea tres métodos en la determinación de la ley aplicable por el árbitro para satisfacer las expectativas de las partes. La aplicación cumulativa del sistema de normas de conflicto implicados en la controversia, el recurso directo a los principios generales del Derecho y la vía directa, *cf.*, "Public Policy and the Law Applicable...", *op. cit.*, p. 233. Las tres opciones señaladas por P. Nygh, en uno de los trabajos más recientes al respecto, indican que los métodos susceptibles de ser aplicados por los árbitros son, en primer lugar, la aplicación de las normas del lugar donde el arbitraje se va a desarrollar, la ley de la sede; la aplicación de las normas de conflicto, nacionales o supranacionales que el tribunal considere más apropiadas, siguiendo el criterio de los vínculos más estrechos; y, por último, la aplicación directa de un determinado sistema estatal así como la aplicación de los principios generales del Derecho, *cf.*, P. Nygh, "Choice of forum and laws...", *loc. cit.*, p. 26. Triple criterio al que también se ha apuntado, N. Voser, "Mandatory Rules of Law as a Limitation...", *loc. cit.*, pp. 319-357.

¹⁴⁸⁴ Es esta es la solución adoptada por el art. 28. 2 de la Ley Modelo de la Uncitral, y el criterio que también ha sido seguido por las legislaciones arbitrales consideradas más innovadoras, como son el art. 1051 de la reciente reforma de la Ley alemana de arbitraje y la ley suiza, art.19 LSDIP, aunque completadas ambas por el principio de proximidad, frente a la indeterminación de la que hace gala la Ley Tipo en este sentido. Concretamente referido a la nueva Ley de arbitraje alemana, reiterando lo antedicho, ha sido debatido que el criterio de los vínculos más estrechos no es tan flexible en la libertad que le deja al árbitro en el Derecho a aplicar ya que está informado por el principio de proximidad, de modo que no el árbitro no deberá tener en cuenta consideraciones de carácter material, debiendo recurrir a los criterios generales del Convenio de Roma, art. 4. 2, esto es, a la ley de la parte que realiza la prestación característica, *cf.*, M. Checa Martínez, "La armonización del derecho del arbitraje...", *loc. cit.*, p. 356.

de vínculos más estrechos con el supuesto a tratar, según los criterios generales del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, art. 4¹⁴⁸⁵. Es la aplicación cumulativa de los sistemas de conflictos de leyes interesados en el litigio que pueden coincidir, tras comparar los diferentes métodos de atribución de los mismos, en que éstos apunten a “la misma ley” que sería declarada la ley aplicable¹⁴⁸⁶.

466. Desde ésta perspectiva conflictualista hay que aclarar, en primer lugar, que aún en el caso en que los árbitros se cobijen en los métodos de determinación tradicionales del DIPr, parte de la doctrina y de la práctica internacional todavía entiende que la solución tendente a acudir a un sistema conflictual no es del todo igual para el árbitro internacional que para el juez estatal, en la medida en que el primero, insistimos, no dispone de *lex fori*, de la que pueda tomar las normas de conflicto, lo que lleva al árbitro a tomar ésta del lugar donde el arbitraje tenga su sede, o de cualquier otro que se considere más apropiado, por lo que la indeterminación al respecto sigue reinando. Como transcribe el laudo de la CCI, núm. 1512, el juez es el representante judicial de un determinado sistema estatal y determina la ley competente acudiendo a los sistemas legamente establecidos en éste sentido, prescritas, con carácter general, en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, arts. 3 y 4. El árbitro, aunque copie del juez el método de atribución, sigue sin tener una ley de la que pueda partir la norma de

¹⁴⁸⁵ Cf., *ibid.*

¹⁴⁸⁶ En el laudo de la CCI dictado en el asunto núm. 1422 en 1966, *cf.*, el laudo núm. 1422/1966, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 67-68, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 68-71. El comentarista refleja, que dentro de la cierta discrecionalidad de la que disfruta el árbitro en el Derecho aplicable al fondo de la controversia, éstos tienden a evocar el método de averiguación de la ley aplicable según el método calificado como de “aplicación acumulativa” de los sistemas de conflicto de la ley aplicable al litigio. Según el cual el árbitro aplica una norma de conflicto que vincula con la noción de “*Proper Law of the Contract*”, y, para demostrar la conveniencia de aplicar esta norma sobre las demás, el árbitro hace constar su carácter universal, subrayando que todos los sistemas de conflicto de leyes llegarían en la práctica a la misma solución, ya que existe un amplio consenso sobre la cuestión de la ley aplicable a los contratos, entre los principales sistemas de conflicto de leyes. Con carácter general, *vid.*, la explicación de éste método en el trabajo de su máximo defensor, Y. Derains, “L’application cumulative par l’arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige”, *Rev. arb.*, 1972, núm. 1, p. 118. El carácter universal de la norma de conflicto utilizada sería por sí misma justificación suficiente de su aplicación. En la doctrina española, la defensa de éste método señalando sus ventajas ha sido expuesta por J.A. Pérez Bevia, “Sobre la ley aplicable por el árbitro al fondo...”, *loc. cit.*, p. 219.

conflicto¹⁴⁸⁷. Lo más interesante de éste primer método cumulativo es que se hace eco de la actitud más significativa a la vez que de la más seguida tradicionalmente por los árbitros internacionales. De tal manera que los árbitros buscan, más que elegir una ley, combinar varias, demostrando que en el fondo llegan a las mismas soluciones con el objetivo de formar una especie de Derecho común¹⁴⁸⁸. Confirmando lo que desde sus inicios hasta hoy es una tendencia habitual de la práctica arbitral internacional que los árbitros se sientan inclinados a considerar como ley más apropiada aquella en la que convergen los sistemas de conflictos de leyes relacionados con la controversia¹⁴⁸⁹.

466. El segundo de los métodos, también denominado “vía directa” elude completamente la consecuencia de la elección de ley por la norma de conflicto. En líneas generales, mantiene que la función del árbitro internacional lejos de ser una elección de normas aplicables entre diferentes sistemas legales, debe consistir en dar efecto directamente a una ley determinada, sin recurrir previamente al sistema atributivo, pudiendo ser ésta la de un Estado determinado, o acudiendo directamente a reglas no estatales¹⁴⁹⁰. En consecuencia, aquí sería válido todo lo anteriormente indicado en la determinación del alcance del Derecho aplicable y sus diferencias en este sentido con las partes¹⁴⁹¹, encontrándonos inmersos en la aplicación de la *lex mercatoria*, o, más ampliamente, en un cuerpo de principios legales de Derecho privado que tienen su fuente

¹⁴⁸⁷ Cf., el laudo de la CCI núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95, esp. p. 90. Laudos preliminares núm. 1512/1967, de 18 de diciembre de 1967 y de 14 de enero de 1970, *Year. Comm. Arb.* vol. V, 1980, p. 170.

¹⁴⁸⁸ Trasunto del laudo de la CCI, núm. 1422/1966, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 71. Método acumulativo de los sistemas de conflicto de leyes interesadas en el litigio, que según Derains también es el aplicado por los siguientes laudos acontecidos en la CCI: el núm. 1689/1970, núm. 1776/1970, núm. 1759/1972 y 2096/1972 (inéditos). Sobre todo el método cumulativo ha sido reflejado con mucha precisión en el laudo 1776/1970, con las siguientes palabras: “*Si (los árbitros) pueden evidenciar que en relación con el extremo planteado, las normas de conflicto de los diferentes Estados con los que el litigio que se les ha sometido, se encuentra vinculado, son del mismo tenor o conducen al mismo resultado, también pueden aplicar estas normas de conflicto comunes, estando así seguros de satisfacer la intención implícita o supuesta de las partes de las que reciben su poder*”, *id.*, *ibid.*, p. 69.

¹⁴⁸⁹ Cf., el laudo de la CCI núm. 2438/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 135-137; con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 137-139, esp., p. 138.

¹⁴⁹⁰ Entre los laudos que aplican la vía directa, *vid.*, los laudos de la CCI, núm. 4434/1983, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 351-353, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 353-355, y el laudo núm. 3880/1983, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 355-356, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 356-357.

en el ordenamiento legal internacional y no en un sistema nacional determinado¹⁴⁹². Recurso, mayoritariamente utilizado en aquellos laudos arbitrales donde una de las partes es un Estado o una organización o empresa pública que prefieren invocar el carácter de organización internacional de una de las partes de la controversia para descartar la aplicación de cualquier Derecho nacional y recurrir directamente a los principios generales del Derecho¹⁴⁹³.

467. El tercer método, conjuga las dos posibilidades anteriores. Aproxima los conocimientos de los árbitros en la decisión de los casos que se les plantean para que éstos apliquen normas extraídas de ordenamientos legales nacionales, pero permitiéndoles también elegir esas normas libremente, sin restricciones impuestas por ningún sistema de elección de leyes en particular. Conjugando, por tanto, las posibilidades de justicia y equidad que proporcionan los Principios Generales del Derecho con la aplicación de un determinado sistema estatal. Es esta la línea seguida por la Ley Modelo de la Uncitral adoptada en Canadá, que ha modificado el art. 28. 2 citado de la Ley Tipo, con la siguiente redacción: "*El Tribunal aplicará las normas que considere apropiadas tomando en consideración todas las circunstancias que rodean la controversia*". Se observa, pues, que ésta es una fórmula que permite la amplitud necesaria para abrazar tanto la primera como la segunda de las metodologías enunciadas de manera diferenciada, en el tercero de los métodos expuestos. Desde el momento en que el tribunal arbitral podría decidir que "*las normas apropiadas*", que pudieran ser aplicadas en una particular controversia son factibles de ser encontradas tanto en la "*lex mercatoria*", como en un "*ordenamiento legal*

¹⁴⁹¹ *Vid., supra.*, apartado I. 2. A) b).

¹⁴⁹² *Cf.*, el laudo de la CCI núm. 1641/1969, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 71, donde como señala Y. Derains, *ibid.*, pp. 71-73, es difícil que pueda afirmarse con mayor rigor la facultad que tiene el árbitro para separarse de los ordenamientos nacionales y poder aplicar un Derecho nacional. Lo que en éste caso resulta extraño, como señala el comentarista, es que los árbitros simplemente se contenten con afirmarlo sin más justificación.

¹⁴⁹³ Lo que abre el tema de la influencia de que una de las partes contratantes sea un organismo, un Estado o una entidad pública en el Derecho aplicable al fondo de la controversia. En este mismo sentido en el laudo núm. 2152, (inédito), señalado en el laudo anterior por Y. Derains, p. 72, el árbitro motiva que "*en lo que concierne al Derecho aplicable al contrato (...) la consideración de una organización internacional en el contrato lleva a que no se puede someter éste a un Derecho nacional. El contrato sólo deberá regirse por los principios generalmente admitidos*". Debiendo entenderse controversia por contrato.

*internacional*¹⁴⁹⁴, destacando que, como es obvio, el último método puede subsumirse en el anterior si no atendemos, como se cree conveniente, a la diferenciación que establece éste. De ahí que sea más factible la defensa de métodos muy similares a los utilizados por los jueces estatales en la determinación.

468. En conclusión, con carácter general, hay que resaltar la evidencia de que tanto los jueces como los árbitros utilizan prácticamente los mismos métodos de determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia recurriendo a las técnicas propias del DIPr¹⁴⁹⁵. Afirmación constatable en la práctica desde los primeros laudos arbitrales a éste respecto¹⁴⁹⁶, hasta los más actuales¹⁴⁹⁷, siendo los propios árbitros los que tienden a adaptar las mismas técnicas convencionales aplicadas por los jueces estatales, derivadas de las teorías de localización o de la deslocalización del arbitraje internacional¹⁴⁹⁸, con el límite ineludible del orden público, no sólo estatal sino también auténticamente internacional, que viene impuesto por las necesidades del comercio internacional¹⁴⁹⁹. De tal manera que el

¹⁴⁹⁴ Cf., J. Blom, *Law Problems in International Commercial Arbitration*, *Can. YB. Int. L.*, 1994, pp. 418-421. El cual entiende que H.A. Grigera Naón, también se decanta más por el último de éstos métodos, *Choice of Law Problems in International...*, *op. cit.*, p. 419.

¹⁴⁹⁵ Sobre cómo los árbitros suelen utilizar los mismos criterios de determinación de la ley aplicable al contrato que un juez, esto es utilizando los mismos métodos del DIPr, *cf.*, P.A. de Miguel Asensio, "Armonización normativa y régimen jurídico...", *loc. cit.*, p. 863.

¹⁴⁹⁶ En el laudo de la CCI, dictado en el caso núm. 1434/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 145-149, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 149-156, el propio Y. Derains afirma que el método que emplean los árbitros para resolver el Derecho aplicable al fondo al recurrir a los principios generales admitidos en materia de conflictos de leyes coincide con las normas de DIPr, *id.*, *ibid.*, p. 147.

¹⁴⁹⁷ Dos claros ejemplos al respecto procedentes de la Cámara Internacional de París, el uno, y de la Cámara arbitral de Estocolmo, el otro son, el laudo de la CCI, núm. 5314, *Year. Comm. Arb.*, 1995, vol. XX, pp. 35-40, y el de la Cámara de Comercio de Estocolmo de 17 de junio de 1992, *Year. Comm. Arb.*, 1997, vol. XXII, pp. 199-204, donde los árbitros recurren a los mismos criterios que los jueces para determinar la ley aplicable al fondo del asunto, *id. cit.*, P.A. de Miguel Asensio, *ibid.*, p. 863.

¹⁴⁹⁸ En este sentido, algunos autores, más en consonancia con que los métodos que utiliza el árbitro sean similares a los utilizados en DIPr, consideran que la aplicación de la norma de conflicto tiende favorablemente a un arbitraje localizado, mientras que la amplia libertad de la que goza el árbitro no siempre es favorable al provocar una desnacionalización o deslocalización en el arbitraje, como términos intercambiables, "floating awards" que, no obstante, inevitablemente van a acabar siendo localizados en un sistema estatal determinado, *vid.*, A.F.M. Maniruzzaman, "International Commercial Arbitration...", *loc. cit.*, pp. 201-237, esp. p. 202. Sobre la deslocalización y el Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje, *vid.*, M. Moura Vicente, *Do Direito aplicavel ao mérito da causa na arbitragem comercial internacional*, Lisboa, tesis policopiada, 1989, esp. Cap. 1º, IV. 1.

¹⁴⁹⁹ Tal y como afirma el laudo de la CCI núm. 1717/1972, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 73, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 73-75, esp., p. 75 un orden público transnacional impuesto por las

hecho de que se encuentre universalmente reconocido que los árbitros están obligados a aplicar el Derecho previamente determinado por las partes como Derecho aplicable al fondo del litigio no significa que el árbitro internacional esté completamente vinculado al mismo. “*El árbitro siempre podrá rechazar las soluciones que le parezcan incompatibles con el orden público internacional, o aplicar de oficio los usos del comercio internacional cuando éstos existan*”¹⁵⁰⁰.

b) Incidencia de las reglas no estatales en el Derecho aplicable

469. Se considera necesario hacer un balance de urgencia relativo a la aplicación de las reglas no estatales, principios generales del Derecho y usos del comercio internacional, como Derecho aplicable al fondo de la controversia por el árbitro internacional, a raíz de lo indicado en la primera limitación que tienen éstos en relación con las partes y la influencia que de ello se pudiera derivar en atención con el orden público estatal¹⁵⁰¹. Los Estados han permitido, en este sentido, a los integrantes de la comunidad creada en torno al comercio internacional y a las transacciones privadas internacionales libertades considerables para regular las transacciones. Concesiones que han sido realizadas, ya sea de forma directa o indirecta, con la puesta en marcha de la elección de usos, costumbres y otros métodos contractuales encontrados a veces con sus propios intereses nacionales en los casos en los que sus legislaciones internas se habían quedado obsoletas en su adaptación al mercado

necesidades del comercio internacional. Igualmente afirmado en el laudo núm. 1990 dictado en 1972, pp. 80-82 (inédito), con observaciones en las pp. 83-85.

¹⁵⁰⁰ Trasunto del laudo de la CCI núm. 1434/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 145-149, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 149-156, esp. p. 154.

¹⁵⁰¹ Evidenciando, pues, las restricciones anteriormente indicadas al árbitro para aplicar los principios generales del Derecho y los usos del comercio si éstos no cuentan previamente con la aquiescencia de las partes, como se desprende del art. 46 1 b) de la *Arbitration Act* inglesa de 1996, *vid., supra.*, Cap. IV. 2. A) b), ya que mientras que las partes no tenían, en principio, ninguna limitación para regular el contrato y el Derecho aplicable a la controversia que de él se derive eligiendo para ello normas no estatales, existía una discusión sobre si los árbitros podían recurrir a estas últimas normas con la misma liberalidad. Aspecto en el que nos mostrábamos discrepantes con que se le pusieran limitaciones a los árbitros. Puesto que a la luz de la práctica arbitral internacional se puede demostrar que los árbitros vienen aplicando con normalidad los principios generales del Derecho y los usos del comercio internacional a las controversias arbitrales internacionales por ellos resueltas.

internacional¹⁵⁰². Esta falta de adecuación de los sistemas internos a la velocidad con la que se han ido sucediendo los intercambios internacionales ha propiciado la consolidación de soluciones de urgencia propuestas por la comunidad internacional de comerciantes¹⁵⁰³.

Sin entrar en el debate de la existencia o no de una *lex mercatoria* que haya podido penetrar de esta manera en los distintos ordenamientos nacionales hasta formar parte de los mismos y confundirse con sus normas materiales, existen una serie de acuerdos y costumbres que son aplicadas de facto a las transacciones comerciales y a otras relaciones del mercado internacional, aunque desde aquí se coincide en negar que conformen éstas un sistema autónomo legal¹⁵⁰⁴. La razón manifiesta de esta intromisión en la normativa y de su aceptación implícita en situaciones específicas es la inadecuación de los métodos existentes en el Derecho interno para regular las necesidades que comporta el comercio internacional y las dificultades intrínsecas para alcanzar acuerdos que puedan ser considerados de aplicación general por la falta de uniformidad en la regulación del mercado internacional¹⁵⁰⁵.

470. No obstante, resulta curioso que, en contraste con la jurisprudencia arbitral de los años setenta antes citada en las diferencias entre las partes y de los árbitros, claramente favorable a la aplicación exclusiva por los árbitros de los usos del comercio internacional y de los principios generales del Derecho, se observa en los últimos tiempos una práctica poco clara a éste respecto. De un lado, existe un retroceso de la práctica arbitral reacia a

¹⁵⁰² Cf., M.A. Buchanan, "Public Policy and International...", *loc. cit.*, p. 511.

¹⁵⁰³ Siguiendo el iter que sirvió de guía en la reseña que realizamos de una de las últimas obras colectivas realizadas en torno a la *lex mercatoria*, por Th.E. Carbonneau, *Lex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant*, *op. cit.*, 296 pp. RCEA, vol. XV, 1999, *en prensa*.

¹⁵⁰⁴ Las costumbres y los usos comerciales generalmente aceptados por la comunidad de mercaderes en un contexto internacional, son negadas por la mayoría de la doctrina como conformantes de un sistema autónomo legal. Si bien, hoy en día, la validez de la elección de normas transnacionales para regir un contrato internacional, se encuentra ampliamente admitida en el contexto del arbitraje privado internacional, la *lex mercatoria* continúa siendo el objeto de las polémicas doctrinales más apasionadas. *Vid. per ognis*, Ph. Fouchard, E. Gaillard, y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 813 ss; esp. 819-821. Donde aunque se confirma la negación de la autonomía de la *lex mercatoria* como sistema legal, se destacan interesantes apreciaciones críticas que avanzan hacia una defensa a la misma. Críticas tanto de orden teórico, pp. 820-21, como de orden ideológico, pp. 821-23 como, finalmente, críticas de orden práctico, pp. 823-25.

¹⁵⁰⁵ *Vid.* la falta de una regulación uniforme para las transacciones derivadas del comercio internacional y la problemática que ello provoca en el arbitraje internacional en P. Lalive, "Transnational (or Truly International)...", *op. cit.*, pp. 257-317.

aplicar una normativa no estatal porque considera que los árbitros tienen que aplicar obligatoriamente una norma de Derecho¹⁵⁰⁶. Y, de otro lado, claramente mayoritario, sigue siendo frecuente la aplicabilidad de la misma por los árbitros como única *lex contractus*¹⁵⁰⁷. Es así, que otra de las diferencias entre jurisdicción estatal y arbitral ha sido deducida de la distinta perspectiva que los árbitros pueden tener en relación con los jueces en la interpretación de los contratos y la posterior aplicación de normas anacionales o principios generales del Derecho, así como de la llamada nueva *lex mercatoria* reconciliada con la doctrina al haber sido parcialmente tipificada a través de los Principios de la UNIDROIT. Criterio distintivo que no se adecua a la realidad internacional puesto que, hoy en día, debe ser práctica habitual que tanto los jueces como los árbitros apliquen los principios generales del Derecho internacional, e incluso más los segundos que los primeros¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰⁶ Sobre la obligación impuesta a los árbitros de estatuir en aplicación de la normas de Derecho, sin que puedan recurrir a normas anacionales, *vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C)* de 11 de diciembre de 1997, *Société Cubana c/ Société Consavio International Ltd, Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 124, con observaciones de D. Bureau, pp. 124-130, esp. pp. 127-130.

¹⁵⁰⁷ Tal y como se trasluce en la Sent. de 8 de marzo de 1996 de la CCI, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, p. 31, y se posibilita en las reglas relativas al Derecho aplicable en diversos Tratados Internacionales como se desprende del art. 1131 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN/NAFTA, donde se especifica que el Tribunal arbitral podrá aplicar las normas de Derecho Internacional: "*applicable rules of international law*", incluidos los Tratados Internacionales como el Convenio de Viena de 1980 y, en especial, las reglas dimanadas de la UNCITRAL, *cf.*, el primer laudo dictado en el TLCAN/NAFTA, decisión de 28 de noviembre de 1997 y laudo de 24 de junio de 1998, entre *Ethyl Corporation y el Gobierno de Canada, Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1999, pp. 211-235; *journal. int. arb.*, 1999, pp. 141-185, esp. pp. 171 ss, en relación con las consideraciones relativas al Derecho aplicable en relación con la aplicación del Convenio de Viena y los usos y principios generales del comercio internacional, *vid.*, también, algunas consideraciones al asunto referido *Ethyl Corporation*, de J. Werner, "Arbitration of Investment Disputes: The First NAFTA Award, *Introductory comments on the Ethyl Corporation Case*", *journal. int. arb.*, 1999, pp. 105-140.

¹⁵⁰⁸ En el laudo de la CCI, núm. 1521/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 88, el árbitro estimó que no tenía necesidad de determinar cuál era la ley aplicable, en el sentido que igual de factible era aplicar un determinado ordenamiento nacional que los principios generales del Derecho. "*No es útil adoptar una decisión sobre el Derecho aplicable, por la simple razón que los principios generales de interpretación de los contratos podían ser aplicados exactamente igual que las reglas del buen sentido que son comunes a los principales sistemas jurídicos de los países civilizados*". Debido al conflicto armado entre la India y Pakistán, que eran las partes del contrato, se aplicó la teoría inglesa de la frustración del contrato, que se asemeja a lo que en nuestro sistema jurídico se conoce como la "fuerza mayor" intervenida por la máxima "*Rebus sic stantibus*" que justifica que en casos excepcionales se pueda venir abajo el principio general por excelencia de los contratos cual es el de "*Pacta sunt servanda*". La cuestión que rondaba al árbitro, antes de decidir el Derecho a aplicar a la controversia derivada del contrato era si el hecho de haber sobrevenido un conflicto armado entre la India y Pakistán podía liberar al banco paquistaní de la obligación de pagar el importe de una garantía al banco beneficiario que era un banco indio.

La defensa en cuanto a que los árbitros apliquen un Derecho no estatal, a través de las aplicación de los principios generales del Derecho y de los usos del comercio aceptados en la práctica internacional, en consonancia con la creación de un orden público también de éste tipo que cuide y vigile el Derecho transnacional emergente, a través de los cauces mencionados, ha sido encauzada gracias a los trabajos de la doctrina y la práctica arbitral internacional¹⁵⁰⁹. Ciertamente es que existe una oposición clara al empleo discriminado por los árbitros de usos y costumbres internacionales asimilables a la *lex mercatoria*, pero ello debe ser matizado, retomando el punto de partida adoptado, en el sentido de defender que el árbitro no tenga restricción ni vinculación alguna con un sistema legal determinado. Estos aplicarán las normas que consideren “más apropiadas” según las circunstancias que rodean a la controversia, siguiendo un método de elección de ley basado en la “aproximación funcional”, o “*Funcional approach*”. Método expuesto por H. Grigera Naón, capaz de establecer un equilibrio entre los intereses públicos y privados, incorporando en su análisis las normas sustantivas del Estado concernido, las normas de conflicto y el orden público y las normas imperativas susceptibles de afectar al laudo en la fase de reconocimiento y ejecución, entre las que indiscutiblemente se encuentran los principios generales del Derecho y los usos del comercio, muchos de ellos tipificados por la UNIDROIT¹⁵¹⁰.

471. Cualquiera de las posibles soluciones que pudieran ser tomadas llegarían a un mismo resultado práctico, en la medida en que existe un amplio grado de armonía y consenso sobre la cuestión de la ley aplicable a los contratos de manera general entre los diferentes sistemas de conflictos de leyes del mundo, de la cual se puede extrapolar la ley aplicable a la controversia por el árbitro internacional¹⁵¹¹. Es por ello que no se encuentra

¹⁵⁰⁹ Entre los que hay que destacar al de H.A. Grigera Naón, *Choice of law problems in international commercial arbitration*, op. cit., M. Moura Vicente, *Do Direito aplicavel ao mérito da causa na arbitragem comercial internacional*, op. cit., esp. Cap. 1º, IV. 1, y, desde un punto de vista más centrado en la contratación internacional, vid., P.A. de Miguel Asensio, “Armonización normativa...”, loc. cit., pp. 859-883. Así como los numerosos laudos citados en las páginas precedentes en aplicación directa de la *lex mercatoria*.

¹⁵¹⁰ Cf., el análisis al respecto de J. Blom, *Law Problems in International Commercial Arbitration*, loc. cit., pp. 418-421.

¹⁵¹¹ En materia de contratos es posible hablar, en gran medida, de un DIPr común o universal, al menos, cuando se trata de saber cuál es el sistema o la ley que rige el contrato en caso de elección expresa de las partes, cf., el laudo de la CCI núm. 1422/1966, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 67-68, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 68-71, esp. p. 67.

mucho sentido a que el árbitro siga recurriendo a los métodos tradicionales del DIPr basados en la norma de conflicto, cuando de un tiempo a esta parte éstos están siendo cuestionados ante la ineficacia que parece desprenderse de los mismos para que puedan servir y se puedan adaptar a las nuevas formas de relaciones transnacionales que se suceden en un mundo globalizado. En la actualidad, los mecanismos que acompañan al desarrollo del comercio y del mercado universal tienden a formular normas materiales uniformes sin la participación de las legislaciones estatales, desnacionalizando las técnicas normativas aplicadas a las transacciones privadas internacionales gracias al rechazo del método conflictual y aplicando principios mercantiles internacionales elaborados en el seno de la UNIDROIT¹⁵¹² y los Convenios de Derecho Uniforme¹⁵¹³.

Hoy en día, en las controversias internacionales y en los propios contratos que muchas veces las desencadenan, es frecuente que el árbitro o el Tribunal arbitral aplique combinadamente los Principios generales del Derecho junto con el Derecho elegido por las partes, que suele ser el de un determinado ordenamiento nacional¹⁵¹⁴. Así, Principios como el de la buena fe, el de *pacta sunt servanda* y la fuerza obligatoria de la palabra dada, entre otros, siempre son tenidos en cuenta por el árbitro¹⁵¹⁵. En el Derecho aplicable al fondo de

¹⁵¹² Siguiendo puntualmente, en este aspecto, las apreciaciones de P.A de Miguel, “Armonización normativa y régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 859-860. Que comprueba que, en la actualidad, hay una propensión a la desnacionalización y un rechazo a la técnica conflictual, *ibid.*, p. 864.

¹⁵¹³ Nos estamos refiriendo concretamente a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991); corr. de errores, BOE núm. 282, de 22 de noviembre de 1996). *Vid.*, entre los laudos que han aplicado éste Convenio, el laudo de la CCI núm. 2879/1978, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 233-235, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 235-242, y núm. 6281/1989, *Journ. dr. int.*, 1991, núm. 4, p. 1054-1056, con observaciones de D. Hascher, *ibid.*, pp. 1056-1059. Donde se recomienda la aplicación de convenios internacionales por el árbitro, para unificar la práctica arbitral y contribuir a la formación de un derecho del comercio internacional, junto con los contratos internacionales y los usos del comercio internacional.

¹⁵¹⁴ *Vid.*, el laudo de la CCI, núm. 3896/1983, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 373-378; también en *Journ. dr. int.*, 1984, núm. 1, con nota de B. Opettit, “Arbitrage et contrats d’Etat. L’arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran”, *ibid.*, pp. 37-57, *vid.*, también sobre el caso, S.M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, pp. 95-97.

¹⁵¹⁵ En el laudo anteriormente citado, los principios generales como el de la buena fe contractual, impidieron hacer valer la pretensión del Estado iraní que rechazaba su aptitud para comprometer, sin renunciar a su soberanía ni a su inmunidad. Para observar la combinación que hace el árbitro internacional en el Derecho aplicable, de los principios generales del derecho, con un determinado Derecho nacional, *vid.*, P. Weil, “Principes généraux du droit et contrats d’Etat”, *Le droit des relations économiques internationales*,

la controversia, como se señala en el artículo 17. 2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, (antiguo artículo 13. 5): “*En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes*”, lo cual se aplica para confirmar el carácter de costumbre internacional de los *Incoterms*, de aplicación por los árbitros¹⁵¹⁶. Tampoco tiene mucho sentido seguir discutiendo sobre si la *lex mercatoria* es o no apropiada para regular el contrato cuando, de todos es sabido, que los nuevos métodos alternativos prefieren utilizar los principios generales del Derecho, y los principios de la UNIDROIT, que, aunque para muchos sigue siendo considerada como la nueva *lex mercatoria*, su normativismo positivo le dota de una cierta seguridad de la que la primera carece.

472. En suma, no parece razonable separar la jurisdicción arbitral y la judicial en la determinación del Derecho aplicable al fondo, ya que, como ha sido recientemente señalado por nuestra doctrina, coincidimos en reforzar la idea de que la “verdad jurídica” no depende de la naturaleza de la autoridad que la formula sino de la justicia de la misma¹⁵¹⁷. No hay que olvidar que el árbitro, en definitiva, es un juez. Su particularidad es que se encuentra investido por un acuerdo de voluntades, pero no por ello deja de tener como función esencial la de impartir justicia y equidad. Misión que se encuentra antepuesta, en algunas

Etudes offertes à B. Goldman, París, Litec, 1983, esp. pp. 391-392. En el laudo núm. 2291/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 156-158, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 158-160, se exponen tres principios de la *lex mercatoria* en formación. El primero, referido a la necesidad de que las prestaciones contractuales sean equilibradas, garantizándolo mediante la inserción en los contratos de cláusulas “*Hardship*”, o lo que es lo mismo, de cláusulas que permiten la adaptación del contrato a modificaciones externas de las circunstancias, *cf.*, *ibid.*, p. 158. La segunda de éstas reglas de la *lex mercatoria* es que las partes deben velar por la salvaguardia de sus intereses. Los convenios deben interpretarse de buena fe y las partes tienen la obligación de no perjudicarse, *id.*, p. 159. El tercero de los principios es el que las partes deben probar una diligencia normal, útil y razonable en la salvaguarda de sus intereses. También recogido como principio de *lex mercatoria* en el laudo núm. 2250/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 160-163, esp. p. 161; y en el laudo, también de la CCI, núm. 3540/1980, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 289-295, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 295-302, donde se reconoce expresamente el principio general de la reclusión *pacta sunt servanda* en el arbitraje internacional.

¹⁵¹⁶ *Vid.*, el laudo de la CCI, dictado en el asunto núm. 3130/1980, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 307-310, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 310-312, sobre los usos del comercio internacional, específicamente, los *Incoterms*. De igual modo que en el laudo de la CCI, núm. 2438/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 135-137; con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 137-139, concretamente en la p. 138, donde se señala la aplicación imperativa de los *Incoterms* al constituir éstos una verdadera costumbre internacional en materia de compraventa internacional.

¹⁵¹⁷ *Cf.*, P.A. de Miguel Asensio, “Armonización normativa y régimen jurídico...”, *loc. cit.*, p. 863.

ocasiones especialmente relacionadas con el orden público y la normativa imperativa, a los intereses de las partes. Ante la dificultad de crear un modelo general y universal para el arbitraje internacional que fuese adoptada *lege data* por todos los países, se propuso de *lege ferenda* la aplicación de métodos de trabajo uniformes para conseguir una armonización práctica efectiva hacia la internacionalización del arbitraje¹⁵¹⁸. Proyectos de entre los cuales tuvo una amplia acogida la propuesta de una armonización de las normas de Derecho aplicables al fondo de la controversia consistente en la aplicación de principios generales del arbitraje internacional¹⁵¹⁹.

Ahora bien, tras poner de relieve la inexistencia de Principios generales o de reglas uniformes que puedan ser aplicadas a “todos” los ámbitos contractuales y a todas las controversias internacionales como fallo grave en la pretensión de un sistema global de Derecho Uniforme¹⁵²⁰, se ha destacado el interés de dos factores que cada vez cobran mayor importancia en su determinación. De un lado, existe una uniformidad de carácter regional constituída por las normas comunitarias consideradas de orden público en el interior de la comunidad que los árbitros, jueces estatales, partes y Estados tienen que respetar y aplicar¹⁵²¹. De otro lado, un paso más hacia la definición y consolidación de los principios generales de carácter realmente internacional para el arbitraje internacional es continuamente aportado por los trabajos del Comité de Arbitraje Mercantil Internacional de la *International Law Association*, dirigidos por E. Gaillard que estudia las “reglas

¹⁵¹⁸ Propuesta encauzada por los principales Centros internacionales de arbitraje de entre los que destaca la CCI, preocupada por favorecer una verdadera cultura uniforme del arbitraje internacional, en palabras de su presidente, A. Plantey, *cf.*, las propuestas especialmente significativas en cuanto al Derecho aplicable al fondo, a modo de reflexión general, en el trabajo de dicho autor titulado, “Une politique générale...”, *loc. cit.*, pp. 15-27.

¹⁵¹⁹ *Cf.*, *ibid.*, p. 22.

¹⁵²⁰ No todo puede ser regulado por los Principios de la UNIDROIT. En los casos en los que no sea posible el árbitro tendrá que recurrir a un ordenamiento estatal. Opinión refrendada por P. Nygh, “Choice of forum and laws...”, *loc. cit.*, p. 24 y por P.A de Miguel, “Armonización normativa y régimen jurídico...”, *loc. cit.*, p. 878. Hay que insistir en que la aplicación de los principios elaborados por la UNIDROIT es meramente facultativa y que éstos tienen graves carencias. Se reservan la aplicación de las normas materiales imperativas, art. 1. 4, y también se abstienen de tratar aquellas materias que tratan sobre la invalidez de los contratos, tales como la inmoralidad, la ilicitud, etc., art. 3. 1, *cf.*, H. Arfazadeh, “L'ordre public du fond...”, *loc. cit.*, pp. 243-244, nota 64.

transnacionales” aplicables a los arbitrajes mercantiles internacionales, como son aquellas relativas a la fuerza mayor, al *pacta sunt servanda*¹⁵²², a la prohibición de contradecirse en perjuicio de otro, al deber de cooperar en los contratos a largo plazo, a los principios relativos a la evaluación de los perjuicios reparables y los principios relativos a los intereses, etc¹⁵²³.

C) Libertad imperfecta

473. Cabe afirmar que, a pesar de la libertad de la que disfrutaban los árbitros, el problema de la elección de la ley aplicable al fondo de la controversia es más complicado para los árbitros que para los jueces nacionales, dado que los primeros no disponen de un sistema propio de determinación y tienen que recurrir a los métodos utilizados por los segundos¹⁵²⁴. La problemática deriva principalmente de que aunque los árbitros y los jueces tengan prácticamente las mismas atribuciones en el Derecho aplicable al fondo de la controversia los primeros no pueden aprovechar la relativa comodidad de la aplicación de una regla material o conflictual determinada según el foro, por carecer de éste. Los árbitros en el ejercicio de la facultad de designar el Derecho aplicable deben analizar la voluntad de las partes, por un lado, y las limitaciones de sus propios poderes en virtud del juez de la

¹⁵²¹ Es por ello que, bajo las normas de orden público comunitarias es posible hablar de una armonización efectiva del arbitraje en el ámbito de la Unión, *cf.*, A. Plantey, “Une politique générale...”, *loc. cit.*, p. 23.

¹⁵²² Principio negado, no obstante, previamente por nosotros, como conformante de un principio de orden público realmente internacional para el arbitraje internacional debido a que depende de la variabilidad de las circunstancias y de la propia licitud del pacto que debe de ser cumplido. Aspecto que se puso de manifiesto en el caso de la hormona del crecimiento, *vid., supra.*, Cap. I, IV, C) b).

¹⁵²³ Extraídos de la resolución adoptada por la *International Law Association*, en la sesión núm. 65.^a de 26 de abril de 1992, celebrada en el Cairo, sobre las “Reglas transnacionales”, y el informe de H. Grigera Naón, centrado en la aplicabilidad de las reglas consideradas transnacionales en el arbitraje del CIADI, “Enforceability of Awards Based on Transnational Rules under the New York, Geneva, Panama and Washington Conventions”, *loc. cit.*, pp. 117-126, *cf.*, J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional...*, *op. cit.*, p. 191.

¹⁵²⁴ Al menos los jueces disponen de unas normas de conflicto a las que remitirse en aquellos supuestos con elementos de internacionalidad. Para los árbitros internacionales existe un problema añadido, pues carecen de un sistema predeterminado que aplicar a la hora de decidir sobre un supuesto internacional, marcado por la inexistencia de *lex fori*.

anulación y del reconocimiento y ejecución, por el otro lado¹⁵²⁵. Una vez más se pone de manifiesto el origen del conflicto del orden público en la fase arbitral, derivado de la doble naturaleza de la institución, donde el poder del árbitro se encuentra legitimado e íntimamente vinculado a las partes, de manera fiel a su naturaleza contractual, a la vez que determinado por la naturaleza jurisdiccional que emerge inexorablemente en la fase del control. El equilibrio que subyace entre ambas naturalezas es clave para observar el papel que juega el árbitro y el orden público en el arbitraje internacional. Es desde esta doble perspectiva desde la que nos situamos para observar que lo que por una parte puede resultar una ventaja, esto es, que para el árbitro no existe un orden jurídico al que este sometido y le imponga sus normas, puede ser también un inconveniente, en el sentido de que la referida libertad no es todo lo completa que sería de desear. Así pues, planteamos cómo la libertad del árbitro puede no ser tan comfortable como su amplitud sugiere. Es una libertad imperfecta.

474. No hay que olvidar que la libertad en el arbitraje no se da con la misma amplitud en todo el conjunto de la institución arbitral. Aunque encuentre su campo más amplio de actuación en la fase arbitral en el Derecho aplicable al fondo de la controversia donde el árbitro es el protagonista principal, más tarde, se habrá de rendir cuentas en la fase post-arbitral ante un juez estatal. La libertad se encuentra, pues, intrínsecamente limitada. No hay una ley que el juzgador arbitral deba aplicar *a priori*. A no ser, claro esta, el Derecho elegido por las partes, como regla propia y fundamental en el arbitraje privado internacional, consecuencia de la citada autonomía de la voluntad. Tampoco existe para el árbitro una *lex causae*. No existe una ley extranjera porque todas las leyes nacionales tienen para él el mismo valor. No hay una legislación que tenga preferencia con respecto a otras. Todas han de ser respetadas por igual¹⁵²⁶. Lo que implica una ecuanimidad idéntica hacia los órdenes públicos de cada una de ellas y de todos en general. La libertad del árbitro se encuentra desbordada si ha de atender al respeto de todos los ordenes públicos con carácter

¹⁵²⁵ Cf., la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C)* de 11 de diciembre de 1997, *Société Cubana c/ Société Consavio International Ltd*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 124, con observaciones de D.B., pp. 124-130, esp. p. 125.

¹⁵²⁶ Vid. B. Goldman, " Les conflits de lois en matière d'arbitrage international", *loc. cit.*, p. 443.

universal, cuando todavía ni siquiera hay criterios claros que determinen la transnacionalidad de un orden público del que el árbitro internacional pueda partir ante la gran variedad dispositiva que ante él se presenta.

475. De ello se deduce que, aunque en principio esta libertad pudiera parecer una ventaja significativa con respecto a la jurisdicción estatal, siempre más vinculada a la aplicación de una norma material o a una regla de conflicto determinada según el foro, la propia libertad puede volverse incómoda para el árbitro, al encontrarse huérfano de un sistema procedimental sustantivo y conflictual que aplicar. Encontrándose además la mayoría de los sistemas gravemente inadaptados al procedimiento arbitral internacional, especialmente en lo referente al Derecho aplicable al fondo de la controversia¹⁵²⁷. El árbitro al no hallarse vinculado en principio a ningún sistema nacional concreto, es más libre, pero se encuentra desamparado de un sistema material y conflictual que, en ciertos casos, podría serle de gran utilidad. Sobre todo, teniendo en cuenta la seguridad jurídica a la que aspiran los empresarios en las transacciones privadas en el momento en que puede hallar más dificultades a la hora de decidir el Derecho a aplicar a una controversia determinada, cuando las partes implicadas en ésta no han precisado el mismo¹⁵²⁸. Adecuándose así a las legítimas expectativas de las partes, “*the proper law of the contract*”, que le recuerdan al árbitro la amplia discrecionalidad de la que dispone cuando sabemos que ésta es falsa e imperfecta¹⁵²⁹. La discrecionalidad no es tal. El árbitro cuando tiene que aplicar un Derecho antes que otro debe obedecer a índices objetivos. En primer lugar, debe existir una “relación razonable” entre la controversia y el Derecho elegido, sobre todo en cuanto al

¹⁵²⁷ La casi totalidad de las controversias sometidas al arbitraje internacional, presentan elevados índices de internacionalización, que sobrepasan las posibilidades de las normas de conflicto clásicas. *Vid.* J.C. Fernández Rozas, “Artículo 56”, *loc. cit.*, pp. 800-801.

¹⁵²⁸ *Vid., infra*, el siguiente apartado más descriptivo a éste respecto.

¹⁵²⁹ En el laudo de la CCI núm. 1422/1966, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 67-68, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 68-71. Respecto al poder discrecional de los árbitros en el Derecho aplicable al fondo de la controversia, se dice que, aunque la libertad de los árbitros se encuentre perfectamente establecida en la afirmación del “cierto poder discrecional” del que gozan los árbitros para decidir la ley aplicable, cuando los árbitros no se han pronunciado sobre la misma, los límites a este poder no están precisados. Esta es la consecuencia que esencialmente se deriva de la inexistencia de una *lex fori* para el árbitro internacional que le obligue a observar determinadas normas, aunque sean de conflicto, *cf., ibid.*, p. 69.

orden público del lugar de anulación y ejecución se refiere¹⁵³⁰. El árbitro se encuentra intrínsecamente limitado por el orden público que puede vulnerar cuando su laudo tenga que ser evaluado por un tribunal judicial, que a fin de cuentas es estatal y defiende el orden público de un foro determinado. Situación de la que deriva que “*la prudencia sea el corolario de la libertad de los árbitros en materia de determinación del Derecho aplicable*”¹⁵³¹.

476. Que el árbitro no sea el guardián del orden público estatal no quita para que éste tenga un deber de respeto para con el orden público internacional y auténticamente internacional¹⁵³². Deber vinculado a la obligación de responsabilidad y de prudencia, entre otras cosas, en relación con el Derecho aplicable al fondo de la controversia¹⁵³³. Como señala B.M. Cremades, hay que garantizar la libertad de los árbitros en cuanto al poder que tienen de juzgar sin que su decisión se encuentre coaccionada por amenazas de responsabilidad. Los únicos casos en los que se puede exigir responsabilidad al árbitro son aquellos que responden a una negligencia inexcusable en el ejercicio de su función arbitral, de entre las que se destacan que el árbitro infrinja negligentemente y con ignorancia inexcusable el Derecho aplicable¹⁵³⁴. Más aún, cuando la infracción deriva de unas normas materiales internacionalmente imperativas y de un orden público de aplicación inexcusable

¹⁵³⁰ Cf., *ibid.*, p. 70.

¹⁵³¹ Así afirmado en el laudo de la CCI núm. 1704/1977, *Journ. dr. int.*, 1978, núm. 4, pp. 977-980. También, en español en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 197-201, esp. p. 200.

¹⁵³² Durante largo tiempo ha venido siendo reiterado que el árbitro al no tener foro no es el guardián de ningún orden público. Verdad a medias, porque, en primer lugar, si bien coincidimos en que el árbitro no es el guardián de ningún orden público de carácter estatal sea éste interno o internacional, creemos que sí lo es y, además, debe de ser el principal guardián, creador y valedor del orden público transnacional llamado a regir las transacciones privadas internacionales. En un mundo cada vez más globalizado la práctica del orden público también se ha incrementado en orden a garantizar su papel de protección de los principales valores e intereses de la comunidad internacional, cf., M. Buchanan, "Public Policy and International...", *loc. cit.*, p. 519, o específicamente, dentro del marco del Derecho del comercio internacional, de proteger aquellos intereses propios del mismo. Entre las decisiones arbitrales recientes que insisten en la necesidad de proteger los intereses del comercio internacional hay que destacar la sentencia de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 12 de noviembre de 1993, *Société Alexander Films c. Société Partens Production*, *Rev. arb.*, 1995, núm. 1, pp. 75-77. Y, la sentencia de la *Cour d'appel de Paris (1er Ch, D)*, de 7 de diciembre de 1994, *Sté V 2000 anciennement Jaguar France et Sté Proyect XJ 220 LTD c. M. Meglio y M. Renault*, *Rev. arb.*, núm. 2, 1996, pp. 67-72, con nota de Ch. Jarrosson, pp. 72-80.

¹⁵³³ Sobre la responsabilidad de los árbitros en general, *vid.*, B.M. Cremades, "El arbitraje en el S. XXI", *loc. cit.*, pp. 1187-1192.

también para el árbitro internacional. Es necesario incidir en la existencia de un imperativo ético, reglas deontológicas y Códigos de conducta para los árbitros que, sin llegar a desnaturalizar el contrato ni la controversia, conduzcan a la aplicación de un determinado ordenamiento que no dañe ni eluda la aplicación de ninguna norma internacionalmente imperativa, “ley de policía”, ni orden público al respecto¹⁵³⁵. Sería, pues, muy recomendable establecer a modo de principios de orden público de validez universal o de carácter transnacional para el arbitraje internacional, dentro de un contexto cada vez más uniforme y globalizado, una serie de normas deontológicas que a modo de imperativo ético o moral para los árbitros guiasen a los mismos y les sirviesen como justificantes en el difícil equilibrio que éstos deben realizar para compatibilizar las pretensiones de las partes, por un lado, y el orden público de los Estados, por el otro lado¹⁵³⁶.

477. En conclusión, el arbitraje no es una institución que opere sin ningún tipo de limitación. Los Estados retienen un considerable poder a través de su regulación en la normativa interna y en los Tratados internacionales. De manera adicional y específica, en lo que respecta al arbitraje internacional no hay que olvidar que la última palabra la tiene la jurisdicción estatal que puede denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral si éste no se ajusta a los valores considerados fundamentales por su sistema nacional. Esto

¹⁵³⁴ Son las violaciones al “*duty to act judicially*” como se denomina a la práctica arriba descrita en los sistemas anlosajones, *cf.*, el resto de los supuestos citados por B.M. Cremades, *id. ibid.*, p. 1118.

¹⁵³⁵ Dentro de la doctrina española, *cf.*, lo arriba expuesto respecto a la idea de establecer imperativos éticos y Códigos de conducta para los árbitros internacionales afirmada, entre otros, por, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *op. cit.*, p. 953; y B.M^a. Cremades, “Nuevo Código ético para los árbitros internacionales”, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 9-15. Normas como las recogidas por diversas asociaciones de abogados que han aprobado un Código de conducta para los árbitros, como son los de la American Bar Association, y la International Bar Association, *cf.*, B.M. Cremades, “El arbitraje en el S. XXI”, *loc. cit.*, p. 1187.

¹⁵³⁶ Entre las propuestas más concretas en éste sentido destacan entre las más recientes la proposición Kahn, *cf.*, Ph. Kahn, “À propos de l’ordre public transnational...”, *loc. cit.*, pp. 1548-1550; y la idea de una guía ética sugerida por J.G. Wetter, para la Cámara de Comercio de Estocolmo, *cf.*, J.G. Wetter, “Ethical Guidelines”, *Yearbook of the Stockholm Chamber of Commerce, (Year. Stockholm. Ccom)*, 1993, pp. 99-105, p. 103, *cf.*, “The Internationalisation of International Arbitration: Looking Ahead to the Next Ten Years”, *The Internationalisation of International Arbitration. The LCIA Centenary Conference*, M. Hunter, A. Marrisctt, V.V. Veeder, (editores), London-Dordrecht-Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, citándose a sí mismo en la p. 87. Apuesta que también está siendo proyectada en la CCI, reafirmandose en la necesidad de establecer un código deontológico para los árbitros, apelando por la conveniencia de Códigos de conducta como mecanismo armonizador de las reglas de fondo de la CCI, similares a los que utilizan las grandes sociedades internacionales, *cf.*, A. Plantey, “Une politique générale...”, *loc. cit.*, p. 23.

da a los Estados la posibilidad de supervisar, en último lugar, la práctica arbitral y el Derecho sustantivo que forman las bases de las decisiones arbitrales. Así, el orden público, en sus acepciones diversas, controla la aplicabilidad o no del Derecho sustantivo, de las normas imperativas, y pesa de manera especial sobre la práctica arbitral, a través de su papel de supervisor en la fase de control¹⁵³⁷. El árbitro debe respetar el orden público transnacional y el orden público internacional estatal del país donde la sentencia va a ser reconocida y ejecutada o donde ésta pueda ser anulada en el ejercicio de su deber de responsabilidad y previsibilidad¹⁵³⁸. La elección de ley no se puede llevar a cabo de forma aislada sino que depende del resto de las fases del arbitraje. Se encuentra atada, por un lado, por los requisitos impuestos por la arbitrabilidad en el arbitraje condicionado y, por el otro, por el orden público del país o países donde el laudo deba ser reconocido y ejecutado.

478. Para dar respuesta a la mayoría de éstos planteamientos expuestos en relación con el orden público y la ley aplicable, gran parte de la doctrina se inclina por afirmar que el orden público juega probablemente un papel más importante en la teoría que en la práctica actual del arbitraje¹⁵³⁹. De modo que, de *lege ferenda*, las respuestas son mucho más fluidas de los planteamientos teóricos parecen indicar. Internacionalmente, aunque la contrariedad de un laudo arbitral con el orden público interno e incluso internacional, según las concepciones del foro, sea reclamado por las partes, raramente éstas demandas tienen éxito¹⁵⁴⁰. Los tribunales reconocen que el orden público, siempre desde una consideración estricta del mismo, debería ser admitido en los casos internos pero resulta inapropiado para

¹⁵³⁷ Cf., M.A. Buchanan, "Public Policy and International...", *loc. cit.* pp. 512-513.

¹⁵³⁸ En este sentido se manifiesta el presidente de la CCI, A. Plantey, como uno de los deberes éticos o morales que se impone a todo árbitro en el adecuado respeto hacia las partes y hacia la institución arbitral que debe acoger en su pretensión de uniformidad partes del más variado signo, *cf.*, "Une politique générale de l'arbitrage...", *loc. cit.*, p. 26.

¹⁵³⁹ Entre los autores que afirman que el orden público, juega un papel más importante en la teoría del arbitraje que en la práctica, *cf.* K.H. Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", *op. cit.*, p. 179. De la misma opinión, *cf.*, J. García de Enterría, "The Role of Public Policy in Internationa...", *loc. cit.*, p. 439. En P. Sanders, "Trends in the Field of International...", *op. cit.*, pp. 271-272. P. Sanders de 100 casos que aplican el Convenio de Nueva York, sólo tres han aplicado el CNY. También, M. Buchanan, "Public Policy and International...", *loc. cit.*, p. 531. *Vid., supra.*, la metodología. En contraposición a éstos autores nos situamos del lado de la doctrina que piensa que el tema del Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje tiene una importancia tanto teórica como práctica innegable, *cf.*, J.A. Pérez Bevia, "Sobre la ley aplicable...", *loc. cit.*, p. 215, que cita, a su vez, corroborando nuestra posición, a P. Lalive.

¹⁵⁴⁰ Cf., M. Buchanan, "Public Policy and International...", *loc. cit.*, p. 519.

los internacionales, ya que el mercado en el sector privado deviene cada vez más globalizado. Las respuestas a las preguntas planteadas son requeridas por su indudable importancia. Sobre todo, por el papel crítico que juega el orden público en la protección de aquellos valores, convicciones e intereses que mantiene una determinada comunidad, sea nacional o internacional¹⁵⁴¹.

479. Llegados a este punto en la descripción general y muy sumaria de la situación del árbitro en la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional, y una vez señalada la importancia del conflicto de intereses que en el arbitraje internacional se puede suscitar en el balance preceptivo entre intereses públicos y privados, es preciso retomar el hilo conductor de nuestro trabajo para precisar que tal determinación puede verse condicionada por la interferencia de las normas imperativas y el orden público. Según que el orden público que pudiera intervenir aquí fuese únicamente interno, internacional, o si, excepcionalmente, también, encontrase cabida el denominado orden público transnacional¹⁵⁴².

II. Normas de intervención y orden público en el Derecho aplicable

1. INTERVENCIÓN EN LA *LEX CONTRACTUS*

480. Lejos del agrupamiento en bloque en el tratamiento del Derecho aplicable al fondo de la controversia y la repercusión de la normativa enunciada en el mismo, creemos

¹⁵⁴¹ Cf., *ibid.*

¹⁵⁴² Para J.A. Pérez Bevia es obvio que aquí no puede intervenir el orden público internacional, que supone el rechazo de una ley competente, aplicado excepcionalmente por un juez en el momento de reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral, por su incompatibilidad con los principios fundamentales de su sistema jurídico. Únicamente podría intervenir el orden público interno, en cuanto a que las partes o el árbitro puedan referirse a un concreto Derecho nacional y a las llamadas "leyes de policía" o "leyes de orden público". En efecto, para este autor, sólo el orden público interno y el "auténticamente internacional", aunque no precisa nada respecto a este último, pueden condicionar la aplicación del Derecho en esta fase del arbitraje, cf, "Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público...", *loc. cit.*, p. 91.

necesario distinguir las dos situaciones importantes a este respecto en el arbitraje privado internacional. Que tal elección sea operada por las partes o, en su defecto, haya de ser el árbitro el artífice de tan considerable decisión¹⁵⁴³. El motivo de ello es que, aunque las cuestiones que se pudieran plantear se hagan en los mismos términos en las dos situaciones posibles, las repercusiones serán distintas en los casos en que la eventual interferencia del orden público que perturbe la elección de ley sea efectuada por las partes o sea ésta resultante de la decisión de los árbitros. En consecuencia, estudiaremos por separado los casos en que la *lex contractus* haya sido elegida por las partes y por el árbitro¹⁵⁴⁴.

A) La *lex contractus* es elegida por las partes

481. Las partes gozan de un amplio margen de acción en la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional, pero su libertad no es en principio distinta por recurrir al arbitraje. Al pactar en un contrato internacional una cláusula compromisoria unida a una cláusula *electio juris* ello no quiere decir que la segunda se encuentre en una situación especial de mayor liberalidad por el mero hecho de la incorporación o existencia previa de la primera. El sentido general del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional es independiente de que sea un juez o un árbitro el que haya de decidir las desavenencias entre las partes, caso en el que deseen sustraerse éstas de la aplicación de una norma imperativa o de una disposición de orden público que pueda afectar restrictivamente a sus intereses negociales. La clave de la diferenciación hay que buscarla en la fase posterior. Es la prohibición de revisión del fondo

¹⁵⁴³ Distinción aconsejada por la práctica totalidad de los trabajos al respecto, *cf.*, Ph. Fouchard, E. Gaillard, y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 795.

¹⁵⁴⁴ Urge aquí reiterar que se entiende por *lex contractus* la ley aplicable al fondo de la controversia, en sentido amplio, y no específicamente la ley aplicable al contrato. La razón del acogimiento de la expresión de la "*lex contractus*" se debe a que ésta es la acepción mayoritariamente empleada por la mayoría de los autores para referirse a las controversias de origen contractual o no contractual resueltas, en el marco de nuestra investigación, en sede arbitral. En cualquier caso, también nos mostramos conformes con la lógica empleada por las últimas corrientes doctrinales que prefieren la utilización de la "*lex causae*", por entender que ésta no da lugar a equívocos sobre el carácter contractual o no de la controversia internacional, *cf.*, J.B. Racine, *L'Arbitrage commercial...*, *op. cit.*, p. 237. Sin entrar en polémicas doctrinales, la discusión

del asunto la que puede inducir a abusar de la libertad ante la falta de control de la ley aplicable en el arbitraje, pero no en cuanto a lo que afecta estrictamente a la problemática del Derecho aplicable en esta fase.

La esencia de la propia contratación internacional imposibilita que los contratantes, a pesar de la libertad de la que gozan en la elección de ley aplicable, puedan rechazar expresamente que se aplique a sus transacciones particulares la normativa imperativa o el orden público estatal del Derecho elegido¹⁵⁴⁵. A la vez que tampoco permite que puedan éstas eludir expresamente la aplicación del orden público realmente internacional a sus relaciones negociales, tanto si en el contrato se inserta una cláusula arbitral como si se prefiere la intervención de los tribunales judiciales de un foro determinado para resolver las controversias potenciales o actuales que se presenten.

482. Las partes no pueden a través del arbitraje descartar expresamente la aplicación de un orden público sobre el que no pueden disponer. Pongámos, por ejemplo, el caso extremo en que dos empresarios internacionales dedicados al tráfico ilícito de armas realizan un acuerdo de compraventa de armamento y carros de combate a través de un contrato internacional en el que junto a la cláusula de arbitraje se expresara mediante una cláusula de elección de ley que el árbitro al decidir sobre las potenciales controversias surgidas en el contrato de compraventa no debe tener en cuenta los Convenios internacionales de prohibición del tráfico de armas ni la evidente ilicitud del contrato. Señalando explícitamente que éste únicamente debe ceñirse a dirimir la controversia que a

terminológica y meramente dogmática a éste respecto se resuelve aquí utilizando ambas expresiones en sentido amplio y de manera intercambiable.

¹⁵⁴⁵ Cf., la imposibilidad “*d’écarter une règle impérative de la loi choisie*”, desde los trabajos más antiguos al respecto por K. Neumayer, “Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 602, *id. loc.*, 1958, p. 76. Del mismo autor, *Die Notgesetzgebung des Wirtschaftsrechts im Internationale Privatrecht, Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 1957, pp. 35-59, esp. p. 57; hasta los más actuales que se adhieren a la misma opinión, *vid.*, A. Bonomi, *Le norme imperative nel diritto...*, *op. cit.*, pp. 9-35 y pp. 377-379. Punto de partida también incorporado por J.B. Racine, *L’arbitrage...*, *op. cit.*, p. 241, a raíz del trabajo de P. Mayer, *Droit International Privé*, Domat, Montchrestien, 1998, pp. 463-464. Todos coinciden, aunque la mayoría más centrados en la contratación internacional desde la perspectiva del DIPr, en que sea cual sea la normativa que las partes elijan para aplicar al fondo de la controversia internacional, ésta no debe eludir la aplicación de las normas imperativas ni el orden público del Derecho elegido, tanto si la controversia es, o va a ser, decidida por un juzgador público o privado.

través de la cláusula compromisoria le ha sido encomendada, amparándose implícitamente en el consabido y manido argumento de que la misión del juez privado depende únicamente del poder otorgado por la voluntad de las partes que hace que aquel únicamente se deba a éstas y no a a ningún foro determinado, consecuencia de que el árbitro no deba “guardar” el orden público estatal de ningún ordenamiento ni tampoco el orden público transnacional al que no se encuentra vinculado¹⁵⁴⁶. Tal percepción llevaría a desnaturalizar a la propia institución arbitral y a las relaciones entre las partes y los árbitros, en el sentido de convertirlas en una relación autocrática donde las partes dictarían su voluntad a los árbitros convirtiendo a éstos en meros ejecutores de las mismas, amenazados por la pérdida del poder inicial otorgado por aquellas a través de la cláusula compromisoria.

483. Esto último es igual que obviar la naturaleza jurisdiccional del árbitro con el objetivo de utilizar la autonomía de la voluntad para prohibirle que tenga en cuenta el orden público, ya sea estatal, o en este caso, auténticamente internacional¹⁵⁴⁷. Actitud a todas luces carente de lógica en la contratación internacional, donde el árbitro es un juez y no un mero ejecutor de los intereses privados¹⁵⁴⁸. El árbitro se encuentra obligado por la máxima de “hacer justicia” en el sentido genuino de la expresión, para lo cual debe garantizar el respeto y la aplicación de las normas de intervención y del orden público, ya sea de carácter estatal o supranacional que resulte de obligatoria consideración y aplicación en el caso controvertido. Por todo ello, en principio, las partes no pueden albergar esperanzas de posibilidad de fraude a la ley ni de fuga de las normas imperativas y el orden público

¹⁵⁴⁶ Como se ha comprobado, la mayoría de las legislaciones internas sobre arbitraje, los Convenios internacionales y los Reglamentos internos e internacionales, imponen al árbitro el deber de resolver la controversia conforme al Derecho elegido por las partes y sólo en su defecto intervendría el árbitro en la determinación del mismo, aunque, destacando, como punto de partida que el árbitro no tiene foro ni es el guardián de ningún orden público determinado, *vid., supra.*, en el análisis positivo.

¹⁵⁴⁷ Ya que es un principio de *jus cogens* de validez realmente universal, considerado de orden público transnacional y aceptado por todas las naciones de las denominadas “civilizadas”, la prohibición del tráfico ilegal de armas, al igual que lo es el de tráfico de personas, la esclavitud, el tráfico de estupefacientes, el de órganos humanos, etc, *vid.*, el reconocimiento del contenido del orden público transnacional en éstas y otras prohibiciones, al igual que en otros principios universales de *jus cogens* contempladas en el trabajo de P. Lalive, “Transnational (or Truly International)...”, *op. cit.*, pp. 257-317. Recientemente retomado en el trabajo de P. Kahn, “À propos de l’ordre public transnational...”, *loc. cit.*, pp. 1539-1540.

¹⁵⁴⁸ *Vid., supra.*, en el epígrafe anterior.

internacional a través de la elección de ley recurriendo al arbitraje¹⁵⁴⁹. El argumento de que la cláusula de elección de ley tiene el efecto de excluir la aplicación de las normas internacionalmente imperativas no se corresponde con el principio de autonomía¹⁵⁵⁰.

484. La propia práctica arbitral es la prueba más fidedigna de que el árbitro si bien se encuentra obligado a aplicar el Derecho elegido por las partes debe considerarlo “en su integridad” sin ningún tipo de restricción¹⁵⁵¹. Incluyendo, por lo tanto, la aplicación de oficio del orden público y de las normas de intervención de la *lex contractus*¹⁵⁵². Entendiendo, la acepción internacional (aunque estatal) del orden público y de dicha normativa imperativa. Esto es, dando por descontado que será de aplicación el orden público internacional y las normas imperativas de carácter internacional del Derecho elegido, pero no aquellas que consideradas de orden público interno sean en dicho ordenamiento inaplicables a los contratos internacionales. Por ejemplo, supongamos que el Derecho elegido prohíbe arbitrar sobre materias relativas al Derecho de la competencia por

¹⁵⁴⁹ En esta misma línea, las conclusiones de P. Nygh sobre el orden público transnacional reclaman que éste pueda ser invocado por el árbitro para anular contratos considerados ilícitos y condenados por todos los sistemas, tales como el contrabando, la esclavitud, el tráfico de drogas, los “*gun-runners*” o traficantes de armas, etc., *cf.*, “Choice of Forum and Law...”, *loc. cit.*, pp. 26-27. Invocación tan legítima de ser realizada por un juez estatal como por un árbitro internacional. Desde esta perspectiva se consideran excesivas las críticas que en este aspecto han sido consignadas de manera específica en el arbitraje cuando, en principio, las cláusulas de elección de ley aplicable a la controversia resultantes del propio contrato son independientes de las cláusulas remitentes a una u otra jurisdicción.

¹⁵⁵⁰ *Cf.*, T. Bernd von Hoffmann, “International Mandatory Rules...”, *loc. cit.*, p. 9.

¹⁵⁵¹ Trasunto del laudo de la CCI, núm. 3380/1980, *Journ. dr. int.*, 1981, núm. 4, p. 928-933. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 303-305, con observaciones de Y. Derains, pp. 305-307. Donde el Tribunal arbitral, con sede en Ginebra, tras plantearse una controversia entre una empresa italiana, como demandante y una empresa siria, como demandada, en la que se le había pedido determinar el Derecho aplicable a la misma. Habiendo estudiado que la *lex contractus* especificaba que el Derecho que regía el contrato combinaba un Derecho nacional, el Derecho sirio, con el recurso anacional a los Principios generales del Derecho y de la justicia, considera que tiene el deber de “*admitir que el contrato está regido y debe interpretarse por el Derecho sirio en su integridad y sin restricción (por ejemplo a sus reglas imperativas o de orden público como ha sido alegado), a reserva de los principios generales del Derecho y de la justicia*”, *id.*, *ibid.*, p. 305; *vid.*, también una detallada explicación del deber del árbitro de respetar el orden público de la *lex contractus* que en sentido similar ha sido afirmado en el laudo de la CCI 6142/1990, *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1039-1043, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1043-1046.

¹⁵⁵² Sobre el deber que tiene el árbitro de plantearse “de oficio” el orden público de la *lex contractus*, *cf.*, el laudo de la CCI núm. 6142/1990, *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1039-1043, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1043-1046: “*le devoir de soulever d’office la nullité de toute convention o cláusule qui serait contraire à l’ordre public...*”. Aplicación de oficio que también se encuentra justificada por la mayor parte de la doctrina internacional, *cf.*, la argumentación seguida a este respecto en el apartado dedicado a “*Ex*

su contrariedad al orden público interno, pero permite su arbitrabilidad si el contrato es internacional con las restricciones anteriormente indicadas a éste respecto. El orden público a tener en cuenta aquí, con el objetivo de no anular la actuación arbitral será el internacional, aunque desde el punto de vista del Derecho nacional¹⁵⁵³.

485. A continuación, se plantea la cuestión de saber si se deberá respetar esa elección incluso cuando el Derecho elegido por las partes sea contrario al orden público y a las normas imperativas susceptibles de ser aplicables a la controversia. Y es que, incluso en los casos en que son las partes las que eligen la ley aplicable al fondo de la controversia, los árbitros por mucho que deban respetar *a priori* dicha elección también tienen el deber de verificar la posibilidad y la eficacia de la misma¹⁵⁵⁴. Determinando si con la elección se ha sobrepasado el listón del orden público que actúa como límite del principio de autonomía de la voluntad en la fase arbitral. Nos encontramos de nuevo aquí con una compleja disyuntiva que, por otra parte, no varía de la que subyace siempre furtiva a lo largo del trabajo. A vueltas con el difícil equilibrio destinado al árbitro en el papel que éste tiene atribuido de mediador entre la amplia libertad de la que goza la autonomía contractual (generalmente empresarial), por un lado, y el orden público que en casos cada vez más contados impone restricciones al Derecho elegido, por el otro lado¹⁵⁵⁵.

officio application of mandatory rules?", en el trabajo de, N. Voser, "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable...", *loc. cit.*, pp. 355-356.

¹⁵⁵³ En contra, J.B. Racine, entiende que al elegir una determinada ley también se está eligiendo el orden público interno de la misma, *cf.*, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 241. Opinión también compartida en nuestra doctrina por J.A. Pérez Bevia, "Algunas consideraciones sobre el árbitro...", *loc. cit.*, p. 91. Aunque es esta una solución discutida y matizada por Y. Derains, que entiende que las partes sólo podrían descartar la aplicación del orden público interno del Derecho elegido, cuando así lo manifiesten expresamente en el contrato, pero nunca podrán hacerlo para descartar las normas de policía de la ley elegida, *cf.*, "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige...", *loc. cit.*, pp. 375-413, esp. pp. 388-392.

Cosa distinta es que compartamos con la mayoría de la doctrina que cuando las partes eligen un determinado Derecho o ley aplicable al fondo de la controversia el Derecho elegido se entiende en la acepción interna del mismo en el sentido en que su elección implica que automáticamente queden excluidas las normas de conflicto. Tal y como fue previamente indicado en atención a las prescripciones al respecto del art. 28 I de la Ley modelo de la UNCITRAL, *cf.*, Ph. Fouchard, E. Gaillard, y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 801.

¹⁵⁵⁴ *Cf.*, J.A. Pérez Bevia, "Sobre la ley aplicable por el árbitro al fondo...", *loc. cit.*, p. 215.

486. En ésta línea, las partes pueden seleccionar, expresa o tácitamente¹⁵⁵⁶, el Derecho aplicable al fondo de la controversia recurriendo a diferentes prácticas de elección de ley, conscientes de que a un tiempo están eligiendo de manera implícita el orden público y las normas imperativas que actuarán sobre el mismo. “Nacionalizando” o “internacionalizando” sus relaciones contractuales a través de la elección de ley en la medida en que mejor convenga a sus intereses negociales¹⁵⁵⁷. Pueden optar, en primer lugar, por recurrir a la ley de un determinado ordenamiento estatal, tenga o no ésta conexión con la controversia. Por ejemplo, si eligen la aplicación de la normativa española a las controversias potenciales o reales dimanantes de un contrato de licencia han de saber que intrínsecamente se aplicarán las normas imperativas de Derecho de la competencia y el orden público comunitario protector en este sentido¹⁵⁵⁸, con la inclusión de las leyes de policía españolas que reclamen su aplicación¹⁵⁵⁹. Insistiendo en que la elección de un determinado ordenamiento por las partes implica la exclusión de las normas de conflicto

¹⁵⁵⁵ Decimos que los casos son cada vez más contados porque en el arbitraje son verdaderamente raros los supuestos en los que el orden público invalida la ley aplicable elegida por las partes, *cf.*, E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, p. 29.

¹⁵⁵⁶ Sobre las modalidades de elección de ley aplicable por parte de los contratantes, *vid.*, E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, pp. 3-4. Subrayando las diferencias que en este sentido se han derivado entre los países de tradición continental donde la elección de la ley del lugar de arbitraje no implica el sometimiento tácito a la ley de la sede, y el Derecho anglosajón donde sí se sobreentiende que si las partes eligen como sede el Reino Unido implícitamente están eligiendo la ley inglesa, *cf.*, *ibid.*, p. 3. Un estudio idéntico al enunciado sobre las modalidades de elección, expresa o tácita, de la ley aplicable al fondo de la controversia por las partes, descartando que en la actualidad se pueda deducir tácitamente de la elección del lugar del arbitraje que la ley de la sede sea la que se estime como Derecho aplicable al fondo de la controversia, *cf.*, Ph. Fouchard, E. Gaillard, y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 801. Las últimas corrientes doctrinales y jurisprudenciales del arbitraje internacional entienden que, en la actualidad, no hay lugar para deducir sobre la base de criterios tan vagos e imprecisos como la mera elección de la sede del arbitraje una cuestión tan importante como la elección del Derecho aplicable.

¹⁵⁵⁷ *Cf.*, G.R. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI...", *loc. cit.*, p. 42.

¹⁵⁵⁸ En el laudo de la CCI, núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95, los árbitros, habiendo comprobado que el Derecho español era el aplicable al fondo del litigio, estiman que ello es "a reserva de todas las normas jurídicas aplicables en la actualidad a las transacciones internacionales", a salvo, pues, del orden público comunitario en éste sentido, *cf.*, las observaciones de Y. Derains al laudo de la CCI, núm. 3380/1980, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 303-307, esp. p. 305.

¹⁵⁵⁹ *Cf.*, la aplicación del Decreto español de 21 de septiembre de 1973 relativo a la Transferencia de tecnología, considerada ley de policía, en las observaciones al laudo de la CCI, núm. 6142/1990, *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1039-1043, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1043-1046. Supuesto que más tarde será más ampliamente tratado en el apartado dedicado a la intervención de las leyes de policía de la *lex contractus*.

del Derecho elegido¹⁵⁶⁰, y que, en la actualidad, ya no hay lugar para deducir la elección tácita de ley aplicable sobre la base de la ley de la sede del arbitraje. La elección de una determinada sede ha dejado de tener sentido como referencia extrapolable para determinar tanto la ley aplicable a la arbitrabilidad como para deducir la ley aplicable al fondo de la controversia internacional en la fase arbitral¹⁵⁶¹.

487. En segundo lugar, como pusimos de manifiesto en el anterior apartado, las partes pueden preferir que sean criterios desnacionalizados los que guíen sus relaciones negociales. Eligiendo cláusulas indeterminadas de elección de ley, como pueden ser los Principios Generales del Derecho o de la contratación internacional¹⁵⁶², la propia *lex*

¹⁵⁶⁰ Anteriormente indicado, en el análisis positivo, es reiterado en todos los trabajos al respecto, *vid., per ognis*, Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 801-802, y toda la jurisprudencia y bibliografía allí citadas. Destacando también que no todos los laudos arbitrales se muestran de acuerdo con la exclusión generalizada de las normas de conflicto. Así, aunque en el laudo de la CCI núm. 5505/1987, *Year. Comm. Arb.* vol. XIII, 1988, pp. 110-117, esp. p. 117, se exprese literalmente que cuando las partes eligen el Derecho aplicable al fondo de la controversia se entiende excluido el sistema de normas de conflicto del Derecho elegido, contrariamente en el laudo, también de la CCI, núm. 1704/1977, *Journ. dr. int.*, 1978, núm. 4, pp. 977-980, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 197-201, sí entienden que puede estar incluido el sistema conflictual del Derecho elegido, *cf.*, E. Gaillard, "Arbitrage Commercial International: Sentence arbitrale. Droit applicable au fond du litige", *loc. cit.*, p. 4.

Sin dejar de lado el recurso directo a una normativa nacional pueden desdoblar el contrato aplicando distintas leyes a aspectos diversos del mismo a través de la conocida técnica contractual internacionalprivatista del *depeçage*. Desempolvando el clásico ejemplo relativo a la admisión del *depeçage* en el arbitraje, *cf.* la Sentencia Aramco, laudo arbitral *ad hoc* rendido el 23 de agosto de 1958 por G. Sauser-Hall, Hassan et Habachi, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 272-313, con comentario de H. Batiffol, "La sentence ARAMCO et le Droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, vol. LIII, núm. 4, pp. 647-662, *cf.*, Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 806.

¹⁵⁶¹ A riesgo de ser demasiado reiterativos, en este aspecto, se trata de poner un especial acento en una de las tendencias que más ha cambiado en cuanto al Derecho aplicable en el arbitraje en los últimos tiempos. Lo que tradicionalmente se consideraba como índice de presunción tácita de la voluntad de las partes a las que se les atribuía su anuencia con que fuese el Derecho del lugar donde se desarrolla el arbitraje aquel que rigiese todos los aspectos del mismo, entre los cuales se sobreentiende el aquí tratado en relación con el Derecho aplicable al fondo de la controversia como ocurría en el laudo de la CCI, núm. 2735/1976, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 947-949, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 185-186, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 186-188; está hoy ampliamente superado. La sede es una mera ficción jurídica que no constituye un indicio de presunción significativo de los aspectos del arbitraje relativos a la ley aplicable, *cf.*, E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, p. 3; y *vid.*, en general, las consideraciones realizadas al respecto por G. Kaufmann-Kohler, "le lieu de l'arbitrage a l'aune de la mondialisation...", *loc. cit.*, pp. 517-536. En un sentido más generalizado, sobre la elección de ley aplicable por las partes, sea ésta expresa o tácita, *vid.*, P. Sarcevic, *Essays on International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pp. 134-159, esp., pp. 134-137.

¹⁵⁶² Sobre los principios relativos a la interpretación de los convenios, *vid.*, el laudo de la CCI, núm. 1434/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 145-149, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 149-

*mercatoria*¹⁵⁶³ o incluso cláusulas tan genéricas del tipo: “será de aplicación la normativa que con carácter general es aplicable a los Estados miembros de la UE”¹⁵⁶⁴. En contraste con las opiniones antedichas que restringen que si el Derecho es elegido por un árbitro éste debe ser nacional y nunca referido a un sistema indeterminado¹⁵⁶⁵. En tercer lugar, un híbrido entre ambos métodos consiste en que las partes combinen la aplicación de un Derecho nacional con la de los Principios Generales aludidos¹⁵⁶⁶. Siendo éste último uno de los usos más frecuentes en la práctica habitual del arbitraje privado internacional desde que se empezó a aplicar¹⁵⁶⁷.

156. Interpretando la buena fe, *vid.*, el laudo de la CCI, núm. 2291/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 156-158, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 158-160.

¹⁵⁶³ Aunque la elección directa de la *lex mercatoria* se encuentra bastante denostada tanto en la doctrina como en la práctica arbitral, *cf.*, en éste sentido, la explicación ofrecida en el laudo que reseñamos a continuación.

¹⁵⁶⁴ En el laudo CCI, núm. 7319/1992, *vid.*, un extracto del laudo en H. Verbist, “The Application of European Community...”, *loc. cit.*, pp. 41-42., también publicado en *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 141-148, se manifiesta la insuficiencia de la aplicación de la *lex mercatoria* y la aplicación cumulativa de las reglas de conflicto en estrecha conexión con el contrato. Una cláusula muy particular había sido redactada para designar el Derecho aplicable a la controversia, éste tendría que regularse “*por las leyes y normativa aplicable a los Estados miembros de la UE*”. El demandante declaró que tal cláusula de elección de ley no era posible, por lo que la ley aplicable era la normativa irlandesa. Si bien las partes no habían elegido un determinado Derecho nacional, el recurrir a un Derecho tan indeterminado como la referencia a la normativa comunitaria, en general, sería lo mismo que recurrir a un Derecho anacional o *lex mercatoria*. El árbitro, consideró que la referencia que aquí hicieron las partes de aplicar genéricamente la normativa aplicable a los Estados miembros de la Comunidad Europea, no debe entenderse como una referencia a la *lex mercatoria*, sino simplemente indica que las partes no se han puesto de acuerdo para designar una normativa específica. Por otra parte, ya hemos visto, que independientemente de cómo se quiera clasificar al cuerpo legal que forma el Derecho comunitario, éste es considerado como normativa imperativa, orden público, o Derecho transnacional o supranacional que siempre debe ser aplicado.

¹⁵⁶⁵ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C)* de 11 de diciembre de 1997, *Société Cubana c/ Société Consavio International Ltd*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 124, con observaciones de D. Bureau, pp. 124-130, y las notas dedicadas anteriormente a éste respecto en la caracterización general. Más aún si el árbitro decide en el marco reservado al Convenio de Washington, *vid.*, las consideraciones al respecto en el apartado anterior 2 B), y las consideraciones relativas al art. 42 del Convenio de Washington, *vid. supra*, y G.R. Delaume, “L'affaire du Plateau des Pyramides...”, *loc. cit.*, pp. 63 y 66.

¹⁵⁶⁶ Las partes pueden restringir el campo de aplicación del Derecho nacional elegida combinándolo con los Principios Generales del Derecho, *cf.*, P. Weil, “Principes généraux du droit et contrats d'Etat”, *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à B. Goldman*. París, 1982, p. 388, y los laudos arbitrales donde las partes han elegido el Derecho aplicable haciendo uso de dicha combinación, *cf.*, el laudo núm. 2216/1974, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 105-108, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 108-110. También, en el laudo núm. 2139, (inérito), citado por Y. Derains en la p. 929.

¹⁵⁶⁷ Como en el laudo de la CCI, núm. 3380/1980, También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 303-305, con observaciones de Y. Derains, pp. 305-307, anteriormente aludido, donde las partes habían elegido como ley aplicable al contrato, el Derecho sirio, en particular, en combinación con los Principios generales del Derecho, en general, *id.*, *ibid.*, p. 305. Donde se señala además que tales combinaciones entre el Derecho estatal y las normas anacionales son relativamente frecuentes en el arbitraje internacional, siendo el caso ARAMCO, uno de los más célebres y paradigmáticos en éste sentido, *vid.*, cita anterior.

488. En estas tres posibilidades las partes actúan de manera activa-positiva, pero su actuación también puede ser igualmente activa-negativa, excluyendo expresamente que se les aplique un determinado Derecho, que no, un orden público internacional sobre el que las partes no pueden disponer para rechazar su aplicación¹⁵⁶⁸. Por otra parte, es una realidad que las partes, cada vez más, prefieren ser pasivas en la posibilidad contractual de elección de ley a ellas conferida. Supuesto que no presupone la existencia de un contrato sin ley¹⁵⁶⁹, sino simplemente que tendrá que ser el propio árbitro el que se encargue de determinar la ley aplicable al fondo de la controversia internacional¹⁵⁷⁰.

489. La libertad contractual de la que disfrutaban las partes es la que goza de mayor amplitud si la comparamos con la que tienen al respecto los jueces y los árbitros. No se encuentra limitada directamente por los sistemas Convencionales de DIPr a los que se ve compelido un juez estatal, ni tampoco indirectamente por el deber de responsabilidad y eficacia que impregna la actuación arbitral¹⁵⁷¹. Responsabilidad, insistimos, que se desdobra con la misma intensidad en direcciones que, en principio, pueden parecer diametralmente opuestas. Tomando, una, el camino del deber moral que tiene el árbitro de respetar el orden público susceptible de hacer el laudo ineficaz. Y, encaminándose, la otra,

¹⁵⁶⁸ Las partes pueden seleccionar la ley que consideren más adecuada a sus intereses y por la misma acción, eliminar otras leyes que pudieran diferir de sus propósitos contractuales, *cf.*, Y. Derains, "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitre international", *Rev. arb.*, 1979, núm. 4, p. 390, y en el mismo sentido, entre otros muchos, *cf.*, M. Buchanan, "Public Policy...", *loc. cit.*, p. 517.

¹⁵⁶⁹ *Vid.*, en este sentido, el laudo de la CCI núm. 3093/3100, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 255-259, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 259-264, donde el orden público internacional, completa y descarta la normativa elegida de un orden jurídico nacional, y se niega tajantemente la hipótesis del contrato sin ley, *vid. esp.* pp. 260-261.

¹⁵⁷⁰ El hecho de que las partes no elijan una ley aplicable a ninguno de los aspectos del contrato no significa que sea admisible la teoría del contrato sin ley o que no exista tal ley. Siempre existe una *lex arbitrii* que gobierna el arbitraje y es diferente a la ley elegida por los árbitros como ley aplicable al fondo de la diferencia. Se dice que la primera suele coincidir con la ley de la sede del arbitraje, por lo que la *lex loci arbitrii* es en un buen número de ocasiones, la misma que la *lex arbitrii*, *cf.*, A. Redfern y M. Hunter, *Law and Practice of International...*, *op. cit.*, p. 52. Y ello a pesar de la tendencia general de desvincular la ley del arbitraje de la ley de la sede arbitral, siguiendo la teoría de la deslocalización, cuyo origen se encuentra en el caso ARAMCO, que supone que el control sobre el procedimiento arbitral no debe venir de la ley donde se desarrolle el arbitraje, porque esta puede oponerse al orden público y a la ley del lugar donde se pedirá el reconocimiento y la ejecución del laudo internacional, *id. ibid.*, p. 56.

¹⁵⁷¹ Aparte de las diferencias señaladas con anterioridad en el primer epígrafe, con carácter general, y como se acaba de comprobar en el apartado relativo a la libertad imperfecta, o los límites de la libertad.

por la senda imprevisible de la voluntad de las partes en el mandato que éstas le han conferido para que el árbitro aplique el sistema normativo por ellas libremente seleccionado. Es desde la intersección en la que se encuentra el árbitro de la que hemos partido con el objetivo de concebir el alcance y los límites de la libertad de las partes cuando son éstas las que han elegido la *lex contractus*. Y, es también, desde esta perspectiva, desde donde los límites de la libertad de los contratantes en la determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia pueden ser cuestionados desde diversos aspectos, sin diferir, no obstante, del punto de mira, relativo a la intersección arbitral recién aludida.

490. Hay que retomar, pues, la primera cuestión relativa a si el árbitro debe respetar la cláusula de elección determinada por las partes en la *lex contractus* aunque dicha elección sea contraria al orden público y a las normas imperativas susceptibles de ser aplicadas a la materia controvertida. A modo de recapitulación, en una transacción internacional puede ocurrir que en el momento del perfeccionamiento del contrato o bien en el momento de plantearse la controversia, las partes al pactar la cláusula compromisoria elijan también una cláusula de elección de ley aplicable al fondo o, por el contrario, prescindan de recurrir a ella (intervención activa y pasiva). Pudiendo, también, ser ésta elección en el momento de plantearse la controversia o, incluso, en un momento posterior a ésta¹⁵⁷². Si las partes eligen la ley a aplicar lo harán lógicamente según el Derecho que más convenga a sus intereses, pudiendo seleccionar directamente la ley más propicia para sus fines o eliminando otras leyes que sean contrarias a los mismos (intervención activa positiva y activa negativa).

Es en este contexto de selección o anulación de la ley aplicable, donde interviene el orden público y la libertad de las partes debe ser reconsiderada en relación con los límites del *ius dispositivum*. El problema se plantea cuando las partes eligen libremente la ley rectora del fondo de la controversia con el propósito de escapar a las normas imperativas o

¹⁵⁷² Sobre la gran versatilidad de la que gozan las partes para poder elegir la ley aplicable al fondo de la controversia, cf., E. Gaillard, "Arbitrage Commercial International...", *loc. cit.*, p. 4. Junto a los laudos allí citados, núm. 10. Se admite que ésta sea posible en "todo momento", tanto en el instante en que se firma la cláusula compromisoria, como si es antes o después del nacimiento de la controversia.

al orden público del Estado/s donde presumiblemente el laudo haya de surtir sus efectos¹⁵⁷³. El Convenio de Nueva York responde en éste sentido de una manera suficientemente clara. Se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral si la autoridad competente del país en el que éste se pide comprueba que el reconocimiento y la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país, art. V. 2. b).

491. En definitiva, para evitar fatales consecuencias no deseadas, las partes no pueden mediante una cláusula de elección de ley anular sin más un orden público no querido, o las normas imperativas del Estado o Estados donde la ejecución debería ser previsiblemente llevada a cabo más adelante. Es por ello, que ésta es una de las causas indicadas por las que la libertad del árbitro en la elección de la ley aplicable no es todo lo ilimitada como aparentemente los instrumentos internacionales indican, dando lugar a la libertad imperfecta a la que anteriormente aludíamos. Lo que importa, en este apartado, es que indirectamente la autonomía de las partes se encuentra en última instancia también inevitablemente restringida por el orden público del país o países donde el laudo deba ser reconocido y ejecutado. De lo que se deduce que la libertad de las partes en la elección de la ley aplicable al fondo de la controversia está también condicionada por la finalidad teleológica que acompaña al trabajo desempeñado por el árbitro. Su propia misión, que contagia a las partes en la vigilancia de su actuación con el objetivo de rendir eficaz el laudo.

492. En segundo lugar, hay que volver al punto de mira de la *lex contractus* para plantearnos si el árbitro debe respetar la autonomía de la voluntad expresada por las partes en el caso en que el propio acuerdo contractual o parte de su clausulado sea contrario al orden público del Derecho elegido por aquellas como ley aplicable al fondo de la

¹⁵⁷³ Pongamos, por ejemplo, el caso en que dos empresas dedicadas a las grandes superficies, una francesa y otra española, en un acuerdo de fusión empresarial pactan una cláusula compromisoria y eligen *v. gr.*, la ley de un país asiático, como Malasia, con el propósito de escapar a las normas de Derecho de la competencia consideradas de orden público comunitario. O, tomando el ejemplo de M.A. Buchanan, de quién se sigue el *iter* argumentativo, ¿Podría una parte residente en Egipto y otra Europea escapar a la normativa islámica (orden público), en contra del cobro de intereses seleccionando una normativa inglesa?, *cf.* "Public Policy and International...", *loc. cit.* p. 517.

controversia. Supuesto que, aunque recogido por la práctica totalidad de la doctrina¹⁵⁷⁴, y planteado más de una vez en la práctica arbitral internacional¹⁵⁷⁵, nos resulta extraño desde un punto de vista subjetivo que no considera lógico que los empresarios dedicados a las transacciones internacionales no se encuentren lo suficientemente asesorados como para cometer el descuido de elegir un ordenamiento nacional o internacional que invalida directamente su propio acuerdo contractual. A no ser, claro está, que tal elección haya sido premeditada con el objetivo de obviar futuras controversias mediante la invocación de la nulidad originaria del propio acuerdo contractual por su contrariedad a la normativa imperativa y al orden público de la ley elegida para regular las controversias que deriven del mismo.

Por otra parte, no se puede considerar, en aras de la presunción de la buena fe, que la voluntad de las partes se encuentre implícita cuando una cláusula del contrato sea hostil al orden público del Derecho elegido por las mismas¹⁵⁷⁶. Se impone, pues, para el árbitro una guía precisa para saber cuál debe ser su actuación en éstos casos, en el sentido de si debe dar vía libre a la elección de ley, aunque ello suponga la nulidad del contrato invalidado en nombre del orden público de la *lex contractus*. Dejando, por el momento de lado, la investigación de un posible fraude negocial, muy difícil de demostrar, que podría

¹⁵⁷⁴ Respecto a la problemática planteada cuando la propia ley elegida por las partes anula el contrato por su contrariedad con el orden público del Derecho seleccionado al fondo, *vid., per ognis.*, E. Gaillard, "Arbitrage Commercial International...", *loc. cit.*, pp. 6-7, en el apartado relativo a la "Choix d'une loi que annule". De idéntica redacción al Tratado que escribió junto a B. Goldman y Ph. Fouchard, cinco años más tarde, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 809-810.

¹⁵⁷⁵ *Vid.*, el laudo de la CCI, núm. 2119/1978, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 242-243, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 243-246. También, de la misma Institución, el laudo núm. 5953/1988-1989, el laudo parcial es de 1 de septiembre de 1988, y el laudo final de 19 de diciembre de 1989, *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 265-270; con nota de M. Checa Martínez, *ibid.*, pp. 270-274. Y, los laudos núms. 6257 y 6136 (inéditos) citados por, E. Gaillard, "Arbitrage commercial international: Sentence arbitrale...", *loc. cit.*, p. 7, que en general vienen a afirmar que la jurisprudencia arbitral ha venido a confirmar la idea de que prevalecen las disposiciones imperativas de la ley elegida por las partes al fondo de la controversia sobre la ley del contrato.

¹⁵⁷⁶ La buena fe es un principio de presunción *iuris tantum* en la contratación internacional y lo mismo se presume en el arbitraje internacional, donde el recurso a dicho principio resulta de gran utilidad, *vid.*, el laudo de la CCI núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95. Y, el laudo del CIADI, dictado el 25 de septiembre de 1983, *Amco Asia Corporation y otros c. Republica de Indonesia* (Caso No. ARB/81/1), relativo a la construcción y operación de un hotel, *Year. Comm. Arb.*, vol. X, 1985, p. 61 (sólo extractos), *Revue de l'arbitrage*, 1985, p. 259 (extractos); *Journ. dr. int.*, vol. 113, 1986, pp. 202 y en *ICSID Reports*, no. 1, 1993, p. 389.

implicar la aplicación del orden público internacional o transnacional sobre el acuerdo contractual por encima de la voluntad real de las partes que pretendían servirse del fraude. No se puede olvidar que el árbitro carece de potestad sancionadora para castigar a las partes que pretenden servirse del arbitraje para esta serie de prácticas fraudulentas, pero, por otra parte, en coherencia con el prestigio como baluarte de justicia y equidad de la que goza la institución arbitral en el contexto universal, tampoco los árbitros pueden cruzarse de brazos ante esta serie de prácticas contrarias al principio de buena fe que rige la contratación internacional.

493. Centrándonos en la primera premisa, no se encuentra una respuesta precisa en ningún texto legal al planteamiento de si el árbitro debiera hacer valer el orden público de la *lex contractus* cuando es éste el que de por sí anula el contrato o determinadas cláusulas del mismo. Sin embargo, en el Reglamento sobre arbitraje de la CCI, art. 17. 2, así como en el art. 33. 3 del Reglamento de arbitraje de Uncitral y en el art. 28. 4 de la Ley Tipo, se dota de una fuerza mayor a las disposiciones del contrato al disponer de igual forma que: "*En todos los casos, el Tribunal arbitral decidirá conforme a las estipulaciones del contrato y tienen en cuenta los usos de comercio aplicables al caso*". La clave se encuentra aquí en la interpretación del alcance de la primera expresión. Al especificar firmemente en "*todos los casos*", parece significar con ello que el árbitro tiene la obligación y el deber de respetar, conforme a las estipulaciones del contrato, incluso cuando éstas sean declaradas nulas por el Derecho aplicable elegido por las partes¹⁵⁷⁷. No obstante, se considera ésta una interpretación demasiado generosa que no encuentra mucho sentido en el respeto de la propia finalidad de la contratación internacional. Una interpretación más moderada de los textos aludidos estaría más acorde en apreciar que la consideración de "todos los casos" referidos supone la integración, con carácter exclusivo, de aquellas negociaciones contractuales válidas según el Derecho que las rige. Siendo éstas las únicas que deberán ser tenidas en cuenta por el árbitro o tribunal arbitral cuando tengan que aplicar el Derecho considerado al fondo de la controversia internacional¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷⁷ Cf., J.A. Pérez Bevia, "Algunas consideraciones sobre el árbitro...", *loc. cit.*, p. 92.

¹⁵⁷⁸ Cf., *ibid.*, pp. 92-93.

494. Si interpretamos los citados textos legales de manera consecuente con la finalidad de eficacia de la propia contratación internacional se contemplarán únicamente las disposiciones contractuales válidas. Lo que implica la primacía del Derecho aplicable sobre unas cláusulas contractuales que se encontrarían supeditadas a la adecuación de su validez y de su licitud al orden público y a las normas de intervención del Derecho elegido: “*La jurisprudence arbitrale estime généralement qu’il y a lieu de faire prévaloir les dispositions impératives de la loi choisie par les parties sur les stipulations du contrat*”¹⁵⁷⁹. El árbitro debe analizar la estipulación contractual en la que las partes precisan el Derecho aplicable primando ésta elección sobre el contrato en su conjunto o sobre determinadas estipulaciones contractuales del mismo. Si según el Derecho designado por las partes la validez del contrato queda en entredicho, entrando, por tanto, en conflicto con el Derecho aplicable (el orden público o las normas de intervención del mismo) es el Derecho aplicable al fondo de la controversia elegido por las partes el que debe prevalecer en la determinación por el árbitro de la validez o nulidad del propio contrato. Por lo tanto, los árbitros aplicarán el Derecho que las partes hayan elegido con todos los condicionamientos precisados en su aplicación. Se otorga una primacía al orden público del Derecho aplicable en el arbitraje sobre la autonomía de la voluntad contractual ejercida por las propias partes vinculadas por la cláusula compromisoria. Caso en que una estipulación del contrato sea contraria al orden público del Derecho elegido al fondo de la controversia el pulso mantenido da como vencedor a éste último¹⁵⁸⁰.

495. La única excepción al respecto se da en casos realmente aislados donde los árbitros pueden desoir el modo de actuar de la mayoría de la jurisprudencia arbitral internacional y encuentren justificado hacer prevalecer la voluntad de las partes sobre el

¹⁵⁷⁹ *Vid.*, el laudo de la CCI núm. 2119/1978, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 242-243, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 243-246, donde según E. Gaillard, "Arbitrage commercial international: Sentence arbitrale. Droit applicable au fond du litige", *loc. cit.*, p. 7, punto núm. 19.

¹⁵⁸⁰ Si las partes eligen libremente una ley aplicable al fondo de la controversia que anule las disposiciones del propio contrato, la jurisprudencia arbitral estima, de manera general, que deben prevalecer las disposiciones imperativas elegidas por las partes sobre las disposiciones del contrato, *cf.*, Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 809.

orden público de la *lex contractus*¹⁵⁸¹. Esta excepción únicamente debe ser admitida en aquellos casos en que la pretensión del árbitro sea la de proteger a la parte más débil del contrato. Supuesto que suele darse en el caso de los contratos de Estado, donde la parte contratante más fuerte, que representa al propio Estado o a una empresa del mismo, selecciona su propio Derecho para poder manejarlo y abusar de él a través del orden público interno con el objetivo de en caso de entrar en conflicto actuar en su beneficio o, lo que es lo mismo, en perjuicio de la parte contratante¹⁵⁸². Por ejemplo, en los laudos de la CCI núm. 5989/1989 y núm. 6754/1993¹⁵⁸³, se expone la problemática que puede derivarse si una de las partes siendo un Estado invoca la aplicación al fondo de la controversia de su propio sistema legislativo con la finalidad de escapar de sus obligaciones contractuales. En el sentido de que si se aplican las disposiciones de orden público interno del Derecho estatal elegido, la otra parte, generalmente una empresa privada, puede verse desprovista de sus derechos¹⁵⁸⁴.

La solución en este punto es clara. Una persona moral de Derecho público no puede invocar las normas imperativas y el orden público que bajo la aplicación del Derecho administrativo interno pretenda repudiar el contrato internacional en caso de los contratos de Estado¹⁵⁸⁵. Además, ni siquiera el hecho de que el contrato de Estado haya sido aprobado por ley merece el abordaje de la naturaleza del contrato ley y si es de obligatoria

¹⁵⁸¹ Acorde con que es extremadamente extraño que los árbitros descarten la elección de ley manifestada por las partes en el contrato como ley aplicable al fondo de la controversia, *cf.*, E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, p. 29, punto núm. 117.

¹⁵⁸² *Vid.*, sobre el particular, G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats", *Rev. arb.*, 1995, núm. 1, pp. 3-39.

¹⁵⁸³ *Cf.*, el laudo de la CCI núm. 5989/1989, *Rec. CCI, II*, p. 227 y el laudo de la CCI, núm. 6754/1993, *Journ. dr. int.*, 1995, p. 1009, con observaciones de Y. Derains. Especialmente, *vid.*, los comentarios realizados por J.B. Racine, al laudo 5989 de 1989, donde el tribunal arbitral declara que al pretender una parte, generalmente un Estado, abusar de su Derecho, en los supuestos en los que éste invoque su propia legislación para escapar de sus obligaciones, el tribunal arbitral deberá excepcionalmente dejar de aplicar a la controversia el orden público del Derecho elegido, entendido en un sentido amplio, incluido el económico, si dicha aplicación tiene como origen o consecuencia un abuso de ley destinado a privar a la otra parte contratante de sus Derechos, *L'arbitrage commercial international ...*, *op. cit.*, pp. 384-385, esp. p. 385.

¹⁵⁸⁴ *Cf.*, *ibid.*, p. 385.

¹⁵⁸⁵ *Cf.*, J. Paulsson, "May a State Invoke its Internal Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration?", *Arb. Int.*, 1986, p. 90. Del mismo modo, poniendo el acento en que las personas morales de Derecho público no pueden prevalerse del orden público de su propio Derecho para negar la

aplicación el Derecho interno de dicho Estado, orden público y normas materiales imperativas incluidas. Lo más habitual en éste tipo de contratos de Estado, que suelen corresponderse con los de cesiones o inversiones, es que los mismos sean blindados a través del Parlamento. La razón de éste blindaje obedece a la importancia del objeto privado. No porque con ello se nacionalice, o pase a ser estatal dicho contrato imponiéndose la aplicación imperativa de las normas de orden público interno del Estado a las controversias que de él resulten y así se lo trasmita la parte estatal a su cocontratante. Únicamente es un caso en que la ley interviene para reforzar el carácter privado de un contrato, pero nada tiene que ver con que éste sea el Derecho aplicable al fondo de la controversia. Por ejemplo, en la Sent. de 12 de julio de 1984, *Southern Pacific Properties Ltd. C. República árabe de Egipto*, no se considera que la firma de un contrato por el Ministro egipcio signifique que el contrato sea administrativo ni estatal sino simplemente la ratificación de un negocio de tal importancia que necesitaba el conocimiento del Estado¹⁵⁸⁶. Aquí, sí está justificada la inaplicación del orden público del Derecho elegido como aplicable al fondo de la controversia a favor de la autonomía de la voluntad de las partes de validar el contrato¹⁵⁸⁷.

validez del convenio de arbitraje y el propio resultado del laudo, *cf.*, Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité...", *loc. cit.*, p. 660.

¹⁵⁸⁶ *Cf.*, la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 12 de julio de 1984, *Southern Pacific Properties Ltd. C. República árabe de Egipto*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, p. 75, *vid.*, *supra.*, los hechos y su desarrollo en el Cap. I. IV. 2. C. b). En el mismo sentido, otros supuestos donde no prevalece el orden público interno identificado con el Derecho Administrativo del Derecho elegido en los contratos de Estado, íntimamente vinculados con la legitimidad subjetiva de dichos contratos es en la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 1 de diciembre de 1995, *Ministerio de Agricultura de Irak c. Hochtief*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 3, p. 456, donde se valora favorablemente a un contrato que contenía en sus condiciones generales una cláusula de sumisión a arbitraje pactada entre un Estado y una persona moral extranjera. Y, la Sent. de la Corte de Apelación del Cairo, *Commercial Circuit, No 63*, de 19 de marzo de 1997, *Antiquities Organization (Egipto) c. Silver Night Company (UK)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIII, 1998, pp. 168-174. También en *Rev. arb.*, 1997, núm. 2, pp. 283-289, con nota de Ph. Leboulanger, *ibid.*, pp. 289-296.

¹⁵⁸⁷ Al mismo tiempo se considera contrario al orden público internacional y no deben ser permitidos los casos, también muy extraños, en los que un Estado cambie una ley, para a través de la injerencia legislativa desentenderse de los efectos condenatorios del laudo o imponer su ley interna al mismo, bajo la excusa del orden público, *vid.*, la Sent. de 9 de diciembre de 1994, *Refinerías griegas Stan y Stratis Andreadis c. Grecia* (22/1993/417/496), parcialmente reproducida en *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, pp. 105-114; y completa en: *Unlawful annulment by legislative measure of an arbitration award establishing the existence of a debt owed by the State in the amount of about 16 million US \$/ Stran Greek Refineries et Al. c. Greece*, *HRLJ*, 1994, vol. 15, pp. 432-444. Comentada por A. Bencheneb, "La contrariété a la Convention Européenne des Droits de l'Homme...", *loc. cit.*, p. 10; y por nosotros, "El arbitraje en el marco del Convenio...", *loc. cit.*, pp. 11-26. Donde se concluyó que el laudo arbitral tiene el mismo valor que una sentencia judicial y en consecuencia, es contrario al art. 6. 1 CEDH, que un Estado actúe mediante una injerencia legislativa para

496. Es por ello que, con anterioridad, se había afirmado que la máxima arbitral que implica que cuando las partes eligen un determinado Derecho como aplicable al fondo de sus presentes o futuras desavenencias negociales, debe deducirse que tal elección conlleva implícitamente la aplicación de las normas imperativas y del orden público del Derecho elegido, sin comprender al orden público interno en el caso referido. Únicamente, son las normas internacionalmente imperativas y el orden público internacional, aunque estatal, los que entran a formar parte del Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional. Sólo será en supuestos excepcionales de aplicación de determinadas leyes de policía, normas imperativas y disposiciones de orden público interno que reclamen ser aplicadas por su contrariedad al laudo arbitral internacional si se desoye su aplicabilidad y ello se entienda como una grave vulneración al orden público del foro¹⁵⁸⁸. Afirmación corroborada en el laudo de la CCI núm. 5030 de 1992¹⁵⁸⁹, donde se pone de relieve el cumplimiento de la obligación que tienen las partes en el arbitraje de comportarse legalmente.

Siendo, en este caso, una de las partes un Estado africano y la otra una empresa alemana y habiendo designado en la *lex contractus* la aplicación de la ley del Estado africano, el tribunal arbitral decide que se deben descartar las normas de intervención y el orden público meramente interno del Derecho elegido. Esto es, sus normas fiscales, aduaneras, administrativas, sociales etc, que siendo de aplicación en los contratos internos no deben afectar la buena marcha de la contratación internacional. Hay que decir que el árbitro respetó ésta elección de las partes con un criterio que merece todo nuestro reconocimiento puesto que consideramos lógico que las normas imperativas y el orden

anularlo. En el asunto del *Tribunal Fédéral (Supreme Court)*, de 5 de mayo de 1976, *Société des Grands Travaux de Marseilles c République populaire du Bangladesh Industrial Development Corporation*, asunto SGTM/Bangladesh, comentado por P. Lalive, "Arbitrage international et ordre public suisse (l'arrêt SGTM v. Bangladesh)", *Rev. dr. suisse*, 1978, pp. 529-551, también se evidenciaba que la repudia unilateral a un acuerdo de arbitraje internacional, como había hecho Bangladesh, no es sólo contrario a los principios fundamentales del Derecho Internacional Público, sino también al orden público internacional.

¹⁵⁸⁸ *Vid., infra*, en el apartado relativo a los criterios de aplicación de las normas imperativas y las leyes de policía ajenas a la *lex contractus*, donde se especifican las condiciones estrictas de aplicación del orden público y las normas de intervención que aunque tengan un carácter meramente interno puedan dañar la ejecutabilidad del laudo arbitral al imponer como necesaria su aplicación en el supuesto internacional.

público interno de Estados, como en el presente caso del Estado africano, que cuentan la mayor parte de las veces con normas económicas y sociales demasiado estrictas y poco adaptadas a las transacciones transfronterizas deben ser descartadas. La finalidad que se consigue con la no aplicación de las normas imperativas y el orden público interno es doble. Aparte de fomentar la tendencia de la aplicación estricta de un orden público internacional en el arbitraje, también se ayuda a los propios Estados “débiles” para que éstos no se queden apartados del comercio internacional con el pretexto de que la aplicación de sus normas de intervención y órdenes públicos internos, en muchos casos demasiado territorialistas y desfasados, puedan ahuyentar a las posibles inversiones extranjeras y a los acuerdos contractuales con países industrializados que les pueden suponer una importante apertura con el exterior¹⁵⁹⁰.

497. En caso de contradicción entre la aplicación de las normas imperativas y el orden público del Derecho elegido y el orden público internacional o transnacional de rango superior hay que recordar que conforme al art. 2 de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional, IDI, sobre arbitraje de Estados y empresas extranjeras en la sesión de Santiago de Compostela de 12 de septiembre de 1989¹⁵⁹¹, se señalaba que “En ningún caso, un árbitro debe desconocer los principios de orden público internacional en relación con los cuales existe un amplio consenso en la comunidad internacional”¹⁵⁹², siéndolas ajenas a las restricciones planteadas por el orden público interno.

498. Excepciones aparte, el dilema que se le puede presentar al árbitro al encontrarse ante una eventualidad en la que realmente el orden público o las normas imperativas del Derecho elegido al fondo de la controversia anulen el propio contrato es

¹⁵⁸⁹ *Vid.*, el laudo de la CCI, núm. 5030/1992, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 475-482, observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 483-487.

¹⁵⁹⁰ Un claro avance en este sentido, sobre todo en lo que se refiere a la apertura al comercio y a la armonización de los procedimientos de arbitraje de los países africanos ha sido recientemente puesto de relieve con el Proyecto de la OHADA, *cf.*, F. Camara, “Le nouveau droit de l’arbitrage au Sénégal...”, *loc. cit.*, pp. 45-57.

¹⁵⁹¹ *Anuario del IDI*, vol. 63, t. I y II, 1989, *Rev. arb.*, 1990, núm. 4, p. 932, con observaciones de Ph. Fouchard; también, en el *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1991, p. 233, con nota de A.T. Von Mehren.

qué debe hacer con dicha cláusula contractual. Se ha dicho que dicha cláusula deviene ineficaz, pero ello no quiere decir que la misma se entienda por no-puesta o que en éste aspecto del contrato pueda admitirse que no existe ley, dando juego a que se considere al contrato “parcialmente” sin ley¹⁵⁹³. Sino que se entenderá que en éstas disposiciones las partes no han elegido ley permitiéndose entonces al árbitro que sea él el encargado de hacerlo. Responsabilidad no demasiado apetecible, en estos casos, para el árbitro que tendrá en su mano la difícil tarea de “validar” dichas disposiciones contractuales eligiendo un ordenamiento legal cuyo orden público no contraríe a las mismas¹⁵⁹⁴.

B) La *lex contractus* es determinada por el árbitro

499. El último caso del anterior apartado, cuando las partes no han elegido la *lex causae* o su elección no es válida, nos sitúa directamente en el supuesto en que sea el propio árbitro el que deba elegir la *lex contractus*. Situación en la que cabe hacer, *prima facie*, tres precisiones significativas. En primer lugar, es necesario dotar a la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia por el árbitro internacional de la importancia práctica que se merece ya que de *lege ferenda* no es otro sino el juez privado el que más casos afronta a la hora de prescribir la misma. En efecto, como se viene reiterando en las páginas precedentes, aunque las partes dispongan de una amplia libertad para elegir

¹⁵⁹² Confirmado en la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 24 de febrero de 1994, *Ministère Tunesien de l'Équipement c. Société Bec Frères*, *Rev. arb.* 1995, núm. 2, p. 274, con nota de Y. Gaudemet.

¹⁵⁹³ Cf., Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 810.

¹⁵⁹⁴ Cf. *ibid.*, p. 810. Se observa aquí, como el orden público estatal aunque internacional se debe en definitiva a consideraciones internas del foro, lo que lleva al árbitro a hacer una serie de averiguaciones, no siempre sencillas, para validar según qué orden público estatal posibilitaría la validez del contrato o de aquellas cláusulas ineficaces según el Derecho elegido por las partes aplicable al mismo. Problemas, que podrían solucionarse con la utilización en el arbitraje únicamente de un orden público auténticamente internacional que en ningún caso la voluntad de las partes pueda sobrepasar, para que así fuese más fácil determinar el límite al Derecho aplicable por las partes al fondo de la controversia y a cada una de las estipulaciones contractuales del mismo sin necesidad de analizar y contrastar el orden público internacional estatal, sus peculiaridades, alcance, contenido y función en el contrato objeto de controversia, así como las normas imperativas del mismo en cada supuesto concreto de los planteados ante un árbitro. El inconveniente claro es que, hoy por hoy, tal solución no deja de ser una utopía. La noción de orden público transnacional es todavía demasiado imprecisa para que pueda ser útil al papel fundamental que en el arbitraje tiene encomendada, el de constituir el auténtico límite y garantía en el arbitraje privado internacional.

el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional que ha de ser resuelta a partir de un compromiso arbitral, lo cierto es que en numerosas ocasiones éstas prefieren abandonar el ejercicio de su libertad a la actuación arbitral. La razón de ello se debe a la dificultad de que los contratantes se pongan de acuerdo para coincidir en la voluntad de aplicar el mismo Derecho a sus transacciones privadas internacionales y a la resolución de las controversias que de ellas se deriven, sobre todo en lo relativo al orden público y a las normas imperativas del Derecho potencialmente elegido¹⁵⁹⁵.

500. Las partes suelen entonces omitir la cláusula de ley aplicable no sólo a la controversia sino también a la mayoría de los aspectos relacionados con la cláusula compromisoria y con el propio contrato. El carácter complejo de la mayoría de las negociaciones internacionales, la dificultad de encontrar la ley adecuada a las múltiples cláusulas contractuales susceptibles de ser pactadas en el contrato que se encuentran en ocasiones desbordadas por las múltiples posibilidades que ofrece el *depeçage*, y la dificultad asociada a la importancia de determinados contratos¹⁵⁹⁶, unido a la propia dificultad de prever todos los aspectos legales que pueden afectar a la resolución de sus controversias, potenciales o reales mediante arbitraje, ahuyenta a las partes de la tarea de embarcarse en la determinación de la ley aplicable. De esta manera, el ejercicio de la autonomía de la voluntad a través de la libertad conferida a las partes se transforma en un trabajo demasiado arduo que lleva a los contratantes a acomodarse, silenciando la cláusula

¹⁵⁹⁵ A diferencia del perfeccionamiento de un contrato dentro de un contexto interno donde las partes lógicamente están obligadas por lo pactado en su compromiso contractual sujeto casi siempre expresa o implícitamente por el Derecho local y por el orden público y las normas materiales imperativas de su ordenamiento; si el contrato es internacional es muy difícil llegar a un acuerdo contractual en el Derecho a aplicar al fondo de la controversia, sobre todo en lo que al orden público se refiere, *cf.* M.A. Buchanan, "Public Policy and International...", *loc. cit.*, p. 516.

¹⁵⁹⁶ Como por ejemplo, aquellos celebrados en materias de inversiones internacionales, cuya gran complejidad e importancia provoca que las partes, en lugar de, precisamente por esas causas, procedan a tratar la cuestión de la ley aplicable con un mayor detenimiento y con una especial diligencia, el efecto conseguido sea el contraris, siendo cada vez más frecuente, para las partes, el hecho de silenciar la cláusula de ley aplicable, *cf.*, A.F.M. Maniruzzaman, "International Commercial Arbitration: The Conflict of Law Issues in Determining the Applicable Substantive Law...", *loc. cit.*, p. 201.

de atribución de ley y dejando su determinación en manos de los árbitros en la mayoría de los supuestos prácticos¹⁵⁹⁷.

Si por una parte, el hecho de que las partes deleguen en los árbitros la elección de la ley aplicable al fondo es un signo evidente de confianza en la institución arbitral, por otra parte, es un reto que los árbitros deben afrontar teniendo que cargar con el peso de la responsabilidad que les convierte en los únicos valedores del éxito del proceso arbitral a los ojos de las partes; del Estado, que posteriormente reconocerá y habrá de ejecutar el laudo; de la propia Institución arbitral a la que pertenezcan, en su caso, los árbitros y, en general, de toda la comunidad internacional. En definitiva, en la elección del Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional se vuelve a poner en juego, una vez más, la buena reputación de la institución arbitral y el respeto al orden público como última cláusula de salvaguarda de los Estados necesaria para garantizar el comercio internacional.

501. En segundo lugar, habiendo quedado claro que el ejercicio de esa responsabilidad sólo se activará si las partes no han elegido la ley aplicable al fondo de la controversia, *sensu contrario*, la primera norma imperativa que se impone al comportamiento de los árbitros es la exigencia de seguir obligatoriamente el Derecho

¹⁵⁹⁷ Por citar algunos de los múltiples casos en los que las partes no han ejercitado su libertad en cuanto a la elección de la ley aplicable, *vid.*, el laudo de la CCI, núm. 1422/1966, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 67-68, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 68-71. Ante la falta de cláusula *electio juris* se le solicitó al Tribunal arbitral que determinase el Derecho aplicable porque cada una de las partes solicitaba la aplicación de una normativa distinta. La demandante invocaba la aplicación de su propio Derecho nacional y la demandada aboga por la aplicación de los principios generales del Derecho comunes a todas las naciones civilizadas, sin hacer más referencia a ninguna ley nacional. El árbitro señala, en primer lugar, el poder discrecional del que disponen las instancias arbitrales en cuanto a la elección de ley aplicable cuando las partes no lo han designado, amparándose en el art. VII del Convenio europeo de arbitraje internacional de 21 de abril de 1961 y en el art. V del Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958. En el laudo núm. 1641/1969, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 71, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 71-73. Las partes no indicaron (...) el Derecho nacional que llegado el caso, estimaban debería aplicarse a sus relaciones o a sus desavenencias. De este modo han otorgado implícitamente al árbitro la facultad y el poder de aplicar a la hora de interpretar sus obligaciones las normas del derecho y en su defecto, los usos del comercio. En el laudo núm. 1717/1972, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 73, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 73-75. También, a falta de elección del Derecho aplicable por las partes. En el laudo núm. 2438/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 135-137; con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 137-139. En el Laudo núm. 2886/1977, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 217, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 217-220, se trata sobre el Derecho aplicable al fondo en ausencia de elección por las partes.

elegido por las partes como aplicable al fondo de la controversia cuando la elección hubiese tenido lugar¹⁵⁹⁸. Si no es así, el juez privado se verá obligado a seleccionar la ley aplicable a través de una serie de métodos previamente determinados. Pautas que, coincidiendo con la mayor parte de la doctrina internacional, reiteramos que son también las tradicionalmente utilizadas por el DIPr, procedentes, en casos cada vez menos frecuentes, del método atributivo basado en la norma de conflicto¹⁵⁹⁹. Se recordará que en la práctica los árbitros suelen recurrir a los mismos criterios de determinación de ley aplicable que los jueces, siendo su evolución más o menos paralela¹⁶⁰⁰. Además es de notar que también, en la práctica, los árbitros hacen gala de una encomiable prudencia en el seguimiento y en el respeto del Derecho elegido por las partes¹⁶⁰¹. Es por ello determinante, que la prohibición de revisión de fondo del asunto, verdadero talón de Aquiles del arbitraje privado internacional -una vez superado el orden público internacional en la fase negocial- es la clave esencial que afecta de manera retrospectiva a la problemática del Derecho aplicable al fondo del asunto en la actual fase arbitral en lo que repercute en su determinación bajo los límites del orden público.

¹⁵⁹⁸ Los árbitros no pueden seguir otro Derecho que el elegido por las partes para ser aplicado al fondo de la controversia, *cf.*, K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, *op. cit.*, pp. 490-491. Además este Derecho puede ser alterado por las partes a lo largo de todo el procedimiento arbitral, siempre y cuando, no perjudique a los intereses de terceros implicados en la controversia, *cf.* J.D.M. Lew, *Applicable Law in International...*, *op. cit.*, p. 81. En el laudo de la CCI núm. 1422/1966, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 67-68, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 68-71, se pone de relieve la vinculación del árbitro a la voluntad de las partes manifestada en la selección de la ley previamente designada por las mismas, “*Resultando que todos los poderes y la competencia del tribunal arbitral provienen del acta de emisión, y que al contrario de lo que ocurre en un tribunal judicial, aquél se muestra vinculado a la voluntad de las partes, cuando éstas se manifiestan de acuerdo*”, *ibid.*, p. 70.

¹⁵⁹⁹ Coincidiendo con lo dicho con anterioridad, la mayor parte de la doctrina suscribe la afirmación expuesta en el piso de arriba, *cf.*, entre otros autores a, M. Buchanan, “Public Policy...”, *loc. cit.*, p. 517 y P.A. de Miguel Asensio, “Armonización normativa y régimen jurídico...”, *loc. cit.*, p. 863.

¹⁶⁰⁰ *Vid.*, *supra.*, todos los ejemplos prácticos a éste respecto referidos en el apartado I. 1. C), del presente capítulo.

¹⁶⁰¹ Celo arbitral, aquí muy acertado, porque si bien se encuentra asentada la prohibición de revisión del fondo del asunto por parte del juez en una fase posterior, los árbitros deben poner buen cuidado en no contradecir los Derechos nacionales que puedan verse implicados y que puedan resultar obviados por las partes. En especial, en lo que se refiere a las normas imperativas y el orden público internacional estatal susceptibles de ser afectados por la controversia internacional. En este sentido, los árbitros se muestran muy atentos en no contradecir los sistemas nacionales implicados, ya sea en aspectos como la determinación de su propia competencia, como en el uso de las cláusulas de elección de ley, *vid.*, H. Grigera Naón, *Choice-of-law Problems...*, *op. cit.*, pp. 60-75.

502. En tercer lugar, hay que diferenciar cuando el árbitro estatuye en Derecho y cuando lo hace en equidad. El respeto de la elección de las partes debe ser el mismo ante la posibilidad de que ésta se fundamente en Principios generales del Derecho, teniendo en cuenta que éste es el método más fomentado en los últimos años¹⁶⁰². Sin que ello suponga un cambio de opción hacia un arbitraje de equidad, sino la admisión de la existencia de un Derecho, pero supraestatal¹⁶⁰³. No se deja de subrayar que las posibilidades de elección de un sistema supranacional en el arbitraje privado internacional garantizan con precisión el seguro resurgimiento de la polémica respectiva en el ámbito doctrinal en cuanto a la madurez del propio sistema y en relación con las funciones y el contenido del orden público auténticamente internacional. Y es que, aún en las aplicaciones más audaces de las reglas no estatales, el árbitro nunca puede actuar sin tener en cuenta los sistemas jurídicos estatales en presencia¹⁶⁰⁴. Aunque la práctica arbitral ha sido en algunas ocasiones vacilante en este aspecto urge hacer todo lo posible por limar las desconfianzas que podría provocar en la institución arbitral, una vía de avance hacia ámbitos donde la desregularización sea total. Partiendo del respeto a la ley elegida por las partes, los árbitros, no deben desconocer los sistemas jurídicos que tengan, de una u otra manera, alguna vinculación con la controversia objeto de su seguimiento, señaladamente en lo que respecta a las normas consideradas imperativas en estos ordenamientos¹⁶⁰⁵. Como ya se ha expuesto gracias a este

¹⁶⁰² Sobre el Derecho aplicable por los árbitros en el cibertribunal arbitral, <http://www.cybertribunal.org/html>, *vid.*, E. Caprioli, "Arbitrage et médiation dans le commerce électronique...", *loc. cit.*, pp. 236-237. Donde, específicamente, se hace un llamamiento a que los árbitros tienen que respetar y aplicar los Principios generales del Derecho, *ibid.*, p. 237.

¹⁶⁰³ *Cf.*, E. Gaillard, "Trente ans de *lex mercatoria*: Pour una application sélective de la méthode des principes généraux du droit", *Jour. dr. int.*, 1995, núm. 1, pp. 5-30, esp. p. 8; H. Grigera Naón, *Choice of Law Problems...*, *op. cit.*, p. 34, Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 826-847.

¹⁶⁰⁴ Una de las últimas ocasiones en las que la doctrina ha señalado que todavía no estamos preparados para una autorregulación de los profesionales del comercio internacional garantizada por un orden público transnacional, la ha realizado L. Idot, en la reseña a la única obra de J.B. Racine, aquí nombrada, *Rev. arb.*, 1999, núm. 4, pp. 897-899, esp., pp. 898-899. En la práctica uno de los primeros laudos que se hacían eco de la dificultad de aplicación y formación garantizada del Derecho transnacional era el el laudo de la CCI, núm. 1641/1969, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 71, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 71-73, donde ante la indeterminación sobre cuáles son las normas de ese Derecho anacional, Y. Derains se expresaba haciendo referencia a una situación caótica en la que "*La terminología de los árbitros al respecto es de lo más incierta y las expresiones tales como normas del derecho, principios generales del derecho, reglas comunes a las naciones civilizadas etc, parecen emplearse indistintamente*", *cf.*, *ibid.*, p. 72.

¹⁶⁰⁵ Es lo que se ha denominado "*mixed approach*" o "*multi-aspect method*", *cf.*, H. Grigera Naón, *Choice of Law...*, *op. cit.*, p. 34.

equilibrio mantenido entre la libertad de las partes en el ejercicio de la autonomía de su voluntad y la seguridad jurídica se ha llegado, entre otras cosas, a la posibilidad de intervención arbitral en materias intervenidas por el orden público internacional de los Estados¹⁶⁰⁶.

a) Arbitraje de Derecho

503. Poco hay que añadir en éste apartado a lo señalado hasta el momento¹⁶⁰⁷. Al ser la práctica más habitual que los árbitros decidan en Derecho nos remitiremos a lo métodos antes consignados en el análisis comparativo realizado entre jueces, partes y árbitros, complementado con las precisiones recién realizadas. El árbitro debe, antes de fijar definitivamente el Derecho aplicable al fondo de la controversia, realizar un complejo análisis de todos los Derechos susceptibles de ser aplicados al caso¹⁶⁰⁸. Si los indicios referidos para designar la ley aplicable apuntan a un determinado Derecho, el árbitro debe anticiparse y prever las consecuencias que se derivarían de la aplicación del mismo en lo concerniente a la adecuación del contrato en su conjunto y de sus estipulaciones contractuales con el orden público y las normas imperativas del Derecho elegido¹⁶⁰⁹. No

¹⁶⁰⁶ Vid. las apreciaciones de O. Lando a este respecto, "The Law Applicable...", *op. cit.*, pp. 129-159.

¹⁶⁰⁷ La causa no se debe a una falta de interés o a una carencia de problemática específica relacionada con el arbitraje de Derecho. Todo lo contrario. Precisamente, la razón de que no nos detengamos con especial profusión en este apartado obedece a que desde el inicio del presente capítulo todas las reflexiones realizadas se han hecho presuponiendo que nos encontrábamos ante un arbitraje de Derecho.

¹⁶⁰⁸ En el laudo de la CCI núm. 1717/1972, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 73, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 73-75. A falta de elección del Derecho aplicable por las partes al fondo de la controversia, y tratándose de un contrato de compraventa concluido entre el representante de un vendedor yugoslavo y un comprador iraní, el árbitro se pronunció a favor de la aplicación de la ley iraní dado que el lugar de venta, perfeccionamiento del contrato y entrega de mercancías era Irán. Lo interesante es que se especifica el "carácter previo" con el que el árbitro tiene que sopesar todos los pros y los contras de la elección de una determinada ley aplicable en el arbitraje, *ibid.*, p. 73. El método que utiliza el árbitro es la aplicación cumulativa de los indicios que llevan a determinar que el Derecho iraní sea el aplicable. Destacando que a diferencia de la mayoría de los casos el árbitro no aplica cumulativamente las normas de conflicto sino que obvia pasar por los sistemas nacionales de conflicto de leyes para buscar la ley apropiada sobre la base del criterio de los vínculos más estrechos que le permite presumir la voluntad de las partes en cuanto al Derecho aplicable, *id.*, pp. 73-74.

¹⁶⁰⁹ Confirmando que debe ser previamente a la determinación del Derecho aplicable cuando el árbitro debe extraer las consecuencias de la incompatibilidad entre el contrato y uno de los Derechos

hay que olvidar que la función principal que aquí tiene el árbitro es la de validar el acuerdo contractual a él confiado, con la grave responsabilidad que ello implica y el deber intrínseco de orientar funcionalmente el resultado hacia la eficacia posterior del laudo¹⁶¹⁰. Es por ello que la ley que ha de aplicar el árbitro internacional debe estar guiada *in favorem validitatis*¹⁶¹¹, rechazando todas las leyes que entorpezcan la misión validante del árbitro en la determinación de la ley aplicable y, también, aquellas que sean susceptibles de contrariar el orden público internacional, las leyes de policía y las normas internacionalmente imperativas del lugar/es donde sea previsible la ejecución del laudo¹⁶¹². La cláusula *electio juris* impone al árbitro un deber moral además de rendir eficaz la sentencia arbitral. Este debe validar el contrato, por un lado, y conseguir la eficacia de la sentencia arbitral, por el otro lado, guiándose por el principio de la utilidad y funcionalidad tanto en uno como en otro sentido¹⁶¹³. Por lo que es aconsejado por muchas sentencias arbitrales internacionales el apoyarse directamente en el principio *in favorum validatis* para elegir la *lex causae*¹⁶¹⁴.

504. Reaparecen los límites a la libertad del árbitro en la búsqueda de la ley que valide el contrato puesto que la exploración de la *lex validitatis* está limitada por el orden público y las normas imperativas que reclaman ser aplicadas al supuesto, aun a pesar de que

susceptibles de ser aplicados, *cf.*, J.A. Pérez Bevia, "Algunas consideraciones sobre el árbitro...", *loc. cit.*, p. 93.

¹⁶¹⁰ La máxima afirmativa del *favor validitatis* en el arbitraje internacional causante de que en el arbitraje el resultado tenga que estar funcionalmente orientado para conseguir la eficacia del laudo fue seguida y especialmente aconsejada por E. Artuch Iriberry, con el objetivo de llevar a buen puerto la extensa problemática derivada del convenio de arbitraje internacional, *vid.*, *El convenio arbitral en el arbitraje...*, *op. cit.*, esp. p. 34.

¹⁶¹¹ Así debe ser entendido el art. 178. 2 LSDIP, que es una regla de conflicto "*in favorem validitatis*", *cf.*, P. Lalive, J.F. Poudret y C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, 1988, p. 321.

¹⁶¹² Entre los ejemplos en los que el árbitro selecciona de entre todas las leyes posibles aquella que por una parte valida el contrato y por otra no plantea problemas en cuanto al posterior reconocimiento y ejecución, hay que destacar el laudo de la CCI, núm. 7154/1993, *Recueil CCI III*, 1991-1995, p. 555, *journal dr. int.*, 1994, núm. 4, pp. 1059, con nota de Y. Derains. Ejemplificativo de cómo el tribunal arbitral elige la ley de Argel donde la acción todavía no había prescrito sobre la ley francesa que invalidaba el contrato por prescripción.

¹⁶¹³ *Cf.*, V. Heuzé, "La morale, l'arbitre et le juge", *Rev. arb.*, 1993, núm. 2, p. 190.

¹⁶¹⁴ Como en el laudo de la CCI núm. 6363/1991, *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, p. 205. Y, el laudo, también de la CCI, núm. 7154/1993, *Recueil CCI III*, 1991-1995, p. 555, *journal dr. int.*, 1994, núm. 4, p. 1059, con nota de Y. Derains. Donde se da lugar a la aplicación del *favor validitatis* en el Derecho aplicable al fondo de la controversia por el árbitro.

su aplicación suponga la nulidad del acuerdo contractual¹⁶¹⁵. El principio de validez que debe guiar al árbitro en la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia se encuentra restringido por el respeto al orden público internacional o por la aplicación de una ley de policía de necesaria aplicación al supuesto contractual. Lo importante para el juez privado no es conseguir la validez del contrato a cualquier precio¹⁶¹⁶, sino, como señala el propio árbitro en el laudo de la CCI 5933/1988, aunque sea su deber buscar la ley que valida el contrato lo importante es hacer justicia lo que le puede conducir tanto a declarar un contrato válido como nulo¹⁶¹⁷. Es por ello más aconsejado, ceñirnos al estudio específico de éste aspecto en cuanto a la determinación de las leyes de policía que reclaman su aplicación en dicha determinación, en primer lugar, aún en el supuesto en que las partes hayan procedido a su elección y, en segundo lugar, proceder a su análisis para el caso en que ésta debe ser llevada a cargo por el árbitro.

Ya ha sido afirmado que los árbitros aplican el orden público aunque en principio no tengan ninguna obligación de hacerlo y que es un hecho que el incremento progresivo de la aceptación del arbitraje se debe, entre otros muchos factores, a la voluntad de respeto de la que hacen gala los árbitros por las nociones básicas de justicia y equidad¹⁶¹⁸. Estas conllevan a veces la aplicación, siempre que las circunstancias del caso así lo requieran, de normas imperativas y de leyes de orden público aunque éstas normas no se hallasen reflejadas en ninguna de las cláusulas del contrato y sin que exista, en principio, ninguna obligación para los árbitros internacionales de tutelar la correcta aplicación de tal normativa cuando ellos sean los encargados de hacerlo¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁵ En este sentido “*hay que imputar a las partes en un contrato la voluntad implícita de elegir la ley que valida...*”, cf., J.A. Pérez Bevia, “Algunas consideraciones sobre el árbitro...”, *loc. cit.*, p. 94.

¹⁶¹⁶ Afirmado por J.B. Racine, “*La favor validitatis ne doit pas guider l’arbitre a tout prix*”, poniendo como ejemplo el laudo de la CCI, núm. 5933/1988, que dio lugar a la Sentencia *Soc. Primary Coal Inc (USA)/ Compañía española de Cementos Portland*, *Rev. arb.*, 1990, núm. 4, p. 701, con nota de P. Lagarde, *ibid.*, p. 666, cf., *L’arbitrage commercial international ...*, *op. cit.*, p. 249.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 249. Del mismo modo evidenciado en el laudo final rendido en los casos núms. 6515 y 6516 de 1994, recientemente publicados, *vid.*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 80-106. Derecho aplicable por el árbitro al fondo de la controversia, esp. pp. 81-82.

¹⁶¹⁸ Cf., M.A. Buchanan, el orden público es uno de los mecanismos más importantes del que hacen uso los Estados para salvaguardar las nociones básicas de justicia y equidad, cf., “Public Policy...”, *loc. cit.*, p. 531.

¹⁶¹⁹ Cf. D. Hoehstrasser, “Choice of Law and “Foreign” Mandatory Rules...”, *loc. cit.*, p. 85. *Vid.*, también, a este respecto, las apreciaciones sobre el arbitraje de equidad en la Ley aplicable al fondo de la

b) Arbitraje de equidad

505. Mayor complejidad reviste conocer cuál es el Derecho necesario que los árbitros deben aplicar en el contexto internacional cuando éstos deciden en equidad¹⁶²⁰. En este punto, la diversidad de las distintas leyes nacionales en presencia y los órdenes públicos adscritos a cada una de ellas introducen una gran confusión en el sentido en que pueden provocar el caer en la tentación de elegir un arbitraje de equidad con la finalidad de sustraerse de toda normativa imperativa estatal sea ésta interna o internacional. Nada más lejos de la realidad. El juez privado, como árbitro de equidad, aunque en principio no debe aplicar ningún Derecho estatal sigue estando vinculado por su deber de responsabilidad de hacer el laudo ejecutable teniendo, por lo tanto, como mínimo que velar por el orden público del lugar previsible de ejecución de la sentencia arbitral¹⁶²¹.

controversia por D. Moura Vicente, "Applicable Law in Voluntary Arbitration in Portugal", *ICLQ*, vol. 44., 1995, pp. 186-191.

¹⁶²⁰ Sin entrar en la distinción entre arbitraje de equidad y la amigable composición, utilizando ambos términos indistintamente a sabiendas de que gran parte de la práctica y de la doctrina comparada consideran preferible la denominación de amigable composición, como refleja el laudo de la CCI dictado en el asunto 3093/3100 en 1979, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 255-259, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 259-264, donde se matizan las diferencias existentes entre el campo de la amigable composición y el de la equidad. Siendo la segunda más limitada que la primera en cuanto a los poderes del árbitro se refiere. "*El árbitro en ausencia de los poderes de amigable componedor, sólo dispone de una libertad de apreciación realmente limitada, cf., ibid.*", p. 263. Sobre la amigable composición, en general, es indispensable la obra de E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, LGDJ, París, 1980, que identifica, en todos sus aspectos, al arbitraje de equidad con la amigable composición. Relativo a la protección de la parte débil y al orden público de protección de los conflictos de trabajo decididos en amigable composición, *vid.*, B. Blohorn-Brenneur, "Conciliation, amiable composition et médiation judiciaires...", *loc. cit.*, pp. 785-799. Nosotros, sin embargo, no nos mostramos conformes con la identificación entre arbitraje de equidad y amigable composición. Mientras que el primero, supone una decisión vinculante, el segundo no. No obstante, tras observar su asimilación en la práctica internacional, sobre todo en lo que a la doctrina y jurisprudencia francesa se refiere, se ha de respetar su tratamiento dual aunque reiteramos que no lo compartimos.

¹⁶²¹ Así, en el laudo interlocutorio de la CCI núm. 4504/1985, 1986, *Journ. dr. int.*, 1986, núm. 4, pp. 1118-1127, con observaciones de S. Jarvin, *ibid.*, pp. 1127-1131. Se especifica que el límite que tiene el árbitro en la determinación de la *lex contractus* serán las disposiciones de aplicación necesaria de los derechos nacionales interesados, así como aquellas otras que contengan disposiciones imperativas, señaladamente en materia de forma. El desconocimiento o inaplicación de dicha normativa deja la puerta abierta al triunfo de un recurso de anulación ante los Tribunales del Estado en que se llevó a cabo el arbitraje, además de la posibilidad de rechazo del exequátur en en el país de ejecución.

Es así que el árbitro aunque estatuya en equidad está obligado a aplicar directamente la regla moral del arbitraje internacional¹⁶²². Aunque los árbitros no apliquen un determinado Derecho sea éste nacional o anacional, sino que decidan *ex aequo et bono*, el límite también se encuentra en el orden público, entendiendo el orden público de dirección y el de protección cuando se den las circunstancias que reclamen su aplicación¹⁶²³. En la práctica se observa un respeto igual por el orden público en la ley aplicable tanto si el árbitro estatuye en Derecho como si lo hace en equidad, afirmándose la necesidad de dar efecto a las normas imperativas, a las leyes de policía y al orden público que pudiera resultar concernido¹⁶²⁴. Resulta significativo, en este sentido, como el límite del orden público se mantiene inalterable en el arbitraje de equidad, tal y como se desprende de la exigencia de motivación, al menos fáctica, del laudo arbitral si no se quiere incurrir en un fácil recurso de anulación¹⁶²⁵. Y es que, en la práctica, es fácil constatar como a pesar de que los jueces privados no estén obligados a motivar la sentencia arbitral cuando deciden en equidad es un hecho habitual que al final casi siempre acaben recurriendo a la motivación del laudo interno e internacional, de un modo a veces incluso más exhaustivo que si de un arbitraje de Derecho se tratara¹⁶²⁶.

¹⁶²² Vid., la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C)* de 11 de diciembre de 1997, *Société Cubana c/ Société Consavio International Ltd*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 124, con observaciones de D. Bureau, pp. 124-130, esp. p. 130, donde citando a P. Mayer, "La règle morale dans l'arbitrage international", *op. cit.*, pp. 379-401, esp. p. 389, se subraya que: "*L'arbitre statue en équité et applique directement le règle morale*".

¹⁶²³ Nos alejamos así de la necesidad de distinguir los dos tipos de orden público, de protección y de dirección, que según otros autores sí deben ser tenidos en cuenta cuando el árbitro decide como amigable componedor, *cf.* J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 251-253. En este apartado, consideramos que no procede detenerse exhaustivamente debiendo ser vinculado a los ejemplos anteriormente analizados relativos a la disponibilidad de los Derechos en los contratos sometidos a las CGC para el orden público de protección de la parte débil y lo allí especificado sobre la renunciabilidad de los Derechos y la disponibilidad de los mismos en el preciso momento en el que la parte débil ha perdido la situación de dependencia que le vincula a la parte fuerte de la relación, *vid., supra.*, Cap. III, III. 1.

¹⁶²⁴ La cualidad de amigable componedor del árbitro no es suficiente para que la sentencia arbitral así dictada escape a un recurso de anulación si ésta desconoce una ley de policía, *cf.*, P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, p. 624.

¹⁶²⁵ S. Barona Villar, nos alerta, dentro del arbitraje interno de consumo, de la necesidad de motivación fáctica, aunque no legal, del laudo dictado en equidad. Se requiere relacionar la decisión tomada por el árbitro con los principios generales esenciales, sin remisión expresa a la ley, de lo contrario podría incurrirse en la anulación del laudo que, en nuestro ordenamiento interno, vendría por la vía del art. 45. 5 LA, a través del causal del orden público, *cf.*, "El laudo en el arbitraje de consumo", *loc. cit.*, pp. 9-54, esp. p. 17.

¹⁶²⁶ Prueba de que en la práctica del arbitraje de equidad es costumbre de los árbitros la de motivar los laudos arbitrales dictados como si uno de Derecho se tratara, la encontramos en la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª), de 27 de abril de 1998, con nota de E. Artuch Iriberry, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 192-199, donde el propio tribunal judicial destaca el esmero y la exhaustividad empleadas por el árbitro

506. Existen numerosos ejemplos de laudos arbitrales donde la propia práctica ha sido la encargada de configurar los propios límites impuestos a través del orden público en el arbitraje de equidad. Cronológicamente analizados, en el laudo de la CCI, núm. 2216/1974¹⁶²⁷, se dice literalmente que los árbitros son libres de decidir en equidad siempre y cuando respeten las normas imperativas del Derecho elegido. Si eligen un determinado Derecho y éste no excluye la amigable composición el árbitro podrá elegir *ex aequo et bono*, con el límite de aplicar el Derecho imperativo del sistema seleccionado. “*El recurso a la amigable composición se entiende en la medida en que los árbitros no hagan caso omiso a las normas imperativas del Derecho elegido, teniendo la facultad de descartar las normas supletorias y estatuir en equidad*”¹⁶²⁸. Del mismo modo, ha sido afirmado en otros laudos posteriores, tales como el laudo núm. 2879/1978¹⁶²⁹, y en los laudos núms. 3093/3100 de 1979¹⁶³⁰. Más contundentemente en la sentencia arbitral núm. 3267/1979¹⁶³¹, donde se afirma que los árbitros amigables componedores están obligados a respetar las disposiciones imperativas y los principios de orden público de la *lex mercatoria* constitutivos de un orden público verdaderamente internacional o transnacional¹⁶³². De

único, J.C.F.E. Fernández Rozas, en la motivación de un arbitraje dictado en nuestro país, aún a pesar de ser éste de equidad.

¹⁶²⁷ *Vid., Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 105-108, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 108-110. En este caso el Tribunal estatal, con sede en Suiza, debía resolver una controversia que enfrentaba a una parte noruega que no había ejecutado su obligación de retirar una cantidad de petróleo, de un país productor no indicado en el laudo. Se plantea como cuestión preliminar cuál es el Derecho aplicable al fondo del litigio, en el sentido en que, por una parte, las partes habían determinado que éste sería el del país productor del petróleo, pero, por otro lado, también habían acordado que el árbitro debía resolver en equidad. Según las observaciones que al respecto hace Y. Derains, no es excepcional encontrar cláusulas de arbitraje de este tipo que combinan la elección de un Derecho estatal con la facultad del árbitro de decidir en equidad, *ibid.*, p. 108. También, de igual manera, *vid.*, el laudo núm. 2139, p. 929. Y, el respeto en ambos casos por el orden público se impone por igual, *ibid.*, pp. 108-109.

¹⁶²⁸ *Cf., ibid.*, p. 106.

¹⁶²⁹ *Vid., Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 233-235, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 235-242, que trata sobre el Derecho aplicable al fondo de la controversia que también tiene lugar cuando el árbitro decide en amigable composición, en atención a la *lex mercatoria* y al orden público internacional susceptible de ser vulnerado por el laudo arbitral.

¹⁶³⁰ *Vid., Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 255-259, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 259-264.

¹⁶³¹ *Vid., Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 266-271, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 271-275, donde se excluye todo Derecho nacional como Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional, al tratarse de un arbitraje de equidad y se recurre a la aplicación exclusiva de los Principios generales del comercio internacional y de la *Lex mercatoria*..

¹⁶³² *Cf., ibid.*, pp. 273-274.

modo similar al laudo de la CCI núm. 3540 de 1980¹⁶³³, donde el árbitro de equidad aplica directamente, en ausencia de voluntad de las partes en el Derecho aplicable al fondo de la controversia, la *lex mercatoria* bajo reserva del orden público internacional. Seguidamente, en el laudo, también de la CCI, núm. 3344 de 1981¹⁶³⁴, se confirma el poder del árbitro para descartar alguna de las normas imperativas, consideradas de orden público interno que no deben ser tenidas en cuenta por el árbitro, tampoco como amigable componedor, si el arbitraje es internacional.

507. Se reafirma la inexistente diferenciación entre los dos tipos de arbitraje en lo que a la aplicación del orden público se refiere y las excepciones a dicha aplicación si el orden público es eminentemente interno y territorialista¹⁶³⁵. En el laudo de la CCI núm. 4972 de 1989¹⁶³⁶, se afirma que el árbitro, amigable componedor, debe respetar las normas de orden público que no son susceptibles de evicción en el arbitraje con la finalidad de que no exista ni dolo ni fraude. En el laudo de la CCI núm. 6503 de 1990¹⁶³⁷, se reitera que a pesar de que el árbitro decida en amigable composición éste no puede hacer abstracción del orden público del Derecho elegido anteriormente por las partes, en este caso el Derecho suizo, dado que la elección del arbitraje de equidad aunque posibilita que el árbitro no decida si no quiere en Derecho, no implica que así lo haga, siendo válido a pesar de la figura del árbitro como amigable componedor. Muestra reciente de las limitaciones de orden público impuestas también aunque el árbitro decida en equidad recogido por la jurisprudencia judicial en materia de arbitraje internacional se da en el caso *Société Cubana*

¹⁶³³ *Vid.*, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 289-295, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 295-302.

¹⁶³⁴ *Vid.*, el laudo en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 330-339. Trata sobre una serie de ontratos de suministro de petróleo en bruto celebrado entre dos empresas públicas de países árabes. Donde en aplicación del art. 1174 del Código Civil francés, en relación con la determinación del precio contractual se entiende que no hay violación del orden público internacional. Se afirma, además, que en materia probatoria la regla "*Actori Incumbit probatio*", es una norma de orden público internacional.

¹⁶³⁵ *Vid.*, *supra.*, prevalencia del orden público internacional sobre el interno en los rangos del orden público. Y el apartado inmediatamente anterior respecto a que el árbitro tiene un deber de aplicar el orden público estatal internacional y el orden público transnacional pero no el orden público interno.

¹⁶³⁶ *Vid.*, *Journ. dr. int.*, 1989, núm. 4, pp. 1100-1105, con observaciones *Clunet* (Y. Derains), *ibid.*, pp. 1105-1107.

¹⁶³⁷ *Vid.*, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 613-617; *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1022-1030, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1030-1031. Competencia del tribunal arbitral y grupos de sociedades.

*c/ Société Consavio International Ltd*¹⁶³⁸, de 11 de diciembre de 1997. Supuesto que, en definitiva, viene a consolidar que aunque el árbitro decida en Derecho o en equidad, el orden público y las normas imperativas intervienen como límites al poder dispositivo en la determinación de Derecho aplicable a la *lex contractus*.

C) Excepciones a la aplicación del orden público de la *lex contractus*: a vueltas con la prevalencia de los rangos

508. La superioridad jerárquica del orden público auténticamente internacional posibilita, en ocasiones muy restringidas y con carácter ciertamente excepcional, que el orden público estatal contrario al mismo resulte inaplicado en el arbitraje privado internacional. El árbitro está legitimado para no aplicar el orden público de la *lex contractus* cuando éste se encuentre gravemente inadaptado a las necesidades básicas del comercio internacional y a las de las transacciones privadas internacionales que claramente entren en el radio de acción del orden público transnacional y puedan vulnerarlo. Es así que aunque por regla general ni el árbitro ni las partes puedan descartar la aplicación de las normas imperativas y el orden público de la *lex contractus*, como se acaba de exponer en los apartados precedentes, en casos muy excepcionales será posible que los árbitros obvien dicha aplicación. Sólo y exclusivamente cuando el juez privado considere que las disposiciones de orden público de la *lex contractus* son contrarias “de manera flagrante” o “manifiesta”¹⁶³⁹ a las necesidades del comercio internacional será posible su

¹⁶³⁸ Vid., la Sent. de la *Cour d’appel de París (1^o Ch. C)* de 11 de diciembre de 1997, *Société Cubana c/ Société Consavio International Ltd*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 124, con observaciones de D. Bureau, pp. 124-130. Derecho aplicable por los árbitros. Obligación de estatuir en Derecho.

¹⁶³⁹ La importancia de la palabra “manifiesta” en cuanto a que sólo una violación evidente de los principios esenciales del mercado internacional justifica la aplicación por el árbitro de un orden público supranacional por encima de un determinado orden público interno e internacional estatal ha sido recientemente subrayada, de manera análoga, en las Sents. *Krombach* y *Renault* del TJCE, donde se precisa que la violación de la sentencia al orden público comunitario debe de ser “manifiesta”, recalcando el carácter excepcional que supone la propia utilización de la cláusula de orden público, tanto para un laudo arbitral como para una sentencia judicial.

inaplicación¹⁶⁴⁰. Supuesto, éste último que, en todo caso, sería realmente extraño. Ya que, por el propio desarrollo económico y comercial de la mayoría de los países en el ámbito universal no es habitual que sus disposiciones imperativas y de orden público interno e internacional estatal se encuentren enfrentadas con los valores esenciales y las necesidades fundamentales constitutivas de un orden público transnacional, indispensable, en la actualidad, para el buen funcionamiento de las transacciones transfronterizas¹⁶⁴¹.

509. Entre los escasos supuestos prácticos que confirman la referida excepción a la regla de aplicar el orden público y la normativa imperativa de la *lex contractus* cabe destacar no más de una decena de casos¹⁶⁴². En las sentencias arbitrales rendidas en el supuesto de la CCI que dio lugar a los laudos núms. 3093 y 3100 en 1979¹⁶⁴³, el orden público internacional completa y descarta la normativa elegida de un orden jurídico nacional en su acepción de orden público interno. Los hechos que dieron lugar al caso se deben al conflicto planteado a raíz de uno de los contratos de suministro de productos petrolíferos concluido entre dos empresas públicas pertenecientes a dos Estados africanos distintos. Tras recibir la mercancía, la empresa compradora de uno de los Estados justificaba el impago del importe adeudado a la empresa vendedora como consecuencia de que las disposiciones del control de cambios del banco de su país no les permitían efectuar el pago. Alega por ello que su incumplimiento contractual estaba justificado al constituir tales circunstancias un supuesto de fuerza mayor. La empresa vendedora, lejos de considerarlo justificado, reclama ante el árbitro el importe adeudado más los intereses devengados y los daños y perjuicios provocados como consecuencia del impago. El Derecho elegido por las partes como *lex contractus* era el Derecho del país de la empresa

¹⁶⁴⁰ Cf., J.B. Racine, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, pp. 264-269, esp. p. 269. Es de destacar, la insistencia que pone éste autor, compartida por nosotros en toda su amplitud, en subrayar el carácter realmente excepcional que justifica que los árbitros no apliquen el orden público estatal ni una normativa imperativa determinada. Ello es porque, como se ha especificado en el piso de arriba, el orden público transnacional sólo podría actuar ante una violación “flagrante” o “manifiesta” de las necesidades del comercio internacional.

¹⁶⁴¹ Cf., *ibid.*, p. 265.

¹⁶⁴² Dejando un margen más amplio de los casos aquí expuestos contando con los laudos arbitrales inéditos y aquellos susceptibles de no haber sido recopilados por nosotros.

¹⁶⁴³ *Vid.*, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 255-259, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 259-264.

vendedora. País que tampoco ofrecía una estabilidad normativa como consecuencia de diferentes conflictos bélicos y sucesivos acontecimientos sociales y políticos que provocaban un conflicto de leyes en el tiempo entre el momento en que el contrato fue firmado y el momento actual en que fue planteada la controversia. Este trance fue solucionado siguiendo la tendencia dominante de aplicar el Derecho vigente en el momento de la conclusión del contrato con exclusión de las posteriores modificaciones habidas¹⁶⁴⁴.

Dicha solución planteó una polémica en la que no entramos por considerar que lo más importante del caso se centra en la afirmación relativa a que *“Si es preciso, las disposiciones contractuales y las normas del sistema jurídico nacional parcialmente aplicable, serán complementadas, incluso descartadas, en nombre del orden público internacional, en base de normas “anacionales” extraídas de la lex mercatoria y que constituyen el único orden jurídico cuyo guardián es el árbitro”*¹⁶⁴⁵. Aseveración que aparte de reflejar como el orden público internacional y el auténticamente internacional o anacional justifica la inaplicación del orden público interno de la *lex contractus*, viene a corroborar una de las tesis aquí defendidas que sostiene que a pesar de la afirmación tantas veces repetida de que el árbitro no es el guardián de ningún orden público internacional, ésta debe ser matizada en el sentido de que el árbitro sí es el guardián del orden público internacional y del realmente internacional. Máxima que es expresión de un deseo general compartido por la práctica totalidad de los prácticos del arbitraje internacional consistente en *“aprehender la realidad de los hechos por encima de la apariencia jurídica que a menudo les recubre”*¹⁶⁴⁶.

510. En otro laudo, anteriormente destacado, en el que el árbitro decidía en equidad, la sentencia de la CCI núm. 3344 de 1981¹⁶⁴⁷, referente al contrato de suministro de petróleo en bruto celebrado entre dos empresas públicas de países árabes. Se observa como el orden público interno no es de aplicación al entrar éste en conflicto con el orden público

¹⁶⁴⁴ Cf., *ibid.*, p. 260, J.D.M. Lew, *Applicable Law in Internationa...*, *op. cit.*, p. 136.

¹⁶⁴⁵ Cf., *ibid.*, pp. 260-261.

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 262.

¹⁶⁴⁷ *Vid.*, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 330-339.

internacional. Aquí la disyuntiva que se le plantea al árbitro en la elección entre los dos niveles del orden público enfrentados es bastante transparente. En los rangos del orden público es obvio que en el pulso sostenido entre una disposición de orden público interno y otra de orden público internacional la segunda se impone sobre la primera sin ninguna dificultad. La dificultad propiamente dicha deriva de si los dos órdenes públicos que entran en conflicto son ambos de rango internacional. Línea en la que se encuentra el laudo de la CCI núm. 3267 de 1979¹⁶⁴⁸. Las circunstancias que en este caso provocaron la controversia se debieron a que dentro de un contrato de construcción en un país poco desarrollado, el contratista principal que había concluido un contrato de subcontrata con una empresa mexicana reclamaba el pago de una garantía bancaria emitida a su favor en un banco belga con la finalidad de rescindir el contrato. Para determinar las condiciones en las que podía requerirse la garantía y ver las consecuencias derivadas de la rescisión en el contrato de subcontrata, el árbitro, en calidad de amigable componedor, procede a determinar el Derecho aplicable al fondo de la controversia.

En este laudo aparte de evidenciarse que los poderes del árbitro aún cuando éste decide en equidad se encuentran limitados por las normas imperativas y el orden público del Derecho aplicable, se pone de manifiesto que también están restringidos por las normas imperativas de la *lex mercatoria*, en éste caso referida al principio general del Derecho concretado en la máxima *Pacta sunt servanda*. Lo más relevante es que el Tribunal arbitral afirma que “*Sólo otra norma de orden público podría conducir a descartar un principio tan general y a no tener en cuenta una disposición contractual (...). Los árbitros parecen referirse sólo a un orden público verdaderamente internacional que abarque especialmente los principios fundamentales de la lex mercatoria*”¹⁶⁴⁹. El conflicto entre dos principios de orden público internacional en el arbitraje no se suele dar. Nos encontramos pues aquí ante un falso problema. En el caso la incompatibilidad se da entre unas normas imperativas internacionales relativas a la validez de las garantías contractuales y el orden público internacional concretado en el adagio *Pacta sunt servanda*, que prevalece sobre el

¹⁶⁴⁸ Vid., *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 266-271, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 271-275.

primero¹⁶⁵⁰. Por lo que la violación “de manera flagrante” o “manifiesta” de un principio de orden público realmente internacional como es el de *Pacta sunt servanda* justifica la inaplicación por el árbitro internacional de las disposiciones de orden público de la *lex contractus*.

511. En ésta tónica, una de las últimas sentencias jurisprudenciales en las que también indirectamente se refleja esta problemática es en el caso de 30 de junio de 1998, *Mediterranean Shipping Co c/Urcoopa*¹⁶⁵¹. Aquí por vez primera la jurisprudencia francesa se pronuncia sobre el carácter de orden público de los efectos de la interrupción de la prescripción de los arts. 2244 y 2246 del Cc francés. Poniendo de manifiesto que las disposiciones de orden público estatal, interno e internacional, no deben entenderse necesariamente comprendidas en la noción de orden público verdaderamente internacional. Aunque, literalmente la sentencia se refiera a que las disposiciones de orden público interno no tienen porqué formar parte del orden público internacional¹⁶⁵², creemos que al aludir, la propia sentencia, a una justicia universal en materia de prescripción se está refiriendo a un orden público transnacional¹⁶⁵³. El antagonismo se encuentra aquí entre el orden público transnacional y el orden público internacional y no entre un orden público interno e internacional como se afirma. El porqué de que el tribunal no se haya referido directamente a un orden público transnacional inexistente en materia de prescripción es consecuencia de la falta de determinación manifestada por la jurisprudencia en general para asumir de una vez por todas los contenidos y la existencia de un orden público auténticamente internacional.

¹⁶⁴⁹ Cf., *ibid.*, p. 274.

¹⁶⁵⁰ También relativo a un contrato de subcontrata en un supuesto muy similar al analizado, *vid.*, el laudo de la CCI, núm. 7528/1993, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 125-131. Inaplicabilidad al contrato internacional de normas imperativas de Derecho estatal.

¹⁶⁵¹ *Vid.*, la Sent. de la *Cour de Cassation (1^o Ch. C)* de 30 de junio de 1998, *Mediterranean Shipping Co c/Urcoopa*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 80-81, con nota de M.L. Niboyet, *ibid.*, pp. 81-85.

¹⁶⁵² Cf., *ibid.*, p. 83.

¹⁶⁵³ “*Il faut dire que le droit de la prescription laisse peu de place à des principes de justice universelle considérés comme des valeurs intangibles, la matière étant largement tributaire de considérations arbitraires et contingentes*”, *cf.*, *ibid.*, p. 82.

512. En la práctica arbitral internacional el vértice de la pirámide jerárquica lo debe ocupar el orden público auténticamente internacional. Ello a pesar de no encontrarse éste todavía lo suficientemente maduro para constituir el punto de referencia a utilizar con carácter de exclusividad por el árbitro internacional con la finalidad de evitar todos los problemas que tanto en la fase anterior como en ésta se derivan por su falta de precisión. Sin embargo, como han subrayado varios autores, entre los que destacan P. Lalive¹⁶⁵⁴, I. Fadlallah¹⁶⁵⁵ y M.A. Buchanan¹⁶⁵⁶, poco a poco, parece ser que el orden público auténticamente internacional va siendo aplicado por los árbitros internacionales. De tal modo que se puede apreciar, a través de la práctica arbitral internacional, la aceptación por parte de los árbitros internacionales de un orden público realmente internacional, aunque lamentablemente dicha práctica no sea todavía muy común. Esta sí ha sido utilizada en un sentido positivo y negativo de la acepción del orden público transnacional¹⁶⁵⁷. En su función negativa, éste podría ser utilizado para excluir la aplicación de la ley aplicable a través de una cláusula de elección de ley en el contrato sometido a arbitraje y también en el sentido de excluir el orden público de un determinado Estado cuando éste contraviniese a los estándares internacionales comunmente aceptados. Discurso directamente vinculado con la idea de los rangos del orden público en esta fase. Su principal función, no obstante, es su función positiva. Consiste en influir directa y positivamente en las decisiones de los árbitros cuando estén implicadas nociones universales relativas a la moralidad contractual y a los intereses internacionales. En definitiva, el orden público realmente internacional en ambos sentidos gobierna la actuación de las partes y del árbitro, siendo éste último el principal y máximo responsable del buen funcionamiento de la justicia privada en la comunidad internacional.

513. Ante la falta de aceptación universal y un empleo más uniforme y dinámico de la noción de orden público transnacional en el arbitraje internacional, todavía hemos de ser

¹⁶⁵⁴ *Vid.*, "Transnational (or Truly International)...", *op. cit.*, pp. 257-317.

¹⁶⁵⁵ *Vid.*, "L'ordre public...", *op. cit.*, pp. 369-430, esp. pp. 422 ss.

¹⁶⁵⁶ *Vid.*, "Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 511-531, esp. pp. 529-531.

¹⁶⁵⁷ Transcribiendo las funciones positiva y negativa del orden público transnacional por parte del árbitro internacional, *vid.*, M. Buchanan, *ibid.*, pp. 511-531, esp. pp. 530-531.

realistas para afrontar si a pesar de haber afirmado que, entre la contradicción manifiesta entre el orden público estatal de la *lex contractus* y el orden público supranacional que engloba las necesidades esenciales del comercio internacional el vencedor es este último, qué ocurriría por no aplicar el orden público estatal cuando existiera una presunción cierta de que el laudo así dictado no va a ser reconocido ni ejecutado. Ante una eventualidad de este tipo que se le presente al árbitro es claro que se dan los presupuestos objetivos para que el árbitro deje de aplicar el orden público estatal y aplique el orden público transnacional. Pero también es claro que no podemos hacer oídos sordos al problema que se plantea como consecuencia de la grave inadaptación y falta de uniformidad del contenido del orden público realmente internacional en el arbitraje internacional. La respuesta práctica es clara. Ante el conflicto dimanante entre el orden público transnacional y el *favor executionis* debe prevalecer el principio de eficacia y la ejecutoriedad del laudo. En palabras de J.B. Racine: “*si existe un riesgo de rechazo al exequátur el árbitro debe respetar las disposiciones de orden público concernidas a pesar de su inadaptación a las necesidades del comercio internacional*”, y en consecuencia al orden público supranacional del mercado universal transfronterizo¹⁶⁵⁸.

514. Un ejemplo significativo, donde se evidencia que no siempre los árbitros respetan el orden público del lugar de ejecución de la sentencia por encima del orden público del Derecho elegido por las partes, desafiando al *favor executionis* sobre la base de unos criterios ampliamente justificados de prevalencia del orden público internacional sobre el orden público estatal se da en el laudo de la CCI núm. 6379 de 1990¹⁶⁵⁹. Donde, como ya se expuso en la arbitrabilidad, el árbitro no aplicó las normas imperativas extranjeras directamente aplicables, que eran también consideradas de orden público

¹⁶⁵⁸ Cf., J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 265. Criterio que, aunque de indudable realismo e implacable eficacia práctica, no compartimos en el sentido en que si se sigue por éste camino en el que no se fuerce a los Estados a aceptar la primacía de un orden público transnacional que en casos realmente excepcionales deben respetar por encima de sus disposiciones imperativas y de orden público estatal, nunca se llegará a alcanzar la determinación y el cumplimiento de un orden público verdaderamente internacional de eficacia universal tanto para el arbitraje internacional como para la justicia estatal. En definitiva, para la justicia.

¹⁶⁵⁹ *Vid.*, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 134-142, también en *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, pp. 202-220.

internacional del lugar donde previsiblemente el laudo arbitral tendría que ser reconocido y ejecutado, siendo además el distribuidor de nacionalidad belga y habiendo sido ejecutado el contrato en Bélgica. Nos referimos a la no aplicación de la ley belga de 27 de julio de 1961 relativa a la concesión de venta exclusiva de duración indeterminada. Debe ser respetado el contrato firmado por las partes que determina que el Derecho italiano es el aplicable, en lugar de la ley belga que concede un período más largo para el distribuidor que sin embargo no es aplicado por el árbitro. En nuestra opinión aquí el debate fundamental versa sobre los rangos del orden público en la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia que prescribe que ante un orden público internacional o transnacional, de respeto al *pacta sunt servanda*¹⁶⁶⁰, y una normativa de orden público estatal cual es la ley belga enunciada debe prevalecer el orden público realmente internacional, como ejemplo a seguir por los árbitros internacionales en la construcción de un orden supranacional contrario a los particularismos de los sistemas nacionales.

2. NORMAS DE INTERVENCIÓN Y ORDEN PÚBLICO AJENOS A LA *LEX CONTRACTUS*

515. Una vez contrastada la problemática derivada de la obligación del árbitro internacional de aplicar el orden público y las normas imperativas pertenecientes a la *lex contractus*, es una obviedad destacar que ésta se acentúa cuando de aplicar un orden público ajeno a la *lex causae* se trata. Mientras que la aplicación intrínseca del orden público de la *lex contractus* se encuentra generalmente aceptada, con las salvedades que se derivan de las excepciones planteadas únicamente justificadas en atención a los rangos del orden público¹⁶⁶¹. Existe una fuerte polémica, tanto teórica como práctica, sobre cuándo un árbitro internacional puede aplicar al fondo de la controversia internacional normas internacionalmente imperativas o disposiciones de orden público de sistemas jurídicos

¹⁶⁶⁰ *Vid., supra.*, Cap. I. IV, la discusión doctrinal existente en el sentido de que son muchos los autores que no consideran el principio *pacta sunt servanda* como de orden público transnacional sino que únicamente es un principio de orden público internacional.

¹⁶⁶¹ *Vid., supra.*, Cap. IV, apartado II, 1. C).

distintos al de la *lex contractus*¹⁶⁶². La actitud tradicional relativa a ésta cuestión consistía en rechazar categóricamente la aplicación de un orden público que fuese extranjero al de la *lex contractus* sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes y el hecho indiscutible de que el árbitro está obligado por éstas¹⁶⁶³.

Su análisis se impone como consecuencia metódica de las conclusiones principales adoptadas en el anterior apartado. El árbitro internacional a pesar de no ser directamente el guardián de ningún orden público estatal, ni interno ni internacional, sí lo es del orden público transnacional. Papel que tiene que compaginar con la misión de conseguir la ejecutabilidad de la sentencia arbitral internacional. Con éstas dos máximas no resulta extraño que el juez privado deba estar preocupado por la adecuación del contrato con el orden público auténticamente internacional aunque no se encuentre éste directamente reflejado en la *lex contractus*. A la vez que se deba al examen preceptivo de aquellos órdenes públicos que sin contar con el rango de la supranacionalidad y sin pertenecer tampoco a la *lex contractus* son susceptibles de trastocar la eficacia del laudo arbitral.

Nos encontramos así con la necesidad de entrar a considerar, en general, al orden público de terceros Estados distintos al de la *lex contractus* que presenten conexión con el supuesto controvertido planteado ante el árbitro. A continuación, en particular, se analizarán las normas de policía que siendo extrañas a la *lex contractus* perturban el deber moral del árbitro de rendir la sentencia arbitral eficaz en un radio de acción lo más amplio posible. Abarcando el lugar/es donde previsiblemente se puede llevar a cabo la ejecución del laudo arbitral internacional.

¹⁶⁶² Cf., T. Bernd von Hoffmann, "International Mandatory...", *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁶³ Los argumentos a favor del estricto principio de no aplicación del orden público extraño a la *lex contractus* eran la territorialidad del orden público, el contenido político de tales regulaciones y que el interés público en éstos casos es muy distinto del interés privado, cf., D. Hochstrasser, "Choice of law and "Foreign" Mandatory Rules...", *loc. cit.*, p. 58.

A) Orden público y normas imperativas de terceros Estados

a) *Aproximación genérica. Criterios territoriales*

516. Fieles al criterio de diferenciación basado en si las partes han elegido o no la *lex contractus* nos situamos en la primera opción con el fin de examinar el deber y la posibilidad que tiene el árbitro internacional de aplicar un orden público ajeno a dicha elección. Si las partes han determinado el Derecho aplicable en la cláusula *electio juris* y los árbitros desoyen ésta determinación porque consideran que es de imperativa aplicación un orden público de un tercer Estado que no pertenece a la *lex contractus*, la actitud del árbitro internacional puede dar lugar a sospechar que éste hace primar su naturaleza jurisdiccional por encima de la naturaleza contractual fijada por la voluntad de las partes en el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional. Falsa apariencia que no debe ahuyentar a las partes privadas que recurren al método arbitral de resolución de controversias. En este caso, la aplicación del orden público extranjero de un tercer Estado obedece al deber que tiene el árbitro de respetar la normativa imperativa y el orden público susceptible de obstaculizar la ejecutabilidad posterior de la sentencia arbitral. A la par, que consolida la confianza que tienen los Estados en la Institución de arbitraje internacional. A cuya responsabilidad están sujetos los propios árbitros en el equilibrio aludido consistente en evitar que éste sea utilizado como un mecanismo para obviar el orden público y las normas imperativas de los Estados sin perjudicar por ello los intereses de los participantes privados, por un lado, y así poder llegar a la ejecución final del laudo arbitral internacional, por el otro lado¹⁶⁶⁴.

517. Es por ello que, como viene siendo reiterado, la búsqueda del Derecho aplicable no tiene el mismo significado para el juez nacional que para el árbitro internacional, habida cuenta de que el árbitro tiene un deber de responsabilidad mayor para

¹⁶⁶⁴ “L’arbitrage ne doit en effet pas être un moyen de se dérober à la application de lois impératives, cf., B. Goldman, “L’arbitrage international et le droit...”, *op. cit.*, p. 294.

con el resultado final de hacer el laudo ejecutable¹⁶⁶⁵. De este modo, la responsabilidad del árbitro internacional se amplía en relación con el orden público y las normas imperativas no sólo de la *lex contractus* sino de aquellas exteriores a ésta. Si, *prima facie*, el juez privado debe aplicar la *lex contractus* fijada por las partes y no plantearse en principio la aplicación de ninguna otra ley que no sea la que éstas han especificado, éste tiene el deber moral de conseguir la ejecución del laudo lo que le puede llevar unas veces a “tomar en consideración” y otras veces directamente a “aplicar” otras normas imperativas y de orden público extrañas a la *lex contractus*, con el único objetivo de rendir el laudo eficaz¹⁶⁶⁶.

Se impone así, el respeto del orden público del lugar del arbitraje con carácter previsor ante la intervención posterior del recurso de anulación. Y, aquel del lugar previsible de ejecución con carácter también preventivo de la validez del procedimiento de exequátur. Junto a la obligación imprevista de aplicar otras normas de intervención o leyes de policía que tengan un título serio y legítimo para ser utilizadas en el supuesto controvertido. El árbitro puede entonces verse compelido por un deber añadido anteriormente no previsto que le lleva a respetar no sólo el orden público de la *lex contractus*, sino también aquel que sin pertenecer a la misma se impone como aplicable al controversia bajo el cumplimiento, eso sí, de ciertas condiciones de estricta consideración que serán especificadas en breve.

519. Conforme a los criterios genéricos de aplicación de las normas imperativas y el orden público ajenos a la *lex contractus* los que más destacan son los denominados criterios

¹⁶⁶⁵ Se pretende remarcar la idea de que aunque la búsqueda del Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional sea muy similar en los métodos empleados por la justicia judicial y arbitral para llegar a la misma, particularmente caracterizados por la jurisdiccionalización del arbitraje en este campo, desde el momento en que son los árbitros los que siguen a los jueces en los métodos por éstos utilizados, la diferencia principal radica en que la finalidad de ambos no se dota del mismo alcance. El árbitro se encuentra constreñido por un deber moral o por una funcionalidad cuyas connotaciones de responsabilidad son mayores. Es el juez privado el que se encuentra obligado por el resultado de hacer el laudo ejecutable. La transcripción de dicha responsabilidad ha sido evidenciada en la práctica arbitral, *cf.*, el laudo de la CCI núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95 y los laudos preliminares núm. 1512/1967, de 18 de diciembre de 1967 y de 14 de enero de 1970, *Compañía India de Cemento (Dalmia) c. Banco Nacional Pakistaní*, *Year. Comm. Arb.* vol. V, 1980, p. 170, esp., *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, esp. p. 94.

¹⁶⁶⁶ *Vid.*, E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, p. 33, y P. Mayer, "La règle morale dans l'arbitrage international", *op. cit.*, pp. 379-401.

territoriales¹⁶⁶⁷. Al igual que en la arbitrabilidad se expusieron los diferentes criterios que debe tener en cuenta el árbitro para determinar la ley de validez a ella aplicable, entre los que indiscutiblemente se encontraba el del orden público del lugar previsible de ejecución y de anulación de la sentencia arbitral. En la misma cuestión referida al Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional la mayor parte de la doctrina y de la práctica arbitral se inclinan por decantarse a favor del orden público del lugar de ejecución¹⁶⁶⁸. En consonancia con las modernas prescripciones del actual art. 35 del Reglamento de la CCI y del resto de Reglamentos internacionales del mismo modo en que anteriormente fueron especificados en relación con la fase negocial¹⁶⁶⁹. Veamos, a través de algunos supuestos prácticos, en qué casos la aplicación de un orden público ajeno a la *lex contractus* es posible y las peculiaridades que deben darse para que tal aplicación sea factible.

520. En primer lugar, el árbitro puede verse constreñido a aplicar las disposiciones imperativas de la sede del arbitraje con la finalidad de evitar que por su falta de designación posteriormente el laudo dictado sea anulado en la posterior fase de control. En el laudo de la CCI núm. 2735 de 1976¹⁶⁷⁰, el árbitro aplica el Derecho imperativo del lugar de la sede del arbitraje como Derecho aplicable al fondo. Aunque su aplicación dista de haberse planteado como orden público ajeno a la *lex contractus* lo interesante aquí es comprobar como en el fondo los objetivos que guían al árbitro no difieren de la propiedad finalista que acompaña a toda la actuación arbitral. Los verdaderos límites del orden público en el arbitraje internacional se dan, en la actualidad, en la fase de control y es por ello que el árbitro en las fases precedentes debe ser extremadamente cauto en atención a las consecuencias de sus decisiones sobre sus posteriores efectos.

¹⁶⁶⁷ O, dicho de otra manera, los criterios geográficos que responden al principio de territorialidad en el arbitraje internacional, *vid., supra.*, Capítulo II. II. 2. A) b).

¹⁶⁶⁸ Así, lo han manifestado, entre otros, J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 275, citando a su vez a O. Lando, "The Law Applicable...", *op. cit.*, pp. 101-113; P. Lalive, J.F. Poudret y C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, *op. cit.*, p. 396 y J.D.M. Lew, *Applicable Law in Internationa...*, *op. cit.*, p. 537 y J. García de Enterría, "The Role of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 437, etc.

¹⁶⁶⁹ *Vid., supra.*, Cap. II, II. 2.

La práctica arbitral no ha sido pacífica en cuanto a la previsión imperativa de la ley de la sede. Existen incluso laudos bastante antiguos que ya preconizaban la escasa importancia que se le debe dar al lugar de la sede para la fijación del Derecho aplicable en el sentido de que su determinación obedece a un carácter meramente fortuito y a la comodidad para las partes y los árbitros en el desarrollo del procedimiento arbitral. Sin que su elección signifique un indicio de vinculación positiva a un sistema jurídico ni a las normas imperativas del mismo. Tal es así que en el laudo de la CCI, núm. 1422 de 1966, los trámites seguidos por el árbitro obedecen a una práctica que parece contemporánea¹⁶⁷¹. De esta suerte, el árbitro en el ejercicio de su libertad para determinar la *lex contractus* considera que no ha lugar a aplicar la ley de la sede del arbitraje, en éste caso París, al ser éste un punto de vinculación inconsistente, decantándose por el lugar previsible de la ejecución¹⁶⁷². En ésta sentencia se creía que los laudos en los que el árbitro se crea estar obligado a seguir las normas de conflicto del lugar del arbitraje, pertenezcan éstas o no a la *lex contractus*, serían cada vez más raros. Acertando plenamente en lo que hoy es una realidad. La pérdida de valor de las normas de conflicto del lugar de la sede del arbitraje internacional¹⁶⁷³.

¹⁶⁷⁰ *Vid.*, el *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 947-949. También en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 185-186, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 186-188.

¹⁶⁷¹ *Vid.*, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 67-68, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 68-71, donde se refleja el poder discrecional de los árbitros en el Derecho aplicable al fondo de la controversia. En este caso, la controversia relativa a las dificultades de ejecución de dos contratos celebrados entre la demandante, una sociedad italiana y la demandada, una sociedad suiza. El primero de los contratos en discordia era un contrato de agencia, por el que la sociedad demandada se había comprometido a distribuir en los EEUU y México los productos fabricados por la sociedad italiana, con el único objeto de que la sociedad suiza fuese la intermediaria entre la sociedad productora y un agente en EEUU, capacitado como la única persona para vender en México y en EEUU los productos de la sociedad italiana.

¹⁶⁷² Tras apreciar las circunstancias de la causa declara que el Derecho aplicable al fondo de la controversia es el italiano, considerado el más apropiado porque es el que más puntos de conexión presenta con el litigio. Los acuerdos contractuales fueron firmados en Turín y el lugar principal de ejecución del contrato es Génova. Además reafirma su elección señalando que las normas legislativas italianas y los principios comunes a las naciones civilizadas no son contradictorios, *cf.*, *ibid.*, p. 68.

¹⁶⁷³ Confirmando ésta afirmación en la doctrina francesa, anglosajona y española respectivamente, *vid.*, G. Kaufmann-Kohler, "le lieu de l'arbitrage a l'aune de la mondialisation...", *loc. cit.*, pp. 517-536; M. Storme y F. De Ly, *The Place of the Arbitration*, Third International Symposium on the Law of International Commercial Arbitration, Ghent, 30-31 may 1991, Mys & Breesch, 1992, y E. Verdera y Tuells, "La elección del lugar...", *loc. cit.*, pp. 35-57.

Cosa distinta es que los árbitros no tomen en consideración el orden público y las normas imperativas del lugar del arbitraje aunque éstas no hayan sido elegidas como aplicables en el marco de la *lex contractus* ante la eventualidad posterior de un posible recurso de anulación. En el laudo de la CCI, núm. 3281 de 1981¹⁶⁷⁴, relativo a un contrato de arrendamiento de explotación de licencia, se tiene en cuenta el Derecho aplicable según el orden público del lugar de anulación y de ejecución del laudo. Del mismo modo en el laudo núm. 4131 de 1982¹⁶⁷⁵ y la sentencia confirmatoria de la decisión arbitral a la que dio lugar en la Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 21 de octubre de 1983, *Isover Saint- Gobain c. Dow Chemical France et autre*¹⁶⁷⁶. Se afirma que el Derecho aplicable debe ser el del lugar donde la sentencia arbitral sea susceptible de recibir sanción legal. Lo que implica su adecuación al orden público y las normas imperativas, entre otras, de la sede arbitral. Pero sin que ello suponga un mayor problema en cuanto a la aplicación por el árbitro de normas imperativas ajenas a la *lex contractus*. En el laudo interlocutorio núm. 4504 de 1985 y 1986¹⁶⁷⁷, el límite al Derecho aplicable son las disposiciones de aplicación necesaria de los derechos nacionales interesados, así como aquellas “otras” de terceros Estados que contengan disposiciones imperativas, señaladamente en materia de forma susceptibles de dañar la eficacia del laudo. El desconocimiento o inaplicación de dicha normativa deja la puerta abierta al triunfo de un recurso de anulación ante los Tribunales del Estado en que se llevó a cabo el arbitraje, además de la posibilidad de rechazo del exequátur en el país de ejecución.

Una reflexión se impone en el sentido de que a pesar de que en los supuestos anteriores se aconseja a los árbitros la posibilidad de “tomar en consideración” y en su caso “aplicar” el Derecho de la sede del arbitraje internacional, pertenezca o no a la *lex contractus*, si ello va a suponer un conflicto con el orden público a través de un posterior

¹⁶⁷⁴ *Vid.*, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 343-349.

¹⁶⁷⁵ *Vid.*, *Journ. dr. int.*, 1983, núm. 4, p. 899, con observaciones de Y. Derains, también en *Rev. arb.*, 1984, p. 137.

¹⁶⁷⁶ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París* de 21 de octubre de 1983, *Isover Saint- Gobain c. Dow Chemical France et autre*, con nota de A. Chapelle, *id. loc.*, p. 98, *Year. Comm. Arb.*, vol. IX, 1984, p. 131.

¹⁶⁷⁷ *Vid.*, *Journ. dr. int.*, 1986, núm. 4, pp. 1118-1127, con observaciones de S. Jarvin, *ibid.*, pp. 1127-1131.

recurso de anulación. Existen otros casos en los que se obliga directamente al árbitro a “aplicar” la normativa de la sede del arbitraje independientemente de la *lex contractus* seleccionada.

Ello ocurre tradicionalmente en los arbitrajes llevados a cabo en los ordenamientos jurídicos pertenecientes a los países anglosajones y en Suiza. Donde las normas imperativas de la ley del lugar donde se desarrolla el arbitraje influyen directa y obligatoriamente en el desarrollo del mismo¹⁶⁷⁸. En Suiza es de sobra conocido que todo arbitraje que allí se celebre deberá atenerse a las disposiciones imperativas vigentes en su territorio, art. 176. 1 de la LSDIP de 18 de diciembre de 1987¹⁶⁷⁹. Del mismo modo, el arbitraje desarrollado en el Reino Unido está obligado automáticamente al respeto de las normas consideradas imperativas por la *Arbitration Act* inglesa de 1996. Sin estar el árbitro compelido, en principio, por las normas imperativas de terceros Estados, excepto que éstas sean relevantes para el orden público de ese tercer país donde el árbitro deberá considerar muy seriamente tener en cuenta su aplicación¹⁶⁸⁰. Supuestos que vivamente criticamos por entender que imponen al árbitro internacional la aplicabilidad del Derecho imperativo del lugar de la sede vulnerando así la esencia misma de libertad que acompaña al arbitraje privado internacional. De un lado, es una muestra de desconfianza hacia la institución arbitral, ya que los árbitros suelen siempre tener en cuenta de *lege ferenda* al orden público de la sede sin necesidad de que una legislación de arbitraje se lo imponga ni de que éste se encuentre fijado en la *lex contractus*. De otro lado, la imposición obedece a un criterio territorialista que hoy en el arbitraje privado internacional debe ser definitivamente desterrado.

¹⁶⁷⁸ Cf., E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, p. 3.

¹⁶⁷⁹ El art. 176. 1 de la LSDIP confirma el criterio territorialista que en este sentido se sigue en dicho país. Se aplicarán las disposiciones específicas para el arbitraje internacional si éste tiene lugar en Suiza: "*Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse*", cf., P. Lalive, J.F. Poudret y C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne...*, *op. cit.*, pp. 289-303. *Vid., supra*, lo señalado al respecto en la fase negocial, y el ejemplo extraído del caso *Fincatieri* como uno de los pocos en los que fue posible, excepcionalmente, admitir las disposiciones imperativas de un tercer Estado, en este caso el italiano, en el embargo que mantenía contra Irak.

¹⁶⁸⁰ Cf., Nygh, "Choice of Forum and Laws...", *loc. cit.*, p. 25.

521. En segundo lugar, aunque lo hemos venido tratando junto a las consideraciones recién expuestas en relación con el lugar de la sede del arbitraje y el recurso de anulación, los árbitros deben también “tener en cuenta” las normas de intervención y el orden público ajenos a la *lex contractus* cuando éstos sean susceptibles de dañar al procedimiento de exequátur. En el laudo de la CCI núm. 2476 de 1976¹⁶⁸¹, el Derecho aplicable al fondo es el del país de la posible ejecución, corriéndose el riesgo de que el mismo laudo se tache de nulo en otros países. Llevada a cabo en la misma institución, la sentencia arbitral internacional núm. 2558 de 1976¹⁶⁸², en lo que atañe al Derecho aplicable, entiende que es mejor determinar la ley aplicable a la controversia según la ley del lugar de ejecución del laudo que resulte de su resolución¹⁶⁸³. También de la CCI, en el laudo núm. 3281 de 1981¹⁶⁸⁴, relativo a un contrato de arrendamiento de explotación de licencia, el Derecho aplicable considera fundamentalmente el orden público del lugar de ejecución del laudo, en este caso España, a pesar de que el Derecho elegido por las partes era el de Francia. La adopción de ésta actitud por la que se elige un orden jurídico diferente al que rige el contrato y la controversia se encuentra justificado en el método que el arbitraje privado ha de llevar a cabo para conseguir la ejecución del laudo. Refiriéndose él mismo a que en el laudo de la CCI, núm. 2136 de 1974, relativo a un contrato de explotación de licencia otorgada por una parte alemana a favor de una parte española se fije también con carácter prevalente la necesidad de respetar las leyes de aplicación inmediata y el orden público del lugar de ejecución¹⁶⁸⁵.

En la sentencia CCI núm. 4338 de 1983¹⁶⁸⁶, el árbitro debe respetar los órdenes públicos de todos los países interesados en el litigio para así asegurar la ejecutoriedad del laudo, aunque a veces sea imposible determinar el lugar de ejecución de la sentencia

¹⁶⁸¹ *Vid., Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 173-176; también, en *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, p. 936.

¹⁶⁸² *Vid., Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 952-957. También, en español, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 189-195.

¹⁶⁸³ *Cf., ibid.*, p. 194.

¹⁶⁸⁴ *Vid., Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 343-349.

¹⁶⁸⁵ *Cf., ibid.*, p. 345.

¹⁶⁸⁶ *Vid., Journ. dr. int.*, 1983, núm. 4, pp. 982-983, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 983-985.

arbitral. Tal y como fue señalado en el laudo anteriormente citado, núm. 3281 de 1981, se duda de que en el plano internacional pueda preverse de antemano el lugar de ejecución del laudo. Incertidumbre a la que hay que sumar que si la predicción depende de saber cuál será la parte condenada, sería injusto determinar un Derecho aplicable decantándose por un culpable, habida cuenta de que una u otra parte salga victoriosa en la controversia también depende a menudo de la aplicación de un Derecho u otro, su orden público incluido¹⁶⁸⁷. En este sentido, un fuerte indicio de previsión del lugar de ejecución del laudo lo determina el respeto por el árbitro del orden público y las leyes de policía susceptibles de ser aplicadas a la controversia. Con carácter ilativo en relación con las conclusiones que fueron extraídas de la ley aplicable a la arbitrabilidad y la toma en consideración o no del orden público del lugar del arbitraje o del lugar de reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral, a las que nos remitimos por considerar que gozan aquí de la misma validez material¹⁶⁸⁸.

522. La idea principal que se pretende argumentar es que al igual que se encuentra plenamente aceptado la toma en consideración por el árbitro internacional del orden público y de las normas de intervención del lugar de la sede del arbitraje y del lugar previsible del exequátur, aunque ésta no haya sido el Derecho determinado directamente en la *lex contractus*; prueba fehaciente de los numerosos supuestos prácticos existentes aparte de los enunciados¹⁶⁸⁹, no hay por qué alarmarse cuando en abstracto se plantea la aplicación del orden público ajeno a la *lex contractus*. El árbitro cuando aplica el orden público del lugar de la sede y/o el de los previsible lugar o lugares de ejecución del laudo, en realidad está aplicando, cuando éstos no se encuentran reflejados en el contrato, las disposiciones de orden público y las normas imperativas de terceros Estados. Lo que ocurre es que aquí son evidentes por obedecer a los indicios tradicionales de localización muy fáciles de localizar

¹⁶⁸⁷ Trasunto del laudo de la CCI núm. 3281/1981, *cf.*, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 345.

¹⁶⁸⁸ *Vid., supra.*, Cap. II, II, 2. A) b).

¹⁶⁸⁹ Aparte de los laudos aquí expuestos, *vid.*, la práctica en éste sentido analizada por N. Voser, "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law...", *loc. cit.*, pp. 345-347, bajo la consideración de la "Close Connection", determinada, entre otros factores según el lugar donde el arbitraje transcurre. Práctica, considerada también por E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, pp. 29-30, por, A.N. Zhilsov, "Mandatory and Public Policy Rules...", *loc. cit.*, pp. 107-109 y pp. 115-119, etc. Y, muy señaladamente por ser más reciente y las diferentes etapas en las que divide la práctica arbitral y los

sobre la base de los criterios geográficos. Pero lo importante es que su aplicación es igualmente la de un orden público no perteneciente a la *lex contractus*¹⁶⁹⁰.

523. En este sentido, no es extraño que el árbitro proceda como línea habitual a la toma en consideración del mayor número posible de normas de intervención y órdenes públicos que, encontrándose o no en la *lex contractus*, sean susceptibles de dañar la pretendida ejecutabilidad del laudo. Lo difícil es encontrar otros índices de localización, aparte de los evidentes aquí señalados del lugar donde se va a desarrollar el recurso de anulación y de los lugares probables donde se pueda llevar a cabo el reconocimiento y la ejecución. Ante la inabarcabilidad de normas imperativas y órdenes públicos que no pertenecen a la *lex contractus*, el árbitro se ve desbordado si no atiende a unos criterios que le permitan descubrir cuáles son aquellas disposiciones de orden público que realmente pueden tener un efecto directo sobre el supuesto controvertido. Lógicamente el árbitro tiene que limitar lo máximo posible el inabarcable ámbito de actuación puesto que para él todos los ordenes públicos extraños a la *lex causae* son iguales. De lo que se deduce que absolutamente todos los órdenes públicos de cualquier sistema y tradición tienen las mismas papeletas para poder ser aplicados. Comprensión que evidentemente es insostenible si no se procede a fijar las pautas de concreción que en ésta difícil tarea de selección deben guiar al árbitro.

Procedamos, a continuación, a precisar cuáles son esos criterios de aplicación o índices de localización que requieren un seguimiento estricto por parte del árbitro internacional para aplicar las normas de intervención y el orden público ajenos a la *lex contractus*.

problemas tratados en relación con las normas imperativas de terceros Estados, *cf.*, T. Bernd von Hoffmann, "International Mandatory Rules...", *op. cit.*, pp. 12-16.

¹⁶⁹⁰ Más casos internacionales donde los tribunales arbitrales se han enfrentado a la cuestión de si deberían aplicar y respetar el orden público y las normas imperativas de terceros Estados susceptibles de interferir en la validez y en la posterior ejecución del laudo son los siguientes, el laudo de la CCI, núm. 4604/1984, el laudo arbitral de 11 de enero de 1982 de la Asociación de Trigo de Amsterdam, laudo de la CCI, núm. 6379/1990 y el laudo preliminar de la CCI de 22 de septiembre de 1983, etc., *vid.*, las referencias y explicaciones a los mismos, entre otros, en el análisis respectivo realizado por D. Hochstrasser, "Choice of law and "Foreign" Mandatory Rules...", *loc. cit.*, pp. 79-84.

b) *Criterios de la “toma en consideración” y posterior “aplicación” del orden público*

524. Sin necesidad de tomar en consideración las normas imperativas y el orden público ajeno a la *lex contractus* fácilmente determinables por ser éstos los del lugar de anulación del laudo y los del lugar/es previsibles de ejecución, la práctica nos ha dado buenas muestras de cómo el árbitro aplica normas imperativas y leyes de policía de terceros Estados ajenos a la *lex contractus* a través de otros índices de localización. Los requisitos para la aplicación de la ley de policía o de la norma imperativa del tercer Estado extraño a la *lex contractus* se resumen en que dicha normativa debe presentar un justo título serio y legítimo de ser aplicada. En éstos supuestos concretos, el árbitro puede plantear de oficio la violación del orden público del Derecho elegido, o su contrariedad con un orden público o una ley de policía de un tercer Estado de indispensable aplicación al caso¹⁶⁹¹. De modo que aunque la *lex causae* se refiera a un Derecho anacional existe una obligación para el árbitro internacional de aplicar las normas de intervención de terceros Estados estrechamente conectados al caso¹⁶⁹².

Traemos aquí a colación, como uno de los primeros casos más significativos a este respecto, comodín de referencia primigenia en múltiples de los aspectos de la investigación, al asunto *Soler Chrysler Plymouth c. Mitsubishi Motors Corporation*¹⁶⁹³. El aspecto

¹⁶⁹¹ Trayendo a colación los supuestos enunciados relativos al Derecho de la competencia. De entre la gran variedad de casos en éste sentido, *vid.*, el caso belga-italiano, *Year. Comm. Arb.*, vol. XVIII, 1993, p. 143, comentado por D. Hochstrasser, "Choice of law and "Foreign" Mandatory Rules...", *loc. cit.*, pp. 64-65, donde a pesar de no haberse especificado la aplicación del Derecho de la competencia en la *lex contractus*, entiende que es esencial que el tribunal arbitral examine la conformidad del contrato con las normas comunitarias, *cf.*, *ibid.*, p. 65. Y, el elenco de laudos de la CCI, aclarativos al respecto analizados por J.F. Bourque, "The Legal Framework of Arbitration in the European Union", *Bull. CIA/CCI, Special Supplement: International commercial arbitration in Europe*, 1994, pp. 8-33. Y, en especial, por H. Verbist, "The Application of European...", *loc. cit.*, 1994, pp. 33-58.

¹⁶⁹² En el laudo de la CCI núm. 2375/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 139-141, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 141-145, se especifica que por mucho que se aplique la *lex mercatoria* ello no quita para que sean aplicables las leyes de policía afectadas por la controversia. En este caso las leyes de policía españolas, *cf.*, *ibid.*, p. 143.

¹⁶⁹³ *Year. Comm. Arb.*, vol. X, 1985, p. 519. Sent. de la *Supreme Court* de 2 de julio de 1985, *Mitsubishi Motors Corporation c. Soler Chrysler Plymouth, id., cit.*

principal que hay que destacar en esta parte del trabajo es que la decisión alcanzada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en cuanto al Derecho aplicable al fondo de la controversia se centra en que los árbitros respetarían las disposiciones imperativas de la *Sherman Act*, que contiene principios generales relativos al *Antitrust*, a pesar de que la ley aplicable era la ley Suiza. No se aplicó la ley que hubiera debido ser aplicada por ser la especificada en la *lex contractus* a favor de la aplicación de las disposiciones imperativas estadounidenses, de un tercer Estado, en materia de Derecho de la competencia o *antitrust*¹⁶⁹⁴.

525. Supongamos que la ley aplicable a un determinado arbitraje, ya sea la elegida por las partes en el uso de su autonomía de la voluntad o sea la determinada por el árbitro, a falta de tal elección, es la ley de un Estado miembro de la Unión Europea. El árbitro sabe que además de aplicar el Derecho elegido, su deber es aplicar la normativa comunitaria, *ex officio*, ya que el Derecho comunitario forma parte del orden público de los Estados miembros¹⁶⁹⁵. Sin embargo, en el caso de que la ley designada fuese la de un Tercer Estado, o Estado no-miembro de la UE, los planteamientos surgen en torno a si debería el árbitro aplicar el orden público comunitario contenido en las normas de la competencia, artículos 81 y 82 CE. En otras palabras, conectándolo con la problemática debatida en este apartado, si debería el árbitro aplicar un Derecho extranjero distinto al de la *lex contractus*. La respuesta debe realizarse en atención a consideraciones de orden público, y desde esta perspectiva es tajante. En atención al Derecho comunitario que puede aplicar un árbitro, en el caso concreto, la normativa relativa al Derecho de la competencia de los artículos 81 y 82 CE, los árbitros no deben titubear a la hora de aplicar el Derecho comunitario, cualquiera que sea la *lex contractus*, ya que éste es un orden público que en sus principios básicos tiene una proyección verdaderamente internacional cuya aplicación, en cuanto a sus

¹⁶⁹⁴ Aunque si bien aquí la aplicación de la ley *antitrust* estadounidense ajena a la *lex contractus* respondía también, según parte de la doctrina, a la fuerte posibilidad que existía en el caso de que EEUU fuese el país de ejecución del laudo. Lo importante es señalar que se puede aplicar una norma imperativa de un tercer Estado distinto al de la *lex contractus*, como aquí la ley *antitrust* norteamericana, distinta a la expresamente fijada como *lex causae*, que era la ley suiza. Sobre la aplicación extraterritorial de la ley federal de EEUU, *vid.*, K. Ishizumi, "International Commercial Arbitration and Federal Securities Regulation...", *loc. cit.*, pp. 87-90.

valores mínimos, es prácticamente universal. Y, el riesgo de que tales disposiciones no fueran aplicadas por el árbitro podría provocar que a través del arbitraje se diera lugar al fraude. Cabe afirmar que la mediatización que hace el orden público al imponerse en el Derecho aplicable al fondo de la controversia por los árbitros es de carácter positivo y tiene una importancia fundamental: la de evitar el fraude¹⁶⁹⁶.

Las normas de defensa de la competencia¹⁶⁹⁷, al igual que las de protección a la parte débil en la contratación internacional¹⁶⁹⁸ deben ser aplicadas siempre por el árbitro aunque no formen parte de la *lex contractus*, puesto que son normas de orden público con proyección verdaderamente internacional y suponen un límite inderogable para el arbitraje internacional¹⁶⁹⁹. Sin embargo, la aplicación de esta hipótesis también provoca celos tanto teóricos como prácticos debido a que si el árbitro aplica un Derecho distinto al de la *lex contractu*, se expone al riesgo de que el laudo sea anulado por haberse excedido en su mandato, es decir el riesgo *ultra petita*. Además, también es difícil que en la práctica el árbitro pueda determinar el lugar de ejecución del laudo para preveer a su vez si allí van a tener lugar las conductas anticompetitivas que el Derecho comunitario no admite en virtud de la teoría de los efectos. El tema, no cabe duda que es complejo desde los dos puntos de referencia, tanto teórico como práctico, en los que se apoya nuestro trabajo. Insistiendo en la interconexión necesaria entre todas las fases del arbitraje y en el riesgo *ultra petita* en el caso de que el árbitro internacional aplique una ley distinta de la especificada en la *lex contractus* que hasta el momento no habíamos reflejado. Sin contar la problemática añadida de la necesaria capacitación del árbitro para una vez aclarado el Derecho aplicable al fondo de la controversia, aunque sea éste un Derecho que no pertenezca a la *lex contractus*, comenzar la difícil tarea de aplicar correctamente el Derecho seleccionado.

¹⁶⁹⁵ *Vid. supra.*, en el epígrafe relativo a la arbitrabilidad del Derecho comunitario, Cap. III. II.

¹⁶⁹⁶ Siempre en consideración con la aplicación extraterritorial de la normativa comunitaria de la competencia, es decir, la teoría de los efectos anticompetenciales en territorio comunitario.

¹⁶⁹⁷ *Vid., supra.*, Cap. III. II.

¹⁶⁹⁸ *Vid., supra.*, Cap. III. III.

¹⁶⁹⁹ *Vid.*, S. Franco, "L'Arbitrage et le Droit Européen", *loc. cit.*, pp. 356-357.

526. Consecuentemente, el problema que se les plantea a los árbitros cuando tienen que resolver una cuestión relativa al Derecho de la competencia en la fase arbitral es arduo de solventar¹⁷⁰⁰. Por ejemplo, en el caso anteriormente señalado es muy difícil probar y demostrar que existe un fraude contractual que viola la competencia. Las partes en la mayoría de los casos han llegado a un acuerdo colusorio muy difícil de destapar y los árbitros no suelen ser especialistas ni disponen de los medios necesarios para investigar adecuadamente si existe violación o no de la normativa de la competencia, en el sentido de que para llegar al fondo del asunto necesitan recabar muchas pruebas para la mayoría de las cuales deberán requerir el auxilio jurisdiccional, con la consiguiente pérdida de independencia y la ralentización del procedimiento arbitral. Es por ello que en muchos de éstos procedimientos se recurre a la ayuda de expertos en la materia¹⁷⁰¹. La tentación de abdicar en un experto es muy poderosa en cuestiones *antitrust*, o de Derecho de la competencia, ya que muchas veces las cuestiones son extremadamente complejas y el árbitro debe aplicar determinadas teorías jurídicas y económicas a las que no está acostumbrado. El deber del árbitro en este punto es, sin lugar a dudas, no dejarse vencer por la tentación de dejar el caso en manos de los expertos¹⁷⁰². La determinación de las materias relativas al Derecho de la competencia por parte de los árbitros internacionales requieren su capacitación profesional para ocuparse de los problemas que se suscitan en éste ámbito¹⁷⁰³. Igual que ocurre en la materias relacionadas con la quiebra y los procedimientos colectivos donde se precisa que el proceso sea muy expeditivo y que las demandas, y el Derecho aplicable a cada una de ellas instado por deudores y acreedores se resuelva por el árbitro internacional a gran velocidad.

¹⁷⁰⁰ Sólo en el procedimiento existen muchos problemas asociados a la práctica de pruebas y documentos por parte de las empresas, así como a la evaluación de datos económicos, *cf.*, K.H. Böckstiegel, "Powers and duties of arbitrators", *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, p. 206.

¹⁷⁰¹ En éste sentido, el juez H.M. Holtzmann, nos ponía varios ejemplos que indicaban las grandes dificultades a las que se tenía que enfrentar un árbitro para aplicar el Derecho de la competencia. Defendía que el árbitro debía retirarse si no era experto en una materia que afecta al Derecho de la competencia o si no puede disponer de los medios de prueba necesarios para anular un contrato que considera contrario a la competencia. De lo contrario, debía rodearse de expertos que le ayudasen a resolver una controversia que implicase la aplicación del Derecho de la competencia o de la normativa *antitrust*, *cf.*, *Rapport*: "Powers and Duties of Arbitrators", *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, p. 244.

¹⁷⁰² En expresión de, H.M. Holtzmann, *ibid.*, p. 247.

527. En estos supuestos existe una agria polémica, entre aquellos autores que consideran que en los casos donde la aplicación de las normas imperativas y el orden público presenta especiales problemas debido a la dificultad de la materia, únicamente deberían ser los órganos jurisdiccionales los encargados de aplicar dicha normativa. Así, se ha llegado a afirmar que ante la necesidad de capacitación especial que necesita el árbitro para aplicar el Derecho de la quiebra, un conflicto entre ámbas formas de justicia debe ser resuelta a favor de los Tribunales judiciales que gozan de una amplia discrecionalidad para decidir si rechazan establecer un procedimiento de quiebra en el que se permita el arbitraje¹⁷⁰⁴. Del lado contrario, se encuentran aquellos autores, como B. Goldman, que defienden vehementemente que el árbitro internacional está más que capacitado para aplicar las leyes de policía, normas de orden público y normas imperativas se encuentren éstas reflejadas o no en el Derecho aplicable al fondo de la controversia. El árbitro está llamado a entrometerse o a “inmiscuirse”, en el orden público económico de la legislación aplicable, tanto si ésta está precisada en la *lex contractus* como si no lo está. Sobre la capacitación del árbitro, en el caso del Derecho de la competencia se trata precisamente de un orden público económico, en el cual, lejos de tener que abstenerse de decidir en las controversias donde esté implicado un orden público económico, los árbitros internacionales, dentro del comercio internacional, están perfectamente cualificados para hacerlo. Incluso, se puede ir más lejos: ¿Quién iba a estar mejor cualificado que un árbitro internacional para resolver las controversias de carácter privado, donde apareciese implicado el orden público económico, que pudiese afectar al comercio internacional?. Especialmente en lo que respecta a la delimitación y al objeto de la aplicación de varias normas susceptibles de tener alguna conexión con la controversia planteada ante ellos¹⁷⁰⁵.

528. El verdadero problema en los campos que como éste se encuentran fuertemente influidos por el orden público y las normas internacionalmente imperativas, está en la determinación de aquellas normas imperativas de otros sistemas legales además del de la

¹⁷⁰³ Cf., K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁷⁰⁴ Cf., J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 333-335.

¹⁷⁰⁵ Cf., las afirmaciones arriba transcritas por B. Goldman, "Arbitrage Commercial International: Convention d'arbitrage...", *loc. cit.*, p. 19, remitiéndose a su vez a la práctica arbitral.

lex causae, es decir, leyes de policía, normas de aplicación inmediata, que demandan su aplicación a la controversia sin importar la norma material aplicable. De acuerdo a la doctrina de los efectos, esta será la ley del país donde se sientan los efectos anticompetitivos de la transacción internacional controvertida. Los árbitros corren un gran riesgo al tratar de este tema desde el momento en que el laudo que emitan corre el riesgo de ser anulado por la violación del orden público internacional, si éstas normas imperativas no han sido consideradas en el laudo final. Y ni que decir tiene, que además un juez extranjero, también puede rechazar el reconocimiento y la ejecutabilidad del laudo en estas condiciones¹⁷⁰⁶. El árbitro internacional precisa unas pautas que le ayuden a determinar la difícil tarea en la que se encuentran cuando de aplicar esta normativa extraña a la *lex contractus* se trata.

529. Los principales criterios que utiliza el árbitro internacional para la toma en consideración y posterior aplicación, en su caso, del orden público ajeno a la *lex contractus* vienen determinados de manera similar a las pautas que guían en éste ámbito a la actuación del juez estatal. La teoría de las normas imperativas, del orden público y de las leyes de policía de terceros Estados autoriza a los jueces privados a aplicarlas y tenerlas en cuenta siguiendo los pasos de sus homólogos en la justicia pública en el caso de que aquellas disposiciones normativas pertenezcan a un sistema jurídico distinto del fijado en la *lex contractus*¹⁷⁰⁷. Para aplicarlas se requieren una serie de condiciones o requisitos que han sido previamente fijados e incorporados de las técnicas de reglamentación propias del DIPr. A este respecto, el árbitro al igual que el tribunal estatal, goza de una amplia discrecionalidad para dar efecto a normas imperativas de terceros Estados aunque éstas no sean ni las de la ley del lugar del arbitraje, ni las de la *lex contractus*, ni aquellas del

¹⁷⁰⁶ Cf., K.P. Berger, *International Economic...*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁷⁰⁷ Ante los árbitros internacionales la cuestión de la aplicación de las leyes de policía y de las normas imperativas de terceros Estados se plantea en los mismos términos que para los jueces estatales, *cf.*, E. Gaillard, "Arbitrage Commercial International: Sentence Arbitrale. Droit applicable...", *loc. cit.*, p. 23, junto a la bibliografía allí citada.

lugar/es de previsible ejecución del laudo¹⁷⁰⁸. Pero, dentro de la discrecionalidad en la toma en consideración, la aplicación por el árbitro internacional de una normativa imperativa, ley de policía u orden público que no esté contemplado en la *lex contractus* no puede llevarse a cabo despreocupadamente, sino que requiere unas condiciones estrictas de aplicación.

530. Se ha de proceder a un exhaustivo examen previo, a través de una serie de índices de rigurosa localización, que indiscutiblemente conduzcan a la conclusión afirmativa de que la normativa internacionalmente imperativa sí tiene un interés sustancial en ser aplicada en una controversia determinada. Poniendo de relieve que para el árbitro internacional la aplicación de normas imperativas de terceros Estados no puede ser automática¹⁷⁰⁹. De este modo, la aplicación de las normas imperativas de terceros Estados en el arbitraje se fundamenta en principios generales que son práctica habitual en el arbitraje internacional. Estos principios son considerados por la gran mayoría de la doctrina como disposiciones de orden público internacional del arbitraje privado internacional. Nos referimos a los criterios recogidos en el art. 7 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980¹⁷¹⁰. Y a aquellos que se derivan del art. 19 de la Ley federal suiza de DIPr de 18 de diciembre de 1987, LSDIP¹⁷¹¹. Disposiciones, ambas, de las que se ha dicho que deberían constituir una norma material de

¹⁷⁰⁸ “(...) Grants to the judge or arbitrator a wide field of discretion to decide on the application of mandatory law outside the *lex contractus*”, cf., D. Hochstrasser, "Choice of law and "Foreign" Mandatory Rules...", *loc. cit.*, p. 64.

¹⁷⁰⁹ Cf., P. Mayer, “La sentence contraire à l’ordre public au fond”, *loc. cit.*, p. 651.

¹⁷¹⁰ BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993.

¹⁷¹¹ El art. 19 de la LSDIP, en la toma en consideración las normas imperativas de terceros Estados señala que, art. 19. 1, “A provision of a law other than the one designated by this statute that is meant to be applied mandatorily may be taken into account if interest of a party that are, according to Swiss views, legitimate and clearly overriding so require and the case is closely connected to that law”. Art.19. 2, “Whether such a provision should be taken into account depends on its policy and its consequences for a judgment that is fair according to Swiss views”, *vid.*, las reiteradas referencias de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado en la obra de P. Lalive, J.F. Poudret y C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, 1988. Trabajo que, aunque directamente no dedica un apartado separado a éste artículo 19 puesto que se centra en las disposiciones estrictamente dirigidas al arbitraje interno e internacional, sí nos da diversas pistas en cuanto a la consideración por el legislador y la doctrina suiza de dicha disposición normativa. El hecho de que sólo se refieran al art. 19 LSDIP indirectamente se debe a que los autores del tratado, a diferencia de nosotros, no consideran que dicha disposición vaya dirigida al árbitro internacional sino que se encuentra destinada con carácter de exclusividad al juez estatal, como se explica en las notas subsiguientes.

aplicación universal en el arbitraje internacional¹⁷¹². A pesar de que existe una discrepancia de la propia doctrina suiza en relación con que el art. 19 LSDIP sea aplicado por el árbitro internacional, prefiriéndose el criterio genérico del principio de proximidad o la idea de los vínculos más estrechos como causa suficiente que podría justificar que eventualmente un orden público de un tercer Estado pudiera ser invocado si la decisión en materia de Derecho aplicable produjera un resultado incompatible con el mismo¹⁷¹³.

531. Discrepancias aparte, ciertamente, el árbitro internacional, en éstos casos, es heredero de las particularidades que caracterizan el modo de actuar de los jueces estatales en los supuestos en los que tienen que enfrentarse a la resolución de cuestiones derivadas de los conflictos a los que da lugar la contratación privada internacional. Las prescripciones impuestas por el emblemático Convenio de Roma se hacen aquí más patentes que en cualquier otro de los supuestos tratados en relación con el Derecho aplicable al fondo de la controversia por el árbitro internacional. En primer lugar, aunque las partes hayan determinado el Derecho aplicable a través de una cláusula *electio juris*, ello no implica que tal elección deba ser eficaz en todo caso. No es una prerrogativa propia de los jueces analizar la validez de la elección de las partes en un contrato internacional con el objetivo de verificar si su elección entra en conflicto con el orden público y las normas imperativas de terceros Estados implicados. Los árbitros más que la facultad tienen el deber de hacerlo, especialmente en éstos últimos casos. Aunque no sea éste un deber estrictamente jurídico sino moral, guiado por la finalidad de conseguir la ejecutabilidad del laudo arbitral

¹⁷¹² Cf., P. Nygh, "Choice of Forum and Laws...", *loc. cit.*, p. 26.

¹⁷¹³ Paradójicamente, la mayoría de los autores suizos argumentan que el art. 19 no es directamente aplicable al arbitraje internacional y el árbitro internacional no está obligado por ésta disposición legal, cf., P. Lalive, J.F. Poudret y C. Reymond, *ibid.*, p. 398. Donde se afirma que la práctica arbitral internacional no debe caer en el error de creer que el art. 19 LSDIP obliga de alguna manera al árbitro internacional que tenga sede en Suiza. Dicho artículo ofrece al juez suizo una simple facultad de aplicar, bajo numerosas y estrictas condiciones, un orden público extranjero. En caso de que el art. 19 fuese aplicable y utilizado como guía por el árbitro, es claro que no existe ninguna obligación jurídica para el árbitro para que éste aplique las normas materiales imperativas de terceros Estados que no pertenezcan a la *lex contractus*. Doctrina con la que, como expondremos en breve, no estamos de acuerdo ya que no tiene en cuenta la obligación moral que sí tiene el árbitro de hacer el laudo ejecutable. De otro lado, se encuentra la posición extrema que señala que el árbitro internacional está estrictamente limitado a aplicar la ley elegida por las partes y ninguna otra exterior a la *lex contractus*. Doctrina, ésta última, que no es compartida por la mayoría de la doctrina, cf., D. Hochstrasser, "Choice of law and "Foreign" Mandatory Rules...", *loc. cit.*, p. 64

internacional. Deber que ha sido ratificado en otros textos legales que aunque dirigidos preferentemente a los jueces estatales permiten a los árbitros internacionales tomar las pautas de referencia necesarias para aplicar las leyes de policía, normas imperativas u orden público diferente al contenido en la *lex causae*¹⁷¹⁴.

532. De un lado, los Tribunales estatales recurren a la aplicación del Convenio de Roma del siguiente modo. Si el supuesto contractual entra dentro del ámbito de aplicación de las normas imperativas, art. 7. 2 C.R., y del orden público de la *lex fori*, art. 16 C.R., tanto el orden público como las normas imperativas prevalecen sobre la *lex contractus*. Si el supuesto entra dentro del ámbito de aplicación de las normas imperativas de un tercer Estado, la eficacia de la *lex contractus* ante el tribunal del foro que decida se encuentra supeditada a las exigencias del art. 7. 1 C.R. Es decir, a la necesidad de demostrar la existencia de un “vínculo estrecho” con la norma del tercer país que reclame ser aplicada y el correspondiente análisis preceptivo del juez estatal sobre cuáles serían las consecuencias de la aplicación o inaplicación de dicha normativa¹⁷¹⁵. La ley suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, regula ejemplarmente los tres vértices objeto de la problemática del orden público¹⁷¹⁶. En primer lugar, el art. 17 se refiere al orden público directamente. En segundo lugar, el art. 18, regula las normas de aplicación necesaria del foro. Y, en tercer lugar, el que aquí más nos interesa, el art. 19, faculta al juez con el poder

¹⁷¹⁴ Así, con pautas similares a las citadas disposiciones legales existen otros instrumentos internacionales que vienen a convalidar los criterios que en breve serán precisados. De entre los que destacamos el art. 9 del Instituto de Derecho Internacional, de 31 de agosto de 1991, y el art. 11. 2 de la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 17 de marzo de 1994, también llamada “La Convención de México”, *cf.*, el texto, en vigor para México y Venezuela en la Revista italiana, *Dir. com. int.*, 1997, año XI, fascículo 4, pp. 1023-1027 y el trabajo sobre la Convención de D.P. Fernández Arroyo, *Rev. crit., dr. int. pr.*, 1995, núm. 1, pp. 173-180, donde resumidamente se destaca que dicha Convención es prácticamente igual al Convenio de Roma. Su estructura es idéntica, a pesar de ser la primera más escueta que la segunda. Lo realmente peculiar es que se puede afirmar que la Convención va “un poco más allá” que el CR, en cuanto a que admite que el Derecho aplicable no debe ser el de un país determinado sino que también pueden ser los principios generales del Derecho.

¹⁷¹⁵ Se ha procedido aquí a una distinción idéntica, entre los criterios para determinar si procede o no la aplicación del orden público y las normas de intervención de un ordenamiento distinto al de la *lex contractus*, a la realizada por P.A. de Miguel Asensio, “Armonización normativa y régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 871-872, que señala que a pesar de que el modo de intervención varía únicamente porque, en principio, el órgano arbitral no se puede aferrar a las normas imperativas del foro por carecer del mismo, es ésta una diferencia que no quita para que en la práctica los resultados entre ambas jurisdicciones sean muy parecidos.

discrecional de dar aplicación, bajo ciertas condiciones de las normas imperativas de terceros Estados¹⁷¹⁷.

Se ha dicho que tanto el C.R. como la LSDIP, fundan sus soluciones en la técnica definida por el término “unilateralismo condicionado”¹⁷¹⁸. En efecto, la voluntad de aplicación de la ley extranjera una vez que ésta ha sido constatada impone el deber del juez de verificar la existencia de un vínculo estrecho con la situación. Es la técnica de la “*close connection*”¹⁷¹⁹, evidenciada en múltiples ocasiones por la práctica arbitral internacional¹⁷²⁰. Cimentada en la necesidad de que el supuesto controvertido esté directamente conectado con la normas imperativa o ley de policía del tercer Estado que reclama ser aplicada al caso¹⁷²¹. Criterio, que más tarde se verá corroborado a la intervención del orden público en el recurso de anulación, art. 190. 2 LSDIP, subordinado a la existencia de los vínculos que la controversia en particular tenga con Suiza¹⁷²².

¹⁷¹⁶ Cf., A. Bonomi, *Le norme imperative...*, *op. cit.*, p. 416.

¹⁷¹⁷ Las condiciones para que el art. 19 de la LSDIP, tome en consideración las normas imperativas de terceros Estados fundamentalmente son dos. En primer lugar, que la normativa o el orden público que requiera ser aplicado imperativamente tenga una estrecha conexión con el supuesto controvertido. Y ello, simplemente, para que dicha normativa sea tomada en consideración: art. 19. 1, “*A provision of a law other than the one designated by this statute that is meant to be applied mandatorily may be taken into account if interest of a party that are, according to Swiss views, legitimate and clearly overriding so require and the case is closely connected to that law*”. Además, según el art.19. 2, la segunda condición destaca que no basta con que las normas imperativas o el orden público de un tercer Estado, distinto al del Derecho aplicable al fondo de la controversia, tenga una vinculación predominante y especial con el supuesto afectado sino que además para que dichas provisiones sean “tenidas en cuenta” su imperatividad “its policy” y las consecuencias de su aplicación deben de ser conformes al sistema, o más genéricamente, a los puntos de vista, suizos, *cf.*, D. Hochstrasser, “Choice of Law and “Foreign” Mandatory Rules...”, *loc. cit.*, p. 60.

¹⁷¹⁸ Cf., A. Bonomi, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, *op. cit.*, p. 419.

¹⁷¹⁹ Cf., N. Voser, “Mandatory Rules of Law as a Limitation...”, *loc. cit.*, p. 346.

¹⁷²⁰ “*Closest connection with contract*”, como técnica aplicada por el árbitro en el laudo parcial de la CCI, núm. 7319/1992, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 141-148, esp. 142-147.

¹⁷²¹ Tal y como señala el último apartado del art. 19. 1 LSDIP, antes mencionado: “*the case is closely connected to that law*”.

¹⁷²² Sobre las funciones del art. 190. 2, en concreto, la letra e) relativa a la contrariedad con el orden público suizo en el recurso de anulación, *vid.*, el trabajo de *cf.*, H. Arfazadeh, “L'ordre public du fond...”, *loc. cit.*, pp. 223-254, esp. pp. 291-292, donde se insiste en que “*l'intervention de l'ordre public suisse est subordonné à l'existence de liens du litige avec la Suisse*”, haciendo aplicación del art. 190 2 e) LSDIP, *vid.*, *infra.*, las consideraciones al respecto en la fase post-arbitral relativas al orden público en el recurso de anulación.

533. De otro lado, el árbitro no tiene una referencia tan clara al encontrarse, como viene siendo reiterado, desprovisto de *lex fori*. No puede establecer las diferencias entre las normas imperativas y el orden público del foro, puesto que carece de éste y, en consecuencia, tampoco puede discernir cuáles son las normas imperativas y el orden público de terceros Estados, por lo que en principio su determinación comporta un mayor grado de dificultad. La clave se encuentra en diferenciar que para el árbitro internacional sólo existen las normas imperativas de la *lex contractus* y aquellas que no pertenecen a ésta. Las primeras, son siempre aplicadas y las segundas deben ser cuestionadas y rigurosamente analizadas en el sentido de averiguar si deberían ser igualmente respetadas en las ocasiones en que reclamen ser aplicadas. Una respuesta afirmativa se impone *a priori*. En el sentido en que éstas últimas, el orden público y las normas imperativas ajenas a la *lex causae*, también deben ser “tenidas en cuenta” con carácter previsor por el árbitro debido a los efectos negativos que podrían provocar en la *lex contractus*. Lo que las convierte en objetivo necesario del ineludible examen preceptivo que a éste respecto debe realizar el juez privado. Análisis tras el cual dicha normativa deberá “ser aplicadas” si existe un vínculo estrecho entre la *lex contractus* y los países afectados por la situación transfronteriza del objeto de la controversia¹⁷²³. De manera similar a lo prescrito por el art. 7. 1 del C.R y por el art. 19 LSDIP, su aplicación, entonces, también se impone si como consecuencia de su inaplicación el laudo que vaya a ser dictado corre el riesgo de no ser reconocido ni ejecutado por ser contrario a las normas imperativas y al orden público del foro donde previsiblemente el exequátur se vaya a llevar a cabo. O, de manera general, por su contrariedad esencial con el orden público auténticamente internacional.

534. Las condiciones estrictas para la toma en consideración y posterior aplicación por el árbitro internacional de las normas de intervención ajenas a la *lex contractus* que se

¹⁷²³ El requerimiento entre un vínculo espacial significativo entre el territorio afectado y la situación litigiosa ha sido puesto de relieve en la aplicación de las leyes de policía en asuntos como el de la Sent. de la *Cour de cassation (1^a Chambre civile)* de 19 de diciembre de 1991, *Société Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continentale France*, *Rev. arb.*, 1992, núm. 1, pp. 76-82, con nota de L. Idot, y la Sent. de la *Cour d’appel de París (1^a Ch., sect. C.)* de 5 de abril de 1990, *Soc. Courrèges Design c. Soc. André Courrèges*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, núm. 3, pp. 580-587, con nota de C. Kessedjian, *ibid.*, pp. 587-593; y con nota de M.H. Synvet, *Rev. arb.*, 1992, núm. 1, p. 102.

desprenden de los artículos citados son, pues, las siguientes¹⁷²⁴. En primer lugar, se ha de dar el hecho de que efectivamente la disposición extranjera sea una regla de aplicación necesaria¹⁷²⁵. O, en el caso de referirnos *stricto sensu* a una ley de policía, que la misma sea considerada como tal en el ordenamiento que la contiene¹⁷²⁶. Condición que debe ser contrastada según el propio Derecho extranjero y la interpretación de la jurisprudencia y doctrina internacional a ella dada¹⁷²⁷. En segundo lugar, se debe verificar la existencia de un vínculo estrecho, entre la situación controvertida y el Estado del que se adopta la regla imperativa¹⁷²⁸. Los criterios para determinar la existencia del vínculo estrecho entre el contrato y la norma de policía que reclama ser aplicada se confunden con los del art. 7. 1 C.R. Criterio también válido para evitar el cúmulo de normas de policía extranjeras en el caso en que numerosas leyes de policía manifiesten simultáneamente su interés para ser aplicadas por el árbitro a la misma controversia¹⁷²⁹. Extraído también del art. 19. 1 de la LSDIP, se impone una conexión estrecha entre el caso y la norma extranjera, “*enger*

¹⁷²⁴ En la investigación de este punto se ha tomado como referencia el análisis realizado por tres de los trabajos considerados más recientes en éste sentido. Uno, más centrado desde la perspectiva del DIPr y la normativa imperativa, de A. Bonomi, *Le norme imperative...*, *op. cit.*, esp. p. 420. Otro, el de J.B. Racine, más acorde con el punto de vista del arbitraje internacional, *cf.*, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 298-346, esp., pp. 315-316 y pp. 323-328. Lo que ocurre es que al referirse únicamente éste autor a los pasos que debe seguir el árbitro internacional, trasuntos del DIPr, para la aplicación estricta de las “leyes de policía”, hemos considerado apropiado completar sus criterios con otros más amplios que abarcasen también la consideración del orden público y de las normas imperativas ajenas a la *lex contractus*. Por ello, se ha seleccionado, entre los numerosos trabajos que se refieren al tema de los aquí citados, las consideraciones de D. Hochstrasser, “Choice of Law and “Foreign” Mandatory Rules...”, *loc. cit.*, pp. 60-61. Más centradas en los criterios de aplicación que señala la ley suiza para determinar cuando el orden público o una norma imperativa de un tercer Estado distinto al de la *lex contractus* puede ser aplicada al supuesto concreto que esté siendo decidido por el árbitro.

¹⁷²⁵ *Cf.*, A. Bonomi, *Le norme imperative...*, *op. cit.*, p. 420.

¹⁷²⁶ *Cf.*, J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 316.

¹⁷²⁷ *Cf.*, *ibid.*, las citas respectivas de ambos autores, y de D. Hochstrasser, “Choice of Law and “Foreign” Mandatory Rules...”, *loc. cit.*, p. 61.

¹⁷²⁸ Para A. Bonomi tres situaciones evidencian, en sentido negativo, la inexistencia de un vínculo estrecho. En primer lugar, cuando ni los tribunales ni las autoridades administrativas del Estado extranjero se consideran competentes. En segundo lugar, cuando el campo de aplicación de la norma extranjera excede los límites fijados por el Derecho internacional público para la competencia normativa del Estado. En tercer lugar, cuando la aplicación de la norma imperativa entra en contradicción con las legítimas expectativas de las partes, *cf.*, *ibid.*, p. 420.

¹⁷²⁹ Para J.B. Racine, las condiciones de aplicación impuestas al árbitro por el art. 7. C.R., permiten seleccionar la aplicación de la ley de policía que presente el vínculo más estrecho con la situación controvertida, *cf.*, *ibid.*, pp. 323-228, esp. p. 324.

*Zusammenhang*¹⁷³⁰. Y, en tercer lugar, señalados por algunos autores y silenciado por otros a los que nos sumamos por entender que es este un criterio que se entiende incluido en el anterior, se requiere que la aplicación del orden público, de la norma de intervención y de la ley de policía, según el caso, sea una aplicación legítima¹⁷³¹.

535. Tras ésta igualdad en las formas en las que el árbitro internacional sigue las pautas que habían sido destinadas en principio a los tribunales judiciales estatales para determinar la aplicación del orden público, de las normas de policía y/o de las normas de intervención de terceros Estados. Es inevitable insistir que en el fondo las implicaciones que su elección conlleva es muy distinta para cada uno de los aplicadores de justicia. Reiterando aquí una de las principales diferencias entre la actitud del juzgador público y privado en la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia especialmente evidenciada en cuanto a la toma en consideración del orden público ajeno a la *lex contractus*. Mientras que para los jueces nacionales la obligación consiste estrictamente en la búsqueda del Derecho aplicable y su adecuación siempre cierta con el orden público estatal del que son guardianes. La obligación de los árbitros internacionales se amplía ante la incertidumbre de contrastar la adecuación con cualquier orden público estatal del que el árbitro internacional no es guardián. Pero sobre todo, la carga de responsabilidad que conlleva la actuación de uno y otro se debe a que mientras que el juez

¹⁷³⁰ En este sentido, las cuatro condiciones que según D. Hochstrasser, son indispensables para que se aplique cualquier normativa que no pertenece a la *lex contractus* son: (1) Una prueba evidente de que la norma extranjera está destinada a ser aplicada a ese caso imperativamente (*Anwendungswille*). (2) Una conexión estrecha entre el caso y la norma extranjera, (*enger Zusammenhang*). (3) Un interés preponderante, de una de las partes en que la norma imperativa extranjera sea tomada en consideración, (*Schützenswerte und Offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei*). Y, (4). El interés relevante de esa parte que precisa protección según la concepción jurídica Suiza (*Normzweck und Ergebniskontrolle*), *cf.*, "Choice of law and "Foreign" Mandatory Rules...", *loc. cit.*, p. 61.

¹⁷³¹ Resumiendo, los pasos que según J.B. Racine debe seguir el árbitro para aplicar una ley de policía ajena a la *lex contractus*, son, a diferencia de Hochstrasser, sólo tres pasos. En primer lugar: debe constatar que tal ley de policía es considerada como tal en el ordenamiento que la contiene. En segundo lugar debe comprobar que reúne las condiciones de aplicación en el espacio que reclama la ley de policía, esto es que la ley de policía está interesada en el litigio. Por último, volvemos a reiterar que la aplicación por el árbitro de una ley de policía nunca es automática. El árbitro debe comprobar que esta tiene un vínculo estrecho con el litigio. Y, en que su aplicación es legítima, *cf.*, *ibid.*, pp. 316-317. Aunque el propio autor considera que se debe apreciar además éste último requisito de que su aplicación sea legítima, también reconoce que es éste un criterio íntimamente conectado con el anterior de los vínculos más estrechos, *id. ibid.*, p. 323.

estatal no se encuentra vinculado por la eficacia de su decisión, el árbitro internacional tiene el deber de conseguir la eficacia del laudo internacional¹⁷³².

Por lo tanto, lo que para un juez nacional es una simple facultad, como es la “toma en consideración” de una norma de intervención extranjera. Para el árbitro internacional es una obligación, la de “aplicar” estrictamente los principios contenidos en el art. 7. C.R. Por ello, el árbitro se encuentra obligado a respetar el orden público estatal de la *lex contractus* y aquel que sin pertenecer a ésta es susceptible de verse afectado por la misma y provocar la nulidad del contrato o el no reconocimiento ni la ejecución del laudo. El árbitro está obligado a aplicar las normas de policía extranjeras que reivindican su aplicación, si se encuentran vinculadas por la controversia y tienen un título serio para ser aplicadas¹⁷³³.

536. Diferencia entre jueces y árbitros que nos conduce a concluir este apartado con una última reflexión. Como hemos venido observando se ha venido utilizando la expresión relativa a la “toma en consideración” y posterior “aplicación” de las normas de intervención, leyes de policía y orden público ajeno a la *lex contractus* identificada con la *lex causae*. La precisión que se impone, en éste sentido, se debe a que aunque tradicionalmente se ha venido considerando la “toma en consideración” como la técnica mejor adaptada al procedimiento de arbitraje en el sentido en que configura un mecanismo que permite respetar una ley extranjera a la ley del contrato sin poner en juego la cuestión fundamental relativa a la elección de las partes¹⁷³⁴.

¹⁷³² Cf., el laudo de la CCI, núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95, esp. p. 94.

¹⁷³³ Cf., J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 316.

¹⁷³⁴ En palabras de J.B. Racine, “*La toma en consideración haría posible la reconciliación entre la voluntad de las partes y el respeto a una ley de policía. Y, es esta la causa por la que los árbitros recurren más a ella en la práctica*”, *cf., ibid.*, p. 300. Junto al estudio muy exhaustivo y completo de la jurisprudencia arbitral internacional donde se distinguen dos tipos de toma en consideración: “*A título de fuerza mayor*” y “*A título de causa ilícita o inmoral del contrato*”, con las distintas sentencias arbitrales internacionales que justifican cada una de éstas consideraciones, *vid., ibid.*, pp. 300-311.

El criterio de “tener en cuenta” o de “tomar en consideración” el orden público se encuentra en la actualidad del arbitraje privado internacional totalmente desfasado¹⁷³⁵. Desde la sentencia *Hilmarton* dictada en 1988¹⁷³⁶, los árbitros han empleado otros criterios propios del Convenio de Roma de 1980 y del art. 19 de la LSDIP¹⁷³⁷. Se impone, más que la “toma en consideración” del orden público extranjero a la *lex causae*, la “aplicación” *stricto sensu* del mismo, acorde con la obligación moral que tiene el árbitro internacional de conseguir la eficacia de la sentencia arbitral. No obstante, como se ha pretendido indicar a lo largo del presente desarrollo, la “toma en consideración” es siempre necesaria con carácter previo en el estudio que debe hacer el árbitro sobre la determinación y la eficacia del Derecho aplicable al fondo de la controversia, pero sin identificarla con su posterior aplicación. El orden público, las normas imperativas y las leyes de policía extrañas a la *lex causae* se aplicarán efectivamente por el árbitro internacional si tras un estudio previo que implica la “toma en consideración” de las mismas se impone su “aplicación” para conseguir la eficacia de la sentencia arbitral internacional¹⁷³⁸.

¹⁷³⁵ “La technique de la prise en considération des lois de police étrangères à la *lex causae* est artificielle, trop rigoureuse et dépassée, cf., *ibid.*, p. 310.

¹⁷³⁶ *Vid.*, el laudo de la CCI núm. 5622/1988, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 220-238, *Rev. arb.*, 1993, pp. 327-341, *Riv. Arb.*, 1992, con nota de A. Giardina, *ibid.*, pp. 784-792, que tantos juicios y ríos de tinta ha provocado en más de una década que llevamos hasta su resolución. Después del laudo, las sucesivas sentencias judiciales que se han sucedido han dado lugar a la sentencia rendida en el *Tribunal de Grande Instance (Cour of First Instance)*, Nanterre, 22 Septembre 1993, *Hilmarton Ltd. (UK) c. Omnium de traitement et de valorisation –OTV (France)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 194-197. Apelada en la *Cour d’appel de Versailles* de 29 de junio de 1995 (2 decisiones), *Hilmarton c. OTV*, *Rev. arb.* 1995, núm. 4, p. 639. Y, posteriormente, llevada a Casación en la sent. de la *Cour de Cassation (1^o Ch. Civ.)* de 23 de marzo de 1994, *Hilmarton c. OTV*, *Rev. arb.* 1994, núm. 2, p. 327, con nota de Ch. Jarroson, “L’affaire *Hilmarton*: l’articulation du droit française et de la Convention de New York”, *ibid.*, pp. 327-337. También nota de E. Gaillard, *Journ. dr. int.*, 1994, p. 701; y nota de Oppetit, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, p. 356. Decidida, muy recientemente, en la *High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Commercial Court*, de 24 de mayo de 1999, *Omnium de Traitement et de Valorisation SA c/ Hilmarton Limited*, comentada por P. Lastenouse, “Le contrôle de l’ordre public lors de l’exécution en Angleterre de la seconde sentence *Hilmarton*”, *Rev. arb.*, 1999, núm. 4, pp. 867-889.

¹⁷³⁷ *Vid.*, las críticas que realiza al mismo J.B. Racine, cf., *ibid.*, pp. 310-311. Concretamente, destaca textualmente que las sentencias que emplean la técnica de “tener en cuenta” o “tomar en consideración” el Derecho extranjero extraño a la *lex causae* son relativamente antiguas: “*Les sentences qui emploient la technique de la prise en considération du droit étranger à la lex causae sont relativement anciennes. A notre connaissance, la dernière est la première sentence rendue dans l’affaire Hilmarton datant de 1988*”, cf., *ibid.*, p. 311.

¹⁷³⁸ Ya, en un anterior trabajo se había puesto de relieve la desesperación que provocaba, en la práctica y en la doctrina, el significado del entrecomillado metaconcepto de “tener en cuenta” o de “tomar en consideración” por el árbitro internacional los principios generales del Derecho y el orden público internacional o realmente internacional. Donde nos preguntábamos si tener en cuenta el orden público ajeno a

B) Leyes de policía

537. El punto de partida para analizar las leyes de policía que no pertenecen a la *lex contractus* no se sale de los patrones establecidos que diferencian la actuación de la normativa dependiendo de si el Derecho aplicable a la controversia ha sido elegido por las partes o por el árbitro. Una precisión necesaria se impone en el sentido de señalar que la ley de policía que reclama ser aplicada no suele encontrarse directamente identificada en el Derecho aplicable en los escasos supuestos en que éste ha sido seleccionado por las partes. Cuestión que se observa claramente en el Derecho de la competencia, donde existen leyes de policía que demandan ser aplicadas porque los efectos del acuerdo afectan al territorio comunitario pero éstas, empero, son casi siempre ignoradas por las partes en la fijación de la *lex contractus*¹⁷³⁹. No obstante, cuando son los árbitros los que eligen la ley aplicable a la controversia una mezcla de prudencia y pericia les suele acompañar en el sentido de que no suelen obviar la aplicación de las denominadas normas de policía o normas de aplicación inmediata o necesaria, que son imprescindibles para hacer el laudo ejecutable. Ello es porque en la práctica arbitral internacional se encuentra reconocida la importancia fundamental atribuida a las leyes de policía¹⁷⁴⁰.

538. El árbitro, en éste sentido, puede dar efecto a leyes de policía de terceros Estados si el contrato o las partes tienen una conexión estrecha con ese país o países, siguiendo los criterios de aplicación estrictamente fijados en el anterior apartado. Pero, de

la controversia internacional significaba si finalmente éste se aplicaba o no se aplicaba, sin llegar a trascender de nuestra vacilación, *cf.*, "El arbitraje en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos", *loc. cit.*, pp. 11-25, esp. p. 15.

¹⁷³⁹ *Vid.*, el laudo de la CCI núm. 4132/1983, *Italian supplier c. South Korean Buyer*, *Recueil CCI*, 1974-1985, también, en *Journ. dr. int.*, 1983, núm. 4, p. 891; con nota de Y. Derains, *ibid.*, pp. 891-893, donde las partes parecen querer excluir la aplicación de las leyes de policía relativas al Derecho de la competencia.

¹⁷⁴⁰ Estas tienen el efecto particular de que la necesidad de su aplicación es indiferente de la internacionalidad de la situación. Con tal de la existencia de un vínculo espacial significativo entre la controversia afectada y el ordenamiento jurídico del que emanan sumado a las condiciones previamente enunciadas, *cf.*, P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, p. 640. "*Les lois de police ont en effect ceci de particulier que la nécessité de leur application est indifférent à l'internationalité de la situation, dès lors que celle-ci présente avec l'ordre juridique dont elles émanent un certain lien spatial significatif*".

otro lado, la ambigüedad sobre lo que tiene que hacer el juez privado cuando se enfrenta con una ley de policía es la tónica general contemplada en la práctica y en la doctrina del arbitraje internacional, que no se ponen de acuerdo en señalar ni la obligación ni los límites que tiene el árbitro internacional en la aplicación de las leyes de policía extrañas a la *lex contractus*. Sin imponer siquiera, en muchos casos, la necesidad de la toma en consideración de la misma. Es decir, a diferencia de referir los requisitos que acaban de ser señalados en el C.R. y en la LSDIP, directamente referidos al orden público y a las normas de intervención de terceros Estados, donde los árbitros no disfrutaban de una facultad sino que tienen una obligación de aplicar aquellas disposiciones normativas que siendo ajenas a la *lex contractus* supongan un peligro serio de anular o rendir ineficaz el laudo arbitral internacional. La falta de claridad que se deriva en éste punto respecto a las leyes de policía se debe al carácter estrictamente interno e intervencionista que implica su terminología. Causa de que las condiciones estrictas de su aplicación por el árbitro internacional no gocen de una aceptación universal.

539. Sólo existe una cierta unanimidad para aplicar una norma de policía ajena a la *lex contractus* en el respeto a la facultad del árbitro de cumplir con su deber de llevar a buen término el procedimiento arbitral. En este sentido, P. Mayer considera importante destacar que ante el dilema que se le presenta al árbitro entre aplicar al fondo de la controversia la ley designada por las partes y una ley de policía que entre en contradicción con ésta hay que dejarle libertad para que aquel prevea cuáles serían las consecuencias del ejercicio de su actuación. Requerimiento que no es otra cosa que proceder a la previa “toma en consideración” de la ley de policía susceptible de afectar al laudo que habíamos considerado como requisito necesario para su aplicación. Si considera que la ley de policía no debe ser aplicada es totalmente libre de poder hacerlo. Sin embargo, si el árbitro en el estudio preliminar que debe hacer antes de aplicar directamente un determinado Derecho a la controversia se da cuenta de que la no aplicación de una ley de policía puede rendir el

laudo ineficaz, éste debiera conducir él mismo a su aplicación guiado por el deber moral de responsabilidad de ejecutar la sentencia arbitral¹⁷⁴¹.

540. Corresponde aquí analizar específicamente, en primer lugar, el papel de las leyes de policía que aun perteneciendo a la *lex contractus* puedan entrar en conflicto con el orden público internacional o auténticamente internacional que no se halle especificado en la cláusula de elección de ley. Y, en segundo lugar, la problemática principal derivada de aquellas normas de policía que siendo extrañas a la *lex contractus* son susceptibles de perturbar el deber moral del árbitro internacional de rendir el laudo eficaz. En todo caso, como tendremos oportunidad de comprobar de *lege ferenda* en este apartado, la práctica ofrece unas respuestas mucho más fluidas que la polémica que oscurece las soluciones definitivas en torno a la aplicación por el árbitro internacional de las leyes de policía.

a) *Leyes de policía versus orden público transnacional*

541. En primer lugar, si las partes han elegido la *lex contractus*, es obvio que como se viene afirmando el árbitro deba aplicar las normas de policía del Derecho elegido por aquellas comprendiendo la normativa en su integridad, incluidas las normas de aplicación inmediata que lo componen. El desconocimiento por el árbitro de una ley de policía prevista en la *lex contractus* dará lugar a la anulación de la sentencia arbitral en el caso en que ésta existiese¹⁷⁴². Lo que ocurre, es que en estos supuestos hay que tener muy presente las consideraciones meramente territorialistas que muchas veces confunden la aplicación de una ley de policía como mero instrumento de una política propia de un ordenamiento estatal carente de valor universal¹⁷⁴³. Más cuando puede que el árbitro encuentre una contradicción insalvable entre una determinada norma de policía de carácter interno y un principio de

¹⁷⁴¹ Argumentando el deber moral de rendir el laudo eficaz del cuál se han extraído las consideraciones expuestas, cf., P. Mayer, "La règle morale...", *op. cit.*, pp. 379-401, esp. pp. 387-388.

¹⁷⁴² Cf., P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, p. 644.

¹⁷⁴³ "Une loi de police traduit simplement une politique particulièrement affirmée d'un Etat et en prétend nullement correspondre à des valeurs universelles", cf., E. Gaillard, "Arbitrage Commercial International...", *loc. cit.*, p. 25.

orden público auténticamente internacional o transnacional que sea de aplicación en el arbitraje internacional. Acorde con la tesis defendida de los rangos del orden público correlativa a la jerarquización de las normas imperativas y las leyes de policía.

542. Aunque en el arbitraje interno no exista ninguna duda sobre si se tiene que aplicar las leyes de policía y el orden público interno, en el arbitraje internacional lo deseable sería la aplicación de un único orden público auténticamente internacional donde se encontrasen integradas las normas imperativas y leyes de policía del mismo rango de aplicación preceptiva, por encima de las que sólo reclamarían su aplicación si el supuesto fuera interno. Sería así el contenido del orden público transnacional el que debería de quedar prefijado para aplicarse preferentemente a una ley de policía señalada sólo como disposición interna comprensiva de un determinado ámbito de aplicación espacial. La ley de policía quedaría sin efecto, pero no por ser una ley de policía ni una disposición imperativa de consideración normativa inferior a la cláusula genérica del orden público, sino porque su contenido contradice a los valores esenciales de carácter auténticamente internacional de rango preferente sobre el orden público y las normas de intervención internas e internacionales¹⁷⁴⁴. En definitiva, las normas de policía y el orden público de la *lex contractus* son las únicas que en principio deberían resultar aplicables. A excepción, de que las leyes de policía de la *lex causae* entren en contradicción con un orden público superior que se impone a ellas¹⁷⁴⁵.

543. Un laudo ejemplificativo de cómo una norma de policía del Derecho elegido en la *lex contractus* resulta inaplicada por su contrariedad con el orden público auténticamente

¹⁷⁴⁴ De esta manera, la negativa del árbitro a dar efecto a una ley de policía del Derecho elegido por las partes en nombre de un "orden público auténticamente internacional" se fundamenta "en el contenido de dicha ley y no en su naturaleza", *cf.*, J.A. Pérez Bevia, "Algunas consideraciones sobre el árbitro...", *loc. cit.*, p. 94.

¹⁷⁴⁵ Siguiendo el ejemplo de E. Gaillard, las leyes de policía contenidas en los sistemas jurídicos de los Estados pertenecientes a la liga Árabe relativas al boicot de Israel, podrían ser descartadas por el árbitro internacional por considerar a éstas que son contrarias a un orden público transnacional de no-discriminación religiosa ni racial. Es decir, en este caso la aplicación de la ley de policía de la *lex contractus* puede ser descartada por el árbitro internacional por su contrariedad a un orden público transnacional de rango superior, *cf.*, "Arbitraje comercial internacional...", *loc. cit.*, pp. 23-24, punto núm. 98.

internacional o transnacional, es el laudo de la CCI núm. 1717 de 1972¹⁷⁴⁶. El árbitro, en este caso, tenía que determinar el Derecho aplicable en un contrato de compraventa internacional concluido entre un vendedor yugoslavo y un comprador iraní. Aunque el contrato preveía que todos los pagos se realizasen en dólares USA, la cláusula de garantía-oro indicaba que en caso de sufrir alguna devaluación el dólar, entre la fecha de conclusión del contrato y el pronunciamiento del laudo, el índice de cambio aplicable sería el de la fecha de la firma del contrato¹⁷⁴⁷. El árbitro respeta esta cláusula sin cuestionar si la misma era válida respecto a la ley iraní seleccionada por él mismo como Derecho aplicable. El problema se da porque el Derecho iraní no permite éste tipo de cláusulas de garantía según su Derecho interno, estando específicamente prohibidas a través de una ley de policía. Sin embargo, a los árbitros no puede importarles una eventualidad de este tipo porque la validez de las cláusulas de garantía de cambio están admitidas en virtud de un orden público transnacional impuesto por las necesidades del comercio internacional¹⁷⁴⁸. La formación y consolidación del orden público transnacional en el arbitraje como cláusula de salvaguarda impuesta por las propias necesidades del comercio internacional es, pues, una necesidad adaptada a la realidad práctica internacional de los intercambios transfronterizos que prevalece sobre las normas de policía restrictivas al respecto en los distintos ordenamientos internos¹⁷⁴⁹.

544. En ésta línea argumentativa, donde el orden público realmente internacional se impone a determinadas leyes de policía especialmente restrictivas y de marcado carácter

¹⁷⁴⁶ Vid., *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 73, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 73-75, sobre el Derecho aplicable por el árbitro y las cláusulas de garantía-oro.

¹⁷⁴⁷ Es esta una cláusula que demuestra la experiencia de los comerciantes en estas lides que hacen muy bien en incluir este tipo de aclaraciones como precaución por lo que pudiera pasar en su perjuicio con el cambio de las circunstancias del mercado, *cf.*, *ibid.*, p. 74.

¹⁷⁴⁸ *Cf.*, *ibid.*, p. 75. Igualmente se explica la severidad de los árbitros cuando el contrato no contiene ninguna cláusula de garantía, reflejado en el laudo dictado en el asunto de la CCI, núm. 1990/1972, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 80-82, con observaciones de Y. Derains, *cf.*, *ibid.*, pp. 83-85.

¹⁷⁴⁹ Como especifica el art. 2 del IDI, “*En ningún caso, un árbitro debe desconocer los principios de orden público internacional en relación con los cuales existe un amplio consenso en la comunidad internacional*”, frente a las restricciones de orden público interno, normas de intervención o leyes de policía, impuestas por los ordenamientos internos”, *vid.*, *supra.*, en el Cap. I. IV. 2. C) a). El art. 2 de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional, sobre arbitraje de Estados y empresas extranjeras en la sesión de Santiago de Compostela de 12 de septiembre de 1989, *id.*, *cit.*, y las sentencias y los laudos que lo aplican.

soberanista, señalamos otros supuestos prácticos. El origen que dio lugar a la controversia que fue resuelta en el laudo de la CCI núm. 1512 de 1971, se debió a la inejecución por parte de un banco iraní de una garantía a favor de una sociedad india, donde cada parte solicitaba la aplicación de su propio Derecho nacional¹⁷⁵⁰. La cuestión principal que debía resolver el árbitro era si los Decretos paquistaníes que consideraban ilegal todo pago efectuado a cualquier parte india como consecuencia de las hostilidades existentes entre ambos países había podido exonerar al banco paquistaní de su obligación. Aquí, de un lado, la parte paquistaní se encuentra con una ley de policía interna que le prohíbe contacto alguno con la India. Pero, de otro lado, su vinculación previa a un contrato internacional le compele a cumplir con su obligación bancaria. Se impone la aplicación de un principio de justicia universal considerado de orden público transnacional. El árbitro, se desinteresa aquí de la búsqueda de un Derecho nacional en el convencimiento de que todas las leyes siguen un principio uniforme a la hora de interpretar los contratos que puede ser considerado como un Derecho supranacional¹⁷⁵¹. La ley de policía paquistaní no puede ser aplicada a un supuesto internacional¹⁷⁵². Los argumentos que son válidos en los ordenamientos internos no lo son en el arbitraje internacional que tiende más a criterios de supranacionalidad¹⁷⁵³.

545. El orden público realmente internacional o transnacional se aplica siempre por el árbitro internacional. Mientras tanto, las leyes de policía internas únicamente se aplican según los criterios que estrictamente deben guiar los pasos del árbitro en caso de que la falta de su aplicación asegura el riesgo de que el laudo no sea ejecutado¹⁷⁵⁴. Prevalciendo,

¹⁷⁵⁰ *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95, que trata sobre la inejecución de una garantía bancaria y leyes de policía del lugar de pago y del lugar de residencia del deudor. Laudos preliminares núm. 1512/1967, de 18 de diciembre de 1967 y de 14 de enero de 1970, *Compañía India de Cemento (Dalmia) c. Banco Nacional Pakistání*, *Year. Comm. Arb.* vol. V, 1980, p. 170.

¹⁷⁵¹ “*Demostrando que en el fondo obtienen las mismas soluciones y constituyen una especie de Derecho común supranacional*”, *cf., ibid.*, p. 92.

¹⁷⁵² En definitiva, las leyes de policía del lugar de pago y aquellas pertenecientes al lugar de residencia del deudor no tienen efecto liberatorio de las obligaciones del deudor, *cf. ibid.*, p. 94. *Vid.*, también, en éste sentido, el laudo de la CCI, núm. 1704/1977, *Journ. dr. int.*, 1978, núm. 4, pp. 977-980. También, en español en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 197-201. Abono de un pagaré a su vencimiento. Devaluación de la moneda de pago. Leyes de policía en cuanto al pago. El árbitro evoca una actitud muy similar a la del juez al señalar que se imponen las leyes de policía indias relativas al carácter liberatorio de los pagos.

¹⁷⁵³ *Cf., Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 95.

¹⁷⁵⁴ En el laudo de la CCI núm. 2375/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 139-141, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 141-145, se especifica que por mucho que se aplique la *lex mercatoria*

en todo caso, el orden público realmente internacional que entre en conflicto con una ley de policía interna aunque pertenezca ésta a la *lex contractus*.

b) *Leyes de policía ajenas a la lex contractus*

546. Es en el contexto de las leyes de policía que no pertenecen a la *lex contractus* donde la discusión sobre su aplicación o falta de consideración por el árbitro se torna extraordinariamente controvertida en el arbitraje privado internacional. Ello se debe a que la doctrina no es pacífica en cuanto a la aceptación o no de las leyes de policía como normas que deban ser aplicadas por el árbitro internacional cuando no están éstas específicamente contempladas en la cláusula de *electio juris*. Por un lado, entre los autores que se encuentran a favor de la aplicación de las mismas podemos citar, entre otros, a Y. Derains¹⁷⁵⁵, H. Grigera Naón¹⁷⁵⁶, O. Lando¹⁷⁵⁷, P. Fouchard¹⁷⁵⁸, y J.B. Racine¹⁷⁵⁹. De otro lado, entre la doctrina que considera que los criterios de aplicación de las leyes de policía en el arbitraje se encuentran gravemente inadaptados al marco de la institución arbitral internacional se manifiestan, B. Goldman¹⁷⁶⁰, Von Mehren¹⁷⁶¹, P. Berger¹⁷⁶² y el propio E. Gaillard, a quien se debe gran parte del elenco doctrinal¹⁷⁶³. Con posturas un tanto eclécticas encontramos a P. Mayer, quién por una parte considera necesario que el árbitro

ello no quita para que sean aplicables las leyes de policía afectadas por el contrato. En este caso, las leyes de policía españolas, *cf., ibid.*, p. 143.

¹⁷⁵⁵ *Vid.*, Y. Derains, "Public Policy and the law applicable to the dispute in international arbitration", *Comparative...*, *op. cit.*, pp. 227-257, y "Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale", *Le droit des relations économiques internationales, Mélanges offerts à B. Goldman*, 1982, p. 37.

¹⁷⁵⁶ *Vid.*, H.A. Grigera Naón, *Choice of law problems in international...*, *op. cit.*, pp. 93-104.

¹⁷⁵⁷ *Vid.*, O. Lando, "The Law Applicable to The Merits of the Dispute", *Essays on International Arbitration*, *op. cit.*, p. 158.

¹⁷⁵⁸ En el último trabajo de éste autor se insta a la toma en consideración de las leyes de policía extranjeras para conseguir una mejor eficacia de las sentencias arbitrales internacionales, *cf.*, Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité internationale...", *loc. cit.*, pp. 653-672. Aparte de la cita que realiza E. Gaillard, en el análisis respectivo también referido al resto de los autores aquí enunciados, *cf.*, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, p. 24.

¹⁷⁵⁹ *Vid.*, J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 299-300.

¹⁷⁶⁰ *Cf.*, B. Goldman, "L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public...", *loc. cit.*, p. 116.

¹⁷⁶¹ *Vid.*, A.T. Von Mehren, "International Commercial ...", *loc. cit.*, pp. 57-65.

¹⁷⁶² *Cf.*, K.P. Berger, *International Economic...*, *op. cit.*, pp- 520-574.

aplique una ley de policía interna de un Estado si cumple así con su obligación moral de pretender la eficacia del laudo arbitral¹⁷⁶⁴. A la vez que constata que las leyes de policía se aplican por el árbitro internacional de igual manera que en el arbitraje interno, siendo éstas independientes a la internacionalidad de la situación¹⁷⁶⁵. Y, por otra parte, sostiene que no tiene sentido volver a las antiguas dependencias del intervencionismo estatal a través de la toma en consideración de las normas de policía por el árbitro internacional dentro del amplio margen de autonomía del que éste disfruta en la actualidad¹⁷⁶⁶.

547. Esta última es una de las razones con más peso para negar que en el arbitraje internacional se deba utilizar la noción de las leyes de policía, ya que, en general, éstas se caracterizan por ser producto de un fuerte intervencionismo estatal. En contra de lo cual se afirma que existen leyes de policía propias de las relaciones internacionales como aquellas relativas a los movimientos de capitales transfronterizos¹⁷⁶⁷, al control de cambios y, en general, aquellas destinadas a la concepción de un orden público internacional dedicado a conseguir el equilibrio entre los intercambios comerciales y económicos universales¹⁷⁶⁸. No obstante, se ha dicho que hay que rechazar que el árbitro deba tener en cuenta las leyes de policía que obedeciendo a intereses meramente nacionales no se encuentre reflejadas en la *lex contractus*. Su consideración es contraria a la transnacionalidad a la que aspira el arbitraje internacional y su aplicación introduce un fuerte factor de inseguridad en las partes que se encuentran imprevisiblemente con la aplicación de una ley por ellos no prevista¹⁷⁶⁹. Cabe, pues, afirmar que los argumentos que constituyen el eje central de las críticas a la

¹⁷⁶³ Cf., E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, p. 24.

¹⁷⁶⁴ Cf., P. Mayer, "La règle morale dans l'arbitrage...", *op. cit.*, pp. 387-388.

¹⁷⁶⁵ Cf., esta afirmación en P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, pp. 640-641.

¹⁷⁶⁶ Cf., P. Mayer, "L'interférence des lois de police", p. 46; Y. Derains, "Powers and duties of arbitrators", *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, p. 253; y J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 298.

¹⁷⁶⁷ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^a Ch., sect. C.)* de 5 de abril de 1990, *Soc. Courrèges Design c. Soc. André Courrèges*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, núm. 3, pp. 580-587; nota de C. Kessedjian, *ibid.*, pp. 587-593; y con nota de M. H. Synvet, *Rev. arb.*, 1992, núm. 1, p. 102.

¹⁷⁶⁸ Cf., en éste sentido, al igual que las sentencias precedentes citadas como pruebas indiscutibles de la existencia de leyes de policía internacionales en materia estrictamente referida al Derecho del comercio internacional y a los intercambios económicos y monetarios que tienen lugar en el mismo, *cf.*, P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, p. 641.

¹⁷⁶⁹ Cf., E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, pp. 25-26.

toma en consideración por el árbitro de las leyes de policía se reducen a tres pero con un fuerte impacto.

El primero, como se ha especificado, su contrariedad a la supranacionalidad del arbitraje internacional¹⁷⁷⁰. El segundo, su disconformidad con la propia autonomía que reclama la institución arbitral que no tiene porqué ser guardiana de las leyes de policía que defienden los intereses particulares e intervencionistas de un Estado en particular. El tercero, con carácter general, el factor de imprevisibilidad que introduce en el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional al ser contrario a la seguridad a la que aspiran las partes empresariales y grandes operadores económicos que recurren al arbitraje¹⁷⁷¹.

548. Contrariamente a las tesis expuestas, para muchos autores, entre los que nos encontramos, hay que adoptar una postura más realista y cautelosa en relación con la toma en consideración y posterior aplicación de las leyes de policía extrañas a la *lex contractus*. Sin manifestarnos radicalmente ni a favor ni en contra de su aplicación nuestra postura es la de admitir la necesidad de considerar las mismas sólo en casos muy excepcionales donde su aplicación por el árbitro internacional se imponga como necesaria. En esta línea, la única razón que existe para aplicar las leyes de policía de la *lex causae* es la de conseguir la eficacia final del laudo. Los argumentos que se precisan para su aplicación se encuentran redistribuidos en las explicaciones anteriormente sostenidas en cuanto al deber de respeto del árbitro por las disposiciones de orden público que no pertenecen a la *lex contractus*, en las que se encuentran implícitas las leyes de policía. Sobre todo, porque para conseguir la

¹⁷⁷⁰ El dar efecto a las leyes de policía de un determinado Estado no se corresponde con la idea defendida de conseguir unos criterios más uniformes hacia la consecución de un orden público realmente internacional en el arbitraje internacional, *cf.*, E. Gaillard, *id.*, *cit.*, p. 26.

¹⁷⁷¹ *Vid.*, en mayor profundidad, la preocupación por el tema de la inseguridad del Derecho aplicable a las transacciones comerciales entre empresarios en los contratos celebrados entre inversores internacionales desarrollado por, A.F.M. Maniruzzaman, "International Commercial Arbitration: The Conflict of Law Issues...", *loc. cit.*, pp. 201-237, esp. p. 201. Además, a éstos tres argumentos, como señala, J.B. Racine, se puede añadir uno más que es originario de P. Mayer, que afirma, en el sentido de negar la aceptación de las leyes ajenas a la *lex contractus* por el árbitro internacional, que el rechazo a la aplicación de las leyes de policía debe ser también de orden político, porque reforzaría la aversión que siente el arbitraje hacia las políticas más imperialistas, territorialistas o dirigistas, *cf.*, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 299.

eficacia en el arbitraje internacional en muchas ocasiones es imprescindible que el árbitro respete las normas de policía de la *lex causae* según los criterios rigurosamente extrapolados del art. 7. 1 del Convenio de Roma y del art. 19 de la LSDIP, a los que nos remitimos en el anterior apartado. En todo caso, cuando sea imprescindible su adaptación como norma ajena a la *lex contractus* es inexcusable que se den los requisitos para su aplicación. Sobre todo, la existencia de un vínculo estrecho entre la ley y la situación jurídica controvertida y que la norma reclamada en el ordenamiento de la *lex causae* sea efectivamente una ley de policía cuyo ámbito de aplicación espacial resulte afectado¹⁷⁷².

549. En definitiva, creemos que la postura que se debe adoptar respecto a las leyes de policía de la *lex causae* no debe ser en esencia distinta de la problemática asociada a la del orden público interno y las normas de intervención como bloque de conjunto que puede ser comprendido en las disposiciones normativas precitadas. Se abre paso a otra discusión doctrinal de carácter más formalista que señala que es preferible la utilización terminológica del orden público que la de las leyes de policía apegadas a un excesivo territorialismo que atacan directamente a la filosofía y naturaleza del arbitraje internacional¹⁷⁷³. En éste sentido, varios son los autores que argumentan que la noción de orden público se encuentra infinitamente mejor adaptada al arbitraje que aquella de las normas materiales imperativas a las que se refiere el Convenio de Roma y a la de las leyes de policía¹⁷⁷⁴. A la vez que, de *lege ferenda*, argumentan que no existe ni un solo ejemplo práctico de un laudo en el que los árbitros hayan justificado su solución aplicando “normas imperativas”, que no el orden público, que sea contrario a la elección de las partes¹⁷⁷⁵. Y, es que existe una fuerte polémica tanto práctica como teórica a la hora de considerar si cuando

¹⁷⁷² En este sentido se manifestó el árbitro en la aplicación de los principios generales contenidos en el Convenio de Roma de 1980, especialmente guiados por el criterio de proximidad y de los vínculos más estrechos con la controversia en el laudo parcial de la CCI, núm. 7319/1992, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 141-148.

¹⁷⁷³ Cf., D. Hochstrasser, "Choice of law and "Foreign" Mandatory Rules...", *loc. cit.*, p. 59.

¹⁷⁷⁴ En contra, E. Gaillard, para el que los árbitros deben considerar la aplicación de normas imperativas extranjeras únicamente en casos de “inmoralidad” o “fuerza mayor”, pero no ve la obligación de los árbitros de aplicar el art. 7 del Convenio de Roma, *cf.*, E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, p. 26.

¹⁷⁷⁵ Cf., D. Hochstrasser, "Choice of law and...", *loc. cit.*, p. 60.

el árbitro internacional aplica un orden público ajeno a la *lex contractus* éste debe ser interno o internacional.

550. Discusión doctrinal, que por otro lado, es prácticamente la misma que la que se desprende en relación con la aplicación o no de las leyes de policía extrañas a la *lex contractus* por el árbitro internacional. La razón deriva de que a menudo se suele encontrar la noción de orden público interno identificada con la de las leyes de policía. Causa de que en el fondo la polémica existente sobre su aplicación o no sea prácticamente la misma. Así, aunque a primera vista pudiera parecer que la cuestión terminológica comporta un debate de menor importancia, no es exagerado destacar que la principal polémica en el marco de las disposiciones imperativas se centra en la dificultad de diferenciar entre leyes de policía, disposiciones de orden público interno y normas de intervención, a lo que hay que sumar el correlativo valor otorgado por la doctrina a una y otra normativa¹⁷⁷⁶. De otro lado, la discusión no sólo se suscita dentro de la doctrina entre sí, sino también entre la propia práctica arbitral internacional sobre cuándo un tribunal arbitral tiene que aplicar un orden público distinto al de la *lex contractus*¹⁷⁷⁷.

551. Del lado de la práctica arbitral cabe afirmar que ésta ha puesto más de una vez de manifiesto la confusión existente entre normas de orden público interno y leyes de policía, aunque para muchos autores no existe tal diferenciación englobándose las segundas en el concepto de orden público interno¹⁷⁷⁸. En primer lugar, se debe determinar si el árbitro debe entrar a considerar el orden público interno o internacional del país ajeno a la

¹⁷⁷⁶ En el marco del arbitraje internacional privado, la doctrina alemana ha destacado que desde hace casi veinte años existe una fuerte discusión, no sólo en cuanto a la aplicación de las normas de intervención por el árbitro internacional, sino también en cuanto a su propia terminología y el valor de orden público de las normas de policía, *cf.*, K. Andereg, "Schiffer, K: Normen ausländischen "öffentlichen" Rechts in internationalen Handelsschiedsverfahren. (Zugl.: Köln, Univ., Diss., 1989.)- Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann(1990), XXXIV, 220 S. (Internationales Wirtschaftsrecht. Bd. 7.), *Rabels Z*, 1994, pp. 121-123, esp. p. 123, cuya conclusión se centra en la duda de que el debate de las normas imperativas en el arbitraje internacional sea resuelto algún día.

¹⁷⁷⁷ *Cf.*, T. Bernd von Hoffmann, "International Mandatory Rules...", *op. cit.*, pp. 3-28, esp. p. 8.

¹⁷⁷⁸ Así lo entiende P. Mayer, en el comentario que realiza al laudo de la CCI, núm. 6503/1990, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 613-617; *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1022-1030, con observaciones de Y. Derains, *ibid*, pp. 1030-1031, donde expresa que no hay razón alguna para distinguir entre el orden público interno y las leyes de policía.

lex contractus que presente un justo título para ser aplicado. Dando por descontado que el orden público transnacional impone en todo caso su consideración universal, por lo que es indudable que siempre se tiene que aplicar¹⁷⁷⁹. Entre los casos en los que la práctica arbitral internacional ha rechazado aplicar una ley de orden público ajena a la *lex contractus* como consecuencia del carácter interno de la misma y de que no se daban las condiciones necesarias para que dicha ley fuera aplicada podemos destacar el laudo de la CCI, núm. 6379 de 1990¹⁷⁸⁰. Donde los árbitros rechazaron la aplicación de la ley belga de 27 de julio de 1961 por considerar que su carácter meramente interno y excesivamente territorialista no debe prevalecer sobre la autonomía de la libertad de las partes reflejada en la *lex contractus*.

552. Sin embargo, en la Sentencia de la CCI, núm. 7047 de 1994¹⁷⁸¹ y en el caso correspondiente al laudo que fue dictado en el caso 6320 de 1992¹⁷⁸², ocurre lo contrario. En ambos las partes se ven concernidas por la aplicación de una ley de policía que presenta un título serio para ser aplicada por encima de la *lex causae*. Su no aplicación provocaría que la sentencia arbitral deviniera ineficaz. En el laudo de la CCI núm. 6320, cuando el árbitro aplica normas imperativas de terceros Estados extraños a la *lex causae*, en ningún caso se debe remitir éste a las disposiciones consideradas de orden público interno de ese tercer Estado, sino a las normas de policía que tengan un título suficiente para ser aplicadas o sean normas de orden público internacional del país donde probablemente vaya a ser reconocido o ejecutado el laudo¹⁷⁸³. En este sentido, cabe afirmar que la negativa a aplicar

¹⁷⁷⁹ En este sentido, varios autores han defendido, dentro del estudio de la aplicación por el árbitro de las normas imperativas de terceros Estados extraños a la *lex contractus* que, independientemente de ésta consideración, el árbitro está obligado a respetar los principios fundamentales del Derecho, tales como el principio de “*pacta sunt servanda*”, “*bona fides*” y el principio de “no expropiación sin compensación”, entre otros. Estos principios son siempre válidos en el sentido del orden público transnacional, independientemente de la relación de los hechos en el caso especial de ese Estado, *cf.*, D. Hochstrasser, “Choice of Law and “Foreign” Mandatory Rules...”, *loc. cit.*, p. 61.

¹⁷⁸⁰ *Cf.*, el laudo de la CCI núm. 6379/1990, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 134-142, también en *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, pp. 202-220.

¹⁷⁸¹ *Vid.*, el laudo de la CCI, num. 7047/1994, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996, pp. 79-98. Prueba de soborno. Aplicación de las normas imperativas de terceros países y orden público internacional.

¹⁷⁸² *Vid.*, el laudo de la CCI núm. 6320/1992, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 336-381; *Reprinted fom Clunet*, pp. 577-582, con observaciones de D. Hascher, *ibid.*, pp. 582- 584; *Year. Comm. Arb.* vol. XX, 1995, pp. 62-107. Leyes de policía y aplicación de normas materiales imperativas de terceros Estados.

¹⁷⁸³ Aplicando un Derecho transnacional y sin tener en cuenta los ordenes públicos internos de otros Estados, *vid.*, el laudo de la CCI núm. 5953/1988-1989, el laudo parcial es de 1 de septiembre de 1988, y el

aquí el orden público interno no es más que un juego de palabras carente de significado. Las leyes de policía en su mayoría se consideran normas de orden público interno de los Estados. Es por ello que el árbitro debe “tomar en consideración” tanto el orden público interno identificado con las leyes de policía y el orden público internacional que no pertenezcan a la *lex contractus* con carácter general. Cosa distinta es que no estemos de acuerdo en que se deba considerar abiertamente el orden público interno ni las leyes de policía de un tercer Estado a no ser que sea a través de los criterios estrictamente identificados¹⁷⁸⁴.

553. En el laudo de la CCI núm. 6142 de 1990¹⁷⁸⁵, atinente a una controversia que enfrentaba a una sociedad española y a otra francesa a propósito de la rescisión de un contrato de licencia de asistencia técnica, se discute el tema de la aplicación de las normas imperativas de terceros Estados, aquí identificadas con las leyes de policía en los términos siguientes. Después de la entrada en vigor en España del Real Decreto relativo a las transferencias de tecnología de 1973, se impone como requisito que los contratos de éste tipo realizados por parte española deben ser aprobados por nuestro Ministro de Industria como condición *sine qua non* para que el contrato pueda empezar a surtir efectos. La causa que enfrentaba a las partes se debía a que aún habiendo sido seleccionada la ley española como Derecho aplicable al fondo de la controversia y en el propio contrato existía una cláusula que difería en la redacción francesa y en la española. La cláusula en discordia únicamente había sido redactada en la versión francesa y especificaba que el contrato podía ser unilateralmente anulado si la parte española no cumplía con un mínimo de ventas. Ocurre que el contrato era válido porque había recibido la aprobación del Ministro español de Industria, pero éste había validado exclusivamente la versión española del contrato que, por otra parte, era la única que se le había presentado. El hecho es que al no haberse aprobado específicamente la redacción francesa, el árbitro estimó que la cláusula de

laudo final de 19 de diciembre de 1989, *RCEA*, 1990, vol. VI, pp. 265-270; con nota de M. Checa Martínez, *ibid.*, pp. 270-274. *Lex Mercatoria*, Principio de buena fe y *Pacta sunt servanda*.

¹⁷⁸⁴ *Vid.*, los posteriores comentarios al laudo de la CCI, núm. 6142/1990, *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1039-1043, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1043-1046.

¹⁷⁸⁵ *Cf.*, *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1039-1043, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1043-1046.

rescisión por el mínimo de ventas no es válida al contradecir al orden público interno español relativo a los requisitos de aprobación de éste tipo de contratos.

554. Si bien, en este supuesto estamos de acuerdo con el fondo de la solución meticulosamente alcanzada por el árbitro no lo estamos con la forma. Se considera que la acertada aplicación de la ley española no debe obedecer a la consideración de orden público interno de la misma. Aunque así lo sea, ya se ha especificado que el deber del árbitro de respetar el orden público de la *lex contractus* se entiende referido al orden público estatal internacional o transnacional pero no al orden público interno a no ser en cumplimiento de estrictos criterios y cuando éste sea identificado con una ley de policía. La causa por la que aquí el requisito de la aprobación ministerial se impone al árbitro se debe a que dicho Decreto es una ley de policía de obligatoria aplicación al quedar directamente el contrato dentro de su ámbito de actuación. Discrepamos con que con carácter general el árbitro deba aplicar el orden público interno ajeno a la *lex contractus*. Sólo debe aplicar el orden público estatal internacional y el orden público realmente internacional. Y, con carácter especial, podrá aplicar las normas de intervención y las leyes de policía, siempre que éstas se encuentren especificadas como tales, por la práctica o por la doctrina, y cumplan estrictamente las condiciones de aplicación analizadas. Pero no un orden público interno genérico excesivamente apegado al foro elegido si no es porque estemos identificando éste con las normas de policía del foro de ineludible aplicación práctica por entrar el supuesto indiscutiblemente en su ámbito de actuación y por ser fuente esencial de contrariedad posterior al laudo internacional en un futurible recurso de anulación o en el reconocimiento y en la ejecución. Aún así, no en todos los casos se aplicaran las normas de policía internas a un supuesto internacional cuando las mismas contradigan, según el árbitro, a un orden público transnacional.

555. No obstante, otros autores muestran ciertas objeciones a lo aquí expuesto en éste punto. Para J.B. Racine no es el orden público internacional estatal del que el árbitro internacional se tiene que preocupar. Este se muestra ineficaz y tiene un papel secundario en el arbitraje internacional a no ser que dicho orden público internacional sea considerado

como un principio transnacional del orden público¹⁷⁸⁶. Apreciación, ésta última, con la que sin duda coincidimos en el sentido de reivindicar la necesaria sustitución de los tres niveles del orden público por la única acepción del orden público transnacional en el arbitraje privado internacional. Pero, la realidad práctica internacional es todavía muy distinta a ésta pretensión, lo que nos lleva a no despreciar la toma en consideración de cualquier nivel de orden público que sea susceptible de dañar la eficacia final del laudo arbitral internacional. El autor referido se muestra más radical y señala que la única hipótesis verdadera donde el orden público tiene vocación de intervenir en el procedimiento de arbitraje internacional es en el caso de la quiebra o de los procedimientos colectivos¹⁷⁸⁷.

556. Ciertamente es que la materia propia de los procedimientos colectivos interesa sobremanera al orden público y por supuesto a los terceros en un procedimiento arbitral. Únicamente un juez estatal puede “comenzar, vigilar y acabar con tal procedimiento a la vez que decidir sobre la admisión de créditos según el tipo de bienes del deudor, estando prohibido a los árbitros pronunciarse sobre las controversias que traten sobre las reglas de derecho de los procedimientos colectivos”¹⁷⁸⁸. Principio que fue planteado en particular por el asunto *Société Almira films c. Pierrel*, de 16 de febrero de 1989¹⁷⁸⁹, cuyas fórmulas fueron especificadas, unas semanas más tarde, en el asunto *Ganz*, resumidas de la siguiente manera: “Si los árbitros desconocen o ignoran las normas de orden público interno e internacional del derecho francés de la quiebra, tales normas deben ser anuladas”¹⁷⁹⁰. De modo similar a lo que ocurrió en el laudo de la CCI núm. 6697, de 26 de diciembre de 1990, *Casa c. Cambior*, paradigmático en materia de arbitraje y procedimientos colectivos,

¹⁷⁸⁶ Cf., J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre publico*, op. cit., p. 292. No obstante, en contra de Racine y en el mismo sentido que nosotros, coincidiendo en que el Tribunal arbitral está obligado por el orden público internacional, que no interno, del tercer Estado que no aparece reflejado en la *lex contractus*, cf., D. Hochstrasser, "Choice of law and "Foreign" Mandatory Rules...", loc. cit., p. 61.

¹⁷⁸⁷ Cf., *ibid.*, pp. 294-298.

¹⁷⁸⁸ Cf., E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", loc. cit., p. 17.

¹⁷⁸⁹ Cf., *Rev. arb.*, 1989, p. 711, con nota de L. Idot,

¹⁷⁹⁰ Se refiere en particular a cuando los árbitros desconocen el principio de suspensión de persecución o apertura de diligencias o de demandas individuales en materia de quiebra que es a la vez un principio de orden público interno e internacional, y no se constata la suspensión del procedimiento arbitral, *vid.*, la jurisprudencia citada por E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", loc. cit., p. 14.

y en la sentencia rendida el 27 de enero de 1993, asunto de la CCI, 6632/1993¹⁷⁹¹; y, recién, en el laudo parcial núm. 7337/1996¹⁷⁹².

557. En conclusión, los árbitros deben aplicar y no desconocer en ningún caso los principios de orden público internacional en relación con los cuales existe un amplio consenso en la comunidad internacional, se encuentren éstos o no especificados en la *lex contractus*¹⁷⁹³. También, se encuentran obligados al orden público estatal de terceros Estados. Sólo que en éste caso, se deben cumplir los requisitos de aplicación enunciados. La realidad es que aunque, en teoría, la aplicación de las normas imperativas y de terceros Estados por el árbitro internacional al fondo de una determinada controversia internacional es considerada como un principio internacional, en la práctica, la aplicación estricta de normas imperativas de terceros Estados es muy extraña¹⁷⁹⁴. Ello es porque generalmente se suele alegar o bien las leyes de policía o bien el orden público de un tercer país que pueda quedar afectado. Es decir, se utiliza el argumento específico de las leyes de policía o el genérico del orden público con más frecuencia que el recurso concreto a la violación de las normas de intervención o imperativas¹⁷⁹⁵. No hay que olvidar que el árbitro no es el guardián de ningún orden público estatal ni tampoco, por supuesto, el de ese hipotético tercer Estado, susceptible de quedar afectado. Sólo están obligados por el art. V del CNY,

¹⁷⁹¹ Sentencia arbitral inédita, comentada por E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, p. 17, donde el Tribunal arbitral con sede en Bruselas ha estimado que el procedimiento colectivo del cual hace causa la sociedad italiana demandada no es obstáculo para que el tribunal se pronuncie sobre una demanda de "security for costs" solicitada por la demandante y a título reconvenional para el caso en el cual la demanda principal fuese acogida por la propia demandada.

¹⁷⁹² *Cf.*, el laudo de la CCI núm. 7337/1996, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 149-161. Obligatoriedad de respetar el compromiso arbitral en caso de quiebra y no contrariedad con el orden público.

¹⁷⁹³ *Cf.*, el art. 2 de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional, sobre arbitraje de Estados y empresas extranjeras en la sesión de Santiago de Compostela de 12 de septiembre de 1989, *Anuario del IDI*, vol. 63, t. I y II, 1989, *Rev. arb.*, 1990, núm. 4, p. 932, con observaciones de Ph. Fouchard; también el *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, p. 233, con nota de A.T. Von Mehrem, y *vid., supra.*, Cap. I. IV. 2. C. a).

¹⁷⁹⁴ *Cf.*, P. Nygh, "Choice of forum and laws in international...", *loc. cit.*, p. 26, citándose a sí mismo en "The Reasonable Expectations of the Parties...", *op. cit.*, esp. pp. 279-390-397.

¹⁷⁹⁵ Correlativamente, en la fase de control, P. Mayer, observa que la mayor parte de las decisiones relativas al orden público publicadas en materia internacional conciernen a sentencias arbitrales internacionales acusadas de violar las leyes de policía francesas, *cf.*, P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, p. 640. La mayoría de ellas referidas al Derecho de la competencia, al control de las inversiones extranjeras, al Derecho económico y monetario y a los efectos de la quiebra, *cf., ibid.*, las sentencias que cita de cada una de ellas.

que le guía en el deber intrínseco de responsabilidad y de hacer el laudo ejecutable¹⁷⁹⁶. Lo que implícitamente dota a los árbitros de una nueva obligación de “tomar en consideración” el orden público interno de terceros Estados, muchas veces más fácilmente localizado a través de sus normas de policía, para comprobar los efectos que éstos pudieren tener sobre el contrato objeto de decisión en la controversia que por ellos está siendo dirimida en el caso concreto¹⁷⁹⁷.

¹⁷⁹⁶ Cf., P. Nygh, *ibid.*, pp. 26-27.

¹⁷⁹⁷ Así afirmado, citando dos ejemplos prácticos, J.A. Pérez Bevia, "Algunas consideraciones...", *loc. cit.*, p. 96, remitiéndose a la vez a las observaciones de Y. Derains a los laudos de la CCI, núm. 2216/1974, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 111-112 y núm. 2216/1974, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 105-108, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 108-110.

-FASE POST-ARBITRAL-

CAPÍTULO V

**EL ORDEN PÚBLICO EN EL CONTROL JUDICIAL DEL
LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL**

I. La cláusula de orden público como mecanismo de control al laudo

1. FASE POST-ARBITRAL

A) Orden público: confianza entre justicia pública y privada

558. Es en la fase post-arbitral donde trasciende con mayor intensidad la problemática subyacente entre el orden público y la institución arbitral, la de la propia avenencia y compatibilidad entre ambas formas de justicia trasunta de la confianza real existente entre las dos instituciones¹⁷⁹⁸. El problema del orden público en el arbitraje privado internacional es, en definitiva, el reflejo de una importante cuestión de confianza entre la justicia pública y la justicia privada en el tráfico *intra* y *extra* fronterizo de las transacciones privadas¹⁷⁹⁹. Si nos remontamos a sus orígenes, hay que recordar que las relaciones entre ambas se erigieron en clave de un pacto de confianza donde, por un lado, los Estados consintieron el compartir su poder judicial cediendo poco a poco al arbitraje aquellos ámbitos materiales especialmente protegidos por el orden público y las normas materiales imperativas¹⁸⁰⁰; mientras que, por el otro lado, los árbitros se fueron haciendo merecedores de la credibilidad en ellos depositada e incluso consiguieron aumentarla, gracias al ejemplar equilibrio realizado entre las pretensiones

¹⁷⁹⁸ De manera similar, aunque centrado en la arbitrabilidad de las controversias, se destaca que a través de la cuestión de la arbitrabilidad en materias de orden público y su control en la fase judicial se manifestaba uno de los problemas cruciales del arbitraje, “*celui de la coexistence de la justice arbitrale et de la justice étatique*”, cf., P. Mayer, “La sentence contraire...”, *loc. cit.*, p. 616.

¹⁷⁹⁹ Destacando la importancia de mantener un clima de confianza judicial para favorecer el arbitraje, nuestra doctrina señala que detrás de la ineficacia del desarrollo contemporáneo del arbitraje en España, “*late un clima, tanto legislativo como interpretativo, de desconfianza hacia una institución tradicionalmente considerada intrusista en el ámbito jurisdiccional, a tratar con la necesaria rigidez dado su carácter excepcional*”, cf., J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988...”, *loc. cit.*, pp. 304-305. De ahí, el porqué del escaso éxito que tiene nuestro país para ser sede de arbitrajes internacionales y una de las causas fundamentales de que, en la actualidad, se abogue por una reforma de la Ley de arbitraje.

¹⁸⁰⁰ *Vid., supra.*, en la introducción, el pacto implícito basado en la confianza sobre el que se cimentó el despegue de la institución arbitral como alternativa a la forma de justicia estatal y la evolución posterior conforme a la cual los Estados fueron ganando credibilidad en el arbitraje hasta posibilitar la liberalidad de la que disfruta el arbitraje en la actualidad. En concreto, sobre la cesión a la arbitrabilidad de ámbitos materiales especialmente delicados para la soberanía nacional y particularmente afectados por normas materiales imperativas, cf., T. Bernd von Hoffmann, “International Mandatory Rules...”, *loc. cit.*, pp. 16-22, esp. p. 20.

de las partes y el respeto de las normas fundamentales que bajo el límite del orden público y las normas materiales imperativas exigían ser garantizadas. Por ello, no es de extrañar que en la fase final se haya de examinar el estado actual de dicha confiabilidad desde la perspectiva de la valoración de la misma en sede judicial, siendo la excepción o, ahora sí, la cláusula de orden público la que nos pone de relieve su compatibilidad¹⁸⁰¹. Sin que deba ser el arbitraje puesto en peligro por la mera existencia de la fase de revisión judicial¹⁸⁰².

559. Es el orden público el termómetro que mide la temperatura del clima de confianza entre el arbitraje privado, interno e internacional, y la justicia estatal. Por otra parte, también genera una importante seguridad en la propia institución de arbitraje gracias a las garantías que éste ofrece a sus propios participantes y a la comunidad, en general, en el sentido de que la justicia arbitral a pesar de ser privada nunca llegará a ser privatizada. Debe estar garantizada y limitada por el mínimo control que supone el orden público a la actuación de los árbitros que sólo en ocasiones ciertamente excepcionales pudieran verse envueltos en un error, bien, por acción, al aplicar incorrectamente los criterios de orden público, o bien, por omisión, por no haber aplicado el orden público y las normas imperativas en casos que lo requerían. Incluso, los fallos pueden provenir de aquellos supuestos, también inusitados, en los que los árbitros se vean implicados en una situación de parcialidad, ilegalidad, corrupción, tráfico de influencias, o bajo la acción de partes especialmente poderosas que pretendan desvirtuar la justicia arbitral en beneficio de sus intereses particulares amparándose en la aparente ausencia o disminución del control que sólo a modo de espejismo parece posibilitarse en la etapa globalizadora actual¹⁸⁰³. Se trata, como señalaba B. Oppetit, de evitar la banalización del arbitraje internacional a través de las mínimas garantías de los

¹⁸⁰¹ Dada la naturaleza de ambas instituciones, una privada, arbitraje y otra pública, justicia estatal, es quizás inevitable que ambas entren en conflicto. Aunque tanto los tribunales arbitrales como los judiciales actúen en la misma controversia, cada uno en el nivel que le corresponde y ambos en colaboración, la estructura y los propósitos de ambas son distintos y la utilización de la excepción de orden público pone de relieve esas diferencias, *cf.*, A.J. Berlowe, "Judicial Deference to Grievance Arbitration in the Private Sector...", *loc. cit.*, pp. 801-802.

¹⁸⁰² Causa por la que se aboga por una visión estricta o limitada de la cláusula de orden público, *cf.*, M.A. Bedikian, "Riding on the Horns of a Dilemma: The Law of Contract v. Public policy...", *loc. cit.*, p. 720.

¹⁸⁰³ *Vid., supra.*, en el Cap. I, dentro de la problemática actual en el marco arbitral internacional, el apartado dedicado a la globalización en el arbitraje internacional y las consideraciones allí referidas.

mecanismos de control, y en especial, del orden público internacional o, mejor aún, auténticamente internacional¹⁸⁰⁴.

560. En la fase judicial o post-arbitral, el papel del orden público es más visible y adquiere una función dual. Por un lado, examina si se ha respetado el lugar que la justicia estatal accede a compartir con la justicia arbitral, esto es, la cuestión de la arbitrabilidad examinada en la fase negocial. Y, por el otro lado, reafirma los límites que no puede traspasar la función arbitral derivados de la actuación de los árbitros en la fase central¹⁸⁰⁵. Basta con que queden fijados los límites del orden público en el arbitraje para delimitar los contornos de su propia institución y donde mejor se observa la delimitación del control es en la fase actual¹⁸⁰⁶. De este modo, son los propios jueces y tribunales nacionales los que coadyuvan a la solución del que, en la actualidad, es considerado el reto principal de la institución arbitral. El de definir, sobre la base del orden público, los límites necesarios para proteger su autonomía y consolidar el lugar que ocupa la justicia arbitral en armonía con la justicia estatal¹⁸⁰⁷. Como dijimos, la investigación describe un movimiento circular que al llegar a esta fase debe cerrar el círculo volviéndose a conectar con muchos de los aspectos esenciales vistos en el resto de las etapas que ahora deben quedar circunscritas¹⁸⁰⁸. En este sentido, será inevitable reiterar alguno de los puntos enunciados con anterioridad para ver cómo son acotados a través de la cláusula de orden público en la fase post-arbitral.

¹⁸⁰⁴ Un mínimo límite ético y moral del orden público en el arbitraje, aunque sólo sea para prevenir los abusos que se pudieran derivar de los poderes fácticos, debe siempre estar garantizado en la institución de arbitraje internacional, *vid.*, una de las obras póstumas de B. Oppetit, que apuntala el límite del orden público en la etapa de la globalización comercial, *Théorie de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 1-127; donde con un pesimismo "lúcido", como señalan los prologistas, D. Bureau y D. Cohen, el autor destaca el peligro de la pérdida de la ética y de la banalización del arbitraje como instrumento de justicia en el mercado actual.

¹⁸⁰⁵ En palabras de P. Mayer, el doble papel que aquí juega el orden público, es el de marcar el lugar que la justicia estatal consiente en compartir con la justicia arbitral y el de reafirmar el límite de distancia que aquella tolera de ésta cuando la permite funcionar, *cf.*, "La sentence...", *loc. cit.*, p. 616.

¹⁸⁰⁶ *Cf.*, J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, "Propuesta de reforma de la Ley 36/1988...", *loc. cit.*, pp. 303-359, esp. p. 305, núm. 3.

¹⁸⁰⁷ *Cf.*, R.J. Sever, "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy...", *loc. cit.*, p. 1697.

¹⁸⁰⁸ Cumpliéndose así la trayectoria descrita en la introducción.

B) Delimitación del control

a) Nacionalización del control: estereotipos

561. El hecho objetivo que no podemos obviar es que aunque los Estados hayan cedido cada vez más espacio al desarrollo del arbitraje internacional, la regulación de la normativa que va a regir la institución arbitral, la evaluación de la práctica arbitral asociada a la misma y, en especial, su control, se realiza en sede estatal. A excepción de algunas instituciones, como el CIADI, y el Proyecto de la OHADA, que disponen de sus propios mecanismos de control en sede arbitral¹⁸⁰⁹. El control de los laudos arbitrales internacionales a través de la valoración del orden público también se llevará a cabo mediante una “nacionalización” del mismo por parte del juez o tribunal que decide en un foro determinado¹⁸¹⁰. Se vuelve a poner en tela de juicio el conflicto de intereses que subyace entre los Estados y la autonomía de la voluntad de las partes a través del orden público y del arbitraje. Los primeros se consideran obligados a controlar los laudos arbitrales con los que tengan algún vínculo estrecho de conexión o por los que se sientan en mayor o menor grado afectados, y para ello utilizan dos modalidades de control. La primera obedece a que el arbitraje se haya desarrollado en su sede y se presente ante ellos un recurso de anulación y, la segunda, responde a que es en su

¹⁸⁰⁹ *Vid.*, la defensa de éstos métodos de control propios para el arbitraje en sede arbitral que realiza Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité...", *loc. cit.*, p. 671. Y, en concreto, para una mayor información sobre el proyecto de la Organización para la Armonización en Africa del Derecho de los Negocios, que en francés se corresponde con las siglas de la OHADA "*Organisation d'harmonisation du droit des affaires en Afrique*", los objetivos en cuanto a establecer un procedimiento de arbitraje y un control propio, así como el de hacer un Acta Uniforme en materia de arbitraje expuestos por F. Camara, "Le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal...", *loc. cit.*, pp. 45-57; y, Ph. Leboulanger, "L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique", *loc. cit.*, pp. 541-593.

¹⁸¹⁰ Destacando que el control está fundado en la nacionalización realizada a partir de consideraciones internas o internacionales pero, a fin de cuentas, meramente estatales, *cf.*, C.M. Schmitthoff, "Finality of Arbitral Awards and Judicial Review", J.D.M. Lew (ed.), *Contemporary Problems...*, *op. cit.*, pp. 230-241, esp. p. 231. Autor que, en todo caso, defiende la necesidad de tomar más en consideración los criterios de justicia transnacionales.

En contra, J.C. Fernández Rozas, "Comentario al art. 56", *op. cit.*, pp. 797-841, esp. p. 802, quién destaca la nacionalización del control dado que, en la actualidad, no estamos preparados para prescindir de los sistemas jurídicos nacionales de los cuales se depende como instrumento básico para la ejecución de las sentencias arbitrales, por lo que hay que descartar al Derecho transnacional y la *lex mercatoria* de la sociedad internacional de los comerciantes por no ser lo suficientemente completa para que el arbitraje privado internacional pueda ampararse en ella.

territorio donde se pretende homologar la sentencia arbitral internacional a través de un procedimiento de exequátur¹⁸¹¹.

562. De otro lado, las partes que se han dirigido al arbitraje con la voluntad clara de que el Estado intervenga lo menos posible en sus asuntos privados encuentran en el control judicial del laudo un ataque directo a las pretensiones que desde un principio les hicieron recurrir al arbitraje. El entendimiento del control judicial nacional del laudo arbitral internacional, específicamente limitado por el orden público, supone una vuelta al difícil equilibrio de encontrar una armonía entre la voluntad de los Estados, naturalmente llamados a controlar el laudo al que tradicionalmente han considerado un intruso, no sólo por ser internacional o extranjero, sino por provenir de otra forma de justicia no-estatal; enfrentándose, por el otro lado, con la voluntad inicial de las partes de escapar, no sólo del control nacional del laudo, sino también de aquel de la propia justicia pública, en todos los sentidos, a través del mecanismo que supone el recurso al arbitraje privado¹⁸¹². En éste último aspecto, el control judicial puede desalentar a los usuarios del arbitraje, o potencialmente a toda la comunidad de empresarios y operadores internacionales susceptibles de ser sus posibles destinatarios, de acudir al mismo¹⁸¹³.

563. No obstante, el alarmismo que tradicionalmente viene siendo argumentado a este respecto, desde un punto de vista estrictamente teórico, nada tiene que ver con lo que realmente ocurre en la práctica judicial relativa a la fase en la que nos encontramos. Para observarlo, cabe delimitar esta etapa señalando las condiciones que se deben dar para que la misma tenga lugar y desechar los falsos estereotipos que en relación con el orden público son utilizados de manera reincidente sin que obedezcan en absoluto a la

¹⁸¹¹ Sobre las necesidades de control en ambos supuestos en los que el laudo presente una relación que afecte de manera especial a un país determinado, el de la sede o aquel donde deba plantearse el recurso de anulación y/o el del exequátur, *cf.*, L. Idot, "Rapport introductif. Judicial Control of the Arbitral Award", *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, pp. 273-282, esp. p. 275.

¹⁸¹² La opción entre el mismo equilibrio que implica optar entre los Estados y las partes en relación con la admisibilidad de la renuncia al recurso judicial contra el laudo en el arbitraje internacional ha sido contrastada por M^a.V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, pp. 111-114, esp. p. 111.

¹⁸¹³ Es por ello, que tras observar este conflicto de intereses, A. Samuel, fundamenta su obra sobre la base de un estudio de las legislaciones de arbitraje recurriendo al método comparado, para intentar enfocar cuáles son los caminos a través de los cuales la eficiencia y la calidad del arbitraje puede llegar a mejorarse, *cf.*, *Jurisdictional Problems...*, *op. cit.*, p. 18.

realidad práctica del arbitraje en un contexto internacional. En primer lugar, existen datos estadísticos fiables de que la utilización de los mecanismos de control de los laudos arbitrales internacionales por parte de los jueces y tribunales nacionales es realmente escasa. En segundo lugar, es una contradicción el argumento de que las partes se encuentran desengañadas ante un posible control judicial inesperado, ya que en los casos en los que éste ocurre son ellas mismas las que lo invocan y además, en la actualidad, existen instrumentos mediante los cuales se les permite a las propias partes que renuncien anticipada y voluntariamente a dicho control mediante la permisividad de la renuncia de los recursos al laudo arbitral internacional en determinados sistemas¹⁸¹⁴. Y, en tercer lugar, cuando los jueces estatales se convierten inevitablemente en la aduana de los laudos arbitrales internacionales, muy pocas veces han tenido motivos para anular o rechazar el reconocimiento de los mismos. Lo cual es una prueba de la buena actuación de los árbitros internacionales en las fases precedentes y, sobre todo, en lo que se refiere a la confirmación fáctica de que los árbitros internacionales son especialmente diligentes en conseguir la eficacia de las sentencias arbitrales sin violar el orden público transnacional ni el internacional de los Estados afectados.

564. Para contrastar estas afirmaciones, merece la pena traer a colación una reflexión que aun siendo de sobra conocida por todos no resulta aquí irrelevante puesto que aporta datos esclarecedores sobre el funcionamiento de la excepción de orden público en la fase post-arbitral y el verdadero significado e importancia que debe dársele desde la situación fáctica actual. Hay que destacar, que no por ser ésta la última fase necesariamente tiene que ser la etapa final y tampoco es imprescindible que su desarrollo deba de llevarse a cabo. Perfectamente es posible ignorar el análisis de la fase post-arbitral en el caso en que el laudo internacional sea acatado libremente por las partes¹⁸¹⁵. Fundamentalmente, claro está, por la parte condenada por la sentencia arbitral internacional que comprensiblemente es la que plantea mayores problemas de cara a no

¹⁸¹⁴ *Vid., infra.*, un estudio más concreto sobre la renuncia a los recursos y el orden público.

¹⁸¹⁵ Entre las numerosas obras que comienzan subrayando que ésta fase puede llegar a no darse, *vid., per ognis*, el apartado IV del Capítulo XVII, dedicado al “Arbitraje comercial internacional”, redactado por V. Cuartero Rubio, “Control del laudo arbitral”, *Derecho del Comercio Internacional*, cap. XVIII, J.C. Fernández Rozas, (ed.), *op. cit.*, pp. 494-500, esp. p. 494, donde se señala que los casos problemáticos donde se precisa la actuación judicial en la fase post-arbitral es en aquellos en los que la parte condenada impugna el laudo a través de un recurso de anulación o se oponga a la solicitud del reconocimiento y ejecución del laudo por la parte favorecida en un tercer Estado.

aceptar la ejecución volitiva de un fallo que le perjudica. Supuesto de no cumplimiento voluntario de los laudos arbitrales internacionales o extranjeros que la propia práctica del arbitraje internacional y la jurisprudencia asociada a la misma se ha encargado de desmentir o, al menos, de aminorar sus consecuencias de un modo ciertamente satisfactorio para la Institución arbitral.

565. El buen hacer de los árbitros en la diligencia y respeto que ponen en satisfacer las exigencias de orden público de los Estados susceptibles de verse implicados en la controversia objeto de su decisión ha contribuido enormemente a evitar los contenciosos judiciales en la fase de control y a fomentar la ejecución espontánea de los laudos por ellos dictados¹⁸¹⁶. Ello se debe a que la justicia arbitral, curiosamente decida ésta en Derecho o en equidad, es comparativamente más minuciosa en el desarrollo del procedimiento y en la fundamentación del laudo que la justicia estatal¹⁸¹⁷. Lo que, por otra parte, es una de las causas del mantenimiento de la buena reputación del arbitraje internacional¹⁸¹⁸. La eficacia del laudo depende de que el desarrollo del arbitraje haya sido seguido convenientemente para que no sea fácil encontrar motivos que den lugar a una contestación de la sentencia arbitral. Colofón del especial cuidado en el que tanto se ha insistido en el estudio de las dos fases precedentes en el respeto de los árbitros por las normas imperativas y el orden público de los Estados afectados, donde en todo momento ha imperado la máxima impuesta al árbitro internacional del

¹⁸¹⁶ *Vid., supra.*, Cap. IV, el respeto que manifiestan los árbitros en el Derecho aplicable al fondo de la controversia, en la fase arbitral, y, en su caso, la aplicación por éstos del orden público de los Estados con los que la controversia presente algún vínculo estrecho, siguiendo directrices similares a las que utilizan los jueces en la obligación de respetar las normas imperativas y el orden público marcadas por las pautas establecidas en el Convenio de Roma, que consiguen evitar problemas posteriores a la hora de hacer el laudo ejecutable.

¹⁸¹⁷ En las fases precedentes se han observado numerosos laudos donde la fundamentación de los árbitros era asombrosamente minuciosa y exhaustiva. Hay que recordar, por ejemplo, los laudos de la CCI, algunos de ellos, en los que el árbitro se reconoció incompetente para decidir sobre una controversia internacional en Derecho del trabajo, en el laudo núm. 2558/1976, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 952-957. También, en español, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 189-195. En nuestro ordenamiento, un ejemplo reciente donde se aprecia una muy cuidada fundamentación jurídica, elogiada por el propio tribunal decisor del recurso de anulación interno, en el laudo dictado en equidad por el árbitro único, D. José Carlos Fidel Eduardo Fernández Rozas, se observa en la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª), de lo Civil, de 27 de abril de 1998, con nota de E. Artuch Iriberry, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 192-199.

¹⁸¹⁸ Una vez más, sobre la buena reputación que se ha tenido que ganar el arbitraje a pulso, no sólo en éste aspecto sino como forma privada de justicia, en general, *cf.*, B. L. Benson, *Customary Law as a Social Contract...*, *op. cit.*, pp. 9-10.

deber moral de hacer el laudo ejecutable impregnado por el *favor executionis* destinada a conseguir la eficacia final del laudo¹⁸¹⁹.

566. Como se puede constatar, el objetivo perseguido de la eficacia es una muestra más de cómo todas las fases del arbitraje están interrelacionadas. La eficacia de cada una de ellas, desde el convenio hasta el laudo es decisiva para conseguir la eficacia final, que en caso de control es el último obstáculo que la sentencia arbitral internacional tiene que superar. En este sentido, es fundamental destacar que en el arbitraje internacional el entendimiento del control del orden público de los jueces y tribunales de los distintos Estados es más atenuado que el que éstos realizan sobre decisiones judiciales extranjeras¹⁸²⁰. De tal manera, cabe afirmar que es más fácil ejecutar un laudo arbitral internacional que una sentencia judicial extranjera¹⁸²¹. Lo que, nos lleva a que el control del orden público de evicción también es más restringido para los laudos arbitrales internacionales que para las sentencias judiciales¹⁸²².

b) *Incidencia real del control*

567. Las estadísticas hablan por sí solas dando como resultado cifras altamente positivas en relación con la ejecución espontánea de las sentencias arbitrales

¹⁸¹⁹ Evidenciando que la eficacia en el procedimiento de arbitraje se encuentra íntimamente vinculada con la eficacia del laudo final, *vid.*, el resumen de Ph. Fouchard, sobre los trabajos del ICCA Congress de 1998, "Suggestions pour accroître l'efficacité internationale...", *loc. cit.*, pp. 655 y ss, y toda la bibliografía y jurisprudencia allí citada. En un sentido muy similar, destinado a conseguir la eficacia de los laudos arbitrales internacional, *vid.*, el trabajo, dos años antes, de B. Leurent, "Réflexions sur l'efficacité internationale des sentences arbitrales", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1996, pp. 181-208.

¹⁸²⁰ Así lo constata, entre otros autores, P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, p. 631, centrado, con especial insistencia, en la posibilidad de atenuar el control judicial a los laudos arbitrales en relación con la función que juega el orden público de evicción respecto a las sentencias judiciales extranjeras. Efecto atenuado, que ha sido destacado por la mayoría de la doctrina, *cf.*, A. Prujiner, "Champ du contrôle du juge national sur les sentences arbitrales internationales", *loc. cit.*, pp. 283-293, esp. p. 291. En contra, ha sido criticado por L. Idot, porque su aplicación no permite establecer una línea sólida en cuanto a la apreciación de criterios de control de orden público interno, internacional o transnacional en el arbitraje internacional que sean de utilidad para establecer criterios de previsibilidad en cuanto al control, *vid.*, L. Idot, "Rapport introductif...", *op. cit.*, pp. 273-282.

¹⁸²¹ Afirmación realizada por E. Gaillard, "*Il n'est pas excessif d'affirmer qu'une sentence arbitrale est souvent plus facile à exécuter qu'une décision émanant d'une juridiction étatique étrangère*", *cf.*, "Arbitrage commercial international: Sentence arbitrale. Contrôle étatique...", *loc. cit.*, pp. 1-17, esp. p. 2.

¹⁸²² *Vid.*, *supra.*, Cap. I, relativo a la tipología conceptual en cuanto a las diferencias en la consideración del orden público como cláusula de excepción en la función de evicción, mucho más restringida para los laudos internacionales que las consideraciones tradicionales del DIPr para las sentencias judiciales internacionales.

internacionales en un ámbito universal globalizado. Los últimos estudios realizados al respecto muestran que más del 80% de los laudos arbitrales internacionales son ejecutados espontáneamente por los compromisarios que en su día recurrieron al arbitraje¹⁸²³. Lo que implica la innecesariedad de control del laudo por las autoridades nacionales y, en consecuencia, la confirmación de que el estudio de la fase post-arbitral no dejaría en estos casos de ser superfluo. Más aún, cuando la cifra antedicha se eleva a un 90% de ejecuciones espontáneas de laudos internacionales si circunscribimos el ámbito de la ejecución a aquellas sentencias arbitrales rendidas bajo la égida de la CCI¹⁸²⁴. Por lo que, *sensu contrario*, si única y exclusivamente la etapa actual de control judicial tiene lugar ante un no-cumplimiento voluntario del laudo arbitral internacional, nuestra investigación se verá drásticamente reducida al análisis del 20 o el 10 por ciento de los casos restantes, donde las propias partes o los jueces nacionales planteen problemas en cuanto a la validez o la ejecución de los laudos asignados. Pero es que, además, dentro de éste último escaso margen porcentual de los laudos arbitrales que no se ejecutan voluntariamente, más del 90% son finalmente favorables a la ejecución de sentencias arbitrales internacionales¹⁸²⁵.

568. Existe, pues, un importante exponente indicativo de que no sólo la fidelidad de las partes por cumplir el compromiso arbitral hasta las últimas consecuencias y ejecutar voluntariamente el laudo dictado ha contribuido a reducir el papel de control de los laudos, sino que el buen hacer de los árbitros lleva a que en los escasos supuestos en los que la sentencia es impugnada ante un juez estatal ésta no prospere. Los datos no pueden ocultar la alabanzas que en este sentido es de justicia dedicar a la institución arbitral. Los jueces privados no dan motivos para que la sentencia sea rechazada,

¹⁸²³ Datos que aporta y reitera J.B. Racine, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, p. 234 y p. 438.

¹⁸²⁴ Refiriéndose al estudio realizado por S. Jarvin, "L'exécution des sentences arbitrales de la CCI", *L'exécution des sentences arbitrales*, publ. CCI núm. 440/6, 1996, p. 11, donde en sus conclusiones señala que más del 90% de las sentencias arbitrales rendidas bajo la égida de la CCI son ejecutadas espontáneamente, *cf.*, *ibid.*, J.B. Racine, p. 438, nota núm. 3, y el resto de los estudios jurisprudenciales allí citados que corroboran el éxito de la ejecución voluntaria de los laudos arbitrales internacionales sin necesidad de llegar a ser controlados en sede judicial. Estadísticas del amplio éxito obtenido por la CCI, actualizadas en la documentación entregada por K. González Arrocha, "La Corte Internacional de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional de París", XI Curso europeo de verano sobre *Arbitraje Comercial Internacional*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 14 de julio de 1999, pp. 5-15, esp. p. 9.

¹⁸²⁵ Datos extraídos del *Year. Comm. Arb.*, contrastados por Ph. Fouchard, *cf.*, "Suggestions pour accroître l'efficacité...", *loc. cit.*, p. 656.

pudiéndose calificar su actuación, en líneas generales, de sobresaliente. Sobre la base de esta consolidación y eficacia en el arbitraje internacional uno de los grupos de trabajo del *ICCA Congress* en 1998 se planteaba si se puede perseguir aún más efectividad en el sentido de aspirar a una efectividad del 100%. Objetivo que no se considera recomendable puesto que, según los criterios del grupo de expertos, no todos los arbitrajes son lo suficientemente buenos para que sean ejecutados. Como señalaba B.M. Cremades, “*el arbitraje vale lo que vale el árbitro*”¹⁸²⁶, y evidentemente ni todos “valen” lo mismo en cuanto a su experiencia jurídica, su especialización y su capacidad de juzgar se refiere, ni todos los arbitrajes son iguales. El árbitro es humano, por lo que puede que alguna vez se equivoque. Resulta un tanto presuntuoso e irreal aspirar a una efectividad del 100% en el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales¹⁸²⁷. Habiendo sido, pues, indirectamente confirmada la necesidad del control del orden público frente a los posibles fallos o imperfecciones que en toda lógica pueden cometer los árbitros¹⁸²⁸.

569. El ámbito de trabajo se encuentra así cada vez más reducido y acotado en esta fase si además tenemos en cuenta dos aspectos que delimitan aún más el control del orden público. El primero, es que fieles al objeto de nuestro tema de estudio, dentro del reducido porcentual restante de las sentencias relativas a los controles al laudo, sólo se deberán analizar aquellas causas en las que el motivo de control de la sentencia arbitral internacional sea el orden público, viéndose así el radio de acción aun más restringido. La práctica confirma, además, que a pesar de que el art. V. 2 a) y b) CNY sea el más invocado por las partes es, a la vez, el aplicado con mayor cautela por los tribunales estatales, por lo que de hecho una impugnación por motivos de inarbitrabilidad de la materia o por motivos de orden público extrañamente llega a ser efectiva¹⁸²⁹. El segundo

¹⁸²⁶ Cf., B.M^a. Cremades, “El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada”, *loc. cit.*, p. 1537.

¹⁸²⁷ *Ibid.*, el resumen de Ph. Fouchard, pp. 656-657, que señala que los árbitros internacionales no son infalibles por lo que los esfuerzos por conseguir una efectividad del 100% son vanos e infructuosos. Proyecto de conseguir la eficacia en la ejecución de las sentencias arbitrales complementado por el trabajo de J. Paulsson, “L’exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain”, *Rev. arb.*, 1998, núm. 4, pp. 637-653.

¹⁸²⁸ *Vid., infra.*, la necesidad de control del orden público ante los fallos de la liberalización.

¹⁸²⁹ Según E. Gaillard, en los 112 decisiones en las que se ha invocado el orden público en 20 años de aplicación del CNY, sólo tres han rechazado dar reconocimiento al laudo arbitral internacional por violación del orden público, y de éstas tres decisiones dos están fundadas en la inarbitrabilidad de la materia, *cf.*, “Arbitrage commercial international: Sentence arbitrale...”, *loc. cit.*, pp. 1-17, esp. pp. 15-16,

aspecto es que nuestro propósito no es el de hacer un análisis de la actuación de los jueces y tribunales estatales tomando como referencia la práctica comparada en su conjunto, sino que la perspectiva que vamos a adoptar se circunscribe al punto de vista del juez español cuando éste es el juez de control únicamente en los casos en los que el orden público se encuentre afectado, tanto si el tribunal nacional es el juez del laudo, en el recurso de anulación o, si es el juez del exequátur, en el reconocimiento y ejecución¹⁸³⁰.

570. En la delimitación del control del orden público en el ámbito judicial español se ha de señalar, previo a un análisis más exhaustivo del mismo, que siguiendo con la enunciada tendencia internacional, en nuestro país, es habitual el recurso mimético a la cláusula de orden público en los procedimientos de control al laudo tanto internacional como interno. En la práctica reciente del recurso de anulación la doctrina se ha llegado a lamentar porque el orden público como causa de contravención al laudo es una alegación “demasiado frecuente” en los recursos ante nuestros tribunales de las sentencias arbitrales¹⁸³¹. Del mismo modo, en el procedimiento de reconocimiento y ejecución más de una vez se ha seguido en ésta línea, poniéndose de manifiesto la falta de necesidad de reconducir todos los causales contenidos en el art. V CNY al orden público¹⁸³². Datos que, en cierta manera, prueban que el excesivo uso del causal del

donde muestra los datos estadísticos y las tres únicas sentencias donde el orden público ejerció para rechazar la eficacia de las mismas, p. 16. Del mismo modo, señalando que el orden público es el motivo más invocado por las partes pero el más respetado por los tribunales estatales, de manera que por mucho que se invoca por las primeras, los segundos no consideran en casi ninguna ocasión que éste ha sido violado, *cf.* S. Crepin, “Le contrôle des sentences arbitrales par la Cour d’appel de Paris depuis les réformes de 1980 et 1981”, *Rev. arb.*, 1991, núm. 4, p. 521.

¹⁸³⁰ A diferencia del resto de las fases analizadas donde se ha venido examinando la actuación del árbitro internacional sin circunscribir, lógicamente, su actuación a la de ningún foro determinado, pues, como ha sido tantas veces repetido, el árbitro internacional carece del mismo. En ésta última etapa, aunque se seguirá haciendo referencia al panorama comparado en cuanto al control judicial del laudo internacional, las principales impresiones se dedicarán a la actitud del juez español cuando sea él el juez de control. En consecuencia, el ámbito territorial de estudio se ve en esta fase necesariamente reducido y circunscrito al papel que en relación con el orden público tienen nuestros jueces y tribunales.

¹⁸³¹ Tal y como ha sido puesto de relieve en el comentario a la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª), de lo Civil, de 27 de abril de 1998. Trasunto del comentario de E. Artuch Iriberry a la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª), de lo Civil, de 27 de abril de 1998, con nota de E. Artuch Iriberry, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 192-199, esp. p. 197.

¹⁸³² Así, en decisiones también recientes se ha observado en las anotaciones y comentarios a Autos y sentencias jurisprudenciales el recurso mimético al orden público en el procedimiento de reconocimiento y ejecución, *vid.*, por ejemplo, los comentarios realizados por la autora de éstas páginas al Auto TS (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 1998. *Gull Diagnostics, S.A. c. Landerdiagnóstico, S.A.*, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 222-224, con nota, *ibid.*, pp. 224-22; y, al Auto TS (Sala de lo Civil), de 9 de

orden público en los mecanismos de control es un resquicio significativo de que la desconfianza a la institución arbitral todavía no ha desaparecido¹⁸³³. A falta todavía de una verdadera cultura arbitral en este sentido y en contra de la desaparición del control propugnada en las fases anteriores se aboga por un incremento de los mecanismos de colaboración que realmente funcionen entre jueces y árbitros especialmente evidenciados en la fase de control¹⁸³⁴.

571. Las principales reflexiones que se verterán en esta última etapa irán, pues, encaminadas a resolver la problemática que derivada de las fases precedentes sólo encuentra su reflejo a través del mecanismo de control del orden público. Es a través de la apreciación del mismo por el juez estatal donde comienza la evaluación de su actuación en el procedimiento arbitral anteriormente prevenido, seguido y, en su caso, aplicado, en la fase negocial y arbitral. Muchos de los planteamientos antedichos deberán ser aquí repetidos sólo que tratados desde un punto de vista diferente al prisma anteriormente analizado, donde el protagonista indiscutible había sido el árbitro internacional. A partir de ahora la perspectiva que se habrá de examinar corresponde al punto de vista de los jueces y tribunales nacionales a través del examen que éstos hacen de las normas que gobiernan la arbitrabilidad de las materias objeto de arbitraje cuando

junio de 1998. *Breakbulk Marine Services Limited c. Nervacero, S.A.*, RCEA, vol. XIV, 1998, pp. 237-241, con nota, *ibid.*, pp. 241-244.

¹⁸³³ Siguiendo con el comentario de E. Artuch Iriberry, a la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª), de lo Civil, de 27 de abril de 1998, que viene a señalar de manera nítida que la eliminación de la desconfianza hacia la institución arbitral pasa por eliminar la proliferación excesiva de los recursos de anulación basados en el causal del orden público que, además, desvirtúa la verdadera naturaleza del arbitraje, *id.*, *loc. cit.*, p. 197.

¹⁸³⁴ Una llamada a la coordinación, en éste sentido, como esperanza de colaboración entre jueces y árbitros ha sido reflejada en la anotación de la Sent. precitada, *id.*, *loc. cit.*, p. 197. En España, se quiere poner en marcha, en Madrid y en Barcelona un experimento piloto donde colaboren los árbitros y los jueces. Se necesita una autorización del Consejo Judicial del Poder Judicial para que de la misma forma que hay Juzgados de Familia, existan juzgados especializados en temas de arbitraje. Así podrá existir una jurisprudencia unánime, sobre todo en aras de la colaboración entre jueces y árbitros, por ejemplo, para solucionar cláusulas patológicas, medidas cautelares, el entendimiento del laudo arbitral que viole los principios generales del Derecho y los contenidos del orden público internacional, etc. El problema, a fin de cuentas, viene a reflejar que en España no hay una verdadera cultura arbitral, existe todavía una cuestión de desconfianza hacia el árbitro y hacia la institución arbitral, que espera ser mitigada con la puesta en marcha de proyectos como el que acaba de ser explicado, expuesto por B.M.ª Cremades, "El arbitraje laboral en España", XI Curso europeo sobre *Arbitraje Comercial Internacional*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 13 de julio de 1999, y la mencionada reforma de la ley de arbitraje en España, *vid.*, J.C. Fernández Rozas, y E. Artuch Iriberry, "Propuesta de reforma de la Ley 36/1988...", *loc. cit.*, pp. 303-359. Subrayando la necesidad de dicha colaboración, *vid.*, H. Smit, *International Commercial Arbitration and the Courts: a source guide*. Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, 1990, pp. 181-434.

interesan al orden público y las causas relativas al procedimiento de arbitraje susceptibles de afectar al orden público y a las normas imperativas en los procedimientos de arbitraje llevados a cabo. Veamos, en primer lugar, la importancia del control del orden público en la fase post-arbitral *versus* la liberalización del arbitraje internacional, especialmente referida al desarrollo de la arbitrabilidad internacional a partir de la espectacular apertura *ratione materiae* observada en los últimos años. Causa y consecuencia de los riesgos del arbitraje frente a los fallos de la liberalización provocados por el desplazamiento del control del orden público a la fase actual.

2. LIBERALIZACIÓN ARBITRAL *VERSUS* CONTROL ESTATAL

A) Desplazamiento del control a la fase judicial

572. Desde que comenzó la época de la liberalización del arbitraje privado internacional, protagonizado por la apertura de materias tradicionalmente consideradas de orden público a la arbitrabilidad de la controversia internacional, el movimiento liberalizador del arbitraje no ha parado de aumentar¹⁸³⁵. El fenómeno de liberalización se observa de manera muy especial en aquellos países que tienen una mayor cultura arbitral, de manera que se ha llegado a señalar que sistemas como Estados Unidos y diversos países Europeos, entre los que no se encuentra España, parecen disfrutar de una prolongada “*luna de miel*” con el arbitraje privado internacional¹⁸³⁶. La consecuencia inmediata de la apertura a la arbitrabilidad se observa inmediatamente en la fase arbitral. Nada prohíbe al árbitro actuar sobre cuestiones que afecten o estén afectadas por las normas imperativas y el orden público a condición de que apliquen los principios y las reglas relativas al orden público internacional, más flexible y menos riguroso que los

¹⁸³⁵ *Vid., supra.*, en la introducción, un breve desarrollo histórico en el que el arbitraje fue poco a poco reclamando su autonomía e independencia como forma privada de justicia alternativa a la estatal, desde mediados del S. XX, donde comenzó el despegue del arbitraje internacional con el resurgir del comercio tras la II Guerra Mundial. No obstante, en lo que nos concierne, la fecha del caso *Mitsubishi*, en 1985, fue el verdadero disparadero de salida para comenzar a arbitrar en materias caracterizadas por considerarse de orden público y normas materiales imperativas. En éste sentido la liberalización del arbitraje fue más tardía y como ya se ha reflejado, es todavía el auténtico reto de la jurisdicción arbitral, con una problemática que es consustancial a las relaciones entre la justicia pública y privada.

¹⁸³⁶ Expresión extraída de R.J. Sever, “The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy ...”, *loc. cit.*, p. 1696.

respectivos ordenes públicos que limitan el arbitraje interno. De este modo, el control del orden público en las dos fases típicamente arbitrales se ha reducido al mínimo desplazándose a la fase actual, exclusivamente judicial.

573. Se aboga así por un mayor control como contraprestación a la política de abstención vivida en las fases precedentes donde no se especifica prácticamente ningún límite de orden público¹⁸³⁷. Así, de manera directamente proporcional a la liberalización de la arbitrabilidad en la fase negocial ha crecido el interés de los árbitros por las cuestiones relativas al orden público que particularmente se reflejan en la etapa actual de control judicial¹⁸³⁸. De hecho, la incertidumbre y falta de precisión que gravita sobre la arbitrabilidad de las controversias en materia de orden público es una cuestión de trascendental importancia que no puede quedar sin ningún tipo de limitación. Por mucho que se pierdan los controles del orden público en la arbitrabilidad, o como ha sido sostenido por la práctica totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia francesa, el control se ha desplazado a la fase post-arbitral por la presunción de arbitrabilidad internacional que implica la aceptación del principio de validez del convenio de arbitraje internacional¹⁸³⁹, el control debe siempre quedar garantizado en la fase post-arbitral, al menos en lo que al orden público se refiere¹⁸⁴⁰.

¹⁸³⁷ La existencia de un control en la fase post-arbitral es la contrapartida necesaria a la amplia liberalidad observada en las fases precedentes, donde contrariamente a ejercer cualquier tipo de limitaciones o de control de orden público al arbitraje lo que ha prevalecido es la máxima del "*Favor arbitrii*", o de los Derechos más favorables al procedimiento arbitral, *cf.*, E. Gaillard. "Arbitrage commercial international: Sentence arbitrale...", *loc. cit.*, pp. 2-3. La defensa de un control como contrapartida a la máxima favorable al arbitraje en las fases anteriores es un criterio reiterado, como viene siendo habitual, en la obra conjunta de Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 939, punto, núm. 1605: "*Ce contrôle est en effet la contrepartie nécessaire de l'attitude libérale manifestée par les tribunaux sur l'arbitrabilité du litige*".

¹⁸³⁸ A este respecto, P. Mayer señalaba que: "*Dans la mesure où la position jurisprudentielle relative à l'arbitrabilité s'est peu à peu libéralisée, les arbitres ont été plus souvent amenés à trancher des questions intéressant l'ordre public dans leurs sentences*", *cf.*, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, p. 615.

¹⁸³⁹ Recuérdese la jurisprudencia francesa que estableció y consolidó el principio de validez del convenio de arbitraje internacional. Desde la Sent. de la *Cour d'appel* de París (*1^a Ch. Suppl.*) de 19 de junio de 1970, *Hecht c. Société Buisman's*, *Journ. dr. int.*, 1972, pp. 62 ss, con nota de B. Oppetit. Arbitrabilidad de materias pactadas en acto mixto, entre comerciante y no comerciante. Principio de validez material del convenio arbitral internacional decidido posteriormente en la *Cour de cassation* (*2^a Chambre civile*) de 4 de julio de 1972, *Hecht c. Société Buisman's*, *Journ. dr. int.*, 1972, núm. 4, p. 843, con nota de B. Oppetit, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1974, pp. 82 ss, con nota de P. Level, *Rev. arb.*, 1972, núm. 1, p. 76, *Rev. trim. dr. com.*, 1973, p. 499, con nota de Y. Loussouarn. Criterio de validez refrendado por la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 13 de diciembre de 1975, *Menicucci c. Mahieux*, *Journ. dr. int.*, 1976, núm. 1, pp. 106 ss; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1976, p. 511, con nota de B. Oppetit. También en *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 147-149, con nota de Ph. Fouchard, *ibid.*, pp. 149-150. La cláusula compromisoria internacional es válida en un acto mixto entre comerciantes y no comerciantes. Principio que fue

574. Ello es así, porque la liberalización del control en la fase negocial ha puesto sobre aviso a la práctica totalidad de la doctrina internacional de los peligros del llamado “lado oscuro” del arbitraje internacional, que puede suscitar el “*favor arbitrandum*” cuando se posibilita una arbitrabilidad de la controversia internacional demasiado permisiva en todas las materias que afectan al orden público de los Estados¹⁸⁴¹. Son los peligros que el orden público tiene que estar preparado para frenar ante el potencial desbordamiento del ámbito material que supone la arbitrabilidad en la esfera internacional que sigue a las teorías antes descritas de la arbitrabilidad ilimitada¹⁸⁴². Con el objetivo de evitar que éstas pudieran quedar fuera de cualquier tipo de control, siquiera del requisito mínimo de control que supone el orden público¹⁸⁴³. En este primer apartado se pretende justificar la defensa de la necesidad de un mínimo control de orden público, en primer lugar, para después resaltar las consecuencias de los fallos de la liberalización y el orden público en el arbitraje internacional.

definitivamente consolidado, desde la validez, no sólo material sino también conflictual, por el famoso caso de la *Cour d'appel de París (1ª Ch., sect. C.)* de 26 de marzo de 1991, *Comité populaire de la Municipalité d'El Mergeb c. Société Dalico contractors*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 456-462, con nota de H. Gaudemet-Tallon, *ibid.*, pp. 462-469. Reafirmado, recientemente en la Sent. de la *Cour d'appel de París (1º Ch. C)* de 10 de septiembre de 1997, *Société Chambon c/ société Thomson CSF*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 121-122, con observaciones de D. Bureau, *ibid.*, pp. 122-123. Y, adoptado por la práctica de otros países como es Bélgica, *vid.*, la Sent. de la *Cour d'Appel* de Bruselas, de 4 de octubre de 1985, *Year. Comm. Arb.*, vol. XIV, 1989, p. 618. Y. Suiza, *vid.*, entre las últimas decisiones al respecto, la del *Tribunal fédéral, 1º Cour civile*, de 9 de junio de 1998, *C. S. r.l. c/ L.S.SA*, *Bull. Asa* 1998, p. 653, *RSDIE*, 1999, núm. 4, pp. 593-597, comentada por F. Knoepfler, *ibid.*, pp. 597-601.

¹⁸⁴⁰ Es el método, adoptado en la actualidad por la casi totalidad de la práctica de arbitraje internacional. Como describe E. Gaillard, haciendo referencia a los tres métodos utilizados por la jurisprudencia francesa, siendo éste el tercer y último método, consiste en permitir a los árbitros el conocer sobre las controversias relativas a materias que interesan al orden público, sin importar que el contrato de fondo haya desconocido o no las prescripciones de ese orden público, puesto que se reenvía el control del orden público a la fase final del arbitraje. A la fase post-arbitral, del recurso de anulación o del exequátur, una vez rendida la sentencia arbitral. Así, si los árbitros no respetan las exigencias del orden público internacional, el laudo podrá ser anulado con base a la violación de dicho orden público. Se defiende a éste como el método más respetuoso con el arbitraje internacional, *cf.*, E. Gaillard, “Arbitrage commercial international: Convention d'arbitrage...e”, *loc. cit.*, p. 9. Reiterado en Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 346.

¹⁸⁴¹ Hay que traer a colación la teoría del “*favor arbitrandum*” expuesta más detenidamente en el capítulo II, a partir del trabajo de B. Hanotiau, “L'arbitrabilité et...”, *loc. cit.*, pp. 899-966.

¹⁸⁴² Se evidencia así el lado oscuro del arbitraje, “*the dark side of arbitration*” que puede llegar a pasar por alto el orden público de los Estados. En su acepción originaria es el arbitraje “*out of control*”, *vid.*, R.J. Sever, “The Relaxation of Inarbitrability...”, *loc. cit.*, pp. 1661-1697, consecuencia de un trabajo anterior de Th.E. Carbonneau, “L'arbitrage en droit américain”, *loc. cit.*, pp. 3-51.

B) Necesidad de control del orden público

575. Ante la escasez de los laudos arbitrales internacionales que no responden a una ejecución espontánea de las partes y el “buen hacer” con el que se ha calificado a la actuación de los árbitros que sólo en muy contadas ocasiones han dado lugar a problemas de ejecución por motivos de inarbitrabilidad de la controversia y/o contrariedad con el orden público, en primer lugar. Habiéndose manifestado que el orden público, aunque siga ocupando un lugar importante de garantía en la determinación de la arbitrabilidad internacional de las controversias como condición suficiente, no ha sido impedimento para la expansión y el desarrollo de las materias arbitrables ni para la liberalización del arbitraje en ámbitos sustantivos de la más variada índole, muchos de ellos condicionados por las normas de intervención y el orden público, en segundo lugar. Y, una vez señalado por la doctrina que no es excesivo afirmar que un laudo arbitral internacional es más fácil de ejecutar que cualquier otra decisión proveniente de un órgano judicial extranjero, dado que a parte de la buena actuación de los árbitros internacionales, los jueces y tribunales estatales aplican muy restringidamente el orden público al controlar los laudos arbitrales internacionales, en tercer lugar¹⁸⁴⁴. No resulta extraño que desde distintos sectores hayan surgido voces que planteen si debido al buen funcionamiento que de *lege ferenda* se manifiesta en la institución de arbitraje internacional y las aisladas ocasiones en las que éste presenta contradicciones con el orden público estatal y transnacional, sigue siendo conveniente la necesidad de mantener el control nacional por parte del poder judicial de los Estados sobre el arbitraje y las limitaciones de orden público que de ello se desprende¹⁸⁴⁵.

576. Es la polémica que dirime la necesidad de seguir manteniendo un control estatal en la balanza que debe equilibrar la liberalización descrita y la situación fáctica que discurre sin mayores conflictos en cuanto al control del orden público

¹⁸⁴³ *Vid., supra.*, la necesidad de reafirmar y de no perder unas mínimas garantías de orden público que precisa ser internacional en el apartado dedicado al mismo en el Cap. I. IV. 2.

¹⁸⁴⁴ *Cf.*, E. Gaillard, "Arbitrage commercial international: Sentence arbitrale...", *loc. cit.*, p. 2.

¹⁸⁴⁵ En un ámbito más reducido es característico el interrogante planteado por nuestra doctrina relativo a si realmente es preciso un sistema de recursos en el arbitraje, *cf.*, A.M^a. Lorca Navarrete y J. Silguero Estagnan, *Derecho de Arbitraje español...*, *op. cit.*, p. 495.

internacional¹⁸⁴⁶. La escasez práctica de la necesidad de control y la reducción del papel asignado al orden público es una de las causas de que para muchos la intromisión del elemento judicial como protagonista principal indiscutible en esta fase post-arbitral sea considerado un elemento extraño que debe ser desechado¹⁸⁴⁷. A la vez que constituye el síntoma más evidente de la patología permanente que acompaña resignada pero implacablemente a la institución de arbitraje privado internacional, que no es otra que la amenaza constante de la intervención judicial pública¹⁸⁴⁸, a través del fantasma del orden público¹⁸⁴⁹. De otro lado, se destaca que la amenaza del control no es tal, ya que es de agradecer la existencia del juez quién es el único que tiene poder para hacer ejecutar lo juzgado por el árbitro en el supuesto en que una parte se muestre reticente a cumplir con lo acordado¹⁸⁵⁰.

577. Se defiende que el control de orden público de los laudos arbitrales internacionales debe seguir existiendo. Sobre todo, después de las afirmaciones realizadas en la primera fase en la que se observaba como el movimiento liberalizador de la arbitrabilidad en materias relacionadas con el orden público se ha disparado en los últimos años. El fenómeno de la liberalización del arbitraje se ha caracterizado por una

¹⁸⁴⁶ Recuérdese que por ello se decía que el problema del orden público en el arbitraje era un problema más teórico que práctico, *vid.*, en la metodología. Entre los autores que afirman que el orden público, juega un papel más importante en la teoría del arbitraje que en la práctica, *cf.* K.H. Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", *loc. cit.*, p. 179; J. García de Enterría, "The Role of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 439 y M. Buchanan, "Public Policy...", *loc. cit.*, p. 531.

¹⁸⁴⁷ El recelo ante la intervención judicial no sólo se manifiesta en la fase post-arbitral. Muchos son los autores que se cuestionan por qué los tribunales judiciales tienen que desempeñar un papel a lo largo del procedimiento de arbitraje. El coste de la intervención judicial en el desarrollo del arbitraje resulta en muchas ocasiones ineficiente e inoportuno. En respuesta a la pregunta planteada por A. Samuel, "why do the courts have to play a role at all in the arbitral process?", *vid.*, las consideraciones manifestadas en el sentido de abogar por una menor intervención de los tribunales en el procedimiento arbitral en, *Jurisdictional Problems...*, *op. cit.*, pp. 18-22. Los tribunales judiciales deberían intervenir sólo en casos extremos donde el propio reconocimiento sea contrario a los valores fundamentales sustantivos y procesales del foro, *cf.*, H.L. Ho, "Policies Underlying the Enforcement of Foreign Commercial Judgments", *ICLQ*, vol. 46, 1997, pp. 443-462, esp. p. 462.

¹⁸⁴⁸ Afirmando la intervención "patológica" del juez ante un no cumplimiento voluntario del laudo en la fase post-arbitral, *cf.*, M^a.V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, p. 23, citando a J.D. Bredin, "L'abus de voies de recours...", *loc. cit.*, p. 79.

¹⁸⁴⁹ "The Public Policy Phantom" en la intervención judicial, reflejado por numerosa doctrina, *cf.*, J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 354; J. García de Enterría, "The Role of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 431, remitiéndose a B.M^a. Cremades, *id.*, *loc.*, p. 429. *Vid.*, *supra.*, Cap. I.

¹⁸⁵⁰ En estos casos, la otra cara de la moneda de la intervención judicial aparece como necesaria y positiva, siempre y cuando ésta no adopte una postura respecto al control, en nuestro caso de orden público, demasiado estricta. Aspecto destacado por E. Artuch Iriberry, "Arbitraje Comercial Internacional", *op. cit.*, p. 474; y, por A. Prujiner, entre otros, *vid.*, "Champ du contrôle du juge national...", *loc. cit.*, pp. 287-288.

progresiva pérdida de restricciones y de límites por parte del control de las autoridades nacionales hacia el mismo. Factor que exige un control, como mínimo de orden público, en la fase final. Si no existiera éste sería un reclamo para cualquier negocio encubierto o ilícito que se quisiera lleva a cabo si existiera la seguridad para los poderes privados de la ausencia de control estatal de un laudo internacional¹⁸⁵¹. Si son muchos los arbitrajes en los que en supuestos especialmente conflictivos en ámbitos materiales para el orden público los propios tribunales estatales han permitido a los árbitros reconocer la arbitrabilidad de la controversia con la garantía de que siempre quedará la fase de control y después esta fase no tiene lugar, se pierde la garantía inicial en que se basó la confianza en el principio de competencia arbitral¹⁸⁵².

578. El reconocimiento del principio competencia-competencia como principio de orden público transnacional en el arbitraje internacional comporta respecto al orden público una doble consecuencia. De un lado, su admisibilidad es propiamente un principio de orden público internacional que implica el reconocimiento de la autonomía del arbitraje internacional que permite a los propios árbitros decidir sobre su competencia. Pero, de otro lado, el contrapunto de esta amplia liberalidad se refleja en la fase post-arbitral, donde se pedirán cuentas al árbitro en el ejercicio de su competencia. Prueba de ello, entre otros muchos casos, el asunto *Jaguar*¹⁸⁵³, donde recordamos que los tribunales no se ponían de acuerdo en las distintas sedes sobre si la materia relativa a los contratos internacionales de consumo eran o no arbitrables, otorgando o denegando competencia a los árbitros alternativamente. En la sentencia final decidida por la Corte de Casación, ésta no hace sino respetar el principio de competencia-competencia dejando a los tribunales arbitrales que ellos decidan sobre la

¹⁸⁵¹ Cf., Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, op. cit., p. 939.

¹⁸⁵² La fase de control perdería su sentido esencial de poner freno a los posibles abusos que se hubieran podido realizar en las fases anteriores.

¹⁸⁵³ Vid., la Sent. de la *Cour d'appel* de París (1er Ch, D), de 7 de diciembre de 1994, *Sté V 2000 anciennement Jaguar France et Sté Proyect XJ 220 LTD c. M. Meglio y M. Renault*, *Rev. arb.*, núm. 2, 1996, pp. 67-72, con nota de Ch. Jarrosson, pp. 72-80. *Cour de Cassation (1er Ch. civ.)*, de 21 de mayo de 1997, *Renault c. Société V 2000 (Jaguar France)*, *Rev. arb.*, núm. 4, 1997, pp. 537-538, con nota de Gaillard, pp. 538-543; y con nota de V. Heuzé, *M. Meglio c. Soc. V2000 et autre*, *Riv. Crit. dr. int. pr.*, 1998, pp. 87-98. *Cour de cassation Civ. (Sala 1ª)*, de 21 de mayo de 1997, *Meglio et Renault c. Sté V 2000 (Jaguar France)*, *Rev. arb.*, 1997, pp. 537 y ss, con nota de E. Gaillard, y en *Riv. Crit. dr. int. pr.*, 1998, núm. 1, con nota de V. Heuzé, pp. 87-98. Una explicación de los hechos y los comentarios en relación con el orden público en el arbitraje en contratos internacionales de consumo, *vid., supra.*, Cap. III. III. 2. B) b).

cuestión de la arbitrabilidad en su relación ante la violación o no del orden público y consiguientemente sobre su propia competencia si éstos estiman conveniente la primera cuestión¹⁸⁵⁴.

Lo que hizo aquí el Tribunal de Casación fue trasladarles la problemática a los árbitros, dejándoles a éstos la responsabilidad de decidir si la materia relativa a los contratos entre consumidores es o no internacionalmente arbitrable y las consideraciones de orden público que implica esa arbitrabilidad. La única caución en la que insistió expresamente el Tribunal fue que tuvieran mucho cuidado en su decisión porque más tarde, en la fase post-arbitral, el laudo puede ser anulado por inarbitrabilidad de la materia según los tribunales del foro, o por su contrariedad con el orden público internacional. La liberalización del arbitraje es así implícitamente aceptada al permitir la arbitrabilidad de la controversia con dos condicionamientos básicos. El primero, que existe un orden público internacional que el árbitro no puede vulnerar y tiene que respetar. El segundo, más que un condicionamiento es una especie de amenaza, verificada en el posterior control del juez de anulación o en el del reconocimiento y ejecución: “ (...) *sous réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en oeuvre, sous le contrôle de juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qu'il concerne l'arbitrabilité du litige*”¹⁸⁵⁵.

579. Es aquí donde se observa uno de los aspectos fundamentales del control del orden público¹⁸⁵⁶. El aspecto psicológico del mismo que actúa a modo de amenaza o sutil forma de intimidación sobre los árbitros con el objetivo de que a lo largo de su

¹⁸⁵⁴ La decisión del Tribunal de Casación se basaba en el respeto del principio de competencia-competencia en el sentido en que los árbitros estaban lo suficientemente capacitados para decidir si el supuesto entra o no en contradicción con el orden público, *cf.*, E. Gaillard, *Rev. arb.*, 1997, núm. 4, p. 537 y V. Heuzé, *Rev. crit. Dr. int. pr.*, 1998, núm. 1, pp. 91-92.

¹⁸⁵⁵ Expresión que por otra parte ha venido siendo utilizada de manera idéntica por la jurisprudencia. Por ejemplo, en el asunto *Labinal*, tras subrayar el poder que tiene el árbitro para aplicar los principios y las reglas que interesan al orden público internacional vuelve a destacarse el límite, “*sous le contrôle de juge de l'annulation*”, *cf.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris, première chambre, section A.*- 19 de mayo de 1993, *Société Labinal c/Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *Journ. dr. int.*, 1993, núm. 4, pp. 957- 979, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 979-989. Arbitrabilidad en materias relativas al Derecho de la competencia y orden público internacional.

¹⁸⁵⁶ Independientemente de la amenaza general que supone cualquier causal del control en la fase post-arbitral como ha sido señalado por M^a.V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, p. 23, y E. Artuch Iriberry, "Arbitraje Comercial Internacional", *op. cit.*, p. 474.

ejercicio en las fases principales, propiamente arbitrales, éstos sean especialmente cautelosos con el orden público, lo respeten y lo apliquen. El temor a una eventual revisión judicial es la garantía de que el árbitro sea tan diligente y respetuoso con el orden público durante la fase negocial y la arbitral. Es el factor que mejor coadyuva a mantener la integridad del arbitraje internacional que debe seguir existiendo¹⁸⁵⁷. Utilizando un símil comparativo, la amenaza del control del orden público en la fase final del arbitraje juega con la posibilidad de que ésta puede o no darse. Al igual que en la obligación de que los ciudadanos cumplan sus obligaciones con Hacienda. No es seguro cuál de las Declaraciones de la Renta es la que va a ser revisada, pero el miedo de que sea la de cada uno en particular es determinante para que muchos sujetos no caigan en la tentación del fraude¹⁸⁵⁸. Lo que ocurre es que en el arbitraje el coste de la amenaza ante las posibilidades de control es aún mayor, puesto que la propia existencia de la institución de arbitraje depende, como se ha dicho, de la confianza y de la buena actuación de los árbitros que es la que mantiene la buena reputación del arbitraje. Si se descubre un caso de soborno, fraude, o violación del orden público o de las normas materiales imperativas a través de un arbitraje, automáticamente éste árbitro pierde su condición de juez privado. Y, su actuación representa, además, un duro golpe para toda la institución, independientemente de las correspondientes acciones penales y civiles que podrían ser levantadas en contra del árbitro infractor.

580. Todo apunta a que la clave está en seguir manteniendo un control de orden público que creemos que sí es necesario y debe persistir. Sólo que no debe prevalecer su carácter restrictivo de amenaza o coacción sino el aspecto garantista del mismo. Debe

¹⁸⁵⁷ Aparte de las referencias jurisprudenciales indicadas, entre los autores que observan el aspecto positivo del control que funciona a modo de amenaza para el árbitro durante las fases propiamente arbitrales destacan, J.S. Sever, "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy...", *loc. cit.*, p. 1697: "Review of arbitral awards...involves an important psychological aspect. The constant threat of judicial review along clearly defined criteria leads arbitrators to pay due regard to the interests of the parties and factual and legal setting of the case, thus further contributing to more legality in arbitral proceedings". Control del orden público como amenaza inherente también apreciada como factor relevante, por J.B. Racine, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, p. 438: "L'éventualité du contrôle fonctionne comme une menace pesant sur l'arbitre durant l'arbitrage", y por, P. Mayer, "L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence", *R. des C.*, t. 217, 1989-V, p. 369.

¹⁸⁵⁸ Obviamente, la comparación es un tanto ingénuo en relación con el arbitraje aunque de fácil asimilación por el aspecto que ambos implican sobre la base de la debilidad de la naturaleza humana que aquí trasciende en la tendencia en algunas ocasiones a eludir las obligaciones y a caer en las tentaciones de fraude. En el arbitraje, la tensión que produce para las partes y para el propio árbitro que "su laudo

ser un control de mínimos donde sea compatible el desarrollo de la autonomía del arbitraje internacional sin por ello tener que sacrificar lo esencial de cada ordenamiento jurídico en particular ni el de la comunidad internacional en general¹⁸⁵⁹. Un control demasiado amplio lo único que llevaría sería a desnaturalizar la institución de arbitraje¹⁸⁶⁰. Por ello, como línea de principio, en todas las legislaciones de arbitraje se prohíbe la revisión de fondo del asunto. No se entiende una tutela demasiado estricta de las actuaciones arbitrales por parte de los organismos jurisdiccionales. Los laudos arbitrales internacionales deberán pasar los controles oportunos para instalarse definitivamente en un determinado ordenamiento estatal de manera que se les aplicará un control de mínimos, donde el orden público será la contraseña principal conforme a la cual el laudo podrá desplegar su eficacia¹⁸⁶¹. En definitiva, la legalidad del arbitraje debe seguir siendo mantenida y la mejor forma de ello es a través de la garantía del control del orden público¹⁸⁶².

581. Al partir del orden público como elemento de garantía y control en el arbitraje privado internacional tomando como referente el análisis precedente de la situación actual en sede negocial y arbitral hay que decantarse entre dos opciones. O bien, se exige controlar la liberalización en materias de orden público a través de una vuelta a las restricciones a la arbitrabilidad de las controversias especialmente protegidas por el orden público y las normas materiales imperativas. O, bien, siempre

arbitral” sea controlado es un factor importante para que éste trascurra, como hasta el momento viene ocurriendo, por los cauces adecuados.

¹⁸⁵⁹ El control únicamente impone un deber de respeto entre los intereses de la sociedad, el orden público y las materias consideradas sensibles al arbitraje, *cf.*, E. Gaillard, “Arbitrage commercial international: Convention d’arbitrage...”, *loc. cit.*, p. 9.

¹⁸⁶⁰ Como ha sido puesto de relieve en numerosa jurisprudencia, como por ejemplo, en la Sent. de la *Cour d’appel de París (1^o Ch. C.)* de 20 de mayo de 1994, *SNC Danton Défense c. SA Cotelle, Bella et Delpha*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 397-404, con nota de J.P. Le Gall, “Arbitraje y fiscalidad”, *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 3-39, donde se especifica que el control realizado en este caso ante la interposición de un recurso de anulación por la causa de que los árbitros habían violado en su actuación el orden público no puede conducir a una revisión del fondo porque ello equivaldría a desnaturalizar la institución de arbitraje si se permitiese una nueva causa sobre el fondo del asunto.

¹⁸⁶¹ El control de los laudos arbitrales internacionales debe ser un control muy restringido que comprenda únicamente las nociones más básicas del foro de moralidad y justicia, “*violate the forum state’s most basic notion of morality and justice*”, *cf.*, K.P. Berger, *International Economic...*, *op. cit.*, p. 671, esp. la nota núm. 141, donde se cita una amplia jurisprudencia relativa al entendimiento restrictivo del orden público como cláusula de reserva en la fase de control. Para un mayor abundamiento a este respecto, *vid., supra.*, Cap. I. I, en el apartado conceptual.

¹⁸⁶² Solución del orden público para mantener la legalidad del arbitraje propuesta por J.S. Sever, reflejando una de las consideraciones observadas en los desarrollos más recientes del arbitraje internacional y su relación con los diferentes foros judiciales estatales, *cf., ibid.*, p. 1697.

partiendo de la necesidad de control, nos decantamos por seguir con la tendencia liberalizadora de la arbitrabilidad en la fase negocial y continuar manteniendo una confianza en los árbitros internacionales para que en la fase arbitral éstos apliquen las normas imperativas y el orden público en los arbitrajes condicionados por motivos de orden público. De las dos, como se puede deducir del desarrollo de la argumentación, prevalece la segunda opción. No hay razón para volver atrás y plantear de forma general restricciones a la liberalidad alcanzada en materias protegidas por el orden público en la fase negocial y su toma en consideración y posterior aplicación en la fase arbitral. La solución no consiste en limitar la liberalidad en la fase negocial y restringir, en consecuencia, que los árbitros lleguen a aplicar ese orden público en la fase arbitral. El control debe ser mantenido e, incluso, en algunos casos especialmente significativos para el orden público, debe ser incrementado a través de un control parcial de fondo en la fase estrictamente judicial. Pero, no existe ninguna justificación para sospechar *a priori* que los árbitros no sean capaces de sancionar las exigencias de un orden público internacional del mismo modo que un juez estatal. Es más, sin duda, en materia internacional, los árbitros, se referirán más que los jueces estatales a las exigencias de un orden público verdaderamente internacional que, por supuesto, se aleja de las concepciones de orden público internacional de un Estado en particular¹⁸⁶³.

582. De otro lado, la defensa del control no debe perturbar ni incomodar a los árbitros internacionales que pueden desear no sentirse condicionados por el mismo. Todo lo contrario, más que perjudicar a los árbitros presionados por la amenaza del examen, para el que siempre deben estar preparados aunque puede que éste no tenga lugar en la fase post-arbitral, el límite del orden público es uno de los pilares fundamentales en los que se asienta la credibilidad en la institución arbitral. Es una garantía que la justicia privada precisa y, además, reconoce y verifica la buena actuación de los árbitros y el reconocimiento a su respeto por el orden público tal y como hasta ahora ha venido siendo afirmado. En realidad, el control del orden público es el que ha ido poco a poco verificando la buena evaluación de los árbitros cuando éstos han tenido que decidir sobre temas de orden público de importancia fundamental para los ordenamientos estatales. Ha sido gracias a la certificación de su buena

¹⁸⁶³ Apreciaciones, éstas últimas, trasuntas de, E. Gaillard, "Arbitrage commercial international:

actuación por lo que de forma indirecta, precisamente, se ha posibilitado la independencia de la que goza el arbitraje en la actualidad.

583. El control del orden público lejos de ser el enemigo del arbitraje, con el que se le había identificado, en un principio, por poner limitaciones al mismo, actúa de hecho como un refuerzo que verifica positivamente el desarrollo y el “buen hacer” mayoritario de los árbitros internacionales como legitimador inapreciable de la propia existencia del arbitraje internacional¹⁸⁶⁴. No obstante, en los últimos tiempos, el problema fundamental deriva de que se aboga, además, por la necesidad de un mayor control específicamente centrado en el papel del orden público como remedio más eficaz capaz de atajar los fallos que se puedan engendrar en la fase negocial y arbitral, consecuencia de la amplitud de la liberalidad¹⁸⁶⁵. Uno de estos fallos es precisamente las injusticias que se podrían provocar, ante casos donde no está previsto un mecanismo específico de control mínimo de orden público, por parte de las autoridades estatales hacia los laudos arbitrales internacionales. Son los riesgos de la liberalización tratados a continuación.

3. EL IMPACTO DE LA LIBERALIZACIÓN

A) *Favor arbitrandum versus* Principio de eficacia

584. A pesar de estar a favor de la liberalización de la arbitrabilidad de la controversia internacional en materias de orden público por considerar que los árbitros internacionales están plenamente capacitados para satisfacer las exigencias de orden público que se desprende de dichas materias, no se considera que ésta deba ser

Convention d'arbitrage. Arbitrabilité”, *loc. cit.*, p. 10.

¹⁸⁶⁴ Retomando las palabras de J. García de Enterría, que había descrito la situación tradicional en la que el orden público era considerado el “enemigo” del arbitraje internacional, *cf.*, “The Role of Public Policy...”, *loc. cit.*, p. 405.

¹⁸⁶⁵ Realmente al estudiar la arbitrabilidad se observaba cómo el tema fundamental no interesaba tanto en cuanto a hallar cuáles eran las materias arbitrables e inarbitrables en abstracto, debido a su variabilidad y falta de unanimidad en el ámbito mundial. De lo que realmente se trataba en la arbitrabilidad no era si la materia era o no arbitrable sino se sus posibles consecuencias en la fase final. Se trata de prevenir los supuestos en los que el laudo no sería reconocido ni ejecutado por su inarbitrabilidad por contrariedad al orden público internacional, *cf.*, A. Samuel, *Jurisdictional Problems...*, *op. cit.*, p. 128.

ilimitada. Los tribunales nacionales tienen la obligación de controlar la arbitrabilidad de la controversia o declararla inarbitrable por razones de orden público. Un exceso en la liberalización internacional en materias de dudosa arbitrabilidad según consideraciones de orden público internacional o transnacional comporta el riesgo de que aunque ésta esté garantizada por el control de orden público en la fase posterior la discrecionalidad inicial en la permisividad de la arbitrabilidad puede ir en contra del principio de economía procesal vinculado al principio de eficacia en el arbitraje internacional. Es el choque entre el principio del *favor arbitrandum* versus el principio de eficacia. No parece razonable permitir la arbitrabilidad de cualquier materia sólo porque sea internacional a costa de una más que previsible anulabilidad o ineficacia del laudo en la fase final por su inarbitrabilidad o su contrariedad al orden público en los distintos ordenamientos estatales¹⁸⁶⁶.

585. Para corroborar estas afirmaciones no hay más que traer a colación algunos de los ejemplos de las fases ya tratadas donde con carácter previsor fue evidenciado los riesgos del *favor arbitrandum*, o los del principio de validez material del convenio de arbitraje internacional en relación con los principios de máxima eficacia que lejos de ser previstos, como en la fase negociada y arbitral, deben ser constatados en la fase actual, utilizando para ello la válvula del orden público. En los laudos de la CCI, núms. 2558/1976¹⁸⁶⁷ y 2476/1976¹⁸⁶⁸, se habían manifestado los peligros encubiertos de llevar tan lejos el liberalismo de la cláusula compromisoria que implícitamente contagiaban de validez al presupuesto material. Al afirmar que una cláusula compromisoria si está inserta en un contrato internacional va a ser “irremediamente” considerada como válida, independientemente de cualquier ley estatal y de la inarbitrabilidad del objeto material se hace un mal servicio al arbitraje privado internacional. Es una pérdida innecesaria para las partes el arbitrar *ratione materiae* a toda costa, aún cuando pende sobre el procedimiento de arbitraje la amenaza cierta de la ineficacia final del laudo. Por ello se habían aplaudido en los supuestos enunciados, la decisión tomada por el árbitro

¹⁸⁶⁶ En contra del rechazo a la interpretación “*in favorem validitatis*”, cf., E. Gaillard, “Arbitrage commercial international: Convention d’arbitrage. Capacité et pouvoir. Consentement”, *loc. cit.*, p. 11.

¹⁸⁶⁷ *Vid.*, el laudo de la CCI núm. 2558/1976, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 952-957. También, en español en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 189-195.

¹⁸⁶⁸ *Vid.*, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 173-176; también en *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, p. 936.

de no permitir la arbitrabilidad de la controversia internacional en los contratos de trabajo por su contrariedad con el orden público internacional del lugar donde el laudo iba a ser ejecutado¹⁸⁶⁹.

586. Del mismo modo, los Tribunales Norteamericanos establecieron la teoría de la “*presunción de la arbitrabilidad*”, que de manera similar al “*favor arbitrandum*” y al “*principio de validez material*”, justifica la posibilidad de arbitrar prácticamente en cualquier ámbito material simplemente si la controversia en la que éste se encontrase concernido fuese internacional¹⁸⁷⁰. Un caso singular se planteaba en relación con la disposición núm. 347 de la New York Stock Exchange, (NYSE), que, recordemos, requería que los empleados firmasen obligatoriamente un convenio de arbitraje como condición para trabajar como miembros de la citada organización bajo reserva de la cláusula de salvaguarda del orden público utilizada como excepción¹⁸⁷¹. Independientemente de las referencias antedichas sobre la contrariedad al orden público a cualquier tipo de arbitraje, sea éste público o privado, que sea obligatorio para las partes, el problema aquí más apremiante deriva de que este supuesto parece permitir una arbitrabilidad ilimitada a toda costa, bajo la garantía de que si el trabajador no queda satisfecho con el resultado del arbitraje laboral siempre pueden utilizar el recurso de

¹⁸⁶⁹ Dado que el laudo tenía todos los visos de ser ejecutado en Francia, y probablemente si se hubiese permitido la arbitrabilidad, el laudo hubiese sido anulado posteriormente en la fase post-arbitral, como consecuencia del orden público internacional francés, contrario, en aquel momento, a la arbitrabilidad del conflicto laboral. Las sentencias jurisprudenciales que posteriormente tuvieron que enfrentarse a la arbitrabilidad de una cláusula compromisoria inserta en un contrato de trabajo hicieron también caso omiso al principio de validez de la cláusula compromisoria internacional para justificar la arbitrabilidad de la controversia internacional en materia laboral. Así, tenemos ejemplos de sucesivas sentencias jurisprudenciales que no estimaron la arbitrabilidad de un contrato de trabajo internacional, *vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 24 de noviembre de 1981, *Rev. arb.*, 1982, núm. 2, pp. 224 ss, con observaciones de Ph. Fouchard, la Sent. de la *Cour de Cassation*, de 5 de noviembre de 1984, *Rev. arb.*, 1986, núm. 1, pp. 47 ss, con nota de M.A. Moreau-Bourles, y la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 14 de diciembre de 1990, *Rev. arb.*, 1991, núm. 2, pp. 365 y ss. Todas ellas, desarrolladas en J.B. Racine, *op. cit.*, pp. 70-72, esp. nota. 242. Así se demostró en la sentencia dictada en el asunto *Société Céramique Ragno c. Chauzy*, donde de nuevo se afirmó la nulidad de la cláusula compromisoria inserta en un contrato de trabajo, aunque éste fuese internacional, *vid.*, la Sent. de la *Cour de Cassation* de 12 de febrero de 1985, *Société Céramique Ragno c. Chauz*, *Rev. arb.*, 1986, núm. 1, pp. 47 ss, con nota de M.A. Moreau-Bourles. También en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, p. 469 ss, con nota de M.L. Niboyet-Hoegy. Dando muestras, en definitiva, de que el principio de validez material se puede quebrantar.

¹⁸⁷⁰ Teoría de la presunción de la arbitrabilidad en el sistema anglosajón, en general, y norteamericano, en particular, enunciada, a raíz de la resolución del asunto *Mitsubishi*, por M.F. Hoellering, "Arbitrability of Disputes", *loc. cit.*, pp. 125-144.

¹⁸⁷¹ Para un estudio de la jurisprudencia norteamericana en este sentido, al igual que de la posición de la doctrina respecto a la NYSE, *cf.*, J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, pp.

anulación del mismo ante un Tribunal federal, a través de la excepción de orden público¹⁸⁷². Dejando de lado la evidente necesidad de protección al trabajador, no se entiende el coste del proceso arbitral si después es muy probable que en todos aquellos casos en los que el resultado del laudo sea desfavorable al trabajador éste seguro lo impugnará con la garantía de que será declarado nulo por su contrariedad con el orden público. De nuevo, la presunción de la arbitrabilidad demasiado liberalizada entra en claro conflicto con el principio de eficacia, reducido a las exigencias mínimas del orden público.

587. Por ello, la doctrina de promover el arbitraje en las relaciones laborales se contrapone con la posterior tomada por los jueces de limitar los laudos arbitrales por ser contrarios al orden público realmente transnacional¹⁸⁷³. Encontramos varios casos donde los tribunales estadounidenses se han dejado llevar por la presunción de la arbitrabilidad cuando después es muy probable que los propios tribunales que en su día fomentaron la arbitrabilidad, por ejemplo, en materia de arbitraje laboral aplican, más tarde, criterios restrictivos para anular la misma. Es evidente que, en la práctica, a veces, se observa que existe una importante contradicción entre la amplia liberalidad de la que gozan los ámbitos materiales de orden público en la fase negocial y la severidad que después tienen que soportar en la fase post-arbitral cuando al pasar por las modalidades de control se le aplican criterios demasiados amplios de orden público interno o internacional de un determinado Estado con concepciones anquilosadas en lo que al entendimiento del orden público se refiere.

588. Pongamos por caso el Derecho de la competencia. Si de un lado, se ha constatado, en un primer momento, que existe una generosa tendencia, ya consolidada en la práctica, de admitir la arbitrabilidad de las controversias en cuestiones que afectan al Derecho de la competencia, no se entiende, de otro lado, por qué los tribunales

285 y 302-319; *vid., supra.*, Cap. III. III. 4, B), en el apartado dedicado al *Análisis comparado de la arbitrabilidad laboral*.

¹⁸⁷² *Vid.*, A. Hamilton y P.A. Veglahn, "Public Policy Exceptions to Arbitration Awards", *Labor L. J.*, 1991, pp. 366-371.

¹⁸⁷³ El juez no va a tener capacidad para volver a interpretar lo decidido por un árbitro porque seguro que su interpretación será muy distinta a la del árbitro, *cf.*, A.J. Berlowe, citando el caso *United Steelworkers of America v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, "Judicial Deference to Grievance Arbitration...", *loc. cit.*, pp. 767-802, esp. p. 775.

estatales someten a un examen intensivo a los laudos dictados por los árbitros en cuestiones de competencia. Existe, pues, una importante contradicción entre la amplia permisividad y ausencia de control observada en la fase negocial y la rigurosidad con la que más tarde se juzga es arbitrabilidad en la fase de control¹⁸⁷⁴. Se ha apuntado que siempre que se aplican criterios internos para determinar la arbitrabilidad de una controversia internacional, a la hora de anular, reconocer o ejecutar el laudo en la fase post-arbitral se plantean muchas cuestiones legales. La aplicación de criterios internos para determinar la arbitrabilidad de una controversia internacional no encaja con la propia esencia del arbitraje internacional que es el finalmente más perjudicado con este tipo de actitud legeforista en materia de orden público¹⁸⁷⁵.

589. El dilema principal que se le presentaba al árbitro internacional, en este sentido, era el de sopesar a qué precio es factible que él decida la ley aplicable a la arbitrabilidad sólo para validar su competencia cuando el riesgo de que el laudo resultante sea anulado o no homologado es considerablemente alto¹⁸⁷⁶. Se planteaba así una cuestión fundamental, que volvemos a traer a colación, relativa a averiguar dónde es preferible que actúe el orden público, con carácter “previsor” en la fase negocial o un orden público “represor”, en la fase post-arbitral. la cuestión implica una difícil decisión para el árbitro. Por una parte, tiene que buscar la validez del convenio arbitral a través de su presupuesto material que lo legitima, y por otro, tiene un deber moral de hacer el laudo ejecutable, para lo cual debe aplicar el orden público susceptible de entrar en conflicto con la ejecución¹⁸⁷⁷. Debe primar el deber de responsabilidad y previsibilidad del árbitro que se tiene que plantear dónde puede ser posible una ejecución del laudo

¹⁸⁷⁴ Recogiendo ésta contradicción, *cf.*, K.H. Böckstiegel, “Powers and duties of arbitrators”, *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, p. 205.

¹⁸⁷⁵ *Cf.*, K. Ishizumi, “International Commercial Arbitration...”, *loc. cit.*, pp. 85-86.

¹⁸⁷⁶ Como se manifestó en el Cap. II. III. 2 A). El ejemplo al que hacíamos referencia era el de si el árbitro elige la ley de Reino Unido que le permite arbitrar en Derecho de familia y, al mismo tiempo, es muy probable que ese laudo haya de ser reconocido y ejecutado, por ejemplo, en España, donde será rechazado por la inarbitrabilidad de la materia y la contrariedad del laudo con el orden público internacional español que considera inarbitrable tales cuestiones, ¿Debería aún así el árbitro llevar a cabo el procedimiento arbitral a toda costa?.

¹⁸⁷⁷ Obligación moral que impone al árbitro el deber de aplicar a la ley determinante de la arbitrabilidad las disposiciones de policía susceptibles de afectar al ámbito material aunque hayan sido expresamente obviadas en la elección del Derecho realizada por las partes. El objetivo es conseguir la eficacia de la sentencia arbitral e impedir un fácil recurso de anulación o la inejecución del laudo por ese motivo, *cf.*, B. Hanotiau, “The Law Applicable to the Issue of Arbitrability”, *loc. cit.*, p. 768.

para saber si admite la validez de la cláusula compromisoria con atención especial a la previsibilidad del orden público en su presupuesto material¹⁸⁷⁸.

590. El principio internacional de validez o de autonomía de la cláusula compromisoria internacional no justifica en todo caso la arbitrabilidad de la controversia internacional con la excusa del control posterior del juez de la anulación o de la ejecución¹⁸⁷⁹. No existe un orden público transnacional que consienta la arbitrabilidad en abstracto de todas las controversias sobre la base de su internacionalidad, y tampoco nos sirven los criterios que afirman la validez de la cláusula compromisoria y consiguiente arbitrabilidad, amparándose en que si la cláusula arbitral no es válida o la materia en cuestión no es arbitrable ello no importa porque ya se anulará en la fase post-arbitral¹⁸⁸⁰. Es un criterio contrario a la economía procesal que anula el valor de la prevención, oponiéndose así al principio de eficacia que debe guiar todo procedimiento de arbitraje internacional¹⁸⁸¹.

591. En sentido contrario, aplicando el principio de máxima eficacia antes que el *del favor arbitrandum*, un ejemplo de prudencia en el que prevaleció el primero sobre el segundo fue el caso *Fincatieri*, donde el Tribunal suizo consintió en no aplicar su criterio tan liberal y favorable a la arbitrabilidad que lo identifica con la patrimonialidad porque más tarde el laudo no sería ejecutado en el previsible foro de ejecución,

¹⁸⁷⁸ Siguiendo en este punto a buena parte de la doctrina, *cf.*, entre otros, Y. Derains, "Powers and duties of arbitrators", *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, p. 254, y B. Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", *loc. cit.*, p. 396.

¹⁸⁷⁹ Según este criterio el orden público internacional de protección de las partes débiles en CGC sólo actuaría en la fase final para anular o no ejecutar el laudo arbitral dictado. Solución que en cierta medida entra dentro del modo de actuar al que últimamente nos viene acostumbrando la jurisprudencia francesa en supuestos diversos, aparte de los citados en materia de consumo, en la Sent. de la Corte de Casación Francesa, *Renault c. Société V 2000 (Jaguar France)*, *loc. cit.*, p. 543. Y, en otros supuestos relativos a ámbitos materiales distintos, tales como, en el Derecho de la competencia, la sentencia *Labinal*, de 19 de mayo de 1993, *op. cit.*, con nota de diversos autores, *vid., supra*. Del mismo modo, en el ámbito de la propiedad industrial, en la Sent. de 24 de marzo de 1994, *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, p. 515, con nota de Ch. Jarrosson, *vid., supra.*, Cap. III. III. 2.

¹⁸⁸⁰ Corroborando, además de los casos expuestos relativos a la arbitrabilidad de la controversia laboral internacional, la negativa a considerar válida la arbitrabilidad en contratos de consumo internacional, el caso *Gateway 2000* de 13 de agosto de 1998, *vid., Brower et al c. Gateway 2000 Inc et al (1998) 13.12, Mealeys Int Arb Rep 15 & B, Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 167-172, esp. p. 168, donde se pone de manifiesto que el TS del Estado de Nueva York ha anulado una cláusula compromisoria que remitía un arbitraje de la CCI, por ser un supuesto en materia de consumo internacional.

¹⁸⁸¹ *Vid.*, Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité...", *loc. cit.*, pp. 653-672. Citas que deben ser reiteradas en relación con lo anteriormente indicado en el apartado relativo a la arbitrabilidad que está aquí siendo cotejado en su valoración en la fase judicial.

Italia¹⁸⁸². Los fallos de la liberalización observados a través del *favor arbitrandum* como máxima que refleja a la perfección la liberalización arbitral comportan, por lo tanto, una serie de riesgos que como se observa tienen sus consecuencias en la fase final. Son los riesgos a los que da lugar una excesiva liberalización del arbitraje en la fase negocial y propiamente arbitral¹⁸⁸³. Los riesgos del desplazamiento del control del orden público a la fase post-arbitral, que a su vez, a partir del propio principio de eficacia, conlleva otros riesgos que también se deben tener muy en cuenta de cara al control en la fase judicial y sus repercusiones en lo que al orden público se refiere.

B) Los riesgos del desplazamiento del control

a) Riesgo de ineficacia y principio de actualidad del orden público

592. El principio de eficacia o de “plena eficacia de la sentencia arbitral”, como lo define E. Gaillard, responde a una concepción utilitarista del arbitraje internacional¹⁸⁸⁴. Se contiene en el actual art. 35 del Reglamento de la CCI, y guía la práctica de los árbitros en el arbitraje privado internacional, conduciendo a éstos a que se esfuercen por satisfacer cumulativamente las exigencias de orden público del Derecho de la sede, o de aquel donde el laudo pueda ser objeto de un recurso de anulación, junto al de los Estados donde la sentencia sea susceptible de ser ejecutada¹⁸⁸⁵. Sin embargo, tal método cumulativo no sería eficaz cuando el árbitro hubiera previsto que la ejecución del laudo arbitral se habría de llevar a cabo en un país

¹⁸⁸² Vid., el caso del *Tribunal Fédéral (Supreme Court)*, 23 June 1992, *Fincantieri-Cantieri navali italiani Spa and Oto Melara SpA (Italy) c. Iraq Ministry of Defence*, *Year. Comm. Arb*, vol. XX, 1995, pp. 766-770.

¹⁸⁸³ Es esta una idea tomada del trabajo de R.J. Sever, que dedica un breve apartado a los peligros que pueden derivar de un arbitraje “*out of control*”, donde se plantea las siguientes cuestiones que tratan aquí de ser resueltas: 1) *Is the Disappearance of Limits on Arbitration a Good Thing?*, 2) *Is There a Dark Side to Releasing Transnational Arbitration on its own Recognizance?*. En concreto, se dedica un breve apartado al tratamiento de “Los posibles fallos de la liberalización: “*The Possible Backfire of Liberalization*”, cf., R.J. Sever, *id. loc.*, pp. 1688-1697, esp. p. 1693.

¹⁸⁸⁴ Principio que dirige el esfuerzo de los árbitros a que el laudo sea susceptible de sanción legal, contemplado en la mayoría de los Reglamentos internacionales de arbitraje, *vid., supra.*, un breve estudio al respecto en el Cap. II. II. 1. A) b), en el apartado dedicado al Principio de eficacia en los reglamentos internacionales de arbitraje.

poco favorable al arbitraje reflejada a través de concepciones de orden público restrictivas al mismo. Pongamos el caso de España, en el momento en que estaba en vigor la Ley de arbitraje de 1953, donde se consideraba contrario al orden público el arbitraje internacional simplemente por el hecho de que el arbitraje internacional no se encontraba contenido en la antigua Ley de arbitraje privado, LAP¹⁸⁸⁶.

Si un árbitro internacional, en atención al principio de eficacia, tiende a satisfacer las exigencias del foro donde el laudo tenga que ser reconocido y ejecutado, en este caso, España bajo la LAP, probablemente se desesperará porque sabe que haga lo que haga el laudo internacional no será reconocido en nuestro país ya que, en aquel momento, siempre sería considerado contrario al orden público. En éstos casos, al plantearse el árbitro qué debería hacer, siempre y cuando se tratase de una materia que no ocasionase problemas de arbitrabilidad ni de orden público internacional ni transnacional, se considera que el juez privado no debería dejar de decidir ante la amenaza de que el laudo que dicte tenga muchas posibilidades de no ser reconocido ni ejecutado en España por su contrariedad al orden público. Debe dictar un laudo y esperar a que los jueces apliquen el CNY y reconozcan la validez y la eficacia del laudo en la aplicación de un orden público internacional. De hecho, ha sido el propio empeño impuesto por los árbitros internacionales el que ha fomentado la apertura al arbitraje en países con claras restricciones de orden público¹⁸⁸⁷.

593. Lo importante es destacar la necesidad de vincular las expectativas de eficacia del laudo arbitral internacional con el principio de actualidad del orden público¹⁸⁸⁸. En España, el factor temporal debe ser tenido muy en cuenta ya que en un

¹⁸⁸⁵ La aplicación de un método cumulativo para conseguir la eficacia de las sentencias arbitrales internacionales ha sido expuesto del modo arriba descrito por E. Gaillard, "Arbitrage commercial international: Convention d'arbitrage. Autonomie et principe de validité. Droit applicable", *loc. cit.*, p. 18.

¹⁸⁸⁶ *Vid.*, a este respecto, los comentarios de A.M.^a Lorca Navarrete, "La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales y sentencias extranjeras en España, según la doctrina del Tribunal Constitucional español", *RECA*, vol. IV, 1987, pp. 81-85. Reiterando las críticas de la utilización del orden público como cláusula de estilo en A.M.^a Lorca Navarrete y J. Silguero Stagnan, *Derecho de Arbitraje español...*, *op. cit.*, p. 514.

¹⁸⁸⁷ Indudablemente, los grandes avances que han existido en materia de arbitraje internacional han venido de la mano de la práctica internacional. Al igual que la situación cambió en España, también lo hizo en otros países tradicionalmente hostiles por motivos de orden público interno al arbitraje internacional privado, como era el caso de América latina, Asia, Africa etc, *vid., supra.*, en la introducción y en el Cap. I. IV, todas las reformas enunciadas y especificadas en este sentido.

¹⁸⁸⁸ Entre los numerosos autores que destacan la importancia del principio de actualidad del orden público, *cf.*, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr, op. cit.*, p. 217; E. Gaillard,

breve espacio de tiempo se ha pasado de un concepto de orden público utilizado como cláusula de estilo a una evolución impulsada de manera significativa gracias a la C.E. de 1978. Fue en la Sent. T.C. (Sala 1ª) 43/1986, de 15 de abril¹⁸⁸⁹, donde por primera vez, se comenzó a valorar el orden público del foro en el sentido de la homologación de un laudo arbitral extranjero según criterios más restrictivos en atención a no aplicar a los laudos arbitrales internacionales un orden público interno. Es esencial tener en cuenta en todo momento la incidencia del factor temporal. Sobre todo, por los movimientos liberalizadores operados en la actualidad en la mayoría de las legislaciones nacionales, que en pocos años han podido pasar de unas concepciones de orden público totalmente contrarias al arbitraje internacional a una postura totalmente opuesta¹⁸⁹⁰. El factor temporal debe ser tenido en cuenta por igual tanto por el juez como por el árbitro internacional, aunque es el juez de control el que finalmente deberá ejercer dicho control en el recurso de anulación o en la fase de reconocimiento y ejecución¹⁸⁹¹.

b) *Riesgo de injusticia: ejecución espontánea del laudo internacional contrario al orden público*

594. De todos los enunciados, el principal riesgo que se observa, consecuencia de la amplia liberalidad manifestada en las fases anteriores, es que el arbitraje está completamente desprotegido de los descuidos del árbitro que aunque rara vez se dan no por ello se debe descartar la posibilidad de los fallos culpables o involuntarios que

"Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, p. 23: La concepción del orden público internacional respecto a la cual la sentencia debe ser controlada es aquella que se corresponde con el momento de control, P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, p. 627. El principio de actualidad del orden público supone la aplicación por el juez estatal del orden público internacional imperante en el momento de control, *cf.*, Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 971, etc., *vid., supra.*, Cap. I. I. A), en la caracterización general del orden público.

¹⁸⁸⁹ *Vid.*, el *BOE*, núm. 102, de 29 de abril de 1986, *BJC*, t. XIV, pp. 419-431; *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 209-212; con nota de M.A. Conradi, *REDI*, vol. XXXIX, 1987, pp. 81-85. Junto al comentario de A.Mª. Lorca Navarrete, "La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales y sentencias extranjeras en España, según la doctrina del Tribunal Constitucional español", *ibid.*, vol. IV, 1987, pp. 81-85, donde, por vez primera se aborda por nuestro TC el problema del contenido del orden público como causa denegatoria de la homologación de una sentencia extranjera.

¹⁸⁹⁰ Es el caso de las legislaciones latinoamericanas, donde destaca el art. 43. 3, último párrafo, de la última reforma de arbitraje panameña de 1999, *vid., supra*, al enunciar directamente que el orden público que se deberá apreciar será el orden público internacional del foro.

¹⁸⁹¹ *Cf.*, Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 971-976, y los ejemplos jurisprudenciales citados al respecto.

podiera cometer un árbitro internacional. Uno de los fallos de la liberalización, consecuencia del desplazamiento del control a la fase post-arbitral es precisamente que esta última etapa necesariamente no debe tener lugar. Se puede dar una ejecución espontánea por la parte perjudicada de un laudo internacional que sea contrario al orden público, o lo que es igual, que haya sido dictado sin respetar las exigencias del orden público internacional según los criterios de conexión y previsibilidad enunciados¹⁸⁹². Es más, si como se ha observado, el porcentaje de la ejecución espontánea de las sentencias arbitrales es tan elevado, es inevitable que nos planteemos la cuestión de cómo es entonces posible controlar la arbitrabilidad liberalizada en la fase negocial a través del orden público y si efectivamente los árbitros han hecho una aplicación correcta del mismo.

595. La liberalización del arbitraje implica aceptar que, aunque mínima, existe una posibilidad de que a través del recurso a la institución arbitral no se llegue a asegurar completamente la justicia del proceso privado en aquellos supuestos en los que tiene lugar la ejecución espontánea de los laudos arbitrales internacionales. El hecho de haber permitido, entonces, la arbitrabilidad de la materia en determinadas controversias puede producir una seria injusticia para ambas partes que recurren al arbitraje, dado que una cosa es la confianza en el arbitraje, por la que aquí abogamos, y otra cosa, confiar ciegamente en el mismo, como algo absolutamente intachable e inquebrantable. No se puede descartar la posibilidad de que convenios arbitrales y laudos dictados conforme a los mismos pueden llegar a ser ejecutados, a pesar de ser injustos¹⁸⁹³. Claro está, que las partes cuando recurren al arbitraje, a sabiendas de que probablemente una será designada como culpable, lo que ante todo esperan es que el proceso sea fundamentalmente justo para ambas. Pero si el proceso deviene injusto para cualquiera de ellas o, para ambas, y se encuentran desprovistas de los mínimos instrumentos de garantía y defensa de control que proporciona el orden público, los propios empresarios serían los que acabarían por no recurrir al arbitraje. Es por ello que las propias partes deben ser las primeras en garantizar la justicia en el arbitraje.

¹⁸⁹² *Vid., supra.*, Cap. IV.

¹⁸⁹³ *Cf., R.J. Sever, id., loc.*, pp. 1692-1693.

596. Los conceptos de arbitrabilidad y orden público son, pues, cruciales para mantener la justicia en el arbitraje¹⁸⁹⁴. Esta fue la causa principal de que fueran incorporados como referentes indispensables en los principales Convenios internacionales sobre arbitraje y, también, es la causa de que, en la actualidad, sigan siendo mantenidos en los mismos y entren dentro de los planes de las nuevas legislaciones de arbitraje. Si no se le da la posibilidad a las partes de anular un laudo que puede haber sido claramente injusto para una de ellas o se suprimen, como línea de principio, los controles de la arbitrabilidad y el orden público por la vía legislativa, se estaría fomentando la injusticia de dejar a las partes desprotegidas de los mecanismos de control. En primer lugar, la fase de control es esencial para poder garantizar hasta el final el orden público sustantivo y procesal. Las partes han venido usando el criterio del orden público para estimar la validez del acuerdo de arbitraje y rechazar o no al mismo, o al laudo arbitral que violase derechos procesales básicos, tales como el derecho a un proceso justo, el derecho a ser oído, la contradicción procesal, etc. Tal protección es fundamental y así ha sido recogida no sólo en leyes nacionales sino en distintos Reglamentos de arbitraje¹⁸⁹⁵.

597. Se explica así que lo que, por un lado, es favorable al arbitraje internacional y a la propia liberalización del mismo cual es la posibilidad de admitir en determinados sistemas la renuncia a los recursos, que conlleva implícito la renuncia voluntaria al control del orden público contra el laudo, plantea, por otro lado, uno de los dilemas de la liberalización en relación con las posibilidades de injusticia. Las partes que firman un convenio de arbitraje esperan y confían en que el proceso sea justo, pero si el proceso llega a ser injusto y el laudo no puede ser revisado ni controlado judicialmente porque ha existido una renuncia previa a los recursos o porque se ejecuta voluntariamente el

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 1692.

¹⁸⁹⁵ Aunque las normas aplicables a los procedimientos de arbitraje se caractericen por su flexibilidad en las distintas legislaciones nacionales, no es menos cierto que de manera tradicional se retiene el poder de revisión de los laudos arbitrales que puedan violar determinadas garantías procesales fundamentales. Se puede dar lugar, por tanto, a una revisión de fondo del asunto de carácter procesal. Aunque la posibilidad de anular el laudo por contradecir las normas procesales internas decae cada vez más en el arbitraje internacional. No es lo mismo el orden público procesal internacional, que las normas imperativas en cuanto al procedimiento de las normas procesales internas. Es por ello que se aboga por la armonización en el procedimiento como fue puesto de relieve, por nuestra doctrina, en el comentario a la Sent. TJCE de 1 de junio de 1999, As. C-12/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, Rec. 1999, *id.*, *cit.*, específicamente, en las consideraciones de orden público procesal que S. Álvarez González hizo a la misma, *cf.*, “Arbitraje Comercial Internacional...”, *loc. cit.*, p. 3.

laudo, ninguna de las partes puede asegurar que la justicia pueda garantizarse y el orden público resulte efectivamente dañado¹⁸⁹⁶. Lo realmente extraño es que ninguno de los sistemas de control al laudo prevé este tipo de comportamientos¹⁸⁹⁷. La ilicitud y la contrariedad del laudo al orden público internacional debe ser denunciada en los recursos de los que disponen las partes tras el laudo, pero los jueces no tienen ninguna posibilidad de frenar de oficio la eficacia de un laudo voluntariamente ejecutado, ni pueden acceder a controlar el fondo del asunto de lo decidido por los árbitros.

Si el control estatal es la contrapartida a la extensión de la arbitrabilidad en la fase negocial, a la vez que el contrapunto a la permisividad de aplicar por los árbitros las normas imperativas y el orden público en la fase arbitral, no resulta descabellado plantear que ello podría comportar otorgar a los jueces y tribunales nacionales la posibilidad de un control de oficio en todas las materias de orden público particularmente delicadas para el foro en cuestión donde se va a dar su ejecución voluntaria y a las que se les ha permitido previamente la arbitrabilidad, puede ser, que en otro foro diverso. No obstante, la realidad es muy distinta ya que el control en la fase final sólo es posible a instancia de parte. Sea, de la parte perjudicada que solicita la anulación del laudo arbitral o la parte que se opone al reconocimiento y ejecución¹⁸⁹⁸.

598. El riesgo desaparece, o se aminora considerablemente, en el caso en que el laudo contrario al orden público sea propuesto para la ejecución en un tercer Estado. Aquí, es tarea del propio juez o tribunal que decida sobre el mismo la de apreciar “de oficio” que el laudo arbitral no es contrario al orden público internacional del foro, siguiendo en este punto las prescripciones del CNY, art. V. 2. En estos casos, el problema fundamental, es que es realmente difícil para el juez de control llegar a descubrir la ilicitud de un laudo porque la mayor parte de las veces necesita llegar al

¹⁸⁹⁶ *Id. ibid., loc. cit.*, p. 1695.

¹⁸⁹⁷ En efecto, el único argumento serio para frenar el avance de las concepciones de la arbitrabilidad de la controversia internacional es el riesgo de la ejecución espontánea de una sentencia arbitral que no hubiera respetado las exigencias del orden público. El problema es que los sistemas de control no han previsto este tipo de comportamientos y para que la ilicitud sea denunciada debe hacerse a instancia de la parte afectada, *cf.*, E. Gaillard, “Arbitrage commercial international...”, *loc. cit.*, p. 10, núm. 30.

¹⁸⁹⁸ En éste último caso, la ampliación del control del respeto de los árbitros de la normativa imperativa y de orden público es la contrapartida que el arbitraje debe soportar por la gran apertura y

contrato o al fondo de la controversia en el que se basa el mismo, habida cuenta que, como principio general, está prohibida la revisión de fondo del asunto del laudo internacional. Es en este punto especialmente problemático donde se encuentra, en nuestra opinión, el verdadero problema del orden público en la fase de control. Requiere un tratamiento de mayor amplitud que será objeto de estudio en el epígrafe final de nuestra investigación relativa a la prohibición de revisión del fondo del asunto.

c) Riesgo de deslocalización

599. A fin de destacar que los riesgos tratados anteriormente se encuentran inmersos en el llamado “movimiento deslocalizador” del arbitraje privado internacional, se parte en este apartado de una toma de postura contraria a la excesiva liberalidad de las premisas deslocalizadoras entendidas en su radicalidad¹⁸⁹⁹. Para ello se expondrán brevemente las principales conclusiones tratadas anteriormente donde se había partido de la base de que el problema del orden público en el arbitraje es consustancial a la existencia del arbitraje deslocalizado o desnacionalizado¹⁹⁰⁰, y los últimos problemas que a este respecto se derivan de la deslocalización en el arbitraje electrónico¹⁹⁰¹. A la espera de un tratamiento en mayor profundidad de la posibilidad de renuncia o supresión de los recursos al laudo arbitral internacional, como uno de los principales elementos caracterizadores del movimiento deslocalizador de los últimos tiempos¹⁹⁰².

flexibilidad en lo que concierne a la arbitrabilidad, *cf.*, E. Gaillard, "Arbitrage commercial international: Sentence arbitrale. Contrôle étatique. Droit commun", *loc. cit.*, p. 2.

¹⁸⁹⁹ Premisas en las que no nos vamos a detener especialmente dado que ya han sido tratadas dentro de la problemática actual en el marco arbitral internacional, *vid., supra.*, Cap. I. IV, B).

¹⁹⁰⁰ Cuestión que, como ya habíamos manifestado, desde hace tiempo viene siendo debatida por la doctrina y la práctica del arbitraje. Concretamente, en la doctrina española suscribimos las conclusiones realizadas en el trabajo de V. Cuartero Rubio que estudió la deslocalización del laudo arbitral desde la perspectiva del Derecho judicial internacional, *vid., El recurso de anulación..., op. cit.*, pp. 20-53.

¹⁹⁰¹ Retomando, en este punto, los trabajos de G. Kaufmann-Kohler, “le lieu de l’arbitrage a l’aune de la mondialisation...”, *loc. cit.*, pp. 517-536; E. Caprioli, “Arbitrage et médiation dans le commerce électronique...”, *loc. cit.*, pp. 225-249, y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet, op. cit.*, pp. 420-431. *vid., supra.*, el apartado dedicado en el Cap. I, al orden público en el arbitraje electrónico.

¹⁹⁰² *Vid., infra.*, el apartado dedicado a la renuncia a los recursos dentro del tratamiento de una de las modalidades de control al laudo en el recurso de anulación.

600. En un primer momento, la trascendencia real del arbitraje deslocalizado no es tan dramática como la doctrina se ha empeñado muchas veces en indicar¹⁹⁰³. El máximo seguimiento que ha tenido la Ley Modelo de la UNCITRAL ha sido uno de los principales baluartes que han posibilitado la victoria contra la deslocalización¹⁹⁰⁴. La deslocalización en el arbitraje suele ser parcial. No se da la posibilidad de que el laudo llegue a ser completamente deslocalizado en el momento en que debe ser controlado en la fase post-arbitral y el control se hará inevitablemente a través de la localización del laudo “anacional” o “flotante” en un determinado ordenamiento estatal¹⁹⁰⁵. El verdadero riesgo se da cuando las partes han conseguido arbitrar sobre una determinada materia, siendo indiferente que sea ésta o no de orden público y, el árbitro ha aplicado al fondo de la controversia un Derecho anacional, principios generales del Derecho y usos del comercio, que dan lugar a la deslocalización en el procedimiento arbitral.

Si además, las partes han convenido previamente renunciar a los recursos contra el laudo, o el laudo es ejecutado voluntaria y espontáneamente por aquella condenada por el mismo no hay posibilidad de que el orden público pueda controlar la sentencia arbitral internacional porque no hay ningún mecanismo articulado para permitir en estos casos un control de oficio. El problema se remite, pues, a las consideraciones anteriormente realizadas sobre el riesgo de la injusticia, más que sobre el de la ineficacia, que vienen a ser la clave verdaderamente preocupante ante los fallos potenciales de la liberalización consustancial a la deslocalización arbitral. La solución ante estos supuestos es muy difícil de articular porque no se puede volver a un control estricto del arbitraje ni a poner medidas restrictivas ante estos riesgos que, por el momento, son minoritarios ante el leal y correcto funcionamiento por el que transcurre la institución de arbitraje privado internacional tal y como ésta es valorada en sede judicial y el respeto por el orden público que se viene demostrando.

¹⁹⁰³ *Vid., supra.*, la doctrina citada a este respecto en el apartado correspondiente a la deslocalización en el primer Capítulo.

¹⁹⁰⁴ La Ley Modelo ha sido así llamada “*a victory for the theory of delocalization*”, *cf.*, R.J. Sever, “The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy...”, *loc. cit.*, pp. 1690-1691.

¹⁹⁰⁵ *Cf.*, el trabajo referente de V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, pp. 20-53.

II. Constatación del orden público por el juez nacional del control

601. No se pretende reiterar aquí las distintas concepciones del orden público que han sido desarrolladas como punto de partida de nuestra investigación en el primer epígrafe conceptual en el que se dedicó un apartado específico a las leyes de policía. Únicamente es necesario recordar la necesaria remisión a lo allí dicho para comprender mejor los desarrollos de la fase post-arbitral. Como ha sido indicado, la forma de entender el orden público y las normas imperativas en el DIPr son admisibles en las distintas fases del proceso arbitral como premisa que inevitablemente va a marcar la actuación del juez nacional. Es habitual que el juzgador público se encuentre imbuido por el reconocimiento de decisiones y sentencias judiciales internacionales y extranjeras, adecuadas, en el mejor de los casos, a las técnicas propias del DIPr¹⁹⁰⁶. De ahí, se concretará, con posterioridad, los puntos diferenciales en los que se destaca la especial consideración del arbitraje en la fase judicial. Es por ello que todo lo allí dicho sobre las distintas concepciones del orden público como mecanismo de evicción o instrumento de defensa y protección frente al contenido del laudo arbitral internacional susceptible de vulnerar el orden público del foro deberán ser traídos de nuevo a colación en la fase actual del control.

602. La importancia de la valoración del orden público por el juez nacional en la fase de control es fundamental. Es el mejor indicativo de cuál es el contenido del orden público para un determinado ordenamiento estatal, en el momento actual, y el principal delimitador de los contornos en los que el orden público admite la actuación de la institución de arbitraje y su alcance internacional. El orden público aquí no se define sino que se constata en cada caso concreto¹⁹⁰⁷. El propio juez es el que sirve de catalizador para comprobar cuál es la verdadera cultura arbitral de un país determinado a través del orden público en el control del laudo concretado en cada caso. El órgano

¹⁹⁰⁶ Puesto que, en definitiva, va a ser aquí el juez el que valora el orden público, aunque sea relativo a un laudo arbitral internacional, *vid., supra.*, Capítulo I.

¹⁹⁰⁷ El orden público en la fase post-arbitral no se puede definir, únicamente se puede constatar en cada caso en particular a través de la actuación de los Tribunales judiciales a los que se les encomienda la misión de valorar la existencia del orden público en función de los valores y principios fundamentales que conforman la organización social, política, económica y ética existente en cada momento histórico determinado, *cf.*, A.M.^a Lorca Navarrete y J. Silguero Stagnan, *Derecho de Arbitraje español...*, *op. cit.*, p. 514.

jurisdiccional nacional es el que debe valorar si el laudo que le ha sido encomendado se adecua a los principios esenciales del foro según la visión más o menos amplia o restringida que se considere integrante del orden público. Es él el que decide si valora el laudo internacional según unos principios de orden público interno o internacional de los que es guardián, debiendo a la vez respetar los contenidos del orden público realmente internacional, en el caso de que éstos hubieran sido aplicados por el árbitro internacional¹⁹⁰⁸. Veamos en qué consiste esa valoración del orden público a cargo del juez estatal cuando éste se enfrenta al control de un laudo arbitral internacional.

1. VALORACIÓN DE LA CONFORMIDAD DEL LAUDO ARBITRAL CON EL ORDEN PÚBLICO DEL FORO

A) Métodos de valoración del contenido del orden público

603. La imprecisión del contenido y la dificultad de su definición es el elemento característico y caracterizador de la “cláusula de reserva” del orden público también en la fase post-arbitral¹⁹⁰⁹. Únicamente el juez o tribunal nacional encargado del control tienen la exclusiva responsabilidad de concretar el orden público en atención a la internacional del supuesto y en previsión a la consideración especial del laudo arbitral en su relación con el orden público interno, internacional y/o transnacional¹⁹¹⁰. La valoración del laudo arbitral internacional por el juez estatal le impone a éste último el deber de cumplir su misión esencial, la de ser el guardián del orden público interno e

¹⁹⁰⁸ Sin que la admisión de una u otra fuente del orden público, interno, internacional o transnacional, tenga que excluir necesariamente a las demás, *cf.*, P. Mayer, “La sentence contraire...”, *loc. cit.*, p. 639.

¹⁹⁰⁹ Es por ello recomendable acudir al capítulo conceptual para observar una percepción global del orden público y cómo es éste entendido en el DIPr y las distintas acepciones del mismo en los distintos ámbitos, *vid., supra.*, Cap. I. I. 2.

¹⁹¹⁰ Lo deseable sería que los jueces y tribunales nacionales aplicasen un orden público restringido como cláusula de excepción que fuese un orden público internacional o mejor aún, auténticamente internacional, o transnacional tal y como ya viene siendo aplicado por la jurisprudencia de nuestro entorno, *vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C.)* de 27 de octubre de 1994, *Lebanese traders distributors et consultants LTDC c. Société Reynolds*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, pp. 709-714, donde se abogó porque el carácter del orden público responda a las mínimas concepciones de *jus cogens* o de la transnacionalidad siendo éste un orden público auténticamente internacional.

internacional del foro al que pertenece¹⁹¹¹. De ahí, la importancia de ver cuál es la concepción del orden público que aquí debe entenderse y qué criterios sigue un tribunal nacional para valorar la conformidad del laudo arbitral internacional con el orden público estatal constatable a través de la utilización que de él se hace. Se puede aplicar un orden público en sentido amplio, empleando entonces el denominado “primer nivel” del orden público que se corresponde con el del orden público interno y las normas materiales imperativas del foro¹⁹¹². O, acorde con la circunstancia especial de la internacionalidad hay que ascender al “segundo nivel”, que ocupa un espacio considerablemente más reducido, y proceder a aplicar los criterios restringidos del orden público internacional estatal que se corresponde con los valores mínimos fundamentales para el ordenamiento jurídico en particular. Aunque, como en breve se verá, ha dejado de tener sentido la distinción en el contenido del orden público interno y el internacional en el arbitraje, pues, en la práctica ambos se aplican muy restringidamente coincidiendo en un contenido fundamental de mínimos que conforman, en ambos casos, los valores fundamentales del ordenamiento jurídico¹⁹¹³.

604. Son varios los factores de los que depende la valoración del orden público que va a emplear el juez para evaluar al laudo arbitral internacional. De un lado, el entendimiento del control de la sentencia arbitral depende del grado de autonomía que los distintos sistemas jurídicos nacionales concedan al arbitraje. Así, hay Estados que imponen una serie de controles sucesivos al laudo que desnaturalizan completamente la finalidad de justicia privada alternativa e independiente para la que el arbitraje fue creado. Habiendo aquí que señalar que éstos países son los menos, en la actualidad. La mayoría de ellos han adaptado sus legislaciones de arbitraje a las concepciones

¹⁹¹¹ La razón de que en el arbitraje la protección del orden público cumpla una función esencial para el juez de control se debe a que éste es el guardián del orden público interno e internacional del foro en el que está legitimado por el poder del Estado. Sobre todo, en los casos, en los que en materias especialmente concernidas por las normas imperativas y el orden público su función jurisdiccional sobre las mismas les ha sido sustraída por un organismo arbitral y el juez tiene el deber de examinar cómo ha sido esa aplicación concreta del orden público, *cf.*, A.M.^a Lorca Navarrete y J. Silguero Stagnan, *Derecho de Arbitraje español...*, *op. cit.*, p. 514.

¹⁹¹² Sobre los tres niveles del orden público, interno, internacional y transnacional hay que recordar la distribución de los mismos que había sido expuesta, entre otros, por M.A. Buchanan, "Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 513-515 y C. Kessedjian, "International Commercial...", *loc. cit.*, p. 379.

¹⁹¹³ *Vid., infra.*, en el siguiente apartado. Contrariedad de la sentencia arbitral al orden público estatal: violación del orden público internacional e interno

liberalizadoras de la institución que tienden a suprimir los mecanismos de control¹⁹¹⁴. En cambio, otros sistemas que, con el objetivo de hacer sus países atractivas sedes de arbitraje hacen lo posible para disminuir los controles al laudo y sólo reconocen uno o ningún recurso contra el laudo arbitral internacional, permitiendo una casi ausencia de control o reduciendo éste al mínimo necesario del orden público únicamente empleado en el procedimiento de homologación del laudo¹⁹¹⁵.

605. Otro de los elementos imprescindible en la configuración del contenido del orden público, que deben constituir parte de los elementos necesarios de los que disponga el juez del control en su valoración, son las leyes de policía y las normas materiales imperativas que indiscutiblemente adquieren una importancia trascendental para el foro en un momento determinado¹⁹¹⁶. En especial, las primeras más que las segundas, ya que respecto a las normas materiales imperativas no existe una unanimidad doctrinal en cuanto a su confusa valoración por el juez estatal en la fase post-arbitral¹⁹¹⁷. Se tiende, cada vez más, a rechazar la consideración de las normas de aplicación inmediata con carácter general y circunscribir su actuación a las normas de intervención generalmente de carácter económico y a aquellas integrantes del orden público de protección de las partes consideradas débiles en los contratos sometidos a CGC¹⁹¹⁸. En estos casos las normas imperativas se identifican con las leyes de policía y con el orden

¹⁹¹⁴ Entre los países marcadamente territorialistas que sometían a controles intensos y sucesivos a los laudos arbitrales extranjeros que pretendiesen ser ejecutados en su foro destacaban las legislaciones latinoamericanas de arbitraje y la antigua Ley española de 1953. Estos rechazaban al laudo arbitral internacional y le sometían a sucesivos recursos que pasaban por el de revisión, el de anulación y el de Casación. Sin embargo, en la actualidad, todas las leyes de arbitraje nombradas, por no insistir en destacar de nuevo las encomiables reformas operadas en los últimos diez años en las legislaciones latinoamericanas, han coincidido en reducir las vías de control judicial al laudo arbitral internacional y adaptar el causal del orden público a la internacionalidad, *vid., supra.*, la relación analizada de las últimas reformas operadas en las leyes de arbitraje latinoamericanas.

¹⁹¹⁵ *Vid., infra.*, un tratamiento más profundo a este respecto en el epígrafe dedicado al orden público en las modalidades de control.

¹⁹¹⁶ De tal manera que deben ser contrastadas por los jueces en relación con el contenido del laudo que puede violar las denominadas por Arfadahez "políticas reglamentarias de carácter imperativo", *cf.*, H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, p. 227.

¹⁹¹⁷ Entre los últimos autores que se han pronunciado a este respecto, el trabajo de P. Nygh, constataba que la aplicación práctica de las normas materiales imperativas en el arbitraje internacional es realmente escasa si comparamos ésta con el empleo que se le da, sobre todo en la fase post-arbitral, a la cláusula de orden público y, en casos puntuales, a las leyes de policía, *cf.*, P. Nygh, "Choice of Forum...", *loc. cit.*, p. 26.

¹⁹¹⁸ *Vid., supra.*, Capítulo III. III, los comentarios allí referidos a este respecto.

público y se utilizan preferentemente con ésta última denominación en la fase de control¹⁹¹⁹.

606. De otro lado, dentro de los criterios obligados que tiene que guardar el juez condicionado por el sistema jurídico al que pertenece, la valoración del orden público por un juez nacional lleva aparejada la intervención de determinados elementos subjetivos que influyen en la consideración del orden público¹⁹²⁰. A pesar de la parcialidad y legalidad que debe caracterizar la actuación del organismo jurisdiccional, el elemento subjetivo se ha de tener presente en todo momento ante un concepto tan impreciso, indeterminado y de interpretación tan dispar como es la cláusula de orden público. Existe un elemento de valoración subconsciente e imprevisible en el que influyen los propios criterios que tenga el juez sobre cuáles son los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del que él es guardián y el respeto que se le debe dar a la especial consideración del principio de especialización del laudo en razón de su internacionalidad. Sus condicionamientos personales, ideológicos e incluso su “simpatía” o “antipatía” por la institución de arbitraje también son determinantes en la interpretación más o menos amplia que haga del orden público del foro a la hora de valorar la integración del laudo en el mismo¹⁹²¹. Elemento de valoración subjetivo que revierte negativamente en los intentos de aprehensión jurídica del orden público y alimenta la dificultad de circunscribir su contenido.

¹⁹¹⁹ De hecho, si nos fijamos en las expresiones utilizadas por la jurisprudencia a la hora de cotejar un laudo arbitral que afecte de manera sustancial a un foro determinado o pretenda integrarse en un ordenamiento jurídico estatal, el juez o tribunal nacional del control suele utilizar los criterios generales del orden público internacional del foro, y en situaciones precisas se contrasta el laudo con las leyes de policía, pero no suele referirse a la violación por un laudo arbitral internacional a las normas materiales imperativas. *Vid.*, en el primer caso, la Sent. de la *Supreme Court of Queensland*, (Australia) de 29 October 1993, núm. 389, 1993, *Resort Condominiums International Inc (India, USA) c. Ray Bolwell, Resort Condominiums Pty. Ltd (Australia)*, 1994, núm. 4, pp. 1-22. También, en *Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 628-650. *Public policy in Arbitration*. Concepto estricto del orden público internacional estatal en la concesión del exequátur, *ibid.*, pp. 644-650. Y, en el segundo caso, la aplicación de una ley de policía, *vid.*, la Sent. del *Tribunal fédéral, 1^o Cour civile*, de 30 de diciembre de 1994, *F. Et U. c. W, RSDIE*, 1996, núm. 4, pp. 545-551. También, en *Year. comm. Arb.*, vol., XXI, 1996, pp. 172-179.

¹⁹²⁰ A. Remiro Brotóns señala que el orden público es una noción impregnada de subjetividad por lo que se propone a los órganos jurisdiccionales encargados de aplicarlo que adopten una postura moderada al respecto, *cf.*, "La reconnaissance et l'exécution...", *op. cit.*, p. 242.

¹⁹²¹ Destacando que la excepción de orden público es utilizada muchas veces, de manera aleatoria por parte de los tribunales dependiendo en algunas ocasiones de la simpatía o antipatía de los tribunales hacia el arbitraje, *cf.*, J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 354-355.

607. No es de extrañar, por ello, la indiscutible preeminencia que en la elaboración y precisión del contenido del orden público tiene la jurisprudencia, que sólo en su decisión concreta es la que mejor nos da una idea de cuál es el contenido del orden público en la fase de control¹⁹²². La cláusula de orden público es demasiado arbitraria y relativa como para establecer unos cánones que disimulen el amplio margen que en cuanto a su interpretación pueden hacer los jueces y tribunales nacionales. Al fin y al cabo, es el juez de control el encargado de definir y concretar el orden público en la fase post-arbitral. El es el único guardián del orden público del foro, y ante la indeterminación y ambigüedad que acompaña a la definición de este causal únicamente será ante el caso concreto planteado ante el órgano judicial cuando el juez, acorde con los intereses generales esenciales que defienda, en el momento actual, el sistema al que pertenece, se decida a valorar el contenido del orden público que el laudo arbitral internacional no puede traspasar¹⁹²³. Contenido que se definirá a través de la combinación de todos los elementos que deben ser tenidos en cuenta en la configuración del orden público: la propia jurisprudencia, tanto la arbitral como la judicial, las valoraciones subjetivas del juez, los principios fundamentales del foro, las normas materiales imperativas y las leyes de policía, que se concretan gracias a la actuación del juez de control¹⁹²⁴.

608. Los distintos elementos planteados tienen el mismo denominador común que los clásicos métodos utilizados para valorar el orden público en el DIPr. Cuando un juez nacional debe apreciar la contrariedad de una sentencia arbitral internacional con el orden público del foro debe proceder a aplicar un método instrumental de fisonomía

¹⁹²² Poniendo de relieve que las fuentes del orden público son esencialmente jurisprudenciales, *cf.*, H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond et l'annulation...", *loc. cit.*, p. 227.

¹⁹²³ *Vid., supra.*, las afirmaciones y citas realizadas a este respecto en este mismo apartado en combinación con las distintas acepciones y precisiones del orden público en el Cap. I, al que en esta última fase no podemos dejar de remontarnos.

¹⁹²⁴ Se confirma lo que en su día fue destacado por M. Aguilar Navarro, indicando que los jueces son los únicos facultados para determinar concretamente, en cada caso, si un principio considerado esencial por nuestro ordenamiento se ve afectado por una disposición extranjera, entre las que se encuentra un laudo, que pretende desplegar sus efectos en nuestro ordenamiento. Así, el orden público "*sólo adquiere concreción y contenido tras la intervención casuística del juez de control*", *cf.*, M. Aguilar Navarro, "El orden público en el Derecho internacional Privado", *REDI*, 1953, p. 188. Destacando también éste aspecto, *cf.*, S. Barona Villar, "El laudo en el arbitraje de consumo", *loc. cit.*, p. 39, y las conclusiones de A. Alvarez Rodríguez, "Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley española de arbitraje", *RCEA*, vol. V, 1988-1989, p. 110, destacando que sólo la jurisprudencia tiene en sus manos señalar que debe entenderse por orden público a los efectos de anular el laudo arbitral.

triangular¹⁹²⁵. En uno de los vértices, deberá apreciar, en primer lugar, el carácter internacional del laudo arbitral y, en consecuencia, aplicar, como línea de principio, un orden público restringido también internacional, identificado con los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico, en caso del ordenamiento español, claramente delimitados por la Constitución¹⁹²⁶. En otro de los vértices, se deberá valorar la apreciación “concreta” del orden público internacional para el supuesto determinado planteado, donde influirá la posibilidad de aplicar las leyes de policía que exigen su aplicabilidad en un determinado supuesto en particular¹⁹²⁷. El tercero de los vértices que cierra el triángulo, lo completa el principio de actualidad del orden público¹⁹²⁸.

609. Las diferencias hasta aquí observadas en el entendimiento del control del orden público utilizado para verificar la adecuación, tanto de un laudo arbitral internacional como de una decisión judicial extranjera en el foro en el que ambos pretenden ser integrados para desplegar sus efectos, son más bien escasas. En ambos casos, la trilogía primaria de los métodos empleados debe de ser la misma. En los dos se aplicará un orden público internacional al control y se considerará por igual el principio

¹⁹²⁵ Son los tres métodos expuestos por Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 967, que resumen el modo de actuar de la jurisprudencia cuando se trata de valorar el orden público con el que el juez debe cotejar tanto una sentencia judicial extranjera como un laudo arbitral internacional, *vid.*, el desarrollo de cada uno de los métodos arriba expuestos que sirven para apreciar la contrariedad de una sentencia con el orden público en la jurisprudencia francesa, *ibid.*, pp. 966-971. Métodos, previamente descritos por E. Gaillard, "Arbitrage commercial international: Sentence arbitrale...", *loc. cit.*, pp. 22-23.

¹⁹²⁶ *Vid., infra.*, en las modalidades de control la abundante jurisprudencia española que confronta los laudos arbitrales internacionales con los principios constitucionales fundamentales que en su consideración estricta bien podrían conformar también el contenido de un orden público de carácter transnacional.

¹⁹²⁷ Un interesante desarrollo de la apreciación concreta del orden público, así como del resto de los factores que son empleados metodológicamente para contrastar el orden público internacional, lo encontramos en E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, pp. 1-24, esp. pp. 22-23.

¹⁹²⁸ La aplicación del orden público es relativa en el tiempo y en el espacio y exige ser contrastada con el momento determinado en que el control es llevado a cabo. Es el equilibrio en el arbitraje entre el interés público y los intereses privados de las partes. De ahí que, en función de que éstos varían el orden público también lo hace, según las necesidades imperantes en cada momento en particular que debe ser siempre tenido en cuenta a la hora de cotejar el laudo arbitral internacional con los valores imperantes como orden público en un determinado ordenamiento estatal. Destacando el principio de actualidad o temporalidad del orden público, *vid.*, su aplicación en el DIPr expuesta por J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr, op. cit.*, p. 217. En concreto, sobre la necesidad de imponer el principio de actualidad del orden público cotejando al laudo arbitral con los valores fundamentales del ordenamiento *cf.*, P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, p. 627, destacando, en este sentido, la Sent. de la *Cour de cassation (1^{re} Chambre civile)* de 15 de marzo de 1988 y la Sent. de la *Cour d'appel de Versailles (Ch. Réunies)*, de 2 de octubre de 1989, *société Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continentale France; Cour d'appel de París, (1^{re} Ch. Suppl.)*, de 7 de julio de 1989, *société Veradour*

de actualidad del orden público y la aplicación concreta del mismo. Las diferencias que existen en el control del orden público entre un laudo arbitral internacional y una decisión extranjera fundamentalmente se concretan en que las consideraciones estrictas del orden público se aplican con menor rigor en el primer caso que en el segundo. La evaluación que a través del orden público se hace del laudo arbitral internacional es más permisiva que la que se realiza a una sentencia o decisión judicial extranjera¹⁹²⁹.

B) Orden público en la apreciación de la arbitrabilidad de la controversia internacional por el juez de control

610. Habiéndose manifestado nuestra inclinación a que el órgano judicial decida sobre el presupuesto material en la fase negocial a través de la interposición de una excepción de incompetencia arbitral¹⁹³⁰, era una cuestión pendiente retomar este tema en la fase de control. Es únicamente en la fase post-arbitral, donde el juez tiene absoluta legitimidad para decidir sobre la cuestión de la arbitrabilidad. Aquí, se comprueba por qué el árbitro está, en no pocas ocasiones, indirectamente condicionado a pensar y a actuar como un juez nacional, puesto que la decisión final en relación con el presupuesto material va a correr a cargo de un órgano jurisdiccional estatal, guardián del orden público estatal de un foro determinado, “su” foro. El árbitro previamente debe tener muy en cuenta los criterios territorialistas para decidir sobre la arbitrabilidad, ya que con posterioridad será el orden público y las normas imperativas del lugar de la sede, en el recurso de anulación, y del lugar de exequátur, en la homologación del laudo, los que más trabas pueden plantear al reconocimiento de la validez al presupuesto material. Causa de que, cada vez más, se tienda a desmitificar el valor de la sede en el arbitraje privado internacional¹⁹³¹.

SICA c. Société E. Larroche Frères, Rev. arb., 1990, núm. 1, pp. 115-124, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 125-133.

¹⁹²⁹ *Vid., supra.*, las afirmaciones realizadas a este respecto en el epígrafe primero.

¹⁹³⁰ Dado que es muy poco probable que éste tenga en cuenta en la valoración ni al orden público internacional ni al principio de eficacia máxima que, por el contrario, sí guían a un árbitro internacional, *vid., supra.*, Cap. II. III. 1. B).

¹⁹³¹ *Vid.*, las reflexiones a este respecto de G. Kaufmann-Kohler, “le lieu de l’arbitrage a l’aune de la mondialisation...”, *loc. cit.*, pp. 517-536.

611. Al no estar estas última tendencias implantadas de manera generalizada, ni del lado de la práctica ni del lado legislativo interno ni convencional, todavía nos encontramos con que, en la actualidad, siguiendo las directrices convencionales enunciadas con anterioridad¹⁹³², el criterio que impera en la fase final se encuentra indisolublemente unido al principio de territorialidad. Son los criterios geográficos los que se imponen a la hora de estimar la *lex fori* a aplicar por el juez estatal al presupuesto material en la fase post-arbitral. En primer lugar, en el recurso de anulación, se aplicará la *lex loci arbitrii*, o la ley de la sede donde se ha desarrollado el procedimiento arbitral coincidente con la competencia del tribunal judicial decisor del recurso, tal y como se desprende del art. 34. 2) b) i) de la Ley Tipo de la UNCITRAL. En segundo lugar, la apreciación de la ley aplicable a la arbitrabilidad en el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral sigue los criterios observados en el art. 1. b) del Convenio de Ginebra de 1927, art. V. 2 a) del Convenio de Nueva York y el art. 38. 1. b) i) de la Ley Tipo de la UNCITRAL, esto es, la ley del exequátur¹⁹³³.

612. En la apreciación de la arbitrabilidad de la controversia internacional por el juez en el recurso de anulación indirectamente se pone a prueba la astucia de las legislaciones de arbitraje en atención al orden público y al valor de la sede como criterios promotores de referencia a utilizar para determinar el presupuesto material. En efecto, no hay que olvidar que el arbitraje ha sido definido como un “servicio industrial” que debe funcionar dentro de una adecuada combinación entre los intereses públicos y los intereses privados que proporciona una opción para aquellos implicados en una determinada controversia, que encuentran en la institución arbitral el producto o servicio que mejor se adapta a las necesidades de sus consumidores y usuarios, los empresarios que realizan transacciones internacionales¹⁹³⁴. El arbitraje sería así considerado como un

¹⁹³² *Vid., supra.*, Cap. II. III. 1. A) a). Dentro de la determinación de la “inarbitrabilidad” por el juez estatal, el panorama normativo y, especialmente, la “*aplicación de los Convenios internacionales de arbitraje*”.

¹⁹³³ En este apartado retomamos la cuestión de la arbitrabilidad de la controversia internacional en la fase judicial guiados de los presupuestos asentados en la primera fase. Por ello, es recomendable acudir al Cap. II. III. 1 y 2, sobre la determinación de la arbitrabilidad por el juez estatal y cómo el árbitro utiliza el recurso a la analogía judicial para llegar a la misma en cuanto a localizar la ley aplicable a la arbitrabilidad en un determinado ordenamiento estatal, siguiendo la línea convencional. En concreto, la ley de la sede y la ley del exequátur.

¹⁹³⁴ La concepción del arbitraje como un “*service industry*” es originaria de A. Samuel, *cf., Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration, loc. cit.*, p. 325.

producto del mercado¹⁹³⁵. De lo que se deriva que la competencia en el mercado es la misma que existe en el arbitraje y, en consecuencia, las soluciones previstas en los distintos ordenamientos que han resultado eficaces para resolver los problemas derivados de la jurisdicción arbitral, son objeto de intercambio entre las distintas jurisdicciones. Así, las sedes arbitrales que han ido colonizando cada vez más materias inarbitrables al orden público, donde ahora es posible arbitrar en el marco comercial y jurídico internacional que conforma el “*institutional enviromen*”¹⁹³⁶, han sido tomadas como modelos de referencia en otros ámbitos arbitrales¹⁹³⁷.

613. En cierta medida, el arbitraje como servicio industrial ha sido entendido perfectamente por aquellas legislaciones que pretenden hacer de sus sedes atractivos puntos de referencia arbitral para que los empresarios se decidan por acudir a ellas cuando resuelven una controversia internacional. El objetivo real de éstas legislaciones no es tanto el de favorecer la arbitrabilidad de las controversias internacionales, sino el de hacer de sus sedes atractivos lugares de arbitraje mediante el reclamo, entre otros, de reducir al máximo o incluso de suprimir el papel del orden público en el recurso de anulación¹⁹³⁸. Así, en varias legislaciones se ha llegado a prescindir del mismo,

¹⁹³⁵ En contra, B. Oppetit, quién a pesar de reconocer el marketing excesivo del que participa el Derecho en general y, el arbitraje, en particular, se queja de la atmósfera de utilitarismo que acompaña a cualquier tipo de actividad jurídica en los tiempos modernos. El autor se pregunta si el arbitraje como el Derecho en sí mismo va a estar condenado a ser un producto del mercado, *cf.*, B. Oppetit, “Théorie de l’arbitrage”, *op. cit.*, p. 11.

¹⁹³⁶ *Cf.*, ésta terminología en F.J. Garcimartín Alférez, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: Una aproximación económica”, *REDI*, vol. XLVIII, 1995, núm. 1, p. 36.

¹⁹³⁷ Lo que en el terreno legislativo originó la “Era de la competencia” en las legislaciones de arbitraje según, K.P. Berger, *vid., supra.*, Capítulo I, IV. Se adoptan las fórmulas de las distintas reglamentaciones internas sobre arbitraje que se ha comprobado que funcionan. De tal manera, nos encontramos en un dinamismo normativo y estructural en las relaciones de arbitraje, que se van adaptando a las exigencias del tráfico comercial del momento. En España, *cf.*, la Corte Española de Arbitraje al servicio del empresariado y de la sociedad, en la documentación entregada por J.L. Roca Aymar, “La Corte Española de Arbitraje y la Administración del arbitraje en su seno”, en los Cursos de Arbitraje de la UPV., San Sebastián, 16 de julio de 1999. Conferencias en las cuales, B. M^a Cremades resaltaba el arbitraje como una empresa de servicios al propio servicio de los empresarios, en la disertación sobre “La práctica de la Corte de Arbitraje de la CCI desde la perspectiva española”, impartida el 15 de julio de 1999, *vid.*, la documentación entregada.

¹⁹³⁸ Discrepamos, por tanto, en parte, con las opiniones vertidas en éste punto por otros autores como J.B. Racine, *L’arbitrage commercial...*, *op. cit.*, p. 173, que considera que las normas materiales a favor de la arbitrabilidad en las sedes citadas persigue un objetivo más universal de favorecer la apertura a la arbitrabilidad de las controversias. Nuestra opinión es que si bien ésta finalidad se consigue también de manera indirecta, el objetivo realmente perseguido no es tan altruista en materia de arbitrabilidad universal como dicho autor parece indicar, puesto que las premisas de las que se parte tienen su origen en un interés particular. El de hacer de su sede un punto ventajoso en el mercado del arbitraje internacional

otorgando la posibilidad previa de la renuncia a los recursos, factor que les ha coadyuvado a conseguir los objetivos de los países que se quieren situar entre aquellos en los que más arbitrajes internacionales tienen lugar¹⁹³⁹. Motivo por el que determinados Estados han adoptado reglas materiales para validar la arbitrabilidad de la controversia internacional haciendo prácticamente imposible que el laudo sea anulado en su territorio a partir de la invocación de nulidad del presupuesto material.

614. En el art. 177. 1, LSDIP se encuentran uno de los pocos ejemplos en los que se contiene una norma material de DIPr en una legislación arbitral, según la cual la arbitrabilidad está regida por la *lex loci arbitrii*, sin necesidad de tener en cuenta ni las normas materiales imperativas de la *lex causae* ni las de la ley nacional de las partes¹⁹⁴⁰. Ciertamente es que éste criterio tiene unos tintes de soberanía territorial ya que sólo permite cotejar el ámbito material en relación con el orden público internacional suizo¹⁹⁴¹. De tal modo que una sentencia rendida en Suiza puede comportar un alto riesgo de no ser ejecutada por su contrariedad al orden público internacional o transnacional en otros ordenamientos, ya que, el criterio que sigue la legislación suiza en materia de arbitrabilidad puede ser interpretado como demasiado liberal en el país del exequátur según el art. V. 2 a) y b) CNY¹⁹⁴². Observación a la que responden los defensores de una norma material que rijan la arbitrabilidad de la controversia internacional

para ser seleccionado como sede de arbitraje. En sentido contrario, es claro como las legislaciones construyen la normativa arbitral basándose en las consideraciones de orden público, a través de conceptos como el de la nulidad, la ineficacia o la inaplicabilidad por causas de orden público y la contrariedad con el fraude, *vid.*, D.T. Warren, "The concept of "null and void" in international arbitration", *Arb. Jour.*, vol. 45., 1990, núm. 4, pp. 57-59.

¹⁹³⁹ Tal y como se desprende de los datos estadísticos extraídos de las sedes de arbitrajes internacionales de la CCI en 1998, *vid.*, *infra.*, el apartado dedicado a la renuncia a los recursos y al orden público en el recurso de anulación. Poniendo de manifiesto la preocupación del escaso interés de España como sede de arbitrajes internacionales, *cf.*, las observaciones de J.C. Fernández Rozas, en la Introducción a la "Propuesta de reforma de la Ley 36/1988...", *loc. cit.*, p. 307.

¹⁹⁴⁰ *Vid.*, *supra.*, Cap. II, apartado, II. 3 B) b), la identificación que éste artículo hace de la arbitrabilidad y la patrimonialidad.

¹⁹⁴¹ Críticas manifestadas por K.P. Berger, *ibid.*, *op. cit.*, p. 196, que también han sido denunciadas, aunque como se verá en la nota siguiente, enseguida justificadas por P. Lalive, J.F. Poudret, y C. Reimond, *Le droit de l'arbitrage...* *op. cit.*, p. 307, quienes señalan específicamente que el árbitro reconocerá el carácter de orden público internacional, "*au sens du droit suisse*", es decir, siguiendo los criterios de orden público internos e internacionales de su foro pero sin tener en cuenta ni el orden público ni las normas de policía de otros países que pudieran estar vinculados y afectados por la controversia.

¹⁹⁴² La localización de arbitrajes en Suiza y en Francia e, incluso en Bélgica, conllevan la aplicación de criterios demasiado liberales a la arbitrabilidad de la controversia internacional que en algunas ocasiones implican un mayor riesgo de entrar en contradicción con el lugar de ejecución de la sentencia, *cf.*, J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 176-77.

argumentando que si bien es verdad que tal riesgo de no-ejecución existe, también es verdad, que no existe el criterio material de determinación de la arbitrabilidad de la controversia internacional perfecto, porque ningún criterio va a eliminar en su totalidad el riesgo¹⁹⁴³.

615. Surge entonces la problemática específica de si cuando un juez estatal valora la cuestión de la arbitrabilidad de la controversia internacional en cuanto a que ésta no es arbitrable o contraria al orden público en la fase de control debería tener en cuenta las disposiciones de Derecho extranjero, sobre todo aquellas normas imperativas o de orden público de la *lex causae* que pueden limitar o prohibir la arbitrabilidad de ciertas controversias. No existe a éste respecto ningún criterio legislativo específico en el ámbito internacional que nos permita responder con claridad. Una de las pocas legislaciones que nos ofrecen una guía para saber cuándo una norma imperativa extranjera no contemplada en el contrato debería ser aplicada al caso controvertido para decidir sobre el presupuesto material se basa en el punto de vista extraído del art. 19. 1 LSDIP que trata de tomar en consideración las normas imperativas provenientes de una ley extranjera e incluso aplicar directamente normas de policía extranjeras si éstas tienen una “estrecha conexión” con el supuesto controvertido¹⁹⁴⁴. Pero, ya se ha analizado que a juicio de la mayor parte de la doctrina, la referencia a las disposiciones legislativas contenidas en los arts. 19 y 15 de la LSDIP que consideran que se ha de aplicar el Derecho extranjero que tenga algún vínculo muy estrecho con la controversia no tienen por qué ser aplicables en el arbitraje¹⁹⁴⁵.

¹⁹⁴³ Cf., P. Lalive, J.F. Poudret, y C. Reimond, “*Il est vrai qu’aucun critère ne permet d’éliminer totalement ce risque*”, *ibid.*, *id. cit.*, p. 305.

¹⁹⁴⁴ Art. 19. 1: “A provision of a law other than the one designated by this Statute that is means to be applied mandatorily may be taken into account if interests of a party which are legitimate according to Swiss views and clearly overriding so require and the case is *closely connected to that law*”.

¹⁹⁴⁵ Así lo han manifestado, P. Lalive, J.F. Poudret, y C. Reimond, *Le droit de l'arbitrae...*, *op. cit.*, p. 308. Para un mayor abundamiento, *vid.*, *supra*. Cap. IV. II., en el Derecho aplicable al fondo de la controversia, las reflexiones al respecto la aplicación por el árbitro de las leyes de policía exteriores a la *lex contractus*. La aplicación de los arts 15 y 19 LSDIP, únicamente está concebida para una utilización judicial estatal en el sentido del DIPr, cuando el juez estatal tenga que aplicar el Derecho de fondo, pero no para el arbitraje internacional donde es el árbitro el encargado de determinarlo. Lo cual provoca que no sea éste un criterio exento de críticas dado que si el art. 19 LSDIP no es aplicable a la determinación de la arbitrabilidad de la controversia en los arbitrajes internacionales que tengan lugar en Suiza, no se tendría en cuenta el Derecho extranjero por lo que el único orden público que al final es operativo sería exclusivamente el orden público internacional Suizo contemplado en el art. 190. 2, e), que especifica que el laudo arbitral puede ser atacado por su contrariedad con el orden público internacional suizo, con el riesgo que ello conlleva para la inejecución posterior de la sentencia si ésta es contraria a otro público

En conclusión, todo arbitraje internacional que tenga sede en Suiza no debe tener en cuenta las restricciones o las prohibiciones imperativas del Derecho extranjero relativas a la arbitrabilidad de la causa¹⁹⁴⁶. Criterio que no se debe adoptar en su radicalidad. En la práctica, éste criterio ha sido utilizado de manera atenuada ya que a pesar de seguir con la línea general de no tener en cuenta las disposiciones de Derecho extranjero concernientes a la arbitrabilidad, se consideró como excepción a ésta regla general, una eventual incompatibilidad con el orden público en el sentido de que el Derecho extranjero donde previsiblemente el laudo tenga que ser ejecutado atribuye una competencia exclusiva de jurisdicción para la resolución de esa misma materia, tal y como fue puesto de relieve en el asunto *Fincantieri*¹⁹⁴⁷, donde nos encontramos con uno de los escasos supuestos en los que los tribunales suizos declaran internacionalmente inarbitrable una controversia que según sus propios criterios era arbitrable, por ser patrimonial, como consecuencia de “tener en cuenta” el orden público del lugar de la probable ejecución del laudo¹⁹⁴⁸.

616. Es más razonable hacer una llamada de atención a la realidad práctica existente. Si pensamos en el supuesto en que un tribunal arbitral ha sido el encargado de

internacional extranjero menos liberal que debería haber sido tenido previamente en cuenta, *cf.*, K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, *op. cit.*, p. 196.

¹⁹⁴⁶ La única limitación existente al respecto es la del orden público internacional suizo contemplado en el art. 190. 2, e), *cf.*, P. Lalive, J.F. Poudret y C. Reimond, *Le droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 419.

¹⁹⁴⁷ Sentencia rendida por el Tribunal federal suizo *Tribunal Fédéral (Supreme Court)*, el 23 de junio de 1992, *Fincantieri-Cantieri navali italiani Spa and Oto Melara SpA (Italy) c. Iraq Ministry of Defence*, *Yearbook Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996, pp. 594-600. *Arbitrability. Public Policy. Bulletin ASA*, 1993, p. 58, comentada en la incidencia de la sede en el Derecho aplicable a la arbitrabilidad por B. Hanotiau, “The Law Applicable to the Issue of Arbitrability”, *loc. cit.*, p. 765 y en “L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen”, *loc. cit.*, p. 913. Asunto en el que también se detiene J. B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 176. Donde se decide que la controversia es inarbitrable aun a pesar de su carácter patrimonial y por tanto entrar bajo la órbita de acción del art. 177. 1 LSDIP, porque implicaba la violación de las medidas de embargo contra Irak. El Tribunal suizo es consciente que la aplicación en éste caso de su propio criterio interno demasiado liberal en materia de arbitrabilidad abocaba al fracaso la ejecución del laudo arbitral. La sentencia dictada en Suiza se sabía seguro que no se iba a ejecutar en Italia como consecuencia de las medidas de embargo adoptadas contra Irak por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1990-1991. En el mismo sentido, tras la explicación del supuesto, se manifiesta P. Nygh, “Choice of Forum and Laws...”, *loc. cit.*, p. 18. La arbitrabilidad en éste caso debía ser averiguada por las leyes italianas ya que ésta es una cuestión que afecta directamente a su jurisdicción.

¹⁹⁴⁸ Se cumple así, la segunda técnica basada en el principio de cortesía internacional, que será descrita en el siguiente epígrafe donde se desarrollará en mayor profundidad el problema de fondo que

decidir previamente sobre la ley aplicable a la arbitrabilidad en la fase negocial y haya aplicado a ésta un Derecho distinto al del lugar de la sede donde ha de decidir el juez de anulación es muy probable que se plantee un conflicto en la decisión posterior que el órgano judicial estatal deba tomar al respecto. Lo deseable sería que el juez de la anulación tuviera también en cuenta el Derecho extranjero que posibilita la arbitrabilidad si éste no es contrario al orden público transnacional en el ámbito material objeto de la decisión. Sin embargo, la realidad es que si el Derecho extranjero que posibilita la arbitrabilidad es contrario al orden público del lugar en que se decide la anulación probablemente el laudo dictado será anulado por contravención con el orden público. Existe una relación muy estrecha entre la ley aplicable a la arbitrabilidad en la fase negocial y el orden público sustantivo que decide sobre la misma con posterioridad en la sede del tribunal estatal y por extensión con la del exequátur. En todo caso, es necesario recordar que el juez de la anulación, al igual que el de reconocimiento y ejecución, debería limitar los casos de anulación, por causa de inarbitrabilidad, a las hipótesis más estrictas. Únicamente en el supuesto en que el laudo haya violado las nociones más básicas de justicia y moralidad del foro¹⁹⁴⁹.

617. En la apreciación de la arbitrabilidad de la controversia internacional por el órgano judicial decisor en el reconocimiento y la ejecución es lógico que el juez del país donde el laudo pretende ser reconocido y ejecutado aprecie la arbitrabilidad según su propia *lex fori*, recordando que existe una regla general acorde con interpretar los motivos contenidos en el art. V del CNY muy restrictivamente¹⁹⁵⁰. Por ello, los casos en los que el tribunal del exequátur ha rechazado el reconocimiento y la ejecución de las sentencias sobre la base del art. V. 2 CNY, son extremadamente raros¹⁹⁵¹. El asunto

está aquí siendo expuesto y no es otro que el de la toma en consideración del orden público extranjero al del juez de control.

¹⁹⁴⁹ Cf., la sentencia estadounidense, *United States District Court, Southern District of New York*, de 11 de marzo de 1996, 95 Civ. 1028 (RPP), *Ukrvneshprom State Foreign Economic Enterprise (Ukrania) c. Tradeway, Inc. (USA)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 958-965, esp. pp. 963-964, que se refiere al orden público contenido en el art. V. 2. b) CNY. Concepto estricto del orden público cuya violación a la hora de rechazar un laudo arbitral debe entenderse desde las nociones más básicas de moralidad y justicia, cf., B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 928, *id. loc.*, "The Law Applicable to the Issue of Arbitrability", *loc. cit.*, p. 776.

¹⁹⁵⁰ Cf., B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, p. 929.

¹⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 927.

Audi-NSU, dictado por la Corte de Casación belga¹⁹⁵², es considerado como el único ejemplo significativo de rechazo al exequátur de una sentencia arbitral internacional por causa de la inarbitrabilidad sobre la base del art. V. 2 b) del Convenio de Nueva York¹⁹⁵³. Identificando la contrariedad de la arbitrabilidad con el orden público del exequátur con las nociones más básicas de moralidad y justicia.

618. Las peculiaridades que en relación con la apreciación de la arbitrabilidad según el foro del país de la ejecución o de la sede del procedimiento de arbitraje internacional en el recurso de anulación son meramente reiterativas de lo enunciado con anterioridad pues es una mera aplicación de la dinámica convencional. Los problemas reales que de aquí se derivan versan sobre el control estatal del laudo arbitral, en ambos recursos, y sobre la problemática específica de si cuando el juez estatal procede a valorar que el resultado del laudo arbitral no es contrario a las concepciones de orden público ni contraviene la arbitrabilidad, debe tomar en consideración no sólo los criterios de orden público de su foro sino también aquellos propios del Derecho extranjero¹⁹⁵⁴.

C) Contrariedad de la sentencia arbitral al orden público estatal

a) *Violación del orden público interno e internacional*

619. La doctrina y la jurisprudencia internacional insisten en destacar que en la actualidad ha dejado de tener sentido el diferenciar el entendimiento del orden público interno del internacional en el control del laudo arbitral. La dualidad tradicional del contenido del orden público interno de carácter más amplio que el internacional ha perdido su significado original en la práctica jurisprudencial contemporánea ya que su

¹⁹⁵² *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'Appel* de Lieja de 22 de mayo de 1977, *Audi-NSU c. S. A. Adelin Petit*, *Year. Comm. Arb.*, vol. IV, 1979, p. 254. Rechazo del reconocimiento del laudo arbitral en razón de la no-arbitrabilidad de la controversia. *Cour de Cassation* de Bélgica de 28 de junio de 1979, *Audi-NSU c. S. A. Adelin Petit*, *Year. Comm. Arb.*, vol. V, 1980, p. 257. Interconexión entre las nociones de orden público y de arbitrabilidad.

¹⁹⁵³ Dado que en el asunto *Liamco*, aunque también se rechazó el exequátur del laudo arbitral por razón de la no-arbitrabilidad del art. V. 2 CNY es una decisión errónea y por tanto no se considera como significativa, *cf.*, B. Hanotiau, "L'arbitrabilité...", *loc. cit.*, pp. 930-931.

valoración suele ser la misma para el laudo arbitral interno que para el internacional¹⁹⁵⁵. En contraste con la línea dogmática general que tiende a resaltar que cuando se trata de valorar la adecuación de una decisión internacional con el orden público, los criterios utilizados por los jueces nacionales son menos rigurosos que los empleados para los laudos internos¹⁹⁵⁶; hay que destacar que, una vez superado esto, la evidencia empírica discurre en la actualidad por otros derroteros. En la práctica jurisprudencial se observa la ausencia de diferencias entre el contenido esencial del orden público interno y del orden público internacional cuando se trata de valorar por el juez del control la contrariedad del laudo arbitral con las leyes de policía y los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro. Si se hace una radiografía de la actuación judicial a este respecto nos damos cuenta de que a pesar de que en no pocas ocasiones la jurisprudencia ha ignorado por completo la distinción entre el orden público interno y el orden público internacional a la hora de reconocer un laudo arbitral internacional ello no ha afectado para que el resultado alcanzado se haya considerado correcto¹⁹⁵⁷.

620. La razón es que el orden público internacional se halla en el corazón del orden público interno¹⁹⁵⁸. Es el contenido vital del orden público identificado en sentido restringido con los valores esenciales del ordenamiento jurídico el que se suele emplear de manera similar para verificar que ni el laudo arbitral interno ni el internacional violan

¹⁹⁵⁴ Aspecto al que dedicamos el apartado. II. 2.

¹⁹⁵⁵ Así lo han puesto de relieve, entre otras, las siguientes sentencias, *vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch., sect. C.)* de 5 de abril de 1990, *Soc. Courrèges Design c. Soc. André Courrèges*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, núm. 3, pp. 580-587; nota de C. Kessedjian, *ibid.*, pp. 587-593; y con nota de M. H. Synvet, *Rev. arb.*, 1992, núm. 1, p. 102, y la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 14 de octubre de 1993, *Société Aplix c. Société Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 164-170, con nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 170-173. De tal manera que la violación de un laudo arbitral, sea éste interno o internacional, al Derecho de la competencia contenido en el artículo 81 CE, *ex. artículo 85*, constituye una violación tanto al orden público interno como al internacional.

¹⁹⁵⁶ *Vid.*, las apreciaciones de M. Buchanan a este respecto, "Public Policy and International...", *loc. cit.*, pp. 511-514.

¹⁹⁵⁷ Como muestra en nuestro ordenamiento, *vid.*, la Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 10^a), de 10 de diciembre de 1991, *RAJ*, 1991, 2300; también en *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 205-215, con nota de E. Artuch Iriberry, "El recurso de anulación del laudo en el arbitraje comercial internacional...", *ibid.*, pp. 117-125, y las apreciaciones realizadas por la comentarista respecto al resultado de la solución judicial que, entre otras cosas, había merecido ser aplaudida por la interpretación restrictiva que se había hecho del orden público, a pesar de que en ningún momento se ha tenido en cuenta la consideración internacional del laudo arbitral ni por tanto la internacionalidad del orden público que también se le hubiera tenido que aplicar al mismo, *cf.*, *ibid.*, pp. 117-118, y *vid.*, *infra.*, en el recurso de anulación un examen más detenido del entendimiento del orden público interno e internacional para el juez de control en el recurso de anulación.

¹⁹⁵⁸ *Cf.*, Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 969.

el orden fundamental del sistema donde pretendan desplegar sus efectos, sea en el suyo propio o en un ordenamiento extranjero. El punto de partida ha dejado de ser aquel que opone el orden público interno y el internacional porque, en la actualidad, en la mayoría de los sistemas jurisdiccionales se aplica el orden público en un sentido de mínimos esenciales para el ordenamiento jurídico. De esta manera, el contenido indispensable del orden público internacional y del orden público interno ha pasado a ser el mismo¹⁹⁵⁹. En nuestro ordenamiento es habitual la utilización de un orden público en sentido restringido identificado con el mínimo control de los requisitos más sensibles a nuestro ordenamiento jurídico¹⁹⁶⁰. Con lo que se puede afirmar que en la mayoría de los casos en los que se controla un laudo arbitral por los integrantes de nuestro orden jurisdiccional el contenido del orden público interno y el del internacional se tienden a igualar. O, como ha sido expuesto por nuestra doctrina, “*el mínimo control de orden público en el arbitraje internacional es el núcleo duro de lo que es considerado mínimo control para el arbitraje interno*”¹⁹⁶¹.

621. Otro aspecto común en relación con el control que del orden público hace el juez estatal a la sentencia arbitral, con independencia a que el laudo sea interno o internacional, se da a la hora de comprobar en qué es en lo que se fija el juez de control cuando debe decidir si la sentencia arbitral viola o no el orden público del foro. De nuevo, el objetivo principal del examen en el que se centra el juez estatal para verificar si el laudo se adecua al orden público es el mismo en el arbitraje interno que en el arbitraje internacional. En palabras de P. Mayer, en el arbitraje interno, el control ha descendido de la evaluación del razonamiento jurídico aportado por la sentencia arbitral a pasar a examinar únicamente la solución consagrada por la misma. De otro lado, siguiendo una trayectoria proporcional inversa, en el arbitraje internacional, el control ha ascendido del nivel de reconocimiento de la sentencia a aquel de la solución en que

¹⁹⁵⁹ Independientemente de que el supuesto sea interno o sea internacional el contenido del orden público con el que el juez de control va a contrastar que el laudo arbitral pueda atentar contra los valores esenciales del ordenamiento jurídico se va a ver reducido a un conjunto de mínimos. El contenido no es diferente. Lo es, que en el arbitraje internacional la aplicación del orden público es menos rigurosa, hay un efecto atenuado del orden público pero éste no difiere en su contenido, *cf.*, P. Mayer, “La sentence contraire...”, *loc. cit.*, p. 645.

¹⁹⁶⁰ *Vid.*, entre otros, el Auto TS (Sala 2ª) de 7 de enero de 1992, *Heinz P. Hinterecker c. Heinrich Fuchs y Helga Fuchs*, ha equiparado la noción de orden público en la fase post-arbitral con el “control de los requisitos más sensibles”, *vid.*, RCEA, vol. VII, 1991, pp. 185-186. Con nota de M.A. Michinel Alvarez, *ibid.*, pp. 186-190.

está inscrita. En definitiva, ambos recorridos confluyen, en la actualidad, en el mismo nivel del control. Tanto en uno como en otro caso el juez estatal para comprobar que el orden público no ha sido dañado se centra exclusivamente en controlar la solución que ha sido consagrada por la sentencia arbitral¹⁹⁶².

622. A través de un estudio de la jurisprudencia arbitral interna e internacional se puede apreciar que los jueces y tribunales estatales se refieren principalmente a la solución de la controversia para apreciar la conformidad del laudo arbitral con el orden público del foro del que es guardián¹⁹⁶³. El control se centra así en la solución de la sentencia arbitral, pudiendo también abarcar el razonamiento jurídico dado por los árbitros para justificar la solución aportada en el laudo, pero sin que nunca llegue a pasar inadvertido el resultado. En esta línea, es aconsejable que el control que hacen los jueces para verificar si la sentencia viola o no el orden público no se fije exclusivamente en el análisis de la motivación del laudo. Como es sabido, los laudos arbitrales han adquirido una cierta buena fama que halaga la exhaustividad y el cuidado que los árbitros emplean para motivar los laudos, incluso cuando éstos deciden en equidad¹⁹⁶⁴. Una brillante motivación del laudo no puede despistar al juez del verdadero objeto del control, centrado en los resultados de su ejecución en lo que respecta a la contravención

¹⁹⁶¹ Cf., esta afirmación, V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁹⁶² En realidad, se puede confirmar que el juez del control del laudo arbitral utiliza las mismas fórmulas para controlar el laudo interno que el internacional. *cf.*, P. Mayer, "La sentence contraire a l'ordre...", *loc. cit.*, p. 638. El autor de referencia emplea tres ejemplos jurisprudenciales que evidencian que no sólo el orden público interno y el internacional coinciden en su contenido esencial al que se ha visto restringido en su constatación por el juez estatal sino que a efectos del control en sí mismo la parte del laudo arbitral que es examinada en ambos casos ha pasado también a ser la misma. *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^a Ch., sect. C.)* de 5 de abril de 1990, *Soc. Courrèges Design c. Soc. André Courrèges*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, núm. 3, pp. 580-587; nota de C. Kessedjian, *ibid.*, pp. 587-593. En segundo lugar, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 14 de octubre de 1993, *Société Aplix c. Société Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 164-170, con nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 170-173. Y, en tercer lugar, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C.)* de 27 de octubre de 1994, *Lebanese traders distributors et consultants LTDC c. Société Reynolds*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, pp. 709-714.

¹⁹⁶³ Reiterando las anteriores sentencias, como ejemplos significativos en este punto, por parte de la jurisprudencia, J.B. Racine, suscribe por entero las conclusiones de P. Mayer en este aspecto, *cf.*, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 538.

¹⁹⁶⁴ Incluso en los casos en los que los árbitros no tienen obligación de motivar el laudo, porque deciden en equidad, éstos suelen fundamentarlo, como pusimos de evidencia en el Cap. IV. II. 1 B) b) comentando el laudo dictado en equidad por el árbitro único, D. José Carlos Fidel Eduardo Fernández Rozas, y las alabanzas que recibió la exhaustiva motivación del laudo en la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 9^a), de lo Civil, de 27 de abril de 1998, con nota de E. Artuch Iriberry, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 192-199.

con el orden público y las normas internacionalmente imperativas de su sistema jurídico¹⁹⁶⁵.

623. Aparte de la función negativa y positiva que el orden público cumple en la fase post-arbitral, la violación del laudo arbitral con el orden público del foro, únicamente justificado cuando el orden público está realmente en juego, se entiende de dos maneras distintas¹⁹⁶⁶. De un lado, el laudo puede suponer un atentado material contra el orden público del foro, esto es, si la sentencia arbitral llega a violar las leyes de policía del mismo. De otro lado, la sentencia arbitral puede llegar a atentar de una manera más sutil contra el interés general de un ordenamiento jurídico en particular. Posibilidad, bastante más difícil de precisar que ha sido calificada como un atentado moral contra el orden público. Se da cuando el laudo arbitral es susceptible de chocar con los principios y valores fundamentales de un ordenamiento jurídico determinado que el juez no puede permitir que sean vulnerados por el laudo¹⁹⁶⁷.

b) Atentado material al orden público: violación a las leyes de policía

624. El atentado material que representa el resultado de una sentencia arbitral contra el orden público estatal precisado a través de una ley de policía es el más fácil de identificar puesto que las normas de policía tienen un determinado carácter concreto y material que no conlleva la indeterminación del contenido impreciso y genérico de la cláusula de orden público entendida en su acepción general¹⁹⁶⁸. Para que se aplique una

¹⁹⁶⁵ Cf., A. Prujiner, "Champ du contrôle du juge national...", *loc. cit.*, p. 291.

¹⁹⁶⁶ Con la intención expresa de seguir el desarrollo de P. Mayer en este punto, el orden público se concibe así estrictamente de dos maneras distintas. En primer lugar, aquella que se corresponde con un sentido liberal de la expresión como un atentado directo contra el buen orden de la sociedad. Esto es, cuando el interés general de la sociedad es dañado por el contenido de un laudo arbitral. Se identifica con un atentado material con el orden público estatal a través de la violación de las normas de policía del foro. En segundo lugar, es un atentado más difuso resultante del atentado o la violación denominada "moral" al orden público del foro. Cuando la sentencia arbitral viola los principios fundamentales del ordenamiento jurídico que el Estado no puede llegar a tolerar, *cf.*, P. Mayer, "La sentence...", *loc. cit.*, p. 623.

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*, p. 639

¹⁹⁶⁸ En contraste con la indeterminación de la valoración del control a través de la cláusula genérica del orden público, el carácter de aplicación autolimitado y extraterritorial de las leyes de policía que se aplican de forma inmediata aunque la situación esté localizada en el extranjero, cualquiera que sea la norma extranjera aplicada, hace más fácil el cotejo de su aplicación por el juez de control, *vid.*, A. Nuyts, "L'application des lois de police dans l'espace...", *loc. cit.*, pp. 245-265. Aspecto reiterado por A. Prujiner, "Champ du contrôle du juge national...", *op. cit.*, pp. 283-293, esp. pp. 290-291, en el apartado VI, relativo al examen judicial.

ley de policía se impone un vínculo significativo espacial entre el ordenamiento jurídico español, en nuestro caso, y la situación litigiosa concretada por el laudo¹⁹⁶⁹. Por ejemplo, en la normativa característica del Derecho de la competencia, la localización de los efectos anticompetenciales en cuestión en el territorio español es la que pondría en marcha el control del orden público por parte de nuestros jueces y tribunales¹⁹⁷⁰. En este sentido, se comprueba a través de la práctica jurisprudencial la ausencia de diferencias esenciales entre el arbitraje interno y el arbitraje internacional en cuanto al respeto de éstos por las leyes de policía, ya que van a ser también tenidas en igual consideración conforme a su no contravención por el juez de control¹⁹⁷¹.

625. Las leyes de policía tienen el efecto particular de que la necesidad de su aplicación es indiferente de la internacionalidad de la situación¹⁹⁷². El único requisito que precisan para su aplicación es que exista un vínculo espacial significativo entre la controversia resuelta en el laudo arbitral y los efectos que ésta plantea en el foro estatal vigilado por las leyes de policía. Existe una ausencia de diferencias entre el arbitraje interno y el internacional en cuanto a la violación de las leyes de policía¹⁹⁷³. Es más, en

¹⁹⁶⁹ Sobre la aplicación extraterritorial de carácter espacial de las leyes de policía, *vid., supra.*, en el Cap. I, de forma general, y en el Cap. III, un estudio concreto de la actuación de las mismas en Derecho de la competencia.

¹⁹⁷⁰ El empleo de las leyes de policía en Derecho de la competencia responde a dónde se localicen los efectos anticompetenciales en cuestión de acuerdo con la “teoría de los efectos”, si la situación controvertida afecta al ordenamiento español es de obligatoria verificación para el juez de control comprobar si se han aplicado las leyes de policía relativas a una determinada materia, aquí, al Derecho de la competencia y que la solución del laudo arbitral no afecte negativamente a las leyes de policía comunitarias e internas que en nuestro ordenamiento son las relativas al Derecho de la competencia. Del mismo modo en la jurisprudencia comparada, *vid.*, la Sent. del Tribunal Federal Suizo, de 28 de abril de 1992, *Rev. arb.*, 1993, núm. 1, p. 124, con nota de L. Idot. En la práctica arbitral, *vid.*, el laudo de la CCI núm. 2811/1978, *Journ. dr. int.*, 1979, núm. 4, pp. 983-986, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 986-989, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, esp. p. 231, donde se ha estimado, que los artículos 85 y 86 del Tratado CE (actuales artículos 81y 82 CE), son “*leyes de policía*” y, en calidad de tales, deben ser aplicadas imperativamente por los árbitros. “*Loi de police économique*”, *cf.*, la Sent. de la *Cour d’appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 14 de octubre de 1993, *Société Aplix c. Société Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 164-170, con nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 170-173.

¹⁹⁷¹ Sin incorporar la referencia de identidad del juez estatal “*l’absence de différence profonde entre arbitrage interne et arbitrage international du point de vue du respect des lois de police*”, ha sido evidenciada por, P. Mayer, “La sentence contraire...”, *loc. cit.*, p. 641. Poniendo como ejemplo más característico el respeto en Francia por las leyes de policía relativas a la quiebra, tanto en los arbitrajes internos como en los internacionales están obligados por las mismas normas de policía, *cf.*, la sentencia de la *Cour d’appel de Paris (1^o Ch. Suppl.)* de 16 de febrero de 1989, *Société Almira Films c. Pierrel ès qual*, *Rev. arb.*, 1989, núm. 4, pp. 711-715, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 715-722.

¹⁹⁷² *Ibid.*, p. 640.

¹⁹⁷³ De igual manera que P. Mayer, considera que las modalidades de consideración del orden público extranjero por parte del juez nacional son idénticas a las empleadas por el mismo cuando se comprueba la conformidad del laudo arbitral al orden público interno y a las leyes de policía del foro se

la apreciación de las leyes de policía por el juez de control, se da un aspecto que merece ser destacado por su originalidad. Y, es que, una vez comprobado que el orden público internacional no sólo no es más restringido que el orden público interno, pues los dos han visto equiparado su contenido en un sentido restringido; en las leyes de policía, incluso se podría afirmar que rompiendo con la percepción tradicional, el contenido del orden público internacional es, en realidad, más extenso que el del orden público interno, habida cuenta de que existen leyes de policía que son propias de las relaciones internacionales, como aquellas relativas a las inversiones extranjeras y al control de cambio, y por lo tanto únicamente exigen ser controladas en los supuestos internacionales¹⁹⁷⁴.

626. Por último, destacar dos aspectos esenciales. El primero, que la violación de una ley de policía no constituye por sí sola un motivo de anulación o de rechazo al reconocimiento y la ejecución del laudo. Únicamente en la medida es que el desconocimiento de una ley de policía conduce a una solución contraria al orden público se podría dar lugar a anular o no reconocer el laudo arbitral¹⁹⁷⁵. El segundo, es que a pesar de que el árbitro haya decidido en equidad si éste ha descuidado designar una ley de policía o de orden público que debiera haber sido aplicada la sentencia será anulada¹⁹⁷⁶. En conclusión, no es de extrañar que los árbitros aún en los casos en los que

trata; para H. Arfazadeh, las modalidades de "toma en consideración del orden público extranjero son idénticas a cuando el juez tiene que comprobar la compatibilidad del laudo con una ley de policía, *cf.*, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, p. 244. Sólo que en el primer caso el Tribunal federal se tiene que pronunciar sobre su legitimidad. Pone como ejemplo, tres sentencias en las que los tribunales franceses anularon por vicios de fondo tres laudos arbitrales extranjeros por considerarlos contrarios a las leyes económicas de policía francesas. La primera, la sent. de la *Cour d'appel* de París de 6 de mayo de 1988, *Rev. arb.*, 1989, p. 83. La segunda, la sent. de la *Cour d'appel de París (1ª Ch., sect. C.)* de 5 de abril de 1990, *Soc. Courrèges Design c. Soc. André Courrèges*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, núm. 3, pp. 580-587; nota de C. Kessedjian, *ibid.*, pp. 587-593. Y, la tercera, la sent. de la *Cour d'appel* de París de 14 de octubre de 1993, *Ben Nasser c BNP et Crédit Lyonnais*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 380-390, con nota de P. Bellet y de E. Loquin, *journ. dr. int.*, 1994, núm. 2, pp. 446-460.

¹⁹⁷⁴ *Cf.*, P. Mayer, "La sentence contraire a l'ordre public au fond", *loc. cit.*, p. 641.

¹⁹⁷⁵ Esto es, el papel que juega aquí la ley de policía es diferente de aquel que juega para determinar la ley aplicable. En materia de reconocimiento de las sentencias arbitrales extranjeras, la violación de una ley de policía interviene como una causa de evicción de las sentencias en función de su contenido. La ley de policía se integra en el mecanismo de control de la sentencia con el orden público, *cf.*, P. Mayer, *ibid.*, p. 643.

¹⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 624.

decidan en equidad hagan especial hincapié en la fundamentación de sus laudos como si de un arbitraje de Derecho se tratara¹⁹⁷⁷.

c) Atentado moral a los principios fundamentales del foro

627. La ausencia de diferencias graves entre el orden público interno y el orden público internacional es todavía más evidente cuando se trata de verificar el resultado del laudo arbitral con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico¹⁹⁷⁸. Evidentemente, los principios esenciales del foro en el que el laudo arbitral debe ser validado operan como límites infranqueables tanto en el arbitraje internacional como en el interno. Los controles realizados a la sentencia arbitral se deben siempre a un mínimo identificado con los valores concretados a través de unos principios esenciales del ordenamiento jurídico que ninguna decisión judicial ni laudo arbitral interno ni internacional puede traspasar. Pongamos el caso de la anulación de un laudo porque viola los principios fundamentales del foro en torno a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE. Da igual que el laudo sea internacional o interno porque no recibirá en ningún caso sanción legal en nuestro territorio. El juez que deba decidir sobre el control del laudo lo primero que hará es comprobar que el mismo no choca con los principios de salvaguarda indispensables en su ordenamiento del que él sí es guardián¹⁹⁷⁹.

¹⁹⁷⁷ Se vuelve aquí a confirmar el exhaustivo trabajo que caracteriza a las motivaciones de los árbitros internos e internacionales, tanto si éstos deciden en Derecho como si lo hacen en equidad siempre tienden a motivar la sentencia arbitral, *vid. supra*.

¹⁹⁷⁸ Ya que, los principios fundamentales del ordenamiento jurídico son los mismo que los que sirven para confrontar la sentencia arbitral extranjera con la sentencia interna, *cf.*, P. Mayer, "La sentence...", *loc. cit.*, p. 645. Así, la oposición entre el laudo arbitral interno y el internacional no afecta esencialmente al fondo. El orden público que conviene a la una es aconsejable también para la otra, *ibid.*, p. 651. Afirmaciones reiteradas por H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, pp. 247-248. Así, los criterios que guían la valoración del juez son los principios fundamentales, tales como los de la prohibición de abuso del derecho, la buena fe, etc., *ibid.*, p. 227. *Vid.*, también de manera similar, E. Gaillard, "Arbitrage commercial international...", *loc. cit.*, pp. 23-24

¹⁹⁷⁹ *Vid.*, en nuestro ordenamiento, el Auto TC (Registro núm. 39/87) de 13 de mayo de 1987, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 212-216. No se vulnera el orden público procesal en cuanto a que no hay vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE. *Vid.*, también, la Sent. TC (Sala 1ª) 43/1988 de 16 de marzo, *RCEA*, vol. V, 1988-89, pp. 353-367, respecto a la anulación de un laudo arbitral por el TS, por contrariedad con el art. 24. 1 CE y, en consecuencia, vulneración al orden público procesal, por la falta de respeto de los principios de audiencia y contradicción. De igual modo, fueron éstos de referencia fundamental, en la apreciación de un laudo que fue considerado por nuestro tribunal erróneamente como un arbitraje interno en la Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 13ª), de 22 de septiembre de 1992, *RAJ*, 1992, 1225. También, en *RCEA*, 1993, vol. IX, pp. 201-205.

628. En lo que al orden público se refiere hay varios datos que destacar en el marco de los principios. El primero, que los principios fundamentales del Derecho se tienden a equiparan al orden público de manera que ciertas legislaciones emplean el primero como sinónimo del segundo¹⁹⁸⁰, o se utiliza la expresión “Orden Público de Derecho Privado”, resultante de asociar el orden público con los principios generales del Derecho privado¹⁹⁸¹. En segundo lugar, a diferencia de aquellas faltas consideradas leves que pueden dar lugar a la revisión del laudo arbitral, tales como el error de Derecho en la motivación del laudo que puede ser solventado por el propio árbitro en la revisión de la sentencia, la vulneración de un principio fundamental del foro no tiene vuelta atrás. Supone un ataque directo contra el ordenamiento jurídico que éste no puede tolerar dando lugar a que automáticamente se proceda a anular o a no reconocer la sentencia arbitral¹⁹⁸². En tercer lugar, como dato curioso, conviene destacar que precisamente en los principios fundamentales del foro es donde menos influye el principio de actualidad del orden público.

Al contrario de lo que ocurre con otros componentes del orden público, como por ejemplo las leyes de policía que varían según los intereses particulares del foro en un momento determinado y por ende exigen una constante adaptación que implica la temporalización del orden público, a los principios fundamentales del Derecho no les afecta en especial el principio de actualidad del orden público ya que los principios no suelen cambiar¹⁹⁸³. Ciertamente es que algunos de los principios considerados de orden público interno no lo son de orden público internacional, pero esto depende también del carácter más o menos amplio que se le pretenda dar al orden público interno que, ya se ha dicho, se tienden a equiparan en el sentido de mínimos. Al interpretar el orden

¹⁹⁸⁰ Esta sustitución de orden público por los principios ya ha sido operada en otros sistemas jurídicos, de modo que lo que para nosotros constituye una violación a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico como parte integrante del orden público, para otras legislaciones, constituye la violación del orden público en sí, ya que ignoran la expresión del orden público para referirse directamente a los “principios fundamentales del orden jurídico nacional”. Así, ciertas legislaciones como la austríaca, art. 595. 6 y la sueca, art. 33, prefieren referirse directamente a los principios fundamentales de su ordenamiento antes que al orden público estatal, *cf.*, P. Mayer, “La sentence...”, *loc. cit.*, p. 632.

¹⁹⁸¹ *Cf.*, E. Jayme, “Métodos para la concretización...”, *op. cit.*, p. 263, y *vid., supra.*, Cap. I.

¹⁹⁸² *Cf.*, P. Mayer, “La sentence contraire a l'ordre public au fond”, *loc. cit.*, pp. 631-632.

¹⁹⁸³ *Ibid.*, pp. 635-636.

público de manera más restrictiva tenemos de nuevo la identificación indispensable con el orden público internacional¹⁹⁸⁴.

2. VALORACIÓN DE LA CONFORMIDAD DEL LAUDO ARBITRAL CON EL ORDEN PÚBLICO EXTRANJERO

629. La problemática que aquí se plantea responde a si el juez estatal tiene que preocuparse por la legitimidad internacional del laudo arbitral en el sentido en que no sólo no vulnere el orden público de su foro sino que además no menoscabe el orden público ni las leyes de policía de otro país al que los efectos del reconocimiento le pueda perjudicar¹⁹⁸⁵. Nos situamos en un terreno delicado donde prevalece el deseo de la cortesía y la cooperación judicial entre los distintos Estado que participan en el arbitraje privado internacional a través de la adecuación del orden público en sus mecanismos de control al laudo. Es difícil, en realidad, que se llegue a configurar algún tipo de disposición legal que obligue a un juez nacional a analizar en cada caso que el laudo arbitral que pretende ser reconocido en su foro no viole con ello el orden público de ningún otro foro extranjero. El órgano jurisdiccional estatal es únicamente guardián del orden público del Estado que le ha legitimado, por lo que, en principio, no tiene ninguna obligación de velar también por el orden público de otros Estados¹⁹⁸⁶.

630. Cuando al juez español se le presenta un laudo arbitral “internacional” o “extranjero” para que éste sea reconocido y ejecutado en nuestro ordenamiento no es habitual que nuestro juzgador público se preocupe *a priori* de si el laudo es respetuoso con el orden público del país de la sede del arbitraje ni con el orden público del Derecho aplicable al fondo¹⁹⁸⁷. Lo que principalmente cuida nuestro juez nacional es si el laudo

¹⁹⁸⁴ Siempre y cuando no caigamos en el error de identificar el orden público con el carácter contractual o el estatuto personal del Derecho de familia. Como hemos señalado en el capítulo conceptual el orden público tiene muchas acepciones, pero no todas sirven ni deben ser tenidas en cuenta en el arbitraje internacional, *vid., supra.*, Capítulo I.

¹⁹⁸⁵ Cf., H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond et...", *loc. cit.*, p. 245.

¹⁹⁸⁶ El juez del foro no tiene porqué interesarse en el orden público extranjero, "*l'ordre public étranger en nous intéresse pas*", cf., E. Mezger, "Dix questions relatives au titre VI du livre IV du NCPC", *Rev. arb.*, 1981, núm. 4, p. 549.

¹⁹⁸⁷ Una sentencia arbitral "extranjera" es aquella que es interna en el país de origen donde ha sido dictada, pero extranjera en nuestro ordenamiento donde pretende ser reconocida y ejecutada,

daña el orden público especialmente contrastado a través de los principios fundamentales y las leyes de policía de nuestro ordenamiento. Cosa distinta, es que el juez foráneo, mostrando una elogiada preocupación y conocimiento del orden público en el panorama comparado y haciendo gala del respeto debido a los principios fundamentales reconocidos en otras culturas y recogidos en sus legislaciones y principios fundamentales, tenga en cuenta los efectos negativos del reconocimiento en su foro sobre el orden público o las leyes de policía de un Estado extranjero¹⁹⁸⁸. Sólo en éste supuesto se concibe que un juez nacional rechace reconocer un laudo arbitral cuya ejecución sea especialmente pernicioso para un Estado extranjero¹⁹⁸⁹, habida cuenta de la idea de la cooperación internacional, implícita en el art. 7. CR¹⁹⁹⁰.

631. La solución más fácil en este punto vendría a través de la implantación de un orden público “auténticamente internacional”, en el sentido de que siguiendo con los planteamientos democratizadores del orden público transnacional¹⁹⁹¹, los países se obligarán por el contenido de este orden público aceptado mayoritariamente por los distintos ordenamientos jurídicos. En consecuencia, en la contrastación de todo laudo arbitral con ese orden público transnacional, que sería igualmente respetado por todos los países, se conseguiría, a un tiempo, guardar el orden público esencial para el

mientras que la sentencia arbitral es internacional a todos los efectos. La conclusión en este punto es que el juez de control no debe tomar en cuenta el orden público interno extranjero a la hora de reconocer un laudo arbitral interno o internacional en su foro, sólo debería tener en cuenta las leyes de policía extranjeras en casos muy puntuales, aunque tampoco es habitual que el juez nacional se sienta tentado de analizar “de oficio” el orden público de terceros Estados, *vid.*, un tratamiento amplio de ésta problemática en J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 446-449. En nuestra jurisprudencia, un ejemplo de un laudo arbitral extranjero, que no internacional, que es interno en Francia, y pretende ser reconocido en España, *cf.*, el Auto TS (Sala de lo Civil) de 16 de abril de 1996, *Actival internacional SA c. Conservas el Pilar, RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 199-202.

¹⁹⁸⁸ Actuación del juez estatal del control de un laudo arbitral basada en la armonía internacional por la que aboga A. Plantey, “Une politique générale de l’arbitrage...”, *loc. cit.*, pp. 15-27.

¹⁹⁸⁹ La idea de la cooperación internacional es la que impera en este tipo de planteamientos que en raras ocasiones ha sido llevado a cabo por la jurisprudencia, *vid.*, la Sent. del Tribunal fédéral, 2^o Cour civile, de 19 de abril de 1994, *Westland Helicopters Ltd., c. Royaume d’Arabie Saoudite, Etat du Qatar, ABH, y Arab Organization for Industrialisation, Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 922-924, y los comentarios de H. Arfazadeh, “L’ordre public du fond...”, *loc. cit.*, p. 253.

¹⁹⁹⁰ Aunque, como sabemos, el CR no se puede aplicar directamente a los efectos del control de la sentencia arbitral, la cooperación internacional a la que incita el art. 7 C.R., ejercería, según P. Mayer, no sólo cuando el juez estatal se encuentre directamente preocupado por el litigio sino cuando las partes han recurrido al arbitraje para evitar la aplicación de unas leyes de policía negativas para sus intereses negociables y que, por ende, dañan el Derecho imperativo de un tercer Estado. Por ejemplo, el caso en que un juez español rechace el dar ejecución a un laudo arbitral que viole una ley de policía extranjera en materia de Derecho de la competencia si el laudo así dictado perjudica gravemente el sistema de policía contrario a los pactos colusorios, *cf.*, “La sentence contraire...”, *loc. cit.*, p. 648.

ordenamiento jurídico del que el juez es guardián y respetar que con la integración en su foro del laudo arbitral no se dañe el de los demás. La jurisprudencia de nuestro entorno se ha encargado de subrayar que independientemente de la falta de especificidad al respecto en los textos de origen convencional la referencia al orden público como motivo de rechazo a una sentencia arbitral internacional debe entenderse según el orden público internacional aproximándose, poco a poco, a concepciones de supranacionalidad, tanto en el recurso de anulación como en el procedimiento de reconocimiento y ejecución¹⁹⁹². De manera que existen numerosas sentencias que vienen abogando por un entendimiento del orden público de control sea el orden público “realmente internacional”, aunque por el momento muy pocas son las que se atreven a reconocerlo de forma explícita¹⁹⁹³.

632. Los criterios que permiten la “toma en consideración” de las leyes de policía de los países extranjeros al del control del laudo son dos basados, a su vez, en una dualidad de técnicas distintas¹⁹⁹⁴. La primera técnica consiste en que el juez de

¹⁹⁹¹ Tal y como fueron reflejados con anterioridad, *vid. supra.*, Cap. I, epígrafe IV. 2 C).

¹⁹⁹² En la Sent. de 27 de octubre de 1994, *Lebanese Traders Distributors et Consultants LTDC c. Société Reynolds*, se aboga porque el carácter del orden público responda a las mínimas concepciones de *jus cogens*, siendo éste un orden público auténticamente internacional *Cour d'appel de Paris (1º Ch. C.)* de 27 de octubre de 1994, *Lebanese Traders Distributors et Consultants LTDC c. Société Reynolds, Rev. arb.*, 1994, núm. 4, pp. 709-714. *Vid., infra.*, en este mismo apartado, la explicación de esta sentencia.

¹⁹⁹³ Así, en Francia, numerosos casos son paradigmáticos en cuanto al entendimiento del orden público internacional con tintes de transnacionalidad, como el caso de 19 de diciembre de 1991, *Société Grands Moulins de Strasbourg c. Continentale France, Rev. arb.*, 1992, núm. 1, pp. 76-82, con nota de L. Idot. el caso de 14 de octubre de 1993, *Société Aplix c. Société Velcro, Cour d'appel de Paris (1º Ch Civ)* de 14 de octubre de 1993, *Société Aplix c. Société Velcro, Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 164-170. Nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 170-173. Arbitrabilidad de materias relativas al artículo 81 CE, *ex. artículo 85*, y orden público internacional. La Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1º Ch. D.)* de 20 de septiembre de 1995, *Société Matra Hachette c. Société Reteitalia, Rev. arb.*, 1996, núm. 1, pp. 87-91, con nota de D. Cohen, *ibid.*, pp. 92-99; la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1º Ch. C)* de 22 de septiembre de 1995, *Société Dubois et Vanderwalle c. Société Boots Frites BV, Cour d'appel de Paris (1º Ch. C)* de 11 de enero de 1996, *Société Algotharm c. Société DEP*, (2 Decisiones), *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, pp. 100-106. Con nota de E. Gaillard, *ibid.*, pp. 106-109. Orden público internacional. *Tribunal de Grande Instance de Paris (ord. réf.)* de 2 de febrero de 1996, *Société Intertradex France c. Société Romanian Shipping Company, Rev. arb.*, 1998, núm. 3, pp. 577-578, *vid.*, Ph. Fouchard, “Arbitrage et faillite”, *id. Loc.*, p. 471. Contrariedad al orden público internacional. Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1º Ch Civ)* de 14 de enero de 1997, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 691-695. Violación del orden público internacional, art. 1502. 5 NCPC. Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1º Ch. C)* de 15 de mayo de 1997, *Société Sermi et Maître Hennion, ès. q. c. Société Ortec, Rev. arb.*, 1998, núm. 3, pp. 558-562, con nota de Ph. Fouchard, *ibid.*, pp. 562-563. Procedimientos colectivos y no contrariedad con el orden público internacional.

¹⁹⁹⁴ Vamos a seguir expresamente en este punto a J.B. Racine quién dedica un exhaustivo análisis a este respecto en el apartado de su obra específicamente reservado a la toma en consideración del orden público extranjero por el juez del foro en la fase de control, *cf.*, J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 446-490, esp. pp. 451-458. Las líneas generales que sigue el autor de referencia, matizadas en el piso de

control al analizar el laudo arbitral ante él presentado puede constatar que dicho laudo viola el orden público o una ley de policía extranjera cuya contravención es también un atentado al orden público o a una ley de policía del foro. La segunda técnica se basa en el principio de cortesía. Consiste en que el juez de control estudie la legitimidad del interés protegido por la ley de policía extranjera para decidir si le da o no efecto. Sin necesidad, por tanto, de exigir, como en el primer caso, que también se da una violación del orden público del foro. En nuestra opinión, ciñéndonos a la evolución de la jurisprudencia asociada a los laudos arbitrales desde la perspectiva interna y la comparada, es más probable que se de el primer caso que el segundo.

633. En el uso de la primera técnica cuando el juez de control respeta la aplicación de una norma de policía extranjera, por ejemplo, en los casos relativos al Derecho de la competencia, lo que realmente está constatando, al fin y al cabo, no es otra cosa que el laudo arbitral no viole el orden público identificado con las leyes de policía de su propio foro. Si por añadidura respeta en su acción de control que el laudo arbitral no viole las leyes de policía de otros países, mejor que mejor, pero se insiste en que la finalidad principal que ha guiado al juez en este control no ha sido la del orden público extranjero sino la de proteger su propio orden público por encima de todo. En el segundo supuesto, mucho dudamos en que nuestro órgano jurisprudencial se dedique a estudiar la legitimidad del interés protegido por la ley de policía extranjera para rechazar la aplicación del laudo arbitral en nuestro foro cuando a nosotros no nos afecta.

En España, por ende, no se ha encontrado ninguna sentencia jurisprudencial en uno y otro sentido, por lo que no podemos aportar ningún supuesto jurisprudencial en que se haya hecho una referencia expresa a este problema. No obstante, en la jurisprudencia comparada tenemos ejemplos claros de una y otra técnica, siendo particularmente significativos, entre otros, los asuntos *Reynolds* y *Hilmarton*, para

arriba, obedecen a la defensa de que el juez de control debería tomar en consideración las leyes de policía extranjeras para así dar una cierta coherencia a las leyes de policía en el arbitraje internacional. Con estas perspectivas, se insta para que los árbitros apliquen las leyes de policía que no estén en la *lex causae* con el propósito de que más adelante el juez de control también pueda controlar si el juez privado las ha tomado o no en consideración. De manera que exista una unidad de procedimiento en cuanto a la toma en consideración de las leyes de policía por parte de los árbitros en la fase arbitral coordinados con los jueces en la fase de control. En cualquier caso, la práctica jurisprudencial mostrará como el juez de control no suele velar por aquellas leyes de policía que no se correspondan con las concepciones del foro, *cf., ibid.*, p. 449.

ejemplificar la primera técnica, y el asunto *Fincatieri*, para la segunda, al que nos remitimos en la descripción realizada en el anterior apartado¹⁹⁹⁵.

634. La controversia que dio origen al asunto *Reynolds* versa sobre un contrato de distribución de cigarrillos en el Líbano¹⁹⁹⁶. Para que el tabaco fueran distribuidos por todo el territorio del Líbano la empresa, suministradora suiza *Reynolds* firmó un contrato con la empresa libanesa encargada de la distribución, *Lebanese Traders, distributors & consultants (LTDC)*. Esta última demanda en arbitraje al considerar ilegal que la sociedad *Reynolds* hubiera procedido a vender directamente a algunos contrabandistas partidas de tabaco vulnerando directamente una ley libanesa considerada imperativa que prohibía el contrabando de tabaco. En consecuencia, solicita ante el tribunal arbitral que les fueran pagadas las comisiones por las indemnizaciones perdidas. El Tribunal arbitral, sito en París, rechazó la petición de *LTDC*, argumentando que del contrato original no se desprendía ningún compromiso en firme por el que la empresa *Reynolds* no pudiera también vender tabaco a los traficantes. Decisión que fue impugnada en anulación ante la Corte de apelación de París. El motivo que fue invocado por *LTDC* para solicitar la anulación del laudo fue el contenido en el art. 1502. 5 NCPC, específico para la contravención de la sentencia arbitral con el orden público internacional¹⁹⁹⁷.

La empresa libanesa argumenta que no se considera necesario transcribir específicamente en el contrato que no se admite el contrabando porque implícitamente debe ser contrario al orden público “auténticamente internacional” cualquiera de las prácticas de corrupción y de tráfico ilegal de mercancías como es aquí el de favorecer el contrabando. El Tribunal de apelación contestó dicha argumentación en el sentido en que el haber denegado la anulación del laudo no implica que se esté legitimando la ilicitud del contrabando. En este caso, el juez no hace aplicación de un principio de

¹⁹⁹⁵ Se ha de insistir, no obstante, la necesaria referencia al estudio jurisprudencial mucho más detallado que el aquí extractado aportado por J.B. Racine, *id. cit.*, pp. 446-474.

¹⁹⁹⁶ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1° Ch. C.)* de 27 de octubre de 1994, *Lebanese traders distributors et consultants LTDC c. Société Reynolds*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, pp. 709-714.

¹⁹⁹⁷ En el ordenamiento jurídico francés existen dos disposiciones que regulan el causal del orden público como mecanismo de control. Una, el art. 1484. 6 NCPC, en materia de arbitraje interno, utilizada para anular la sentencia arbitral que viole al orden público. Otra, el art. 1502. 5 NCPC, utilizada en el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral para evitar su contrariedad con el orden público internacional. Disposición, ésta última que a pesar de servir como mecanismo de control en la

orden público transnacional que le hubiera llevado a anular el laudo, sino que se fija si el resultado es o no contrario al orden público internacional francés. Como no lo es, porque la ejecución de laudo no afecta a su propio orden público, no considera necesario velar por la disposición libanesa de orden público.

635. Surge la duda de si el juez francés debiera haber hecho uso de una idea de cortesía y cooperación en atención a una específica ley de policía extranjera libanesa que prohíbe el contrabando o debiera haber tenido que respetar un orden público transnacional contrario a estas prácticas¹⁹⁹⁸. La respuesta, en ambos casos, es negativa. El Tribunal no encuentra motivos para aplicar el orden público internacional o transnacional a este caso. *Sensu contrario*, se estima que las prácticas denunciadas por la sociedad *LTDC* pueden ser lícitas por parte de la empresa *Reynolds* porque la finalidad esencial, más que la lucha contra el contrabando, es la de evitar el monopolio de la empresa distribuidora contrario a la libre competencia, que es otro principio de orden público transnacional, y evitar la corrupción y el tráfico de influencias en las que podría haber injerido la sociedad libanesa para hacerse con la exclusividad de dicha distribución comercial. En conclusión, aunque en ésta sentencia se “toma en consideración” el respeto de una ley de policía extranjera, como la violación de la misma no supone un atentado al orden público del foro donde el laudo pretendía ser anulado, lo importante es que finalmente no se aplica el orden público extranjero.

homologación del laudo es utilizada por igual en el recurso de anulación en lugar de la primera disposición dispuesta para el arbitraje interno, cf., P. Mayer, “La sentence contraire...”, *loc. cit.*, p. 617.

¹⁹⁹⁸ “La toma en consideración de las leyes de policía extranjeras constituiría el mejor medio de cooperación para luchar contra actuaciones tales como la corrupción y el contrabando”, cf., P. Mayer, “La sentence contraire...”, *loc. cit.*, p. 648.

636. De manera similar, en el asunto *Hilmarton c OTV*¹⁹⁹⁹, a pesar de que el Tribunal Federal Suizo sí llegó a tener en cuenta el orden público extranjero, en concreto una ley de policía, ésta finalmente no fue aplicada porque la violación de la ley de policía extranjera no suponía un atentado contra el orden público del foro. Los hechos en los que se basa el asunto *Hilmarton* enfrentaban a dos sociedades de distinta nacionalidad vinculadas por un contrato de intermediación comercial. La sociedad inglesa *Hilmarton* demandó ante un Tribunal de arbitraje sito en Ginebra porque la sociedad francesa *OTV* no le había pagado sus honorarios por la intermediación realizada. El laudo inicial dictado en agosto de 1988 consideró que el contrato principal en el que se basaba la demanda estaba fundado en la corrupción siendo éste nulo por su contrariedad al orden público internacional de carácter transnacional que lucha contra la corrupción y el tráfico de influencias en el ámbito universal. *Hilmarton* solicitó que el laudo fuese anulado argumentando la arbitrariedad de la sentencia arbitral dictada. Petición que fue afirmada por el Tribunal Federal Suizo que consideró que aunque el contrato era contrario al orden público de un tercer Estado, en este caso Argelia, que prohibía legislativamente los contratos realizados a través de intermediario como medio de lucha contra la corrupción, no era, sin embargo, contrario al orden público internacional suizo que no consideraba la contrariedad con su orden público de los contratos de intermediación. En conclusión, no se apreció violación a los intereses superiores configurados a través del orden público internacional suizo por lo que el

¹⁹⁹⁹ El laudo que dio origen al asunto *Hilmarton* fue el laudo de la CCI núm. 5622/1988, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 220-238, *Rev. arb.*, 1993, pp. 327-341, *Riv. Arb.*, 1992, con nota de A. Giardina, *ibid.*, pp. 784-792, anulado por la Sent. del Cantón de Ginebra de 17 de noviembre de 1989, que fue confirmada por el Tribunal Fédéral Suizo de 17 de abril de 1990, *Rev. ab.*, 1993, pp. 315-325. A pesar de haber sido anulado en Suiza, la Sent. del Tribunal de Grande de París, accedió a su ejecución en la Sent. de 27 de febrero de 1990, confirmándose la ejecución en la *Cour de Appel* de París de 19 de diciembre de 1991, *Rev. arb.*, 1993, pp. 300-302 y en la *Cour de Cassation (1° Ch. Civ.)* de 23 de marzo de 1994, *Hilmarton c. OTV*, *Rev. arb.* 1994, núm. 2, p. 327, con nota de Ch. Jarrosón, "L'affaire *Hilmarton*: l'articulation du droit française et de la Convention de New York", *ibid.*, pp. 327-337, con nota de E. Gaillard, *Journ. dr. int.*, 1994, p. 701; y nota de Oppetit, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, p. 356. *Cour d'appel de Versailles* de 29 de junio de 1995 (2 decisiones), *Hilmarton c. OTV*, *Rev. arb.* 1995, núm. 4, p. 639. Recientemente, *vid.*, el resurgir del caso por, J.F. Poudret, "Quelle solution pour en finir avec l'affaire *Hilmarton*?. Réponse à Philippe Fouchard", *Rev. arb.*, 1998, núm. 1, pp. 7-24. Y, la Sent. de la *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court*, de 24 de mayo de 1999, *Omnium de Traitement et de Valorisation SA c/ Hilmarton Limited*, comentada por P. Lastenouse, "Le contrôle de l'ordre public lors de l'exécution en Angleterre de la seconde sentence *Hilmarton*", *Rev. arb.*, 1999, núm. 4, pp. 867-889.

laudo fue anulado y se le condenó a OTV a pagar a *Hilmarton* por los servicios recibidos²⁰⁰⁰.

637. En el caso *Hilmarton c. OTV* existió una grave diferencia de concepción entre el sistema suizo y el argelino que llevó a que aunque los dos países tuvieran un objetivo común, considerado de orden público transnacional, cual era la prohibición de la corrupción, el objetivo para llegar al mismo entre ambos sistemas tiene una consideración muy distinta. La concepción suiza y la argelina son diametralmente opuestas por lo que aunque Suiza “tomara en consideración” la ley de policía argelina finalmente no la aplicó porque la concepción de la contrariedad al orden público de éstos no coincidía con la suya. Es aquí cuando se produce el conflicto principal entre ambos sistemas. De un lado, la ley argelina tenía como objetivo poner fin a una corrupción considerada endémica, para lo cual prohibió los contratos de intermediación²⁰⁰¹. De otro lado, el Derecho suizo coincide en prohibir la corrupción, pero los medios que emplea para acabar con ella se centran más en la lucha contra los sobornos y el tráfico de influencias. Es más, considera que prohibir los contratos de intermediarios, como hace la ley argelina es un grave atentado a la libertad de contratación que incluso vulnera los principios fundamentales de orden público suizos de la libertad de pactos²⁰⁰². Como se puede observar al no coincidir la valoración del orden público en ambos sistemas el Tribunal suizo después de “tener en cuenta” la ley de policía extranjera argelina consideró que no tenía porque aplicarla dado que sus intereses no coincidían. El principio de la libertad contractual suizo era superior al

²⁰⁰⁰ No vamos a entrar aquí en las consabidas consideraciones a las que dio lugar este asunto en otros sentidos tales como la consagración del *favor executionis* del art. VII. 1 CNY, como interés preponderante y su larga duración debida a que mientras el laudo arbitral comentado había sido anulado en Suiza, se comenzó otro procedimiento arbitral en Francia, *vid.*, más información a la interesante problemática derivada a este respecto tratada por M.^aV. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, pp. 161-166.

²⁰⁰¹ *Vid.*, en este sentido, las explicaciones de J.B. Racine, *ibid.*, pp. 455 y 460

²⁰⁰² Los dos tienen el mismo valor de orden público de luchar contra la corrupción, pero para ello, la concepción suiza autoriza los contratos a través de intermediarios y la ley de Argelia los prohíbe por considerarlos claramente favorecedores de la propia corrupción. Según el Tribunal suizo, al analizar los criterios empleados por la ley argelina prohibitiva de los contratos de intermediación coincidió en señalar que su formulación constituye una “*medida de prohibición demasiado amplia de naturaleza proteccionista destinada a asegurar un monopolio de Estado sobre el comercio exterior*”, destacado en la Sent. Tribunal Fédéral Suizo de 17 de abril de 1990, *Rev. arb.*, 1993, pp. 315-325.

principio de la prevención de la corrupción en el estricto modo en el que era considerado por la ley argelina²⁰⁰³,

638. Se confirma así que la toma en consideración de una ley de policía extranjera tiene un valor muy secundario porque lo que realmente importa es si con la violación de esa ley de policía se atenta también al orden público del foro. Los análisis jurisprudenciales que a este respecto ha realizado recientemente la doctrina nos permiten afirmar que las leyes de policía extranjeras han sido rechazadas por el juez de control a pesar de haber sido tomadas en consideración porque el Derecho del foro no perseguía un interés idéntico a aquel interés pretendido por la ley extranjera²⁰⁰⁴. En conclusión, el orden público extranjero y sus leyes de policía únicamente son aplicadas tras ser tomadas en consideración, cuando los intereses que protege el orden público y las leyes de policía extranjeras convergen con los que protege las leyes de policía y el orden público del foro. No existe una cooperación ni un respeto y aplicación desinteresada del orden público extranjero si no se da el requisito de que exista una unidad de concepción en cuanto a los intereses protegidos en ambos sistemas²⁰⁰⁵.

III. El orden público en las modalidades de control

1. ORDEN PÚBLICO EN EL RECURSO DE ANULACIÓN

A) Anulación del laudo internacional en España

²⁰⁰³ En esta sentencia se pone en evidencia las carencias de la uniformización para identificar entre los diferentes sistemas los valores que bien podrían conformar el orden público transnacional se encuentran en la corrupción y el tráfico de influencias. Lo que puede ser considerado inmoral o ilícito en un país no tiene porqué serlo en otro. En este caso la apreciación del carácter inmoral de una práctica de intermediación es diferente según los sistemas jurídicos implicados, *cf.*, H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, p. 240.

²⁰⁰⁴ Las leyes de policía extranjeras han sido rechazadas cuando el Derecho del foro no perseguía un interés idéntico a aquel reivindicado por la ley extranjera. A la inversa, cuando el interés protegido por la ley de policía extranjera era el mismo que el orden público del foro, la ley de policía extranjera sí había sido tomada en cuenta, *cf.*, J.B. Racine, *id. cit.*, p. 454.

²⁰⁰⁵ No puede haber una cooperación sin que exista una unidad de concepción de orden público, *cf.*, *Ibid.*, p. 460.

a) *Ausencia de regulación y orden público*

639. Entre las muchas carencias que demuestran que la Ley de arbitraje española vigente en la actualidad se encuentra gravemente inadaptada al arbitraje privado internacional²⁰⁰⁶, hay aquí que destacar la existencia de un preocupante vacío legal en cuanto a la falta de regulación de un recurso de anulación para el laudo arbitral internacional²⁰⁰⁷. El único instrumento que tenemos articulado en la Ley de 1988 se corresponde, en el art. 45, con las causas tasadas para anular un laudo arbitral interno, pero no internacional²⁰⁰⁸. En concreto, en el apartado quinto y último del elenco de los motivos contenidos en dicha disposición legal se contiene el causal de anulación del orden público caracterizado por su indeterminación y por las habituales crisis de identidad que suelen acompañar a la intrínseca relatividad de la cláusula de reserva²⁰⁰⁹. En las contadas ocasiones en las que el citado precepto ha sido erróneamente empleado para anular un laudo internacional el propio tribunal español encargado del control de la anulación ni siquiera llegó a apreciar en su determinación el carácter internacional de la

²⁰⁰⁶ No es nuevo resaltar que su regulación es incompleta y parcial y que los Convenios internacionales de arbitraje firmados por España convierten mayoritariamente en inaplicable nuestra Ley de Arbitraje en aquellas disposiciones con pretensiones de aplicabilidad al arbitraje privado internacional, art. 56 y ss de la LA, *vid.*, un estudio completo de la situación planteada por J.C. Fernández Rozas, "La primacía de los tratados internacionales en el exequátur de sentencias extranjeras", *RECA*, vol. VII, 1991, pp. 9-29.

²⁰⁰⁷ Aspecto denunciado en numerosas ocasiones por nuestra doctrina. El sistema de arbitraje español es "*dualista pero incompleto*". A pesar de disponer el arbitraje internacional separado del interno no se regulan todos los aspectos y el de la anulación del laudo internacional es uno de ellos, *cf.*, E. Artuch Iriberrí, "El recurso de anulación del laudo...", *loc. cit.*, p. 123. A lo que se añade, agravando la descripción anterior, que más que incompleto en la regulación es "*muy incompleto*" y, en lo que respecta a la impugnación del laudo arbitral internacional "*es inexistente*", *cf.*, V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, p. 61.

²⁰⁰⁸ En palabras de S. Barona Villar, el único recurso que existe en nuestro ordenamiento es un recurso de anulación para el arbitraje interno regulado en el art. 45 de la LA, sin ser la anulación un verdadero recurso sino una acción de anulación donde no cabe una nueva instancia que quede en manos de los órganos jurisdiccionales, *cf.*, "El laudo en el arbitraje de consumo", *loc. cit.*, p. 27.

²⁰⁰⁹ La identidad del orden público en función de su contenido varía en el espacio y en el tiempo. La práctica totalidad de la doctrina al analizar el causal del orden público como motivo de anulación únicamente se refieren al mismo destacando su indeterminación. Así, F. Reglero Campos, de manera bastante explícita destaca que: "*La expresión "orden público" rezuma inconcreción (...). El concepto sigue siendo equívoco fundamentalmente porque se trata de una fórmula muy amplia que seguramente servirá de sustento a numerosos recursos contra los laudos arbitrales*", *cf.*, *El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, Montecorvo, 1991, pp. 261-262. Del mismo modo, S. Barona Villar describe que dentro de los cinco motivos contenidos en el art. 45 LA específicamente tasados y dispuestos para anular un laudo arbitral interno, los cuatro primeros se caracterizan por permitir la revisión del procedimiento por vicios *in procedendo* y, el último, el causal del orden público, es característico por su indeterminación y por quedar vacío de definición, *cf.*, "El laudo en el arbitraje de consumo", *loc. cit.*, p. 27.

sentencia arbitral²⁰¹⁰. En consecuencia, no aplicó ni el Derecho convencional existente al respecto, contenido en el art. IX del Convenio de Ginebra de 1961, ni el principio de especialidad por mor de su internacionalidad. Factores que hubieran podido influir en la consideración del orden público material y formal entendido de manera diferente en virtud de su internacionalidad como cláusula de evicción del laudo arbitral internacional²⁰¹¹.

640. La problemática del recurso de anulación requiere, pues, en lo que nos concierne una doble reflexión que va de lo general, en el marco arbitral de la propia anulación internacional, a lo particular, centrado en el orden público como causa de impugnación²⁰¹². Desde la perspectiva general, hay que destacar la evidente gravedad de que no contemos, en la actualidad, con un recurso de anulación para el laudo arbitral internacional. Causa, entre otras, a la vez que consecuencia, de que España no sea elegida para ser sede de arbitrajes internacionales²⁰¹³. Las partes, generalmente

²⁰¹⁰ *Vid.*, la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 10ª), de 10 de diciembre de 1991, *RAJ*, 1991, 2300; también en *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 205-215, con nota de E. Artuch Iriberry, “El recurso de anulación del laudo...”, *ibid.*, pp. 117-125. Aquí se pone en evidencia que a pesar de tratarse de un laudo arbitral internacional la sentencia no hace una sola referencia a la internacionalidad del laudo, cuando tiene elementos más que suficientes para justificar la misma: el convenio arbitral había sido suscrito por dos sociedades de distinta nacionalidad, una española y la otra francesa habiendo sido sometida la controversia a la Corte Española de Arbitraje Comercial Internacional y a sus normas de procedimiento que implican la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL, *cf. ibid.*, pp. 122-123.

²⁰¹¹ Sobre las dificultades de la interpretación del concepto de orden público en la anulación del laudo arbitral, observado con un carácter demasiado amplio en el art. 45. 5 LA, *vid.*, las distintas acepciones recaídas en el supuesto anteriormente citado, *cf. ibid.*, p. 118. Las diferencias de interpretación del orden público interno e internacional, básicamente referidas a la mayor amplitud con la que se entiende el contenido del primero respecto del segundo, ya han sido matizadas en el apartado conceptual relativo a la nacionalidad y la internacionalidad del orden público en el arbitraje privado internacional, *vid. supra.*, Cap. I. III. 2. Epígrafe al que nos remitimos para precisar los distintos niveles del orden público y las consideraciones específicas para entender el contenido restringido del orden público internacional, aunque sea de carácter estatal, que debe aplicar el juez encargado del control en la anulación de un laudo arbitral internacional.

²⁰¹² Se trata de defender y justificar la necesidad de una adecuada regulación del recurso de anulación internacional en nuestro ordenamiento como marco fundamental donde posteriormente se analizará el papel que debe darse al orden público en su consideración esencial como causal dentro del recurso de anulación del laudo arbitral internacional.

²⁰¹³ Aspecto éste que ya ha sido objeto en nuestra doctrina de un estudio sistemático realizado por V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, por lo que no consideramos conveniente incidir de forma global en las apreciaciones de lo ya señalado respecto a la problemática general del recurso de anulación internacional en nuestro sistema estatal. Más aún, cuando nos manifestamos conformes con la mayor parte de las soluciones aportadas en el trabajo de dicha autora, por lo que nos seguiremos refiriendo a la misma en aspectos puntuales de los que aquí se exige un desarrollo en relación con el orden público sin perder de vista el objetivo central de esta parte de la investigación, centrada en la consideración estricta del causal del orden público como motivo de anulación.

empresarios, cuando se deciden por someter sus diferencias a través de un compromiso arbitral internacional valoran de manera primordial el factor de la seguridad ante todas las posibles contingencias que se pudieran derivar antes, durante y después de finalizar el procedimiento de arbitraje internacional. Si se deciden por arbitrar en España, sabiendo que las normas de competencia judicial atribuyen, con carácter general, al juez o tribunal estatal del lugar en el que el laudo arbitral internacional ha sido dictado la facultad para conocer del recurso de anulación y, en nuestro país, no existe una regulación específica para éste supuesto, es lógico que las partes se decidan por establecer su sede en otros países donde puedan contar con una mayor seguridad normativa al respecto. De ahí, que pocas veces, un tribunal español haya tenido la ocasión de conocer un recurso de anulación de un laudo arbitral internacional. El juez español no es el “juez del laudo” sino el de la ejecución²⁰¹⁴.

641. Para contrastar esta situación nada mejor que examinar una de las últimas estadísticas realizadas al respecto sobre los países que son sedes de arbitrajes internacionales. Según una lista elaborada en 1998 por la CCI, donde se comprende a unos cuarenta países, acorde a las nacionalidades de las partes que se decidieron por acudir a un arbitraje internacional administrado en el seno de dicha institución internacional, se comprueba que España ocupa uno de los peores lugares en el *ranking* de los lugares solicitados para ser sede de arbitrajes internacionales. El monopolio lo ostentan unos pocos países y el resto están en igualdad de malas condiciones para ser elegidas como sedes internacionales. En efecto, de los 328 arbitrajes internacionales que forman el total de los analizados, según los datos disponibles del censo de 1998, el primer lugar lo ocupa Francia, con un total de 77 arbitrajes que tuvieron su sede en su territorio durante el año analizado. Le siguen, Suiza, con 66 arbitrajes y el Reino Unido,

²⁰¹⁴ Expresión destacada por V. Cuartero Rubio, que subraya que lamentablemente España no es un país exportador de laudos internacionales, *cf., ibid.*, p. 70. Contrariamente lo importa como se comprueba por las muchas solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales internacionales en parangón en los contados casos en los que las Audiencias Provinciales están llamadas a controlar un laudo arbitral internacional por la vía de la impugnación. La indiferencia ante la internacionalidad del laudo recurrido en España es, pues, una de las causas de los pocos arbitrajes internacionales que se dan en territorio español. Otra, la actitud avalorativa ante la internacionalidad, manifestada bien en la ausencia total de su consideración por el juez de control, o bien, en la falta de voluntad por tratar al laudo de modo especial por razón de su internacionalidad. En definitiva, tratando de modo igual al recurso de anulación para el arbitraje interno que para el internacional lo que, lógicamente, no ofrece ninguna garantía ni seguridad para que las partes extranjeras vengan aquí a arbitrar, *cf., El recurso de anulación..., op. cit.*, pp. 69-71.

donde en 1998 se realizaron 50 arbitrajes internacionales. Empatados en el cuarto lugar, están Alemania y Estados Unidos que llevaron a cabo respectivamente un número de 20 arbitrajes por cabeza. En España, sin embargo, sólo se realizaron dos arbitrajes y curiosamente, ambos fijados por las partes, porque la Corte de la CCI no designó en ninguna ocasión nuestro país como sede arbitral internacional recomendable²⁰¹⁵.

642. Con el propósito de acabar con la situación descrita, nuestra doctrina no ha permanecido pasiva. El Proyecto de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje elaborada por la Corte Española de Arbitraje ha redactado una interesante propuesta que aboga, de una vez por todas, por la inclusión de un único recurso de anulación internacional con carácter totalmente independiente de las categorías comprendidas para la regulación de la anulación en el arbitraje privado interno²⁰¹⁶. El art. 63. 1 propugna que *“Ante un laudo recaído en un arbitraje privado internacional sólo cabe el recurso de anulación. Conocerán de tal recurso los Tribunales españoles únicamente si el arbitraje ha tenido sede en España”*. La competencia del tribunal español no varía de los considerandos anteriores que siguen el criterio de la sede del arbitraje. De otro lado, el equilibrio entre la necesidad del control y la liberalización de los recursos encuentra su término medio en que el control se permite a través de un “único” recurso, el de anulación²⁰¹⁷. En armonía con las tendencias internacionales del momento que tienden a minimizar el número de recursos que se puedan emplear contra

²⁰¹⁵ Datos extraídos de la documentación interna de la CCI, *cf.*, K. González Arrocha, “La Corte Internacional de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional de París”, *loc. cit.*, p. 13.

²⁰¹⁶ *Vid.*, J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberrí, “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre...”, *loc. cit.*, pp. 303-359, esp. pp. 350-352, continentes del art. 63, relativo al recurso de anulación y el apartado referido a su justificación.

²⁰¹⁷ Se sigue así la adecuada opción tomada por el legislador de la Ley de Arbitraje 36/1988, respecto de la Ley anterior de 1953, que fue la de otorgar una única posibilidad a las partes de recurrir el laudo arbitral mediante un sólo recurso, el de anulación. Confirmando así la radical supresión de incluir el recurso de Casación ante el Tribunal Supremo. No se ha cedido, pues, a las presiones ejercidas por gran parte de la doctrina procesalista que en su día vertieron duras críticas al hecho de la exclusión del recurso de Casación de la Ley de Arbitraje. Claro ejemplo de ello, es el artículo escrito por M. Albadalejo que califica este hecho, incluso, de abominable, *vid.*, “La ominiosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de derecho que infringe las normas debidas a aplicar”, *RDPr*, 1990, p. 171. Se argumentaba que si la función del árbitro se asimila a la del juez, en cuanto a que ambos aplican la ley a un supuesto de hecho, no parece justo que cuando se trate de asegurar la tutela judicial efectiva de una sentencia judicial se pueda exigir un recurso de apelación y posteriormente otro de casación y, sin embargo, cuando se trata de un laudo arbitral la tutela judicial queda satisfecha, únicamente con el recurso de anulación, regulado en el ordenamiento español, en los artículos 45 y ss. de la LA, *cf.* F. Pantaleón Prieto, “Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje”, *La Ley*, 1989, p. 131.

el laudo arbitral internacional²⁰¹⁸. A continuación, el art. 63. 2, enumera los causales tasados susceptibles de ser invocados para conseguir la anulación internacional del laudo a través de cuatro apartados perfectamente delimitados, que coinciden con las prescripciones impuestas en el art. IX. 1 del Convenio ginebrino²⁰¹⁹.

643. Es precisamente aquí, en el causal de la anulación del laudo arbitral internacional, donde desde nuestro punto de vista radica la mayor originalidad de la propuesta dispositiva. Más que por los motivos tasados que contiene, su valor esencial se da por los motivos que acertadamente silencia. De esta manera, el Proyecto nos conduce a la primera reflexión particular centrada en la exclusión del causal del orden público dentro de los motivos capaces de anular el laudo arbitral internacional. Como justifica la propia Reforma, se han excluido dos de los causales de los considerados habituales en el recurso de anulación, la inarbitrabilidad de la diferencia y la contrariedad con el orden público²⁰²⁰. Discrepamos, no obstante, con que la inarbitrabilidad de la diferencia sea un causal tradicional en los recursos de anulación. Lo es, junto al orden público, de los causales apreciables de oficio por el juez que decide del control, empleados para rechazar el reconocimiento y la ejecución siguiendo las directrices impuestas por el art. V. 2 CNY. Pero, el único denominador común existente entre ambos procedimientos es, hasta su potencial exclusión, el del orden público²⁰²¹. A no ser, que se entienda que la inarbitrabilidad pudiera estar subsumida dentro del mismo según el criterio globalizador del orden público, aunque también

²⁰¹⁸ *Vid., infra.*, en el apartado 1. B) b), relativo a la “Reducción de los causales de anulación”.

²⁰¹⁹ *Vid.*, los cuatro únicos causales, a), b), c) y d), contenidos en el art. IX. 1 del CG. En ninguno de ellos se contiene el orden público.

²⁰²⁰ *Cf., ibid.*, p. 352.

²⁰²¹ Desde la perspectiva comparada, el orden público como motivo de anulación contenido en el artículo 45. 5 de la Ley española es muy similar al artículo 1065, párrafo 1. e) de la ley neerlandesa y del artículo 1704. 2 del Código belga de arbitraje de 1985, actual art. 1704. 2 a) y b) de la nueva Ley belga sobre el arbitraje de 1998, *cf.*, L. Goffin, “Arbitrage et droit européen”, *loc. cit.*, p. 322. La anulación de un laudo arbitral por motivos de orden público se encuentra recogido en el art. 1484. 6 del NCPC. En Francia, una serie de artículos se encargan del control judicial del arbitraje. El recurso de apelación se contiene en los artículos 1482 y 1501, NCPC, la anulación en los artículos 1484 y siguientes y en el art. 1504, y el exequátur en el artículo 1488 y 1499 NCPC, *id., loc.*, p. 320. Motivo de anulación previsto en el artículo 1065 1. e) del Código de Procedimiento Civil de Los Países Bajos. Y, de manera análoga, en el artículo 829 del CPC italiano, *cf.*, F.M. Di Majo, “Tutela dei principi processuali nazionali e applicazione delle norme comunitarie. A chi la “primauté”?”, *Dir.U.E.*, 1997, p. 841. En nuestra doctrina, para un análisis comparativo en el que se constata como casi todos los sistemas disponen de un idéntica lista tasada de recursos contra el laudo, en Derecho francés, belga, italiano, portugués, alemán, austríaco, suizo, holandés, británico y norteamericano, etc., *vid.*, A. Cabanillas Sánchez, “Comentario al Título VII: De la anulación del laudo. Artículos 45-51”, *op. cit.*, pp. 696-703.

pueden verse referidos determinados sistemas donde sí se incluye expresamente la inarbitrabilidad también de forma separada al orden público como motivo de anulación²⁰²².

644. La cuestión general que subyace en estos planteamientos consiste en no identificar el CG con el CNY porque tanto su finalidad como sus funciones son esencialmente diferentes. En el CG no se insiste tanto en el control del orden público porque con la puesta en marcha de la anulación no se persigue un control exhaustivo y estricto del laudo arbitral internacional ya que el único contacto que tiene el laudo con el ordenamiento estatal del juez de la impugnación suele ser meramente competencial y, de alguna manera, cabe afirmar que la sentencia arbitral pasa de largo por ese Estado y por su ordenamiento porque no es allí donde pretende desplegar sus efectos. Con una finalidad distinta el convenio neoyorquino sí tiene por objetivo que los Estados acojan en su ordenamiento el laudo arbitral internacional hasta tal punto que se exija la ejecución forzosa del mismo. Aquí, el laudo no es que sea simplemente controlado sino que es examinado para ver si se le da “carta de naturaleza”, validez y eficacia plena a través del exequátur. Ello implica un análisis total y exhaustivo de adecuación del ordenamiento de acogida o recepción. Aspecto diferencial básico que es conveniente no perder de vista a lo largo de la argumentación en cuanto a la mayor o menor toma de consideración de las normas imperativas y el orden público en las dos modalidades de control.

645. Se suscribe plenamente el efecto fundamental pretendido por la Propuesta de reforma del recurso de anulación internacional a través de la supresión del causal del orden público como motivo de anulación, cual es el de evitar un doble control. Si se incluye como motivo apreciable de oficio en el art. V. 2 b) del CNY, al que se remite la propia Reforma, no tiene sentido comprobar la adecuación del laudo internacional al orden público estatal de dos ordenamientos distintos. El de la sede, mediante el recurso

²⁰²² Por ejemplo, la nueva Ley belga sobre arbitraje de 1998, donde sorprende que, por un lado, posibilite la renuncia de las partes al recurso de anulación, art. 1703 y, por el otro lado, en el art. 1704. 2 y 3, contenga una amplia lista con más de 13 motivos por los que la sentencia arbitral va a poder ser anulada. De entre esos motivos, nos extraña también que, contrariamente a casi todas las legislaciones que contienen el causal del orden público al final de todos los motivos de oponibilidad, la Ley belga lo

de anulación y el del exequátur, a través del reconocimiento y la ejecución. Lo más lógico es que sea éste último país, que es donde realmente el laudo pretende desplegar sus efectos, el que deba valorar la adecuación de los mismos con el orden público²⁰²³. Claro está que ante la potencialidad de que la propuesta de reforma llegue a obtener sanción legal, se ha de atender a la situación actual, donde se va a aplicar el art. 45. 5 de la Ley de Arbitraje de manera indistinta para el arbitraje interno que para el internacional. Y, aquí es donde inevitablemente nos hemos de cuestionar cuál es el entendimiento que tiene el juez español cuando aplica, en concreto, el causal del orden público en el recurso de anulación a un laudo arbitral internacional, para lo cual es necesario analizar la práctica jurisprudencial española de donde trascenderá el verdadero entendimiento de nuestros jueces y tribunales por dicho causal.

b) Entendimiento jurisprudencial del orden público

646. Ante la evidencia de que España no suele ser sede de arbitrajes internacionales las referencias al orden público en los recursos a los laudos arbitrales, mayoritaria y casi exclusivamente internos, tienden a identificar el contenido del orden público esencial para nuestro ordenamiento jurídico con los contenidos constitucionales fundamentales²⁰²⁴. Es constatable el contenido eminentemente constitucional del orden público español de carácter estatal tanto en su sentido interno como en el internacional. Fue precisamente en la sentencia TC 43/1986, de 15 de abril donde por primera vez se actualizó el contenido del orden público a su valor constitucional, contribuyendo así de manera esencial a su definición actual y a la guía de referencia ineludible para la toma en consideración del orden público que debe refrendar la solución del laudo que desee

regule en primer lugar, otorgando el segundo lugar, también extraño en su colocación, a la inarbitrabilidad: aquellos litigios que no son susceptibles de ser reglados por la vía del arbitraje.

²⁰²³ Aspecto que aquí apuntamos para volver a incidir sobre él más adelante en relación con la problemática específica que se deriva de ésta cuestión en cuanto a la supresión del causal de nulidad internacional del orden público, *vid., infra.*, apartado B): El orden público en el recurso de anulación internacional, letra b): *Reducción de los causales de anulación: supresión del causal de nulidad internacional del orden público.*

²⁰²⁴ El orden público en el recurso de anulación, art. 45. 5 LA, debe ser identificado con los contenidos de la CE, *cf.*, S. Barona Villar, “El laudo en el arbitraje de consumo”, *loc. cit.*, p. 41.

recibir sanción legal en nuestro ordenamiento nacional²⁰²⁵. En el Fundamento jurídico cuarto de la sentencia constitucional se contiene el párrafo de referencia indispensable para la conceptualización del orden público en nuestro sistema legal: “*El concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978 (...), nuestros jueces y tribunales no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los Derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido inspirado por las exigencias del art. 24 CE*”²⁰²⁶.

647. La adecuación del orden público a nuestro texto fundamental se consideró de manera muy positiva por la doctrina y la práctica foránea interna e internacional. Fue reproducido en la Exposición de Motivos de la propia Ley de Arbitraje de 1988. Al referirse en la introducción al Título VII, donde se regula el recurso de anulación, se destaca de forma especial la novedad de haber introducido la posibilidad de anular el laudo que fuese contrario al orden público. Especificando que éste será un concepto que deberá ser interpretado conforme a los principios constitucionales²⁰²⁷. De hecho, con anterioridad, independientemente del carácter de rechazo a todo lo extranjero que se desprendía de la LAP, las escasas sentencias jurisprudenciales que se habían referido al orden público en un recurso de anulación lo habían identificado con aquellos principios

²⁰²⁵ Sentencia que aunque no sea específicamente referida a un recurso de anulación es esencial para determinar el contenido del orden público en el ordenamiento jurídico español en las dos modalidades de control, *vid.*, la Sent. TC (Sala 1ª) 43/1986, de 15 de abril, *BOE*, núm. 102, de 29 de abril de 1986, *BJC*, t. XIV, pp. 419-431; *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 209-212; con nota de M.A. Conradi en *REDI*, vol. XXXIX, 1987, pp. 81-85. Junto al comentario de A.Mª. Lorca Navarrete, “La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales y sentencias extranjeras en España, según la doctrina del Tribunal Constitucional español”, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 81-85. Por vez primera se aborda por nuestro TC el problema del contenido del orden público como causa denegatoria de la homologación de una sentencia extranjera.

²⁰²⁶ Aunque, con posterioridad el TC ha vuelto a abordar la cuestión relativa al orden público en más sentencias, entre las que se destacan, entre otras, la STC de 9 de marzo de 1988, *BJC*, 1988-1997, pp. 991 ss, y la STC de 15 de febrero de 1990, *BJC*, 107, 1990, pp. 55 ss, *cf.*, A.Mª. Lorca Navarrete y J. Silguero Stagnan, *Derecho de Arbitraje español...*, *op. cit.*, p. 514. En todo caso, destacando la importancia de la STC 43/1986 como guía y orientación que dejó atrás los “*trasnochados y caducos criterios que sobre el orden público persistían en la práctica forense española como auténticas cláusulas de estilo heredadas de una etapa política en lo jurídico sumamente autárquica y frustrante*”, *cf.*, p. 514. Para una explicación detallada y transcrita al mínimo detalle de la sentencia aludida, *vid.*, *ibid.*, pp. 515-518, reproducción del comentario precitado de A.Mª. Lorca Navarrete, “La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales...”, *loc. cit.*, pp. 81-85.

²⁰²⁷ *Cf.*, la Exposición de Motivos de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, *BOE* núm. 293, de 7 de diciembre de 1988; corrección de errores en *BOE* núm. 185, de 4 de agosto de 1989.

tanto públicos como privados, pertenecientes al orden político, económico, moral, e incluso, concretado en los valores religiosos de nuestra sociedad²⁰²⁸. Estamos hablando de un orden público interno entendido en el sentido más amplio que aquel que quedó fijado en el Texto Fundamental, consiguiéndose así la pretensión de que estuviera más delimitado con la finalidad de tener más seguridad en cuanto a cuál será el orden público que va a resultar aplicado al laudo arbitral, ante la necesidad de diferenciar el orden público interno del orden público internacional²⁰²⁹.

648. Las dudas que se plantean obedecen a dos tipos de cuestiones que no aparecen claramente resueltas en la fundamentación jurídica de la jurisprudencia aludida. La primera, deriva de cuál es el contenido concreto que conforman los principios constitucionales del orden público en el sentido restringido del mismo. Y, la segunda, de si se debe abarcar el aspecto material del orden público además del formal en el recurso de anulación del laudo arbitral interno e internacional. Ambas cuestiones han sido resueltas por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional de manera positiva y se encuentran ya prácticamente asumidas y consolidadas en la jurisprudencia española, por lo que no dejarían de ser aquí meramente descriptivas de lo que viene sucediendo en la práctica. Para que el laudo arbitral sea contrario al orden público del foro será preciso que éste vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la norma suprema, garantizados a través de lo dispuesto en

²⁰²⁸ Considerados absolutamente necesarios para la conservación del orden social, en un pueblo y en una época determinada, *vid.*, la Sent. Aud. Prov. de Madrid, de 23 de noviembre de 1994, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 285-289, con nota de S. Barona Villar. Recurso de Anulación de un laudo interno por su contrariedad al orden público, esp., p. 287, donde en el Fundamento Jurídico Tercero se indica en relación con la vulneración por el laudo de cuestiones de orden público se refiere al concepto de orden público en sentido amplio, como el “conjunto de principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales, etc., necesarios para preservar la conveniencia o el orden social en un pueblo y en una época determinada, en armonía con la Sent. TS de 5 de abril de 1966”. Sin embargo, su sentido amplio se concreta con posterioridad especificándose que debe entenderse a la luz de la Constitución, cuyo intérprete máximo es el Tribunal Constitucional.

²⁰²⁹ En la Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 14^o) de 10 de abril de 1992, *RCEA*, vol. IX, 1993, pp. 196-197, con nota de S. Barona Villar y M. Garayo de Orbe, *ibid.*, pp. 198-199, se señala que “La denominación de “orden público” alcanzó su razón de ser en el marco de la dicotomía orden público interno e internacional cuya diferenciación se remonta a 1982 y Broches es su autor. El TS se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el sentido de “orden público” distinguiendo el orden público interno e internacional, siendo considerado éste último más reducido que el anterior”, *ibid.*, p. 198. Necesidad de distinguir el orden público interno del internacional por el que siempre se ha abogado ante la eventualidad de presentarse en nuestro ordenamiento la anulación de un laudo internacional. Es por ello que la diferenciación que acaba de ser indicada ha sido subrayada en otros trabajos de la citada autora, *cf.*, S. Barona Villar, “El laudo en el arbitraje de consumo”, *loc. cit.*, pp. 38-39.

términos de generalidad por el art. 24 CE, orden público procesal²⁰³⁰. Se consigue así acotar la parte constitucional del contenido del orden público que debe ser la comprendida a los efectos de poder amparar futuras demandas de anulación del laudo arbitral en nuestro país por ser consideradas contrarias al orden público cuando se invoque el art. 45. 5 de la Ley 36/1988²⁰³¹. Interpretación que ha sido convenientemente seguida por numerosas sentencias de nuestra jurisprudencia cuando se han tenido que enfrentar al orden público como motivo de impugnación de un laudo arbitral²⁰³².

649. Los principios constitucionales contenidos en el Capítulo II, Título I de la C.E., no sólo configuran parte del contenido del orden público interno desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, sino también de nuestro orden público internacional. Entendido éste como un acuerdo de mínimos que abarca los valores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico dibujando a un tiempo el contenido limitado y restringido de nuestro orden público interno e internacional. En consecuencia, si *prima facie*, hay que criticar la nefasta transposición del recurso de anulación interno al internacional en nuestra legislación de arbitraje actual y las escasas posibilidades de que al tomar como modelo una disposición pensada para el arbitraje interno, art. 45. 5 LA, sea de aplicación un orden público en sentido internacional o transnacional, como sería lo realmente deseable en atención a la consideración especial

²⁰³⁰ Habiendo sido puesto de relieve en el parecer mayoritario de las Audiencias Provinciales, que concretan el contenido constitucional del orden público de la misma manera, Así, la Aud. Prov. de Zaragoza, de 6 de septiembre de 1991 y la Aud. Prov. de Madrid 26 de noviembre de 1991, de 15 de abril y de 22 de septiembre de 1992, la de 18 de octubre de 1993, *ibid.*, p. 287, y el resto de jurisprudencia recopilada en la Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª) de 12 de junio de 1995, *RCEA*, vol. XI, 1995, p. 312.

²⁰³¹ En efecto, así lo afirma S. Barona Villar, quién, en este caso concreto, comentando la Sent. Aud. Prov. de Madrid, de 23 de noviembre de 1994, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 285-287, en su anotación, *ibid.*, pp. 287-288, se detiene específicamente en reiterar que el aspecto del orden público Constitucional interpretado por nuestro TC como aquel recogido en el Cap. II, Título II de nuestra norma suprema, garantizado con carácter general en el art. 24 CE, como interpretación del orden público que debe ser comprendida, “a los efectos de poder amparar futuras demandas de anulación del laudo arbitral por ser consideradas contrarias al orden público”, *ibid.*, p. 288. Del mismo modo, *vid.*, también la Sent. de la Aud. Prov. de Barcelona de 18 de julio de 1995, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 318-324.

²⁰³² *Vid.*, entre otras, la Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª) de 12 de junio de 1995, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 308-315, esp. en la p. 312, donde, en el Fundamento jurídico séptimo, el Tribunal, remitiéndose a lo que ya había sido expresado en la sentencia dictada el 28 de noviembre de 1994, que concretó, entre otras, lo que debía entenderse por orden público a los efectos del art. 45. 5 LA, con una redacción exactamente igual a la que fue posteriormente empleada en la Sent. de la Aud. Prov. de Barcelona de 18 de julio de 1995, *id.*, *ibid.*, esp., pp. 323-324. Para que el orden público sea aplicable a los efectos de anular un laudo arbitral será preciso que éste vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo II, Título I de la Norma Suprema, garantizados a través de la misma.

del laudo arbitral internacional; es necesario destacar, en segundo lugar, la situación realmente particular que en relación con el orden público se produce en nuestro sistema de *lege ferenda*. La propia práctica jurisprudencial llega a salvar “involuntariamente” éstas situaciones al aplicar las mismas consideraciones al orden público interno que al orden público internacional interpretado de manera muy estricta por la jurisprudencia de nuestro TC.

650. Hay, pues, que diferenciar, una vez más, la perspectiva global del recurso de anulación para el laudo arbitral internacional en nuestro ordenamiento, de la perspectiva particular de la causa de impugnabilidad del orden público en concreto. Si bien se niega que en el recurso de anulación se transponga el recurso de anulación interno al internacional²⁰³³, de facto se demuestra que, en la práctica, la alusión al orden público en el art. 45. 5 no tiene mayor trascendencia en el entendimiento del orden público interno e internacional. El resultado es prácticamente igual en los laudos internacionales que han sido tratados como internos. La interpretación restrictiva que los tribunales hacen del orden público ha permitido llevar a buen término los escasos supuestos de anulación de un laudo internacional que ante ellos se han presentado invocando el art. 45. 5 LA²⁰³⁴.

651. En conclusión, aunque existen diferencias teóricas graves en cuanto a la falta de regulación de un recurso de anulación para el laudo arbitral internacional y a éste se le aplica el recurso interno, contenido en el art. 45 LA, la práctica jurisprudencial proveniente de la adecuada interpretación dada por el T.C, que reduce el orden público a un contenido mínimo integrado en el Texto fundamental, hace que, de *lege ferenda*, el resultado alcanzado cuando los jueces y tribunales estatales han aplicado el art. 45. 5 a los laudos arbitrales internacionales no haya tenido mayor trascendencia, puesto que el

²⁰³³ La transposición de los criterios internos a los internacionales es una técnica poco evolucionada que debe ser negada, *cf.*, V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, p. 65.

²⁰³⁴ Así se señalaba en el comentario a la Sent. de la Aud. Territ. de Madrid de 10 de diciembre de 1991), *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 117-125, en la que no se llegó a anular un laudo arbitral internacional en nuestro ordenamiento que fue tratado en todo momento con una actitud avalorativa a su internacionalidad. El caso era que la solución adoptada merecía ser aplaudida, entre otras cosas, por la interpretación restrictiva del concepto de orden público y la delimitación del control que realizó el juez a través del recurso de anulación. Su apreciación internacional llevó a destacar la paradoja de que el resultado era correcto a pesar de no haberse considerado la internacionalidad del laudo impugnado, *cf.*, E. Artuch Iriberrí, “El recurso de anulación...”, *loc. cit.*, pp. 117-118.

contenido del orden público interno es el mismo que el que se hubiera aplicado si el laudo hubiera sido cotejado por un orden público internacional del foro. Alcanzando incluso un contenido que se puede considerar de orden público transnacional, ya que los valores recogidos en nuestra Norma Suprema son muy similares a los textos encontrados en las Declaraciones o Convenios internacionales de Derechos Humanos²⁰³⁵.

652. La segunda de las dudas extraídas de la Jurisprudencia Constitucional, que ya ha sido superada en la actualidad, se refiere a si el orden público sólo se entiende comprendido en su aspecto procesal o formal, o también se encuentra integrado por la faceta sustantiva o material. En un primer momento, atendiendo al sentido literal de la jurisprudencia constitucional, parece ser que la vulneración del orden público que quedó expresamente fijada fue para los casos en los que el árbitro pronunciase el laudo infringiendo los principios fundamentales contenidos en el art. 24 C.E., esto es, únicamente las garantías procesales constitucionales²⁰³⁶. Sin embargo, el propio carácter de garantía y tutela del orden público precisa la intervención de un orden público dual, en sentido procesal y material. Tanto si viola los Derechos procesales fundamentales como si vulnera en su contenido la estructura de un determinado ordenamiento jurídico²⁰³⁷. En resumen, como ha sido señalado por la propia doctrina y jurisprudencia,

²⁰³⁵ Es el concepto de orden público internacional o transnacional formado por un cuerpo de principios universales de las naciones civilizadas, que tiene el propósito de proteger los Derechos fundamentales, contenidos preferentemente en los Convenios fundamentales de Derechos Humanos. Por ejemplo, el art. 6. 1 CEDH, Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, considerada una disposición de orden público procesal verdaderamente internacional, que informa el procedimiento arbitral en su conjunto en un ámbito universal. Al igual que el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el art. 24 de la CE, reconocen el derecho a la tutela efectiva de los Tribunales sin dilaciones indebidas, etc. Sobre un orden público transnacional fundado sobre la base del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre de 1950, *cf.*, J. Robert, *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, París, Dalloz, 5ª ed., 1983, p. 358. En la Sent. suiza del Tribunal fédéral, 2ª Cour civile, 9 de enero 1995, *Inter Maritime Management SA c. Russin & Vecchi*, RSDIE, 1996, núm. 4, pp. 554-558. También en *Year. Comm. Arb.*, vol., XXII, 1996, pp. 789-799. Se puede decir que el orden público internacional suizo es el común considerado por todas las naciones civilizadas, *cf.*, *ibid.*, p. 558, *vid.*, *supra.*, Cap. I.

²⁰³⁶ Y, así parecía haber sido entendido por la doctrina, ya que, en un primer momento, se ha llegado a afirmar que “*el orden público y su vulneración giran entorno al cumplimiento o no del laudo de las garantías procesales contenidas en el texto constitucional*”, *cf.*, A.M.ª Lorca Navarrete y J. Silguero Stagnan, *Derecho de Arbitraje español...*, *op. cit.*, p. 518. Entendiendo que en sentido estricto y restringido el único orden público contenido en el art. 45. 5. LA es el que se corresponde con un esquema estrictamente procesal, *cf.*, *ibid.*, p. 520. No así, a continuación, cuando son los mismos autores los que destacan que el orden público procesal debe ser complementado con el material, *ibid.*, p. 521.

²⁰³⁷ La consideración de los dos aspectos del orden público, sustantivo y procesal ha sido reclamado por la doctrina española con carácter general, *cf.*, E. Artuch Iriberry, “El recurso de anulación

“por orden público debe de entenderse el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico tanto en su aspecto material como procesal, los cuales, a su vez, son consecuencia, manifestación o trasunto de los principios que constituyen la esencia misma de la sociedad y que ésta declara en su Ley Fundamental, de manera que, entre nosotros, un laudo será atentatorio contra el orden público cuando conculque alguno de los principios o derechos fundamentales de la Constitución española (...)”²⁰³⁸.

653. La verdadera dificultad deriva de establecer cuál es el verdadero contenido del orden público sustantivo o material. A diferencia del orden público procesal, perfectamente identificado a través de los Derechos de defensa y de los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad, el orden público en sentido material es muy difícil de precisar²⁰³⁹. Sobre todo porque toca una línea muy delicada entre las consideraciones de justicia del laudo arbitral y el principio de prohibición de revisión del fondo del asunto²⁰⁴⁰. En la Sent. Aud. Prov. de Palma de Mallorca de 29 de julio de 1994²⁰⁴¹ se define el orden público en sentido material²⁰⁴².

del laudo en el arbitraje...”, *loc. cit.*, pp. 117-125. Y, en especial, la importancia de la definición de orden público procesal y de orden público material como motivos de oponibilidad al laudo arbitral en el recurso de anulación. De manera especial, en la Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 14ª) de 10 de abril de 1992, *RCEA*, vol. IX, 1993, pp. 196-197, con nota de S. Barona Villar y M. Garayo de Orbe, *ibid.*, pp. 198-199. El orden público procesal, sería el que en su día fue establecido por el TC que entendía que un laudo arbitral atentaba a nuestro orden público procesal cuando hubiese vulnerado los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través del art. 24 CE. De otro lado, un laudo sería atentatorio contra el orden público material español cuando vulnerase alguno de los principios, derechos y libertades fundamentales de nuestra Constitución, *cf.*, *ibid.*, p. 199.

²⁰³⁸ *Cf.*, A.M.^a Lorca Navarrete y J. Silguero Stagnan, *Derecho de Arbitraje español...*, *op. cit.*, pp. 520-523, citando textualmente la jurisprudencia de donde se ha extraído el fundamento arriba citado, *vid.*, la Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 10ª), de 10 de diciembre de 1991, *id. ibid.*; y en la Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 13ª), de 22 de septiembre de 1992, *RAJ*, 1992, 1225. También en *RCEA*, 1993, vol. IX, pp. 201-205, relativas a la anulación del laudo dictado en distintos arbitrajes internos, donde se observan los principios rectores del procedimiento y el concepto de orden público, destacando que éste debe comprender tanto el sentido procesal como el material: “Por orden público debe entenderse el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico tanto en su aspecto material como procesal”.

²⁰³⁹ El aspecto sustantivo del orden público contenido en el art. 45. 5 es altamente difuso y problemático, *cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 368-369, destacado en el comentario de E. Artuch Iriberry, a la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª), de lo Civil, de 27 de abril de 1998, *RCEA*, vol. XIV, 1998, p. 197.

²⁰⁴⁰ En la discusión de ésta estrecha línea se encuentra la mayor parte de la doctrina. A.M.^a Lorca Navarrete y J. Silguero Stagnan, destacan que la defensa del orden público material se entendería cuando el laudo arbitral pudiera vulnerar la estructura de un orden jurídico considerado justo. La vulneración vendría, pues, cuando el laudo fuera injusto y, por lo tanto, contrario al orden público material. Los citados autores, abogan por la necesidad de “ajustar el orden público a la materialidad de la justicia del laudo para luchar contra el “fatalismo arbitral”, *cf.*, *ibid.*, p. 521.

²⁰⁴¹ *Vid.*, la Sent. de la Aud. Prov. de Palma de Mallorca de 29 de julio de 1994, *RCEA*, vol. XII, 1996, pp. 91-93.

En concreto, en nuestro artículo 45 LA, hay dos causales en los que estrictamente se puede abarcar al orden público procesal, los motivos 2 y 5 del art. 45, refiriéndose, incluso, de forma más rigurosa el motivo 2 al orden público procesal vinculado con el art. 24 C.E., a través del art. 21 LA. Con lo que se podría deducir que el apartado núm. 5 del art. 45, comprende únicamente el orden público en sentido material²⁰⁴³.

654. Así entendido, el concepto de orden público informa toda la institución arbitral, pudiendo abarcar como motivo de anulación todos los demás causales previstos en el art. 45, que en realidad entran también a tipificar distintos casos de nulidad por infracción del orden público²⁰⁴⁴. La opción del legislador de distribuir los motivos de manera independiente al orden público debe ser respetada, de manera que cada uno debería ser aplicado estrictamente para el supuesto que abarca e incluir en el causal del orden público del apartado núm. 5 del art. 45 a aquellos supuestos que no se encuentren contemplados específicamente en el resto de los causales de anulación²⁰⁴⁵. Aspecto globalizador del orden público que no es entendido por igual en la totalidad de la jurisprudencia, parte de la cual se muestra más cautelosa a éste respecto. En la Sentencia

²⁰⁴² “Sabido es que la noción de orden público como conjunto de principios considerados condicionantes mínimos de una convivencia jurídica y social; y que abarca desde la conducta individual a la familiar y política, en una época determinada, alcanza a reprobado determinados actos que lo contradicen, y que así rehusados in abstracto, deviene en el caso concreto como nulo al ser contrario a los postulados impuestos por la ley o la costumbre”, *cf.*, *ibid.*, p. 92. Es éste un significado muy similar había sido también definido por A. Remiro Broton que señala que los conceptos que conforman el orden público material se concretan a través de principios, pudiendo ser éstos públicos, privados, políticos, morales e incluso religiosos. Principios que en definitiva sean considerados absolutamente imprescindibles para la conservación de una sociedad determinada en una época determinada, *cf.*, A. Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias arbitrales en España*, *op. cit.*, pp. 228-229. Concepto que, por otra parte, no es originario de éste autor, sino reflejo de la práctica jurisprudencial española, según los criterios interpretativos que señala nuestro TC

²⁰⁴³ Importante matización expresada en la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 10ª), de 10 de diciembre de 1991, *RAJ*, 1991, 2300; también en *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 205-215, con comentario de E. Artuch Iriberry, *id. ibid.*

²⁰⁴⁴ Trasunto del comentario jurisprudencial al art. 45. 5 a la LA, *cf.*, F. Cordón Moreno, *Código de Arbitraje*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 156: “El orden público informa toda la institución arbitral: el objeto de arbitraje, excluyendo aquellas cuestiones que afectan al mismo, entre las que se encuentran las relativas a los derechos fundamentales (de contenido material), el desarrollo del procedimiento arbitral, en el que deberán respetarse las garantías mínimas establecidas por la Constitución; el mismo laudo arbitral, por cuanto la incongruencia del mismo puede suponer infracción del art. 24. 1 de la Ley Fundamental, etc”.

²⁰⁴⁵ *Cf.*, *ibid.*, p. 156, en la Sent. Aud. Prov. de Madrid, de 26 de noviembre de 1991, *RGD*, 1992, p. 3212.

de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª), de 27 de abril de 1998²⁰⁴⁶, en el F.J. III, se destaca que jurisprudencialmente el concepto de orden público no constituye un “cajón de sastre” en el que puedan subsumirse todas las infracciones susceptibles de haber sido cometidas previamente en la fase arbitral. Sin embargo, en su afán reductor del contenido del orden público señala que el control del orden público que le está permitido al tribunal en el recurso de anulación es sólo formal, lo que supone una vuelta atrás a la necesidad de controlar el orden público tanto en su faceta procesal como en la material²⁰⁴⁷.

655. Es interesante destacar ésta última Sentencia porque en ella se encuentran dos claves fundamentales del entendimiento del tribunal nacional en cuanto al orden público y al recurso de anulación se refiere en la actualidad. Si bien es cierto que nos encontramos ante un arbitraje interno, ya se ha expuesto con anterioridad que la jurisprudencia suele reaccionar del mismo modo en estos supuestos tanto si es un arbitraje interno como internacional²⁰⁴⁸. En esta decisión se pretendía anular el laudo dictado en equidad por el árbitro único, sobre la base de un entramado argumental que se centra en la inexistencia del convenio arbitral, en primer lugar, y en la contrariedad al orden público del laudo arbitral, como segunda indagación causal. Ciñéndonos a la segunda de las causas de impugnación alegadas por la parte recurrente basada en el orden público, encontramos varias de las claves que centran la problemática en este punto en el sistema jurisprudencial español relativo al orden público en el recurso de anulación. En esta sentencia se ponen en evidencia dos de las tendencias que más han sido observadas en relación con la actitud de nuestros jueces y tribunales ante los mecanismos de control de un laudo arbitral. La primera, es el mimetismo en la aplicación del orden público como la causa que es más invocada por las partes en el recurso de anulación. Aspecto que no quita para que a pesar de que el causal del orden público sea uno de los más invocados por las partes, en contrapartida, es el menos

²⁰⁴⁶ *Vid.*, la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª), de lo Civil, de 27 de abril de 1998, con nota de E. Artuch Iriberry, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 192-199. Recurso de anulación en un arbitraje interno e inexistencia de vulneración del orden público procesal.

²⁰⁴⁷ Aquí únicamente se verifica que en el procedimiento arbitral no se hayan vulnerado los principios de audiencia e igualdad de las partes, pero nada dice del sentido material del mismo en cuanto a que el aspecto de la injusticia del laudo no había sido planteado, *cf.*, *ibid.*, la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid, de 27 de abril de 1998, p. 194.

aplicado por los Tribunales que en la consideración estricta y restringida del mismo no suele encontrar motivos suficientes para aplicarlo²⁰⁴⁹.

656. En segundo lugar, se refleja otra de las tendencias habituales en cuanto al orden público se refiere. La mala utilización por parte de la parte que invoca los causales de impugnación. Y es que, en su afán por acudir a la cláusula genérica del orden público suelen obviar hacer uso de otros motivos también contemplados en el art. 45 que resultan de una aplicación más conveniente al supuesto impugnado²⁰⁵⁰. Aspectos éstos que se dejan aquí apuntados al existir la misma problemática en el modo de actuar de nuestra jurisprudencia en el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales internacionales, donde también existe un mimetismo en la aplicación del orden público y una reconducción de todos los causales susceptibles de denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional al causal de la "cláusula de reserva". El hecho de que se encuentre más apropiado el foro del reconocimiento y la ejecución para aplicar el causal del orden público a un laudo arbitral internacional, pudiendo prescindir de su invocación en el recurso de anulación que, por otro lado, la única forma que tiene de ser cotejado, en nuestro ordenamiento, es a partir de su aplicación interna, es la causa de que consideremos más apropiados tratar éstos aspectos desde la perspectiva exclusivamente internacional en el último reducto de la fase post-arbitral a través de la vía del exequátur²⁰⁵¹.

²⁰⁴⁸ Cf., P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, p. 638, y H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, p. 244. *Vid., supra.*, el epígrafe I, del presente capítulo.

²⁰⁴⁹ Numerosas son las sentencias en que el recurso de anulación ha sido desestimado, aún cotejando el laudo con el orden público en sentido interno, *vid.*, la Sent. Aud. Prov. de Barcelona de 18 de julio de 1995, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 318-324. En el mismo año, otras Sentencias donde se invocó el orden público, en ambos casos orden público procesal, sin que su violación fuese estimada por el Tribunal, son las Sentencias de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 13ª), de 22 de septiembre de 1992, *RAJ*, 1992, 1225. También en *RCEA*, 1993, vol. IX, pp. 201-205. Anulación del laudo, principios rectores del procedimiento y concepto de orden público. Sent. Aud. Prov. de Palma de Mallorca (Sección 3ª) de 14 de febrero de 1992, *RCEA*, vol. IX, 1993, pp. 225- 228. Arbitraje interno. Desestimación del recurso de anulación por contrariedad con el orden público procesal, *vid.*, el Auto TS (Sala 1ª) de 27 de mayo de 1997, *Société Soufflet Negoce c. Comercial Agraria Hermanos Lucena S.A.*, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 288-290. Recurso de anulación ante el Tribunal de apelación de París que fue desestimado. No existe violación al orden público y se concede el exequátur en España.

²⁰⁵⁰ Por ejemplo, en el comentario de E. Artuch Iriberrí a la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª), de lo Civil, de 27 de abril de 1998, *cf., ibid.*, esp. p. 197, punto núm. 3. Se muestra la incomprensión que suscita que la alegación del caso se realice mediante el causal 5º del art. 45 y no al 45. 2ª LA que es el que debería haber sido invocado. Puesto que, en realidad, se está argumentando contra un orden público procesal de mejor articulación por la vía del causal 2º de la citada disposición legal.

²⁰⁵¹ Se insiste en que la referencia en nuestro sistema al control mediante el recurso de anulación casi con exclusividad relativa a laudos internos se ha debido a que España carece de regulación

B) El orden público en el recurso de anulación de la sentencia arbitral internacional

a) *Desplazamiento del control del orden público: de la anulación a la ejecución*

657. A pesar de que desde la perspectiva global observada en las fases del procedimiento arbitral el control del orden público, referido a la arbitrabilidad en la fase negocial y al Derecho aplicable al fondo de la controversia por los árbitros en la fase arbitral, haya sido desplazado a los mecanismos de control valorados por el juez estatal en la etapa actual; y que, en consecuencia, se haya defendido la necesidad de la cláusula de reserva en la fase judicial; la actuación del orden público todavía se puede hacer esperar un poco más. Dentro de las dos modalidades de control que se posibilitan en la fase post-arbitral, el causal de impugnabilidad concreto relativo al orden público internacional en el recurso de anulación tiende también a ser desplazado a la acción de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional. Así, es posible prescindir de su comprobación en el recurso de anulación del laudo arbitral internacional y dejar una “única” actuación del causal del orden público a través del control, ya sí imprescindible

internacional en éste sentido y aplica el orden público indistintamente sea el laudo interno que internacional. Lo que más nos ha importado es identificar el orden público utilizado por nuestros Jueces y Tribunales en el recurso de anulación. Siendo independiente que el caso sea interno o internacional pues, es seguro, que con la regulación actual se aplicará el art. 45. 5 a ambos supuestos y como ya se ha observado, los extraños casos internacionales impugnados en nuestro país han sido tratados como arbitrajes internos. No obstante, en lo que al orden público se refiere la práctica demuestra que la discusión teórica sobre los recursos le es indiferente. En su faceta constitucional, reducido al el Capítulo II, Título I de la norma suprema, los mismos criterios entran dentro del contenido del orden público interno y del internacional. El sentido procesal y material el entendimiento del orden público constitucional español está cimentado en un imprescindible control de mínimos, confirmándose así el entendimiento del orden público en el arbitraje es prácticamente el mismo para los arbitrajes internacionales que para los internos. *Vid.*, la Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª) de 12 de junio de 1995, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 308-315, y las apreciaciones destacadas al respecto de P. Mayer, "La sentence...", *loc. cit.*, p. 638, y H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, p. 244. *Vid.*, *infra.*, El orden público en el recurso de anulación internacional. Desplazamiento del orden público de la anulación a la ejecución. Y, específicamente el apartado III. 2. El orden público en el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral internacional.

y sin más posibilidades de prórroga, en el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional²⁰⁵².

658. La causa de que en los últimos tiempos proliferen las tendencias legislativas, doctrinales y jurisprudenciales, que aspiran a suprimir el recurso de anulación como tal en su acepción general, siempre desde el punto de vista de la internacionalidad del laudo arbitral; o bien, únicamente pretenden reducir o disminuir los causales de anulación del mismo, se deben a un deseo de los diferentes sistemas legales de hacer de sus países atractivas sedes de arbitraje privado internacional. Con el propósito de fomentar la viabilidad del arbitraje internacional entre sus propios empresarios y entre aquellos que siendo extranjeros pretendan entablar relaciones negociales transfronterizas con aquellos. Con el objetivo de alcanzar estos fines se pueden llevar a cabo varias opciones en cuanto a las posibilidades que el recurso de anulación internacional les confiere. Las soluciones propuestas en éste sentido se encaminan en varias direcciones distintas, dejando de lado la posibilidad *ad hoc* de establecer por parte de los árbitros y las instituciones arbitrales sus propios mecanismos de control²⁰⁵³.

²⁰⁵² En consonancia con la diferencia básica a la que antes aludíamos. No es lo mismo la finalidad de la anulación del laudo arbitral internacional que procede de una atribución meramente competencial como punto de contacto por donde el laudo pasa de largo, que la finalidad del exequátur que implica otorgar a la sentencia arbitral internacional “carta de naturaleza” para que despliegue su efectos en el país de acogida o recepción. En consecuencia, por la propia finalidad de las modalidades de control es lógica la mayor presencia del orden público en el procedimiento de reconocimiento y ejecución.

²⁰⁵³ Como los que se llevan a cabo en el CIADI y en el Proyecto de la OHADA. El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, tiene su propio mecanismo de control. Creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI, que instauró como garantía adicional en su art. 52 el control del arbitraje por los propios árbitros a través de un recurso de anulación *ad hoc* con una total independencia de la justicia estatal. En el sistema del CIADI únicamente se impone el control del exequátur a través del art. 54. Control que por sí sólo resulta suficiente para evitar que un laudo arbitral rendido bajo la égida del CIADI que pueda ser contrario al orden público sea ejecutado en un determinado ordenamiento estatal. Supuesto que ha sido comprobado en la práctica en la denegación del reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral decidido en el CIADI que, sin embargo, fue considerado contrario al orden público internacional por la Corte de Apelación y la Corte de Casación de París. Así, el laudo rendido en el CIADI, el 13 de enero de 1981, *Benvenuti et Bonfant SARL c. Gouvernement de la République du Congo*, *journ. dr. int.*, 1981, p. 365, con nota de B. Oppetit, y en París, el 26 de junio de 1981, *journ. dr. int.*, 1981, núm. 4, con nota de B. Oppetit, fue anulado por la *Cour d'appel* de París, por contrariedad al orden público en la Sent. de 5 de diciembre de 1989, *Etat du Sénégal c. Seutin, ès qual de liquidateur de S.O.A.B.I.*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1991, p. 121, con nota de N.G. Ziadé, *Rev. arb.*, 1990, p. 164, con nota de A. Broches. Anulación confirmada en Casación en la Sent. de la *Cour de Cassation*, de 11 de junio de 1991, *Sté SOABI et autre c. Etat du Sénégal*, *Rev. arb.*, 1992, p. 637, con nota de A. Broches, *vid.*, el Convenio en el *BOE* núm. 219, de 13 de septiembre de 1994, y el comentario de M. Checa Martínez, *RCEA*, 1995, pp. 423-443. En general, sobre el CIADI, *vid.*, M.

659. La primera es la solución más elemental, consistente en regular un recurso de anulación específico para la sentencia arbitral internacional que aporte seguridad a las partes por lo que pueda pasar una vez dictado el laudo arbitral²⁰⁵⁴. En segundo lugar, con carácter cumulativo a la premisa previa indicada, si el ordenamiento en cuestión se decide por regular el recurso de anulación para el laudo internacional deberá hacerlo de la forma más concisa y armonizada posible a los Instrumentos internacionales y las distintas legislaciones de arbitraje. Propuesta en la que convergen la mayoría de los autores que propugnan por la reducción y la armonización de las causas de regulación de anulación del laudo arbitral internacional²⁰⁵⁵. La peculiaridad de ésta solución es que integra a la segunda posibilidad que pasa por descartar de entre las causas tasadas de anulación que deben ser suprimidas al orden público. La tercera solución, o segunda, habida cuenta de que la anterior ha sido integrada dentro de la primera, es la más extrema. Consiste en suprimir el recurso de anulación del laudo arbitral internacional, integrándose aquí también la segunda opción porque al suprimir el recurso de anulación implícitamente se está suprimiendo el control del orden público a través de dicho recurso. Veamos cada una de éstas vías y cómo queda situado en ellas el orden público.

b) Reducción de los causales de anulación: supresión del causal del orden público

Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Nijhoff, 1993. En nuestra doctrina, un estudio exhaustivo del CIADI, en general, y del debate producido por el particular sistema de recurso de anulación y la autonomía del sistema arbitral del CIADI, *vid.*, J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional...*, *op. cit.*, pp. 212-228. Sobre la OHADA: Organización para la Armonización en Africa del Derecho de los Negocios, *vid.*, *supra.*, las referencias realizadas a la defensa de éstos métodos de control propios para el arbitraje que realiza Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales", *loc. cit.*, p. 671, y los objetivos en cuanto a establecer un procedimiento de arbitraje y un control propio, así como el de hacer un Acta Uniforme en materia de arbitraje en la OHADA, comentado por, F. Camara, "Le nouveau droit de l'arbitrage...", *loc. cit.*, pp. 45-57. Y, Ph. Leboulanger, "L'arbitrage et l'harmonisation...", *loc. cit.*, pp. 541-593.

²⁰⁵⁴ Tal y como ha sido explicado como solución inmediata ante la grave carencia que a este respecto adolece la legislación de arbitraje internacional existente en España.

²⁰⁵⁵ Se suprime el recurso al causal de la anulación como motivo que deba ser tenido en cuenta para rechazar sentencias arbitrales internacionales sobre la base de un recurso de anulación fundado en motivos de orden público meramente internos y particulares de la sede del Estado del arbitraje, *cf.*, Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité...", *loc. cit.*, p. 669.

660. Con el objetivo de aligerar el control del laudo arbitral internacional se insta para que de entre todos los causales de anulación susceptibles de ser seleccionados para su supresión sea el del orden público el que desaparezca de los motivos de anulación tasados para los arbitrajes internacionales. El objetivo principal de esta exclusión se corresponde con el propósito encubierto de acabar con la supremacía de la sede del arbitraje. Aspecto que representó y representa una auténtica “revolución” en el arbitraje internacional tradicionalmente vinculado en demasidos de sus puntos a los tribunales judiciales y a las leyes de los territorios donde éste se lleva a cabo²⁰⁵⁶. El primer impulsor de la desmitificación del valor de la sede, en lo que a la anulación se refiere, fue el Convenio de Ginebra de 1961 quién rechazó la anulación de los laudos arbitrales internacionales fundada en motivos territoriales exclusivamente apegados a la ley del lugar donde se desarrolla el arbitraje. Suprimió para ello los causales del orden público y de la inarbitrabilidad como motivos susceptibles de anular el laudo arbitral internacional dando un importante paso diferencial respecto al CNY, que sigue gozando en su haber de dichos causales, en el art. V. 2, como garantía de orden público que debe seguir existiendo²⁰⁵⁷.

661. Es lógico que se tienda a reducir el papel de control del recurso de anulación en los laudos arbitrales internacionales. Por un lado, no es recomendable admitir un número elevado de causas en el recurso de anulación. Si admitiésemos demasiados motivos de anulación del laudo arbitral, o bien una lista no tasada de los mismos, se correría el riesgo de provocar una inflación de recursos y, en el caso concreto, de permitir la revisión de la sentencia arbitral indagando en el fondo del

²⁰⁵⁶ La idea del ataque al valor de la sede arbitral calificada como una auténtica “revolución” producida frente a las concepciones tradicionales del arbitraje que se encuentran habituadas a tomar ésta como punto de referencia indispensable, ya sea para desempeñar la función de auxilio jurisdiccional por parte del juez situado en el territorio donde se desarrolla el arbitraje, o bien, para designar a los árbitros, ayudar en la práctica de determinadas pruebas, ordenar medidas cautelares, etc. Esto es, para llevar a cabo la anulación del laudo, constituye una de las ideas centrales del trabajo de Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité...", *loc. cit.*, p. 669.

²⁰⁵⁷ La causa principal de esta separación, del modo en que fue expuesta en la justificación de la Propuesta de Reforma de la Ley de Arbitraje de 1988, es la de evitar un doble control que deba responder cumulativamente al contenido del orden público internacional según las concepciones de varios foros diferentes, *vid.*, J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre...”, *loc. cit.*, pp. 350-352, y las explicaciones anteriores a este respecto en la ausencia de regulación y orden público dentro del apartado relativo a la anulación del laudo internacional en España.

asunto con la justificante del orden público²⁰⁵⁸. Por otro lado, insistimos en que lo fundamental es buscar la coherencia en el ámbito Convencional. El Convenio de Ginebra, que regula el recurso de anulación debe complementarse con el Convenio de Nueva York en el reconocimiento y la ejecución. En concreto, no parece razonable incorporar el causal del orden público como motivo de impugnación de un laudo arbitral internacional cuando después éste va a ser repetido en el control del orden público en el reconocimiento y la ejecución, y cuando las finalidades de ambos procedimientos son esencialmente distintas. Debiéndose entonces adaptar el laudo a las consideraciones de orden público de los jueces y tribunales que decidan sobre la anulación del mismo, generalmente los correspondientes a la sede del arbitraje, para después pasar otra vez por el orden público del país del exequátur. Se defiende que sólo este último deberá ser el orden público que tiene que ser controlado, ya que es aquí donde se posibilita otorgar o denegar al laudo arbitral internacional carta de naturaleza para que pueda desplegar sus efectos²⁰⁵⁹. El Convenio de Ginebra presenta un carácter complementario con respecto al CNY en el recurso de anulación, pero no se yuxtapone al mismo en el sentido de adicionar nuevos requisitos para conseguir la ejecución, ni pretende duplicar los ya existentes²⁰⁶⁰.

662. Este último aspecto nos lleva a una breve reflexión sobre los denominados “LSA”, “*Local Standard Annulment*” y su especial repercusión en lo que afecta al orden público en el recurso de anulación. La idea principal obedece a que las particularidades de las sedes donde se desarrolla el arbitraje no deben dañar la eficacia internacional de

²⁰⁵⁸ Se permitiría así a los jueces conocer lo que ya ha sido objeto de decisión por los árbitros, con el consiguiente riesgo de proporcionar a la parte o partes perjudicadas por la decisión arbitral una nueva vía para que sus pretensiones sean nuevamente juzgadas por los jueces. Se cae así en lo que desde los orígenes se quiso evitar, un doble juicio sobre la misma causa, deslegitimando la decisión arbitral con lo que se quebrantarían los pilares de dicha institución, *cf.*, estas apreciaciones en P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, pp. 617-618.

Es de destacar aquí el caso de la nueva Ley de arbitraje belga de 1998, que contrariamente a la línea anterior en la que incluso se había suprimido imperativamente el recurso de anulación del laudo arbitral internacional para las partes extranjeras que eligieran como sede de arbitraje Bélgica, en la modificación operada en el recurso de anulación, en el art. 1704, en lugar de reducir ha aumentando los causales de anulación, en contraste con las tendencias internacionales del momento.

²⁰⁵⁹ Conforme a ello, la reforma de nuestra Ley de arbitraje, acierta plenamente en la propuesta de que sea únicamente el juez del país donde la sentencia pretenda ser reconocida y ejecutada el que juzgue de oficio la no contravención del laudo con el orden público y la inarbitrabilidad de la controversia, *vid. supra*, la reforma del art. 63, relativo al recurso de anulación internacional.

los laudos arbitrales. Los obstáculos que persistan en el recurso de anulación de las sentencias arbitrales internacionales y en su reconocimiento y ejecución deben ser internacionalmente aceptados y reconocidos²⁰⁶¹. Es por ello que la doctrina se refiere a los *LSA* como algo desfasado que no se corresponde con las tendencias arbitrales internacionales del momento encaminadas a dotar a la ley del país donde se desarrolla el arbitraje de un valor subsidiario como mera propuesta de referencia a ser el marco jurídico donde se pueda apoyar el arbitraje²⁰⁶². Son inaceptables para el arbitraje internacional de hoy aquellas normas que imponen que si el arbitraje tiene su sede en un territorio determinado, el árbitro debe acatar su normativa estrictamente y seguir sus criterios en cuanto a la anulación del laudo²⁰⁶³. El peligro principal se da cuando una determinada ley nacional con fuertes connotaciones de territorialidad extiende su imperatividad a un arbitraje internacional que se desarrolla en su territorio, inyectando muchas probabilidades de provocar la ineficacia del laudo en el posterior reconocimiento²⁰⁶⁴.

663. El árbitro internacional se encuentra en una grave disyuntiva. Si se dedica a satisfacer el orden público de la sede, por miedo al recurso de anulación y, en consecuencia, acata estrictamente el cumplimiento de las normas imperativas y del orden público del país de la sede ello puede llevar al árbitro a exportar esquemas demasiado restrictivos de la soberanía nacional de un determinado Estado bajo la forma de un laudo arbitral internacional que resulte ineficaz por ésta causa. De otro lado, también se puede dar que en aplicación de criterios de internacionalidad y en pos del principio de eficacia máxima del laudo, el árbitro consiga un laudo ejecutable en la mayoría de los países pero éste sea anulable según los criterios restrictivos de orden público y de las normas imperativas del país de la sede. Existe, pues, una contradicción al tratar el laudo arbitral como “nacional” en el país de la sede, a la vez que debe ser

²⁰⁶⁰ *Vid.*, las observaciones que hemos realizado al Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 24 de noviembre de 1998, *Sindicato Pesquero del Perú, SA c. Internacional de Productos Químicos, Anuario español de DIPr*, pp. 716-718.

²⁰⁶¹ *Vid.*, J. Paulsson, “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)”, *Bull. ICC*, vol. 9, núm. 1, mayo, 1998, pp. 14-32.

²⁰⁶² *Vid.*, G. Kaufmann-Kohler, “le lieu de l’arbitrage a l’aune...”, *loc. cit.*, pp. 517-536.

²⁰⁶³ Según J. Paulsson, éstos criterios van claramente en contra de un orden público transnacional, *cf.*, *loc. cit.*, p. 31.

“internacional” en los países por ella afectados y en el país donde deba ser reconocido y ejecutado el laudo bajo los criterios de la no-contrariedad del orden público nacional e internacional en cada caso.

664. La postura que se adopta a este respecto es la de no considerar conveniente que el árbitro deba intentar hacer eficaz el laudo en atención a la sede, puesto que no es aquí donde la sentencia deba desplegar sus efectos jurídicos y, menos aún, cuando la extensión de la imperatividad de una ley nacional entra en contradicción con el orden público del país del exequátur. Si el árbitro dicta el laudo con una fijación exclusiva a los controles del orden público en la anulación se corre el peligro de que éstos sean contrarios a los de orden público del país donde el laudo deba ser reconocido y ejecutado, por lo que el respeto del orden público del país donde se plantea el recurso de anulación puede conducir *in extremis* a la ineficacia internacional del laudo²⁰⁶⁵. La validez del orden público del lugar donde se presente el recurso de anulación no debe prevalecer si con ello se provoca la ineficacia final de la sentencia arbitral internacional por su contrariedad con el orden público del país del exequátur.

665. El recurso de anulación se encuentra así estrechamente vinculado con el de reconocimiento y ejecución. De tal manera que el respeto por el orden público realmente internacional también puede llevar en sentido inverso al juez de la sede a anular un laudo arbitral. Si el juez de la anulación considera que el laudo internacional que tiene en sus manos viola una regla de orden público internacional, aunque no esté reconocido así expresamente en el Convenio de Ginebra, que como se ha dicho no contempla el recurso del orden público, podría anular ese laudo por consideración y respeto a dicho orden público, tal y como fue reflejado entre otras por la la sentencia de 5 de abril de 1990, *Soc. Courrèges Design c. Soc. André Courrèges*²⁰⁶⁶, donde se dijo expresamente que la sentencia arbitral internacional puede ser anulada cuando su

²⁰⁶⁴ La aplicación imperativa de determinadas leyes territoriales es la fuente directa de las dificultades en la ejecución del laudo, es decir de la eficacia de la sentencia, *cf.*, Ph. Fouchard, *Suggestions pour accroître...*, *loc. cit.*, p. 669.

²⁰⁶⁵ Si se sigue el criterio del orden público del lugar de la sede puede ser que la sentencia sea acorde al orden público nacional del país donde ésta se ha rendido pero que para el país donde deba ser eficaz sí sea contraria a su orden público y no se favorezca su ejecución.

ejecución sea contraria al orden público internacional. Esto es, cuando el tribunal arbitral ha violado una regla considerada de orden público internacional por lo que el reconocimiento de la sentencia consagraría una solución que daña al orden público. Debe entenderse, que el orden público aquí referido es el orden público internacional o auténticamente internacional²⁰⁶⁷.

666. En definitiva, la categoría del orden público debe estar armonizada y complementada en ambos recursos para no dar lugar a situaciones de incompatibilidad en su entendimiento por los jueces nacionales encargados de decidir cada uno de los mismos. Manteniendo la aplicación de los criterios que de facto sí son seguidos y aplicados en los arbitrajes internacionales es conveniente seguir apostando por la coherencia del sistema internacional en los recursos que, gracias a la exclusión de los motivos relativos a la contrariedad con el orden público y la inarbitrabilidad de la diferencia, convenientemente silenciados y excluidos de los motivos contenidos en art. IX. 1 del Convenio ginebrino²⁰⁶⁸ consigue, en este aspecto, un perfecto acoplamiento a los causales contenidos en el art. V CNY. De entre los que destacan, la supresión de los motivos apreciables de oficio por el art. V. 2 a) y b) del CNY.

²⁰⁶⁶ En la sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^a Ch., sect. C.)* de 5 de abril de 1990, *Soc. Courrèges Design c. Soc. André Courrèges*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, núm. 3, pp. 580-587; con nota de C. Kessedjian, *ibid.*, pp. 587-593; y con nota de M.H. Synvet, *Rev. arb.*, 1992, núm. 1, p. 102.

²⁰⁶⁷ Orden público que también prevaleció en los asuntos *Aplix Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 14 de octubre de 1993, *Société Aplix c. Société Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 164-170, con nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 170-173, y en el asunto *Reynolds*, en la sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C.)* de 27 de octubre de 1994, *Lebanese Traders Distributors et Consultants LTDC c. Société Reynolds*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, pp. 709-714, con nota de P. Mayer, "La sentence contraire...", *ibid.*, pp. 615-652, esp. p. 638.

²⁰⁶⁸ Entre los autores que abogan por la armonización se encuentra P. Paulsson, que señala que todos los participantes en las transacciones privadas internacionales deberían jugar de acuerdo con las mismas reglas. La aproximación al CNY aboga para que los tribunales judiciales se acerquen cada vez más a los estándares internacionales. Por ello sostiene abiertamente la inutilidad de los LSAs en el contexto internacional. Se tiene que conseguir una aproximación y a ser posible una armonización de las legislaciones de arbitraje. El consenso existente en este momento se refleja claramente en la gran aceptación que goza la Ley Modelo de la Uncitral, *cf.*, la conclusión de P. Paulsson, *ibid.*, *loc. cit.*, p. 31. H. Arfazadeh, aboga también por la armonización de las legislaciones en cuanto al recurso de anulación y ofrece como modelo el art. 190. 2 LSDIP. Son suyas las palabras que motivan a la necesidad de que exista un único recurso de anulación que actúe como un verdadero control de la "validez" internacional de la sentencia arbitral, y no únicamente de su "eficacia" en un ordenamiento jurídico determinado. Sólo así, a la vez que definiendo el contenido del orden público internacional que podrá anular una sentencia arbitral internacional, será posible valorar auténticamente el orden público y dará seguridad a los árbitros en su aplicación y posterior no vulneración del laudo dictado ante un eventual recurso de anulación, *cf.*, H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, p. 237. En la misma línea también se encuentran C. Fox y B. Gruhn, "Toward a Principled Public Policy Standard: Judicial Review of Arbitrators' Decisions", *Detroit College L.R.*, 1989, pp. 862-898.

c) *Renuncia a los recursos: irrenunciabilidad al orden público*

667. La postura más extrema de la renuncia a los recursos entiende que si en el método de reducción y armonización de los causales de anulación uno de los que van a ser eliminados va ser el causal del orden público, siendo ésta la principal causa de control, mejor es posibilitar las vías concretas para poder renunciar al recurso de anulación por completo y que sean las propias partes las que decidan si quieren o no estar protegidas por el instrumento de control que ofrece la anulación. Surgen así los supuestos que otorgan la posibilidad de renuncia a los recursos, en nuestro caso, al recurso de anulación del laudo arbitral internacional, con el objetivo de liberar al arbitraje de una parte del control judicial en la fase post-arbitral. Postura que entra en contradicción con que, en la práctica, el orden público siga siendo la causa más invocada.

668. El primer ordenamiento que reguló la posibilidad de renuncia al recurso de anulación fue la LSDIP. El régimen de condiciones que se estableció para permitir la renuncia no variará sustancialmente de los sistemas que posteriormente adoptaron posturas similares a la suya, incluso por la vía jurisprudencial²⁰⁶⁹. Las condiciones para que se dé la renuncia es que el arbitraje debe ser internacional y las partes que impugnen el laudo no deben tener ninguna relación con el país sede del arbitraje²⁰⁷⁰. Tomando

²⁰⁶⁹ En Francia hubo un intento jurisprudencial parecido al protagonizado por la jurisprudencia *Hecht, Menicucci y Dalico* que consolidaron el principio de validez material y conflictual del convenio de arbitraje internacional que, no obstante, no pasó de ser un mero intento que no llegó a cuajar. El caso *Götaverken*, pretendió establecer un principio jurisprudencial por el cual, de modo similar al principio de validez del convenio de arbitraje internacional, un laudo arbitral que hubiese resuelto en Francia una controversia internacional, no podría ser objeto de un recurso de nulidad, *vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel* de París de 21 de febrero de 1980, *General National Maritime Transport Company c. Sté Götaverken Arendal A. B.*, *journ. dr. int.*, 1980, núm. 4, p. 660, con notas de Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1980, núm. 4, p. 524; F.C. Jeantet; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, p. 763 y de E. Mezger. Pero el Decreto de 12 de mayo de 1981 puso inmediatamente fin a este arranque jurisprudencial. Extraído del comentario de J.B. Racine, al respecto que destaca que al introducirse el art. 1504 NCPC, encargado del recurso de anulación del laudo arbitral internacional se puso fin al intento de justificar la supresión del recurso de anulación a una sentencia arbitral simplemente por ser ésta internacional, *cf.*, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, p. 439.

²⁰⁷⁰ La Ley suiza de 18 de diciembre de 1987, señalaba concretamente, en su art. 192, que para que pudiera ser admitida la renuncia a los recursos, las partes no pueden tener ni su domicilio, ni su residencia habitual, ni su establecimiento en el territorio de los cantones, *vid.*, el art. 192, y los

como modelo a la Ley suiza el recurso de anulación de los laudos arbitrales internacionales tiende hoy a verse reducido en la mayoría de las nuevas legislaciones de arbitraje internacional. La mayoría de éstas admiten la posibilidad de renuncia a los recursos siempre que exista un compromiso previo de las partes. Así, en el art. 36 de la Ley Panameña de arbitraje de 1999, se admite la posibilidad de que sean las propias partes las que renuncien al recurso de anulación si se dan las condiciones antedichas: que el arbitraje sea internacional y que exista un pacto previo de los compromisarios en el que acuerden la renuncia²⁰⁷¹. No obstante, no es esta una línea seguida unánimemente por todas las recientes leyes de arbitraje. En la nueva reforma de la Ley alemana de arbitraje de 1998 no se contempla expresamente la renuncia al recurso de anulación²⁰⁷². Y la Ley Tipo de Arbitraje, tomada como modelo por la citada ley germana y por la casi totalidad de las reformas latinoamericanas tampoco contempla expresamente la posibilidad de renuncia. Lo cual nos parece lógico, al haber sido considerada la LM como uno de los máximos exponentes contrarios al movimiento deslocalizador²⁰⁷³.

669. Una cosa es dar a las partes la posibilidad de que sean ellas mismas las que deciden si quieren o no renunciar al recurso de anulación y otra muy distinta imponer la renuncia sin necesidad de acuerdo previo de la misma, lo que, bajo nuestra consideración, al igual que los arbitrajes imperativos o forzosos, es contrario al orden público “auténticamente” internacional. Ello ocurría con la reforma acometida por la Ley de 27 de marzo de 1985 en Bélgica, que suprimió tajantemente el recurso de anulación del laudo arbitral internacional rendido en Bélgica siempre y cuando las partes no fueran belgas ni tuvieran alguna relación estrecha con éste país. La finalidad aquí evidente es la de atraer arbitrajes extranjeros a Bélgica para así convertir a ésta en una sede atractiva de arbitrajes internacionales. Hecho que fue criticado por gran parte

comentarios al respecto en P. Lalive, J.F. Poudret y C. Reimond, *Le droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 445-452.

²⁰⁷¹ *Vid.*, el art. 36, “*Si el arbitraje es comercial internacional de conformidad con el presente Decreto Ley, las partes podrán pactar, o el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia al recurso de anulación prevista en el artículo anterior*”.

²⁰⁷² Como se expresa en los comentarios a la citada ley, no se regula una eventual eficacia de un pacto entre las partes cuyo objeto sea la renuncia previa al recurso de anulación, *cf.*, el comentario de M. Checa Martínez a la citada Ley, *loc. cit.*, p. 359.

²⁰⁷³ Como expresamos anteriormente la ley Modelo de la UNCITRAL significó la victoria frente al movimiento deslocalizador en el arbitraje privado internacional, *cf.*, R.J. Sever, “*The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy...*”, *loc. cit.*, pp. 1690-1691.

de la doctrina, no sólo por tacharlo de posibilitar el laudo anacional o flotante²⁰⁷⁴, sino porque imponía la renuncia a los recursos a la autonomía de la voluntad de las partes. Causa de que éste sea uno de los aspectos que ha sido modificado en la última reforma de 1998 de la Ley belga donde en el art. 1703 se ha redactado de nuevo la renuncia al recurso de anulación del arbitraje internacional en Bélgica. Se permite a las partes que sean ellas mismas las que decidan si quieren descartar mediante acuerdo previo la renuncia al recurso de anulación, dispensando así de la imposición anterior²⁰⁷⁵.

670. El tema de la renuncia y sus posibilidades en el ordenamiento español ha sido meritoriamente tratado por V. Cuartero Rubio, que llegó a la audaz conclusión de que a pesar que la renuncia está prohibida en España para el arbitraje interno, la especialidad de la solución en el arbitraje internacional y el margen de tolerancia hacia la misma que se desprende del art. 24 C.E. posibilita que también en nuestro país sea posible la renuncia a los recursos en el arbitraje internacional aunque ésta no esté prevista en ningún texto legal, sin que ello suponga ninguna contrariedad a nuestro orden público interno ni internacional²⁰⁷⁶. Se quiere con ello poner de relieve, principalmente, que la posibilidad pactada de renunciar al recurso de anulación no contraviene al orden público y no significa una renuncia de las partes al orden público. El control del orden público es irrenunciable y las partes mediante la renuncia no pueden escapar del mismo. No se puede renunciar a un Derecho fundamental de orden público²⁰⁷⁷. Simplemente éste actuará allí donde debe hacerlo en el arbitraje internacional, que es en el procedimiento de reconocimiento y ejecución al laudo

²⁰⁷⁴ Cf. J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, op. cit., p. 489.

²⁰⁷⁵ En el art. 1703. 2 de la nueva Ley sobre el arbitraje belga de 1998, se dispone que "*Il en peut être interjeté appel contre une sentence arbitrale que si les parties ont convenu cette possibilité dans la convention d'arbitrage, ...*".

²⁰⁷⁶ Cf., *El recurso de anulación contra el laudo arbitral...*, op. cit., pp. 111-130.

²⁰⁷⁷ Hay que traer aquí a colación lo expuesto en el apartado relativo a la renuncia a los recursos en el Cap. III, donde al plantearnos la cuestión de saber si el derecho de acceso a los recursos en el arbitraje entra o no dentro del art. 24 CE, como derecho fundamental, y por tanto, la renuncia a los mismos puede ser considerada también como contraria a un orden público realmente internacional de protección, fue la cuestión de fondo resuelta por nuestro Tribunal Supremo en el Auto del TS (Sala de los Civil), de 9 de junio de 1998, *Breakbulk Marine Services Limited c. Nervacero S.A.*, núm. 5323, *vid.*, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 237-244, a la que dedicamos una nota de jurisprudencia, donde pusimos de relieve como la jurisprudencia del Alto Tribunal ha coincidido en afirmar la diferente trascendencia constitucional del derecho de acceso a la jurisdicción, que siempre ha de estar garantizado, de la del derecho de acceso a los recursos establecidos "*como un mero corolario de aquel*", cuya renuncia no es contraria a las garantía de orden público procesal y se puede permitir en el arbitraje internacional, en

arbitral en el que se otorgará o se denegará la carta de naturaleza a la sentencia arbitral internacional en el ordenamiento de acogida.

2. ORDEN PÚBLICO EN EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL

A) Entendimiento del control del orden público

671. Dado que es aquí el último reducto al que se ha desplazado el control del orden público del laudo arbitral internacional no es de extrañar que su consideración sea abordada con un interés especial. La mayor parte de los ordenamientos estatales coinciden en señalar que la situación del orden público en la anulación es comparable a aquella que tiene en el reconocimiento y la ejecución²⁰⁷⁸. En el ordenamiento español, se parte del bagaje anterior en que el entendimiento del orden público por nuestros jueces y tribunales coincide con lo expuesto en el recurso de anulación. Al haber sido éste ya analizado no nos vamos a extender de nuevo en el mismo, sino es para destacar su contenido esencial. El orden público se entiende en un sentido material y procesal de mínimos identificados con los valores fundamentales de nuestra Constitución. En el Capítulo II, Título I de la Norma Suprema, se encuentran los criterios que sirven para identificar el contenido imprescindible del orden público, que lo es por igual, del orden público interno, del orden público internacional y, en consonancia con los Convenios Internacionales de Derechos Fundamentales, también, del orden público transnacional.

a) El orden público en la homologación de laudos arbitrales internacionales en el sistema español

672. En un marco general, las disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución en España de los laudos arbitrales internacionales contenidas en el Título IX

respeto de otro principio de orden público realmente internacional, cual es, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje.

²⁰⁷⁸ Destacando esta situación, *cf.*, H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, p. 228.

de la LA de 1988, arts. 56 a 59, no se adecuan al arbitraje privado internacional²⁰⁷⁹. Tampoco los Convenios bilaterales ratificados por España en materia de arbitraje suelen ser de utilidad en relación con la homologación de los laudos arbitrales internacionales procedentes de los países firmantes²⁰⁸⁰. Es el Convenio de Nueva York el que indiscutiblemente resulta de aplicación tanto en uno como en otro caso. En el primero, porque de *lege ferenda* el Convenio neoyorquino deroga la normativa interna española en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales convirtiendo en letra muerta los preceptos a ello referidos en nuestra Ley de arbitraje²⁰⁸¹. En el segundo, porque acorde a la regla de la eficacia máxima, trasunta del art. VII. 1 del CNY, éste suele resultar de aplicación preferente sobre la práctica totalidad de los Convenios bilaterales susceptibles de resultar aplicados en cada caso²⁰⁸².

673. La antigüedad del CNY no resulta óbice para que éste siga siendo mucho más operativo en la práctica a la hora de conseguir el *favor executionis* de los laudos arbitrales internacionales²⁰⁸³. Razón por la cual nuestro TS ha optado encomiablemente por el principio de máxima eficacia para reconocer en el foro los laudos arbitrales

²⁰⁷⁹ los Títulos IX y X, dedicados a la regulación, supuestamente internacional, del arbitraje privado en nuestro país son reflejo de las grandes ausencias dispositivas más que de las presencias que existen en la regulación del arbitraje internacional en nuestra normativa actual. Ni siquiera en los aspectos en los que la LA manifestó la voluntad de regular, relativos al Derecho aplicable y al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, se consiguió superar la pretensión de integrar la internacionalidad del sistema arbitral. Causa que explica que la mayoría de estos artículos hayan dejado de tener sentido frente a la aplicación preferente de los Convenios internacionales en la materia, *cf.*, J.C. Fernández Rozas, "Comentario al art. 56", *op. cit.*, pp. 797-798. Nuestras disposiciones siguen ancladas en una anticuada concepción territorialista del laudo arbitral extranjero, como aquel que no ha sido dictado en España, *vid.* con carácter general, J.C. Fernández Rozas, S. Álvarez González, R. Arroyo Montero, C.A. Esplugues Mota, "Títulos IX y X", *op. cit.*, pp. 794-913.

²⁰⁸⁰ *Vid.*, estas apreciaciones en las observaciones que realizamos al Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1998, *Ets Sebtegrains c. Armengol Hermanos, SA, Anuario español de DIPr*, pp. 708-710.

²⁰⁸¹ Al igual que también deroga la normativa interna relativa a la eficacia del convenio arbitral, *cf.* E. Artuch Iriberrí, en el apartado de "Nacionalidad, extranjería e internacionalidad del arbitraje", correspondiente al Capítulo XVII, dedicado al Arbitraje Comercial Internacional, *Derecho del Comercio Internacional, op. cit.*, pp. 471-501, esp. p. 475.

²⁰⁸² Para un estudio claro y genérico de los problemas de delimitación de Convenios, *vid. per omissis*, J.C. Fernández Rozas, "Nota al auto del TS (Sala de lo Civil) de 22 de enero de 1992", *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 229-233.

²⁰⁸³ De hecho, la regulación del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros a través de Convenios bilaterales con España de fechas más recientes que el referido Convenio es irreal y prácticamente nula si nos atenemos al régimen general preexistente en el Convenio Neoyorquino, *cf.*, M^a.V. Cuartero Rubio, "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: La vía de los Convenios Bilaterales", *RCEA*, vol. XII, 1996, pp. 29-52, esp. p. 31.

internacionales²⁰⁸⁴. Y, en general, nuestra jurisprudencia se ha decidido por hacer caso omiso de la Ley española de Arbitraje en el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales²⁰⁸⁵, fomentando que, de un tiempo a esta parte, sean numerosos los comentarios jurisprudenciales favorables a la actitud de nuestros jueces y tribunales en cuanto a la homologación de sentencias arbitrales internacionales²⁰⁸⁶.

674. El hecho de que la normativa interna a este respecto se haya visto derogada por el CNY, dirige la investigación al referido Convenio y a las nuevas perspectivas que, en este sentido, aporta la Propuesta de Reforma de la Ley de Arbitraje española de 1988 que se alía en franca compatibilidad con los Convenios internacionales de arbitraje reguladores de ambas modalidades de control²⁰⁸⁷. En el art. 64 de la Propuesta se utiliza la técnica de la incorporación por referencia que remite al Convenio de Nueva York los supuestos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales en

²⁰⁸⁴ *Vid.*, recientemente el Auto TS (Sala de lo Civil) de 5 de mayo de 1998, *ETS Louis Zanatta c. Pinallet*, RCEA, vol. XIV, 1998, pp. 227-229, con nota de P. Orejudo Prieto de los Mozos, *ibid.*, pp. 230-232. En la delimitación de Convenios se aplica preferentemente el CNY por el *favor executionis*. Entre las sentencias en las que el TS ha optado correctamente por el principio de máxima eficacia para reconocer en el foro laudos arbitrales internacionales, destacan el Auto del TS (Sala 1ª), de 17 de enero de 1998, *RAJ*, 1998, núm. 2931, y el Auto del TS (Sala 1ª), de 7 de junio de 1998, *RAJ*, 1998, núm. 6235, *cf.*, *ibid.*, p. 230. Una prueba más de la tendencia, últimamente observada por el TS de favorecer el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales internacionales en nuestro país, es el Auto que resuelve afirmativamente la solicitud de exequátur de un laudo arbitral dictado por la Cámara de Comercio Internacional de París, *vid.*, el Auto TS (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 1988, *Gull Diagnostics, S.A. c. Landerdiagnóstico, S.A.*, RCEA, vol. XIV, 1998, pp. 222-224, con nota de M. Gonzalo Quiroga, *ibid.*, pp. 224-227.

²⁰⁸⁵ *Vid.*, el Auto TS (Sala de lo Civil), de 26 de mayo de 1998, *Nordgëmuse Wilhem Krogmann c. Javier Virto, S.A.*, RCEA, vol. XIV, 1998, pp. 233-234, con nota de E. Artuch Iriberrri, *ibid.*, pp. 234-237, se destaca la perfecta aplicación de las normas convencionales que realiza el TS, refiriéndose sólo al convenio del CNY y sin interferencia alguna de la Ley española de arbitraje, *ibid.*, p. 234. Destacadas alabanzas a nuestros tribunales en el modo de actuar frente a los laudos arbitrales internacionales que pretenden ser reconocidas y ejecutadas en nuestro ordenamiento. Sobre todo cuando, hasta hace relativamente poco tiempo, era práctica habitual de nuestros tribunales la falta de consideración específica del arbitraje internacional, y la equívoca remisión a los arts. 951 ss. LEC, con exclusión de toda referencia expresa al régimen convencional, *cf.*, P.A. de Miguel Asensio, nota al Auto del TS de 22 de septiembre de 1994, *Stiftelsen Svenska Filminstitutet c. José Esteban Alenda S.A.*, RCEA, vol. X, 1994, p. 317.

²⁰⁸⁶ Sobre la línea evolutiva favorable al reconocimiento de los laudos arbitrales que han experimentado nuestros tribunales, *vid.*, J.C. Rebollo González, "El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: pasado, presente y futuro", *La Ley*, núm. 4424, 1997, pp. 1-14. Así las cosas, podemos comprobar que, en pocos años, se ha pasado de una actitud de indiferencia hacia la aplicación de los Convenios Internacionales sobre arbitraje a una aplicación reiterada en su aplicación actual, por el Tribunal Supremo en particular. Prueba de ello, *cf.* el Auto del TS de 19 de noviembre de 1996, *ETS Zanatta c. Harinera Villafranquina, S.A.*, RCEA, 1997, p. 238, Auto del TS de 4 de marzo de 1997, *Principe, S.P.A c. Boulmich, S.L.*, *ibid.*, p. 273, el de 27 de mayo de 1997, *Société Soufflet Negoce c. Comercial Agraria Hermanos Lucena, S.A.*, *ibid.*, p. 289.

²⁰⁸⁷ *Vid.*, *supra.*, con carácter ilativo en el epígrafe anterior lo referido a la reforma en el recurso de anulación.

España²⁰⁸⁸. Solución que no hace otra cosa que positivizar lo que viene ocurriendo en la práctica jurisprudencial foránea, donde es habitual que nuestros jueces y tribunales cuando se enfrentan a un procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional apliquen las disposiciones neoyorquinas. Otro punto que nos interesa destacar es la consecución de la armonía entre los causales de anulación del laudo y las causas de denegación de la homologación del mismo que caracterizan la complitud y el buen entendimiento que de ésta problemática se realiza en la Reforma propuesta. En la justificación de la Propuesta expresa que aunque las causas de rechazo del reconocimiento al laudo coinciden prácticamente con sus causas de anulación, el CNY establece tres distintas a las contenidas en el Convenio ginebrino con la finalidad de complementarse con el mismo. La primera, que el laudo haya sido anulado en aplicación del CG para aquellos Estados que sean parte en ambos²⁰⁸⁹. La segunda, la inarbitrabilidad de la diferencia y, la tercera, la vulneración del laudo arbitral con el orden público²⁰⁹⁰.

675. Este último causal nos hace descender del marco general en el que nos encontramos al terreno particular del orden público como motivo apreciable de oficio para denegar la homologación de un laudo arbitral internacional en territorio español. Si

²⁰⁸⁸ Cf., la Propuesta contenida en el art. 64: “*El reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales no considerados nacionales en Derecho español, de acuerdo a lo previsto en el artículo 56, se regirá por las normas del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958*”. Y, la cuidada y completa justificación de la misma que suscribimos por completo del modo en el que es descrita en el piso de arriba, cf., J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988...”, *loc. cit.*, pp. 352-353.

²⁰⁸⁹ Se quiere así evitar la problemática producida en los casos en los que un laudo arbitral internacional es anulado en el país de la sede en que el arbitraje se ha desarrollado y, sin embargo, es dado por válido y reconocido en el país del exequátur. La solución que propone la Reforma es que todos aquellos laudos que hayan sido anulados en consideración de las prescripciones del Convenio de Ginebra, no sean después reconocidos en aplicación del Convenio de Nueva York en ninguno de los países firmantes de ambos Convenios. Solución también pretendida por J. Paulsson para acabar con las situaciones provocadas por los casos como los originados por la Sentencia *Chromalloy* y el asunto *Hilmarton*, cf., “Enforcing Arbitral Awards...”, *loc. cit.*, p. 31. El caso *Chromalloy* implicaba la ejecución de un laudo arbitral, que había sido dictado en Egipto, en los EEUU y en Francia, aún cuando el laudo había sido anulado por el Tribunal de Apelaciones del Cairo. *Vid.*, también, las recientes consideraciones de G.C. Petrochilos, “Enforcing Awards Annulled in their State of Origin Under the New York Convention”, *ICLQ*, vol. 48, 1999, núm. 4, pp. 856-889.

²⁰⁹⁰ Así, en la justificación de la propuesta se manifiesta el propósito de articular los causales de anulación ginebrinos con los de oposición al exequátur neoyorquinos, teniendo en cuenta la incorporación material, en el primer caso, y la incorporación por referencia, en el segundo, tan hábilmente articuladas en la Propuesta de reforma. Incorporación que no sólo sustituye en bloque el actual Título IX de la LA por las disposiciones del Convenio de Nueva York, relativas al reconocimiento y a la ejecución, sino que

de hecho nuestra legislación interna resulta inaplicable y nos remitimos a los Convenios Internacionales de arbitraje en este punto, lo lógico es que nos interese por el entendimiento que del orden público se hace en los textos internacionales de arbitraje, donde tradicionalmente se ha venido considerando el papel del orden público referido a la fase post-arbitral como cláusula de evicción en un sentido similar al utilizado en el DIPr²⁰⁹¹. Así, la cláusula de reserva era analizada única y exclusivamente siguiendo el contenido dispositivo sentado en el Convenio de Nueva York de 1958, en cuyo art. V. 2 a) y b) se consideran *ex officio* dos motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo según las consideraciones de orden público del foro donde la sentencia arbitral pretendiese hacer valer su eficacia, sin que se hiciera alusión a la importancia de la delimitación del ámbito diferencial entre el orden público interno y el orden público internacional²⁰⁹².

676. Cuando los textos internacionales sobre arbitraje se refieren al causal del orden público como motivo de rechazo al laudo arbitral internacional que pretenda desplegar sus efectos en un foro determinado, lo hacen de una manera ciertamente peculiar que arroja más dudas que aportar claridad como guía de referencia del orden público dirigida al juez nacional. Tanto en el art. V. 2 b) del Convenio de Nueva York, como en el art. 36 b) ii) de la Ley Modelo de la UNCITRAL, los términos que se emplean para valorar el orden público susceptible de rechazar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral internacional permiten afirmar, a tenor de su literalidad, que el orden público que debe emplear el juez de control es un orden público interno, meramente nacional²⁰⁹³. Los Instrumentos convencionales internacionales parecen dejar carta blanca al juez estatal para que éste interprete cómo debe valorar la contrariedad del laudo arbitral internacional con el orden público del que él es guardián. Es por ello que

implícitamente suprime las referencias a los caducos preceptos de la LEC, arts. 956 y ss, que erróneamente equiparaban a los laudos con las sentencias judiciales extranjeras, *cf.*, *ibid.*, p. 353.

²⁰⁹¹ El orden público considerado como mecanismo de control impedía el reconocimiento y la ejecución del laudo que fuera contrario al mismo, *cf.*, K.H. Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", *op. cit.*, p. 178.

²⁰⁹² Para un estudio exhaustivo de dichas causas de oposición, *vid.*, A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention...*, *op. cit.*, pp. 359-382.

²⁰⁹³ El art. V. 2 b) sostiene que la autoridad competente del país en el que se pide el reconocimiento y la ejecución podrá denegarlos si el reconocimiento y la ejecución son contrarios al orden público "de ese país". De modo similar, en el art. 36 b) ii) de la Ley Tipo, se recomienda al Tribunal estatal que podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral si éstos son contrarios al orden público "de este Estado" en el que se solicita dicho reconocimiento y ejecución.

se ha dicho que el art. V. 2 b), relativo al orden público en el Convenio neoyorquino es demasiado amplio a la vez que restringido²⁰⁹⁴.

677. En general, la lista de causales contenidos en el art. V del CNY es exhaustiva a la vez que expansiva porque su consideración depende de la interpretación más o menos holgada que se puede hacer del causal final del orden del público por el juez encargado del reconocimiento²⁰⁹⁵. Dicho motivo abre la posibilidad de meter en el concepto del orden público todo aquello que no puede ir por otra vía para rechazar la homologación de la sentencia arbitral²⁰⁹⁶. El dilema del juez de control se debate entre la interpretación literal de la terminología utilizada en los Convenios internacionales que le permiten aplicar los criterios de valoración del orden público meramente internos, y las propias prescripciones que vienen del lado de la práctica y de la doctrina internacional que le aconsejan encarecidamente utilizar los principios de especialización y flexibilidad que se deben tomar en consideración cuando de una situación jurídica creada en el exterior que pretenda desplegar sus efectos en nuestro foro interno se trata.

678. Los Instrumentos internacionales destinados a facilitar a los jueces nacionales el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras se contradicen en su referencia al orden público con la propia filosofía de universalidad a la que aspiran oponiéndose frontalmente al carácter “anacional” que pretenden otorgar al arbitraje internacional²⁰⁹⁷. La acepción más generalizada entiende que el orden público contemplado en el causal de denegación al exequátur es el internacional²⁰⁹⁸.

²⁰⁹⁴ Cf., Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître...", *loc. cit.*, p. 662.

²⁰⁹⁵ La pretensión de exhaustividad del art. V del CNY no responde, pues, a la realidad, *cf.*, A. Remiro Brotóns, "La reconnaissance et l'exécution...", *op. cit.*, p. 242.

²⁰⁹⁶ *Id.*, *ibid.*, y *vid.*, *infra.*, el aspecto globalizador del orden público y la tendencia mimética en su aplicación.

²⁰⁹⁷ De entre los autores que han puesto en evidencia la contradicción entre la aspiración de anacionalidad y universalidad del Convenio de Nueva York y sus normas eminentemente territorialistas, *vid.*, J.C. Fernández Rozas, "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros", *UIMP*, "Arbitraje comercial como solución de conflictos", inédito, Santander, 12 de junio de 1996, pp. 1-20, esp. p. 10, y A. Remiro Brotóns, "La reconnaissance et l'exécution...", *op. cit.*, pp. 172-351.

²⁰⁹⁸ Poniendo de relieve el buen entendimiento del orden público internacional cuando el juez español aplica el art. V. 2 b) del CNY, *cf.*, el Auto TS (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 1988, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 217-219, con comentario de P. Jiménez Blanco, *ibid.*, pp. 219-222, esp. p. 222, donde se señala que "Desde la perspectiva de la denegación del reconocimiento sobre la base del orden público, ha de tenerse en cuenta únicamente el orden público internacional vigente en el Estado en el que se solicita el reconocimiento del laudo", *cf.*, A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration...*, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

Carecería de sentido el reconocimiento de la autonomía de la institución de arbitraje internacional y el respeto por las diversas acepciones de orden público, normas imperativas y leyes de policía cuidadosamente estudiadas por el árbitro en el resto de las fases analizadas hacia la construcción de un laudo internacional con visos de ser eficaz, si después todas las aspiraciones de internacionalidad e, incluso, de supranacionalidad abordadas, se vienen abajo por el límite infranqueable de un orden público interno demasiado apegado a la soberanía de un determinado Estado, capaz de invalidar un laudo internacional por simples exigencias formales de carácter interno²⁰⁹⁹.

679. En nuestro país, durante largo tiempo hicimos uso de la acepción amplia del orden público a los escasos laudos arbitrales que a nuestras fronteras se acercaban²¹⁰⁰. Las cuestiones que bajo la cláusula de estilo del orden público eran manipuladas para rechazar cualquier laudo arbitral extranjero hicieron un daño considerable a la institución de arbitraje que hoy gracias ha dejado de hacerse notar en la práctica judicial foránea²¹⁰¹. No obstante, en el sentir general del arbitraje en España todavía se perciben

²⁰⁹⁹ Por ejemplo, las consabidas críticas a las exigencias de protocolización del laudo exigidas en España, capaces de invalidar a una sentencia arbitral internacional sin causa justificada ni razonable de orden público, *vid.*, F. Mantilla Serrano, “L’application d’un formalisme excessif à la sentence internationale par le tribunal suprême espagnol”, nota a la Sent. TS de 28 de marzo de 1994, *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, pp. 749-757.

²¹⁰⁰ Ello fue así hasta el Auto del TS (Sala 1ª) de 11 de febrero de 1981, donde por primera vez se aplicó en nuestro país el CNY por un juez nacional, *vid.*, el Auto TS (Sala 1ª) de 11 de febrero de 1981, *Rederiaktiebielaget Gustaf Erikson c. Eurofrío Alimentos Congelados*, *Year. Comm. Arb.*, vol. III, 1982, pp. 356-358; *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 149-152, con notas de A. Arce Janáriz, *ibid.*, pp. 152-154; de B.M. Cremades, *Int. bus. Lawyer*, 1983, pp. 194-202; M. Virgós Soriano, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 503-505; y de A. Borrás Rodríguez, *REDI*, vol. XXXVI, 1984, pp. 660-662. Seguidamente, la primera vez que se abordó por nuestro TC el problema del contenido del orden público como causa denegatoria de la homologación de una sentencia arbitral extranjera fue en la Sent. TC (Sala 1ª) 43/1986, de 15 de abril, *vid.*, *supra.*, en el apartado anterior, junto al comentario de A.Mª. Lorca Navarrete, “La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales...”, *loc. cit.*, pp. 81-85. Cabe afirmar que desde esta sentencia donde se concretó el contenido restringido del orden público en la homologación de laudos arbitrales internacionales, nuestros jueces y tribunales han venido aplicando correctamente el orden público en las modalidades de control desarrolladas. Si bien no todo lo temprano que hubiera sido deseable esperar, recientemente, la jurisprudencia española ha dado muestras de inclinarse definitivamente por el reconocimiento del arbitraje internacional. Aunque, en un plano interno, permite análogas expectativas para el desarrollo y la consolidación efectiva en nuestro país del arbitraje internacional, *cf.*, la Sent. TC (Sala 2ª) 176/1996 de 11 de noviembre (FFJJ. 3, 4 y 5), *BOE* núm. 303, supl., de 17 de diciembre de 1996. Su Ponente, el Magistrado L.D. González Campos, expresando el parecer de la Sala, se muestra proclive al desarrollo del procedimiento de arbitraje, lo que le llevó a desestimar, consideramos que de una manera ejemplar, el recurso de amparo contra sentencia desestimatoria del recurso de nulidad del laudo arbitral, por la supuesta vulneración del art. 24 de la Constitución española.

²¹⁰¹ De cualquier forma, como S. Sánchez Lorenzo había señalado con anterioridad a la paradigmática Sent. TC de 15 de abril de 1986, parece claro que la excepción de orden público no puede, en ningún caso, llegar a “manipularse” para evitar la aplicación de los Convenios Internacionales de

restos de la impronta de la denostada cláusula de estilo del orden público ante la falta de una confianza real en el arbitraje interno e internacional que se ve reflejada en los escasos arbitrajes que en parangón con el panorama internacional se desarrollan en nuestro país y tienen como partícipes a las empresas españolas²¹⁰².

680. Ahora bien, a pesar de que no se soluciona el problema de fondo, que sólo se conseguiría a través de la reforma de la actual ley de arbitraje, es de justicia destacar que el hecho de que la situación que concierne a los procedimientos de exequátur haya mejorado ostensiblemente en España, se debe a la buena actuación de nuestros órganos jurisdiccionales, en la aplicación de los Convenios Internacionales de arbitraje y en lo que al entendimiento y la aplicación del orden público se refiere²¹⁰³. El “buen hacer” de nuestros jueces y tribunales estatales cuando han tratado con el orden público como mecanismo de control de los laudos arbitrales internacionales y la correcta valoración que han hecho del mismo en la aplicación estricta de éste debe ser destacado²¹⁰⁴. Son numerosos los comentarios jurisprudenciales en los que se dedican alabanzas a la actitud de la jurisprudencia española en cuanto a la aplicación de orden público se refiere en la consideración de los laudos arbitrales internacionales y la correcta aplicación e interpretación de los instrumentos convencionales²¹⁰⁵. Actitud avalada por

arbitraje, *cf.*, la nota al Auto TS (Sala 1ª) de 29 de abril de 1985, X., S.A. c. D., S.A., RCEA, vol. III, 1986, pp. 231-238, esp. p. 238, donde se destacó el carácter restrictivo de la excepción de orden público y la proyección internacional, ya observada, de nuestro orden público en la concesión del exequátur.

²¹⁰² Causa de que, en la actualidad, se estén impulsando las Reformas del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje, en elaboración, y de la propia Ley de Arbitraje de 1988, ya elaborada, *id.*, *cit.*, sobre todo, ésta última, como principales motores del cambio hacia un mayor dinamismo del arbitraje en España, *vid.*, *supra.*, en la introducción.

²¹⁰³ No hay que olvidar que en nuestro país recibimos una considerable suma de laudos arbitrales a través del exequátur, y hemos pasado a no poner demasiadas trabas al mismo. De un lado, aplicamos restrictivamente los causales de denegación del exequátur contenidos en el art. V. CNY. De otro lado, nuestros jueces y tribunales son proclives al *favor executionis*. Y, además, no existe posibilidad de recurso contra una sentencia dictada por un tribunal español que homologue o deniegue un laudo arbitral internacional a través de un procedimiento de exequátur.

²¹⁰⁴ La correcta aplicación de las disposiciones neoyorquinas unido a la necesidad que el juez del exequátur compruebe de oficio la arbitrabilidad de la diferencia y su no contravención con el orden público, art. V. CNY, apartados a) y b) respectivamente en el arbitraje privado internacional es sumamente relevante, *cf.*, J. Paulsson, *Handbook of arbitration practice*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, p. 553.

²¹⁰⁵ Nuestros tribunales muestran y se consolidan cada vez más en una muestra del “buen hacer” ante el arbitraje, *vid.*, en el Auto del TS (Sala 1ª) de 17 de febrero de 1998, que otorga el exequátur de un laudo arbitral dictado por la Cámara arbitral de París, contra una sociedad española, relativo al convenio arbitral por referencia y en consideración del orden público procesal, REDI, vol. L, 1998, núm. 2, pp. 258-259, con nota de H. Aguilar Grieder, *ibid.*, pp. 259-262. Es importante destacar que en boca de la comentarista el juicio que merece el presente auto del TS es, en su conjunto, “positivo”, sobre todo

la conveniencia de la utilización de estándares internacionales en el entendimiento y valoración de un orden público internacional en el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales internacionales²¹⁰⁶.

b) *¿Exige el orden público la modificación del Convenio de Nueva York?*

681. Ante la falta de adecuación del orden público en el Convenio de Nueva York con la realidad práctica internacional y el mal uso que una interpretación estricta del mismo permite a los jueces y tribunales nacionales aplicar un orden público interno del foro para rechazar la homologación de un laudo arbitral internacional amparándose en el art. V. 2 b) del Instrumento convencional, en especial, en ordenamientos que, como el nuestro, lo aplicamos por encima de nuestra legislación interna como referente principal en el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales que se nos presentan, la cuestión que planteamos en el presente apartado no deja de ser manifiesta. Las reflexiones que aquí proceden responden al planteamiento general de si ante la inadecuación del causal del orden público y la importancia de éste en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales y el seguimiento masivo que tiene dicho Convenio se exige una modificación del mismo motivada por la equívoca expresión que en él se hace del orden público. Se trata de acompañar con el adjetivo “internacional” al orden público contemplado en la citada disposición convencional²¹⁰⁷.

porque de su contenido se desprende que nuestro Tribunal Supremo tiene un “*alto grado de conocimiento del funcionamiento del CNY*”, cf., *ibid.*, p. 260. Dedicándole más alabanzas y reiterando que es “*magnífico*”, cf., *ibid.*, pp. 261 y 262 respectivamente. De igual manera, en el Auto del TS (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1998, *Ets Sebtegrains c. Armengol Hermanos, SA, AEDIPr*, pp. 708-710. Se destaca la delimitación del régimen convencional aplicable al reconocimiento y la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros en el que se ha de estar a las prescripciones del Convenio de Nueva York de 1958, por encima del Convenio bilateral de 1969, celebrado entre España y Francia, es una prueba más del “buen hacer” jurídico al que últimamente nos tiene acostumbrados nuestro TS. Alabanzas que reiteran que la aplicación del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958 “*se realiza de forma impecable*” por nuestro Tribunal en el Auto TS (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 1988, *Gull Diagnostics, S.A. c. Landerdiagnóstico, S.A., RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 222-224, con nuestra nota, *ibid.*, pp. 224-227, y en el Auto TS (Sala de lo Civil), de 26 de mayo de 1998, *Nordgëmuse Wilhem Krogmann c. Javier Virto, S.A., RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 233-234, con nota de E. Artuch Iriberrri, *ibid.*, pp. 234-237.

²¹⁰⁶ Cf., J. Paulsson, “Enforcing arbitral awards notwithstanding...”, *loc. cit.*, p. 30.

²¹⁰⁷ En un sentido más drástico se manifiesta K.J. Tolson, que abogaba incluso por la reforma del CNY, más que por su modificación, para acabar con la consideración del orden público meramente interna apegada a concepciones estrictamente territoriales que resultan manifiestamente perjudiciales para el desarrollo del arbitraje internacional e incluir, definitivamente, un orden público internacional o

682. De un lado, es cierto que la ausencia de un orden público internacional que gobierne en el arbitraje internacional es una de las críticas esenciales que se hacen al Convenio de Nueva York²¹⁰⁸. A pesar de que éste se encuentre diseñado específicamente para el ámbito externo, paradójicamente da más importancia al papel que juega en el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales internacionales, el orden público interno²¹⁰⁹. Así, un laudo arbitral no sería reconocido ni ejecutado en un determinado país, si éste violase el “orden público” como cláusula de reserva sin especificar el carácter interno o internacional del mismo²¹¹⁰. El art. V. 2 b) del CNY, nada puntualiza sobre el orden público que debe prevalecer en el arbitraje internacional. Hecho que provoca que en sentido estricto y debido a la importancia de una adecuada interpretación del mismo sea ésta una de las causas consideradas suficientes para que en éste aspecto sí se considere apropiada una modificación del Convenio neoyorquino. Se necesita adaptar el orden público aplicado al arbitraje fuera de los valores ya anquilosados relativos al orden público interno, y pasar a incluir en el propio Convenio la palabra internacional como adjetivo que siempre debe acompañar al orden público en su vertiente transfronteriza.

683. Las necesidades de modificación que en este punto precisa el Convenio de Nueva York han sido evidenciadas recientemente por la doctrina en el Congreso Internacional de Arbitraje comercial celebrado en París en 1998, donde fue objeto de denuncia el hecho de que el CNY permita que la sentencia pueda ser rechazada según el concepto que cada país tenga relativo a su propio orden público interno. Es éste un síntoma evidente de que en los cuarenta y pocos años de vida que tiene el Convenio sus criterios de orden público resulten un tanto caducos en este aspecto²¹¹¹. En la actualidad,

auténticamente internacional que no paralizase la homologación del laudo arbitral ni diese lugar a tantos equívocos, *cf.*, "Punitive Damage Awards in International Arbitration...", *loc. cit.*, pp. 511-512.

²¹⁰⁸ *Cf.*, G. Asken, "International Commercial Arbitration...", *loc. cit.*, p. 376.

²¹⁰⁹ Tal y como se desprende del lugar que ocupa el art. V. 2 b) en el CNY, *vid.*, B. Kuner, "The Public Policy Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the United States and West Germany under the New York Convention", *Jour. int. arb.*, vol. 4, 1990, pp. 71-91, y G.C. Petrochilos, "Enforcing Awards Annulled in their State...", *loc. cit.*, pp. 856-889.

²¹¹⁰ *Vid.*, las críticas a este respecto de A. Mulyana, "Attacking Arbitral Awards Under the New York Convention of 1958", *Am. Rev. I. A.*, vol. 6, 1995, núm. 1, pp. 89-105, esp. pp. 103-105.

²¹¹¹ En este sentido, hay dos posturas encontradas a favor y en contra de la reforma del Convenio *erga omnes*. Para algunos autores, manifiestamente contrarios a la creación de un nuevo Convenio, el texto del CNY es sagrado. Hay que comprenderlo mejor e interpretarlo armónicamente, pero no hay que

se tiende a evitar que la eficacia de la sentencia dependa de las concepciones que cada Estado tenga en materia de orden público, en general, y en cuanto a la arbitrabilidad de la controversia, en particular²¹¹². Las críticas que revierten, en segundo lugar, sobre la disposición del orden público del Convenio se deben al hecho concreto de que la inadecuada acepción del orden público sin especificar el carácter del mismo provoca que la mayoría de las legislaciones de arbitraje al tomarlo como referencia en sus reformas se encuentren también en éste aspecto igualmente desfasadas y obsoletas. Caso de la nuestra, donde prevalece su aplicación convencional y en aquellas reformas de arbitraje que han tomado la concepción de orden público de la LM de la UNCITRAL que adolece de los mismos defectos²¹¹³.

684. De otro lado, ante las contradicciones evidentes entre la interpretación literal del Convenio y la finalidad del mismo sólo un buen conocimiento de éste por parte de los jueces y Tribunales nacionales puede garantizar su correcta utilización y aplicación. Se aboga por el valor de una interpretación amplia y flexible del Convenio neoyorquino como único remedio para que el texto internacional más ratificado continúe en vigor²¹¹⁴. Sólo una interpretación dinámica de sus preceptos garantiza su supervivencia ante los nuevos tiempos gracias a la interpretación de sus disposiciones

cambiarlo. Además hay que resaltar las cualidades del CNY. Es un texto relativamente fácil de aplicar, lo cual es fundamental ya que en la mayoría de los países no hay ni jueces, ni abogados, ni especialistas en la recepción de laudos arbitrales internacionales, *cf.*, Ph. Fouchard, "Suggestions pour accroître...", *loc. cit.*, pp. 662-663. De otro lado, a favor del nuevo Convenio están aquellos que ante las numerosas quejas que el Convenio plantea, no sólo la relativa al orden público, sino especialmente referida al art. II, y algún que otro supuesto más, aconsejan cambiar algunos aspectos y hacer un nuevo texto internacional, *cf.*, *ibid.*, p. 666.

²¹¹² *Id.*, *ibid.*, p. 666.

²¹¹³ No ocurre así en algunas de las últimas reformas de arbitraje operadas en Latinoamérica que precisamente son las que nos están mostrando importantes muestras de progreso dándonos ejemplo del camino que se debe tomar hacia una auténtica cultura arbitral. Aspecto afirmado en nuestro trabajo, "Hacia la consolidación de una cultura arbitral...", *loc. cit.*, *en prensa*. La reciente legislación de arbitraje Panameña nos ofrece un importante avance en éste sentido al considerar de manera específica que el orden público que interviene en el arbitraje internacional también tiene que ser internacional, incorporando el adjetivo de la internacionalidad de la siguiente manera. En el art. 41. 2 b) se señala que sólo se podrá negar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero cuando el tribunal compruebe que el reconocimiento o la ejecución del laudo sean contrarios al "*orden público internacional de Panamá*". Y, en el art. 43. 3, párrafo final se especifica que "*Cuando se trate de un arbitraje comercial internacional, el orden público que se contempla es el orden público internacional*", *cf.*, dichos artículos en el Decreto Ley núm. 5 (de 8 de julio de 1999) por el cual se establece el régimen general de arbitraje, de la conciliación y de la mediación, publicado en la Gaceta Oficial n° 23,837, de sábado 10 de julio de 1999, pp. 189-212.

de manera moldeable a los cambios vertiginosos que se suceden en el Derecho del comercio internacional al cual el arbitraje se tiene continuamente que adaptar²¹¹⁵. En este sentido es realmente gratificante constatar que los jueces y Tribunales españoles hacen gala de un profundo conocimiento del convenio y lo aplican correctamente conforme a la interpretación teleológica sus disposiciones acordes con la finalidad perseguida por el propio precepto relativo al orden público²¹¹⁶. Nuestra práctica jurisprudencial ha venido afirmando de igual manera la interpretación y aplicación del texto neoyorquino de acuerdo a su finalidad autónoma y a la teleología del mismo²¹¹⁷.

685. Los comentarios de la jurisprudencia y la doctrina más autorizada consideran que existe una regla general de interpretación según la cual los motivos de rechazo al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales internacionales contenidos en el art. V del Convenio de Nueva York, deben ser interpretados de manera estricta²¹¹⁸. Los tribunales nacionales hacen una distinción neta entre orden público

²¹¹⁴ En defensa de una interpretación flexible y coherente con las necesidades del comercio internacional en el Convenio de Nueva York, *cf.*, A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention...*, *op. cit.*, pp. 10 y ss, y 191-198.

²¹¹⁵ La adaptación de los Tribunales a las actuales cuestiones prácticas derivadas de las exigencias del comercio internacional se considera en los últimos tiempos ampliamente superadas por la jurisprudencia española relativa al arbitraje internacional, *vid.*, entre otras, la correcta actuación del TS en el Auto TS (Sala 1ª), de 19 de noviembre de 1996, *E.TS Zanatta c. Harinera Villafranquina, S.A., RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 237-239, *vid., infra.*, las anotaciones sobre el buen hacer de los jueces y tribunales españoles a este respecto.

²¹¹⁶ Tal y como ha sido recientemente destacado, entre otros, en el Auto del TS (Sala 1ª) de 17 de febrero de 1998. Donde la propia comentarista no escatima en elogios hacia la muy lograda actuación de nuestro TS en la interpretación en este caso del CNY, Auto del TS (Sala 1ª) de 17 de febrero de 1998, *REDI*, vol. L, 1998, núm. 2, pp. 258-259, con nota de H. Aguilar Grieder, *ibid.*, pp. 259-262, esp. en la p. 262, donde señala que el TS, “*hace gala de un magnífico conocimiento del precepto*”.

²¹¹⁷ Auto TS (Sala de lo Civil), de 26 de mayo de 1998, *Nordgëmuse Wilhem Krogmann c. Javier Virto, S.A., RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 233-234, con nota de E. Artuch Iriberrri, *ibid.*, pp. 234-237, esp. p. 235, punto núm. 2.

²¹¹⁸ Coincidiendo en su interpretación en la práctica totalidad de los sistemas que aplican el CNY. En España, *vid.*, el Auto TS (Sala 1ª) de 29 de abril de 1985, *X., S.A. c. D., S.A., RCEA*, vol. III, 1986, pp. 231-235; con nota de S. Sánchez Lorenzo, *ibid.*, pp. 235-238. Carácter restrictivo de la excepción de orden público, junto a la numerosa jurisprudencia precitada. En Australia, *vid.*, la Sent. de la *Supreme Court of Queensland*, de 29 October 1993, núm. 389, 1993, *Resort Condominium International Inc (India, USA) c. Ray Bolwell, Resort Condominium Pty. Ltd (Australia)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 628-650. *Public policy in arbitration*. Concepto estricto del orden público internacional estatal en la concesión del exequátur, *ibid.*, pp. 644-650. En Austria, *vid.*, *Cour Suprême d’Autriche*, de 23 de febrero de 1998, *Radenska c/ Kayo, Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 385-387, con nota de P. Lastenouse y P. Senkovic, *ibid.*, pp. 387-391. CG de 1961. Apreciación restrictiva de la reserva de orden público. En los EEUU, *vid.*, la Sent. de la *United States District Court, Southern District of New York*, de 8 de marzo de 1996, 95 Civ. 9586 (RPP), *Celulosa del Pacífico S.A., (Chile) c. A. Ahlstrom Corporation (Finlandia)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 954-957. La cláusula de orden público para no reconocer un laudo arbitral internacional debe ser construída estrictamente, “*public policy construed narrowly*”. *United States District Court, Southern District of New York*, de 11 de marzo de 1996, 95 Civ. 1028 (RPP),

interno y orden público internacional. La aplicación de la regla de interpretación restrictiva del art. V. 2 del Convenio de Nueva York, explica porqué en la práctica han sido muy poco las sentencias que han sido rechazadas por causa de su inarbitrabilidad, y el porqué de que casi la totalidad de las sentencias arbitrales sean ejecutadas²¹¹⁹. No cabe duda de que, en la actualidad, el orden público que debe tener en cuenta el juez estatal cuando se enfrente con el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral internacional debe ser un orden público internacional²¹²⁰.

686. En conclusión, no se considera necesaria la modificación y, menos aún, la reforma del Convenio de Nueva York, en estricta consideración del causal del orden público contenido en su art. V. 2 b). El Convenio neoyorquino es el Convenio más ratificado del mundo y el más utilizado por los jueces y tribunales de los distintos Estados a quienes va dirigido²¹²¹. Tanto en España como en otros países la jurisprudencia interpreta restrictivamente el orden público. El buen funcionamiento en la práctica del Convenio es excepcional al ser uno de los principales y mejores difusores del arbitraje internacional en el ámbito universal sobre el papel original que supuso su misión de dar salida al movimiento globalizador en el arbitraje internacional²¹²². Si precisamente la práctica es la que se ha encargado de matizar el criterio de orden

Ukrvneshprom State Foreign Economic Enterprise (Ukrania) c. Tradeway, Inc. (USA), Year. *Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 958-965, esp. pp. 963-964, que se refiere al orden público contenido en el art. V. 2. b) CNY. Concepto estricto del orden público cuya violación a la hora de rechazar un laudo arbitral debe entenderse desde las nociones más básicas de moralidad y justicia. También, la Sent. de la *Cour de Justice (Corte de Apelación)*, de Ginebra, de 11 de diciembre de 1997, *Import and Export Company (PR China) c. G SA (Suiza)*, Year. *Comm. Arb.*, vol. XXIII, 1998, pp. 764-769. Concepción estricta del orden público. Esta regla de interpretación estricta también ha sido extendida a la reserva de orden público aplicada a los laudos arbitrales decididos en el marco del TLCAN/NAFTA, *vid.*, E.H. Bouzari, "The Public Policy Exception to Enforcement of International Arbitral Awards: Implications for post-NAFTA jurisprudence", *Texas Int. L.*, vol. 30, 1995, pp. 205-221, *vid.*, también a este respecto, desde un punto de vista más general, G.N. Horlick y A.L. Marti, "NAFTA Chapter 11B -A Private Right of Action to Enforce Market Access through Investments", *Jour. int. arb.*, 1997, pp. 42-54.

²¹¹⁹ Cf., B. Hanotiau, "L'arbitrabilité et...", *loc. cit.*, p. 929.

²¹²⁰ En el sentido en que debe ser un orden público de mínimos utilizado en un sentido restringido alejado de las concepciones territorialistas de carácter interno, *vid.*, *supra*.

²¹²¹ Su éxito se debe a las características del propio Convenio concebido como un pacto de "servicios mínimos" que permite expresamente la aplicación de las disposiciones más favorables al arbitraje en el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales internacionales bajo el principio de *favor executionis* contenido en el art. VII. 1 del Convenio que contagia al entendimiento restringido del orden público para la validez del laudo, *cf.*, A. Remiro Brotóns. "*Reconnaissance des sentences...*", *op. cit.*, p. 264.

²¹²² *Vid.*, *supra*, las referencias a este respecto en el Cap. I, IV, relativo a la globalización del arbitraje y el orden público donde se puso de relieve que la globalización en el arbitraje gracias al

público contenido en el CNY y lo aplica adaptándolo a la internacionalidad no tiene sentido iniciar una reforma para alcanzar lo que de hecho ya se ha conseguido. Si de otro lado, como se ha especificado en el anterior apartado, ha dejado de tener sentido la diferenciación entre el orden público interno y el orden público internacional pues su contenido a pasado a ser el mismo en su acepción igualmente restringida en la fase post-arbitral, identificado con los valores mínimos y fundamentales, del ordenamiento jurídico no tiene razón de ser la inclusión del adjetivo internacional al orden público como justificante exclusivo de una modificación ni de una reforma convencional que se juzga innecesaria²¹²³.

B) Mimetismo en su aplicación

687. El mimetismo en la aplicación del orden público consiste en la tendencia a reconducir todos los motivos de oposición al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales internacionales al causal del orden público. Se diferencia de su aspecto globalizador, en primer lugar, en que éste último se encuentra estrictamente referido a la absorción de la arbitrabilidad en la noción de orden público contemplada en los causales apreciables de oficio en el art. V. 2 del CNY. En segundo lugar, el mimetismo no implica aceptar el aspecto globalizador del orden público sobre el resto de causales del art. V. 1 del convenio neoyorquino, sino, de modo contrario, lo que pretende es denunciar dicha práctica. Ahora bien, es cierto que la globalización del orden público también se puede extender en un sentido amplio al resto de los causales del art. V. 1 CNY y no sólo estrictamente al de la arbitrabilidad, contemplado en el V. 2

movimiento difusor del CNY comenzó antes que la propia globalización del mercado y del comercio internacional.

²¹²³ La inclusión del orden público “internacional” sería conveniente, pero no estrictamente necesaria ante la correcta aplicación práctica. Ya el propio A.J. van den Berg había señalado que la reforma del causal del orden público no era necesaria en comparación con otras disposiciones del Convenio, de entre las cuales destacaba al art. II. 2 relativa a la forma escrita del convenio de arbitraje, considerada como la única disposición que justificaba la reforma del CNY. Aun así, el coste de la reforma era demasiado alto para un Convenio que funciona, *cf.*, A.J. van den Berg, *The New York Arbitration...*, *op. cit.*, pp. 393-394. Modificación del Convenio de Nueva York en relación a su art. II, por las que también se ha abogado en nuestra doctrina en el Proyecto de tesis doctoral de M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: marco jurídico para la eficacia del laudo arbitral...*, *op. cit.*, p. 78. Trabajo, ya publicado, habiendo sido este aspecto refrendado, *vid.*, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, *op. cit.*, en el apartado dedicado a la cláusula compromisoria comprendida en las CGC.

a)²¹²⁴. Lo que ocurre, es que la acepción mimética nos parece más adecuada porque describe en su expresión una cierta crítica al aspecto repetitivo y excesivamente recurrible y recurrente que se hace del causal del orden público en la práctica.

688. El hecho de separar el aspecto globalizador del orden público en el siguiente apartado obedece, además, al criterio de diferenciar que en este nos vamos a centrar, sin ánimo de exhaustividad, en la relación entre los causales del art. V. 1 a), b), c) y d) y e) del CNY y su apreciación conjunta en el art. V. 2 b), para negar que éste último deba englobar a los cinco primeros en su aplicación fáctica²¹²⁵. No así, en el aspecto relativo a la arbitrabilidad de la controversia contenida en el art. V. 2 a) CNY, que sí podría ser absorbido en la verificación que el juez hace de oficio a través del causal del orden público²¹²⁶. La reiteración dispositiva existente en el CNY que dedica dos artículos a la arbitrabilidad, arts. II y V. 2 a), hace más fácilmente prescindible a ésta última en el citado instrumento convencional pudiendo ser subsumida por la cláusula de reserva del orden público²¹²⁷. La verdadera cuestión surge a la hora de dilucidar si, como viene siendo habitual en la práctica jurisprudencial, es aconsejable este entrecruzamiento procesal de los causales susceptibles de rechazar el exequátur del

²¹²⁴ A. Remiro Brotóns, entiende el aspecto globalizador del orden público, en sentido amplio. Destaca la posibilidad de eliminar prácticamente todas las condiciones de control para denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral señaladas en el art. V. del Convenio de Nueva York. Todas a excepción del orden público, siempre sujeto a una rigurosa apreciación: "*l'elimination de pratiquement toutes les conditions de controle, à l'exception de l'ordre public*", cf., "La reconnaissance et l'exécution...", *op. cit.*, pp. 264-265, esp. p. 264.

²¹²⁵ Como es sabido, de entre las siete causas tasadas a modo de *numerus clausus* contenidas en el art. V del Convenio de Nueva York en virtud de las cuales se puede denegar el exequátur de una sentencia arbitral internacional, sólo cinco de ellas pueden ser alegadas a instancia de parte y únicamente dos son apreciables de oficio por el juez del exequátur. Las cinco primeras contenidas en el art. V. 1. a) inexistencia o nulidad del acuerdo arbitral; b) garantía de los derechos de defensa de las partes, de importancia fundamental por encontrarse íntimamente vinculada con el orden público procesal, c) incongruencia entre la cláusula compromisoria inicial y el contenido del laudo final. Riesgos *ultra petita* a los que en relación con la aplicación del orden público por el árbitro nos habíamos referido y que da lugar a la posibilidad de un exequátur parcial de la sentencia arbitral, d) irregularidades en la constitución del tribunal arbitral y en el procedimiento, y e), que la sentencia arbitral no sea obligatoria o haya sido anulada o suspendida. El hecho de que nos refiramos a todos los causales susceptibles de denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo y no sólo a los dos últimos, art. V. 2 a) y b), que, por lógica, son los únicos que deberían circunscribirse en nuestro ámbito de estudio, se debe precisamente al propósito de evidenciar la tendencia mimética.

²¹²⁶ En continuidad con los criterios enunciados en la fase negocial donde el orden público como condición suficiente de la arbitrabilidad es un factor determinante para estimar la validez del presupuesto material en el arbitraje internacional, *vid., supra.*, Cap. II.

²¹²⁷ *Vid. infra.*, un mayor abundamiento a este respecto en el siguiente apartado dedicado al aspecto globalizador del orden público en relación con la arbitrabilidad. También, *vid., supra.*, las apreciaciones a éste respecto en el Cap. II, en el epígrafe relativo al Derecho aplicable a la arbitrabilidad.

laudo arbitral englobando, dentro del número 2. b) del art. V CNY, al resto de causales recogidos en la citada disposición que de por sí tienen una autonomía propia²¹²⁸.

689. La referida tendencia mimética se da por igual del lado de las partes que del lado de los jueces y tribunales cuando se enfrentan con los causales susceptible de aceptar o rechazar la homologación de las sentencias arbitrales. De un lado, las partes, al invocar las causas de oposición al exequátur recurren siempre al orden público como si de un comodín se tratara por si el resto de los causales no prospera²¹²⁹. La causa de que las partes siempre invoquen éste último se debe, entre otras razones, a la comodidad, dado que la invocación de los causales del art. V. 2, exonera a éstas de la carga de la prueba²¹³⁰. De otro lado, la propia jurisprudencia, está habituada a ensamblar todos los causales de oposición a la homologación que le presentan las partes y reducirlos a una sola unidad de carácter sustantivo y procesal que adopta la forma genérica de la cláusula de orden público²¹³¹. Así, los entramados argumentales de los procedimientos de exequátur de los laudos arbitrales tienden a ser iguales. En todos, la cláusula estrella, en cuanto a que es el motivo de oposición que más se invoca, es el orden público²¹³². Mimetismo en su invocación que contrasta con su falta real de aplicación por los tribunales del control²¹³³.

²¹²⁸ *Vid.*, las observaciones al Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1998, *Ets Sebtigrains c. Armengol Hermanos, SA, AEDIPr*, pp. 708-710.

²¹²⁹ El orden público como comodín de los distintos causales del exequátur ha sido también denunciado por, A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention...*, *op. cit.*, p. 376.

²¹³⁰ Es el juez, ya sea a instancia de parte o de oficio, el encargado de analizar si deniega el exequátur de la sentencia arbitral cuando la causa sobre la que verse la controversia sea inarbitrable y cuando la sentencia sea contraria al orden público del foro. En el Auto del TS (Sala 1ª) de 17 de febrero de 1998, *Unión de Cooperativas agrícolas Epis-Centre c. La Palentina SA, REDI*, vol. L, 1998, núm. 2, pp. 258-259, con nota de H. Aguilar Grieder, *ibid.*, pp. 259-262, también en la *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 212-215, *vid.*, también, H. Aguilar Grieder, “Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso a la comprensión del sistema”, *La Ley*, 1998, 5, D-304, pp. 2165-2173. El propio Tribunal Supremo confirma que la carga de la prueba en los extremos planteados en la primera parte del art. V, es para la parte que quiere oponerse al exequátur y que los alega como causa de denegación, *cf.*, en la anotación citada de la *REDI*, vol. L, 1998, núm. 2, pp. 258 y 260, donde se hace un elenco de la jurisprudencia española que confirma que la carga de la prueba, en el art. V.1 CNY, es para la parte que se opone.

²¹³¹ Habida cuenta de que siempre será éste un motivo que junto a la arbitrabilidad deberá apreciar el juez de oficio, *vid.*, las observaciones al Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1998, *Ets Sebtigrains c. Armengol Hermanos, SA, AEDIPr*, pp. 708-710.

²¹³² La práctica nos muestra que a pesar de los siete motivos que la parte reticente al exequátur puede invocar éstos suelen ser reconducidos a la cláusula genérica del orden público. En el Auto TS (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 1988, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 217-219, con comentario de P. Jiménez Blanco, *ibid.*, pp. 219-222, se observa la tendencia compulsiva por invocar el orden público como motivo de rechazo al exequátur. En el propio comentario a la sentencia se observa una crítica a éste respecto cuando se afirma que si estuviéramos ante un caso de verdadera nulidad de los contratos realizados por el

690. Una radiografía de los laudos arbitrales internacionales que se han presentado en nuestro ordenamiento para el exequátur viene a confirmar la abrumadora presencia del orden público. Efectivamente, es realmente extraño que un laudo arbitral viole el orden público y ello sea la causa de su rechazo. En el ordenamiento español, por ejemplo, de los diez laudos internacionales presentados en España en 1998 para su homologación recogidos en la publicación de la *RCEA* de ese mismo año, a pesar de que en todos ellos las causas de oposición esgrimidas por la parte reticente al exequátur aludían al orden público directa o indirectamente, sólo dos exequátur fueron denegados y curiosamente, en ambos, la causa del rechazo se debió a que no había quedado suficientemente aclarada la voluntad de las partes de someterse a arbitraje²¹³⁴. Se considera criticable la reconducción de los motivos de oposición al exequátur contenidos en el art. V al orden público a costa de la aplicación estricta del resto²¹³⁵. Si

deudor, no habría que acudir al orden público para denegar el reconocimiento del laudo, *cf.*, las observaciones de P. Jiménez Blanco, *ibid.*, p. 220. En éste caso el Tribunal considera que no ha lugar para rechazar el exequátur. No existe vulneración del orden público interno. En ésta sentencia, nuestro TS siguiendo las prescripciones del CNY, concedió el exequátur a un laudo arbitral proveniente del Tribunal arbitral de la Asociación Internacional para el comercio de piensos y granos de Londres, GAFTA.

²¹³³ Como se ha afirmado en el anterior apartado, y en el primer epígrafe del presente Capítulo relativo a las estadísticas del control, el orden público es la causa de oposición al exequátur más invocada y la menos aplicada.

²¹³⁴ *Vid.*, el Auto TS (Sala de lo Civil), de 26 de mayo de 1998, *Nordgëmuse Wilhem Krogmann c. Javier Virto, S.A., RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 233-234, con nota de E. Artuch Iriberry, *ibid.*, pp. 234-237. Procedimiento de exequátur núm. 3516/1997; y, el Auto TS (Sala de lo Civil) de 7 de julio de 1998, *Unión de Cooperativas Agrícolas Epis-Centre c. Aguicersa, RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 246-251. Problemas, por tanto, dimanantes de la autonomía de la voluntad consecuencia de la ausencia de firma en la cláusula compromisoria, que pueden arrastrar consideraciones de orden público procesal, pero ninguna causa se debió a una violación directa del orden público, entendido en su acepción estricta como violación de los principios fundamentales del foro, o por causa de la falta del presupuesto material.

²¹³⁵ Así, como comentamos en el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 de junio de 1998. *Breakbulk Marine Services Limited c. Nervacero, S.A., RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 237-241, con nota, *ibid.*, pp. 241-244, el motivo fundamental que sustentó nuestra apreciación se centró en denuncia el abuso de la excepción de orden público ante nuestros Tribunales, por motivos de orden público procesal, que bien podrían reconducirse por otros causales del art. V. 1. del CNY, a nuestro juicio, más adecuados. De hecho, si en este supuesto, sobre la base del CNY, los causales de oposición podían haber sido utilizados para oponerse al reconocimiento y la ejecución de un arbitraje multipartito son cuatro. Tres, a instancia de parte, art. V. 1, apartados b), c), y d) y, por último, uno apreciable de oficio por el juez, la contrariedad del laudo con el orden público, art. V. 2. b), *vid.* al respecto, W.L. Craig, "Means of recourse and enforcement ...", *op. cit.*, p. 224 y P. Bellet, "Voies de recours et execution des sentences", *Multy-party Arbitration*, París, ICC, 1991, p. 237-239, siendo la más adecuada la aplicación del art. V. 1. b) del CNY, aconsejado para el caso concreto en que una de las partes consideren su indefensión por no haber sido parte en un procedimiento arbitral en virtud de su integración en un litisconsorcio pasivo necesario en el arbitraje multipartito. En efecto, si un laudo es dictado en un país en el que se ha seguido un procedimiento de arbitraje, susceptible de ser multipartito, sin el consentimiento de todas las partes, la parte que no ha podido hacer valer su derecho puede invocar este artículo para solicitar la denegación del reconocimiento y la ejecución en el país donde dicha eficacia se pretenda. Posibilidad también reconocida

las substracciones alegadas por el demandado o condenado por el laudo se reducen siempre al orden público de poco sirve la articulación individual de los distintos motivos de oposición al exequátur. Nuestra posición al respecto aboga para que sigan existiendo todos los causales actuales que deben ser aplicados con la autonomía que reclaman. En especial el art. V. 1 b), que incluye la protección de una de las garantías esenciales del orden público procesal interno e internacional, y es una de las que más da lugar a las improcedencias procedimentales de orden público²¹³⁶.

691. Ciertamente resulta muy llamativa la asimilación que el TS realiza de la contravención con el orden público, art. V. 1 b) y art. V. 2 b) CNY, obviando la distinción entre la vertiente sustantiva y procesal del orden público y reconduciendo el supuesto a la vertiente procesal de dicho causal²¹³⁷. Suele ser una tendencia de nuestro

en el art. 36 1. a) iv), de la Ley Modelo de la UNCITRAL, *cf.*, I.I. Dore, *Theory and Practice of Multiparty Commercial Arbitration (with special reference to the Uncitral Framework)*, London/Dordrecht/Boston, Graham & Troman/Kluwer, 1990, p. 140. No obstante, la solución se condujo a través de la excepción de orden público, sin dar pie a las consideraciones que deberían haber sido abordadas, en cuanto a la aplicación del art. V. 1 b).

²¹³⁶ Las causas más invocadas para denegar el exequátur se deben a causas relativas al orden público procesal, en su acepción genérica, *cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 1043. *Vid.*, nuestras anotaciones al Auto del TS (Sala de lo Civil) de 27 de octubre de 1998, *Bartalini SPA c. Hermanos Escot Madrid SA, HERESMA*. Procedimiento de exequátur núm. 988/1998. Falta de oposición al reconocimiento del laudo arbitral dictado por la CCI de París, *RAJ*, 1998, núm. 9010, con las observaciones en el *AEDIPr*, pp. 711-712. Donde manifestamos que si bien, el Convenio de Nueva York de 1958 es de indiscutible aplicación al supuesto observado, el problema de la rebeldía del demandado, que en estricta aplicación del art. 954. 2 LEC podría motivar la denegación del reconocimiento de la decisión extranjera, debe ser cuidadosamente matizado. Ello, en atención a la situación procesal del demandante y del demandado, a la regulación Convencional del caso y a los distintos tipos de rebeldía que se pueden llevar a cabo, *vid.*, al respecto, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr*, *op. cit.*, p. 291. Así, nuestro Tribunal aprecia correctamente la relación existente entre conceptos como el de rebeldía y el de indefensión que, sin ser inherentes, se encuentran íntimamente entrelazados, *cf.*, M. Fernández Fernández, “nota al auto del TS (Sala 1ª) de 8 de octubre de 1981”, *RCEA*, 1984, vol. I, p. 162. Si la parte demandada ha sido debidamente informada pero no comparece en todo el procedimiento una sentencia puede ser dictada en su contra, sin que sea posible invocar su inejecución como consecuencia de la rebeldía procedimental, ni a pesar de que la parte condenada no se persone para hacer valer sus derechos de defensa en el procedimiento de exequátur, sin que quepa la invocación del art. V. 1 b) ni la del V. 2 b) CNY.

²¹³⁷ *V. gr.*, uno de los escasos supuestos en los que nuestro TS ha denegado el exequátur a una sent. arbitral extranjera dictada el 10 de octubre de 1995 por la Cámara Internacional de Arbitraje de Frutas y Verduras de Estrasburgo en el procedimiento arbitral promovido por la mercantil *Nordgëmuse Wilhem Krogmann* contra la sociedad *Javier Virto, S.A.* El TS, pasó a analizar las causas apreciables de oficio contenidas en el art. V. 2 a) y b) del CNY, y decide que la diferencia es arbitrable de acuerdo con el Derecho español y no conculca el orden público español, F.D. II. El juez español analiza la arbitrabilidad de acuerdo con el Derecho del foro. Pero lo que aquí más nos interesa es el mimetismo o la reconducción que hace de los aspectos procesales que bien podrían haber ido por otra vía, con los principios genéricos del orden público y la consideración estricta del mismo en su acepción procesal, *cf.*, el comentario de E. Artuch Iriberry al Auto TS (Sala de lo Civil), de 26 de mayo de 1998, *Nordgëmuse Wilhem Krogmann c. Javier Virto, S.A.*, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 233-234, *ibid.*, pp. 234-237, esp. p. 235.

Tribunal ignorar el orden público sustantivo que se engloba estrictamente en el art. V. 2 b) CNY, y aplicar éste último para contrastar una violación del orden público procesal, cuando el causal específico para ello es el art. V. 1 b) que debería ser invocado y probado a instancia de parte. Ello no quita para que, en última instancia y si las partes no lo invocan, el Tribunal cumpla con su obligación de aplicar de oficio el art. V. 2 b), donde entraría a verificar la no contravención del laudo con el orden público, ahora sí, sustantivo y procesal, pero utilizando el orden público como lo que es, una cláusula de reserva y no un “cajón de sastre” donde quepa cualquier valoración en las que el Tribunal decida entrar, o para las que no se encuentre ningún otro causal²¹³⁸.

692. En contraste, pues, con la correcta aplicación de los textos convencionales de arbitraje que han caracterizado en los últimos años la actuación de los tribunales españoles²¹³⁹, todavía se debe precisar en la utilización estricta de cada uno de los términos de las disposiciones del Convenio²¹⁴⁰. El fallo principal consiste en circunscribir la posible violación del laudo únicamente a los aspectos atinentes al orden público procesal, consecuencia de una incorrecta aplicación del citado causal. Se aplica el art. V. 2 b) para cotejar el orden público procesal que debería ir por la vía del art. V. 1 b), y se alude al art. V. 2 a) para contrastar el orden público sustantivo, que a su vez debería ir por el art. V. 2 b), dejando el anterior para verificar la validez con el foro del presupuesto material. El hecho de este complejo entrecruzamiento dispositivo se debe, a nuestro juicio, por una parte, a la mala articulación del CNY²¹⁴¹. Y, por otra, al miedo

²¹³⁸ El rechazo a la utilización del orden público como “cajón de sastre” en los procedimientos de control a los laudos arbitrales, internos e internacionales, ya sea en la anulación, evidenciado en el fundamento jurídico III de la sentencia, relativa a un recurso de anulación interna, *vid.*, la Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª), de lo Civil, de 27 de abril de 1998, con nota de E. Artuch Iriberry, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 192-199. Ya sea, en un procedimiento de exequátur, *cf.*, las críticas al orden público como “cajón de sastre” donde todo cabe, no debe dejar de ser manifestado, *cf.*, J.W. Stempel, "Pitfalls of Public Policy...", *loc. cit.*, p. 283.

²¹³⁹ *Vid.*, *supra.*, las alabanzas de la doctrina destacadas en la correcta aplicación de los Convenios Internacionales de Arbitraje, sobre todo, gracias a la labor de nuestro TC.

²¹⁴⁰ En los procedimientos de exequátur escasean las fundamentaciones jurídicas en las que realmente se contemplan los motivos que hubiera sido conveniente aplicar. En el supuesto anterior, en concreto, la vulneración de los derechos de defensa contenidos en el art. V. 1 b) que han de ser probados por la parte que los alega y son los que se deberían haber activado para facilitar el trabajo del Tribunal. también afecta a la última causa de oposición esgrimida que debería haber ido por la vía del art. V. 1 c) del CNY, denunciando la decisión *ultra petita* del Tribunal arbitral, y no como aquí, en el que se hace caso omiso a la fundamentación jurídica que hubiera sido deseable aplicar, *cf.*, *ibid.*, pp. 242-243.

²¹⁴¹ No se entiende el porqué de la inserción del art. V. 2 b) del CNY, puesto que el art. V. 1 b) es el que se refiere al orden público procesal, por lo que lógicamente el art. V. 2 b) habrá de referirse a la

que tienen nuestros Tribunales nacionales a violar la prohibición de revisión de fondo del asunto, ya que consideran que por entrar a decidir el orden público material pueden conculcar el principio tradicional de la prohibición de revisión de fondo y por ello recurren al V. 2 a) tratando al orden público material como si de una única cuestión de arbitrabilidad se tratara²¹⁴².

693. El problema de base es el de determinar qué se considera exactamente una violación del orden público. Ante la duda las partes y los jueces prefieren invocar en todo momento el citado causal que pararse a definirlo en cada caso, cuestión, por otra parte, infructuosa, dada la relatividad del mismo²¹⁴³. En general, el art. V. 2 b), únicamente debería ser invocado y aplicado de oficio sobre la base de una violación estricta de los valores fundamentales del foro, relativos a las nociones fundamentales de “moralidad y de justicia”, esto es, incluyendo el aspecto sustantivo y el procesal del orden público²¹⁴⁴, pero, lo cierto, es que frecuentemente el concepto de orden público se utiliza como el único motivo posible ignorando el resto de las distintas causas de

violación del orden público sustantivo. Y, tampoco se entiende la estricta diferencia entre el art. V. 2 a) y V. 2 b) en su aplicación práctica, *vid., infra.*, el siguiente apartado.

²¹⁴² El problema fundamental es cómo se conjuga el examen de oficio del orden público sustantivo por el juez nacional con la prohibición de revisión del fondo del asunto, que será tratado en el último apartado. En éste sentido, si bien es cierto que el orden público tiene un aspecto sustantivo y otro procesal, la polémica continua abierta en relación a cuál deba ser la causa alegada para la denegación del reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales, desde el momento en que el orden público procesal se contiene en el art. V. 1 b) del CNY, que debe probarse a instancia de parte, de modo que de nuevo su apreciación de oficio resultaría incisiva y redundante. Parece señalar que el control de orden público sustantivo se referiría a la arbitrabilidad, pero ello tampoco nos parece muy factible porque sino, qué sentido tiene el incluir el art. V. 2 a), específicamente referido a la arbitrabilidad, *cf.*, el Auto TS (Sala de lo Civil), de 26 de mayo de 1998, *Nordgëmuse Wilhem Krogmann c. Javier Virto, S.A., RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 233-234, con nota de E. Artuch Iriberry, *ibid.*, p. 235.

²¹⁴³ *Vid., supra.*, las apreciaciones realizadas a este respecto en el apartado conceptual.

²¹⁴⁴ Como ya se puso de manifiesto en la jurisprudencia norteamericana en el citado caso *Parsons Whitemore v. Rakta, Year. Comm. Arb.*, vol. XII, 1987, p. 205. *Vid.*, con anterioridad, el caso *Parsons & Whitemore Overseas Co., Inc. v. Sociéte Générale de l'Industrie du Papier*, 508 F.2d 969, 974 (1974), *Year. Comm. Arb.*, vol. I, 1976, p. 295, y el resto de sentencias a partir del mismo, sobre todo provenientes de la jurisprudencia de los Estados Unidos que identifican el orden público con las “nociones de moralidad y justicia más elementales de un Estado”, *cf.*, E. Gaillard, “Arbitrage commercial international...”, *loc. cit.*, pp. 1-17, esp. p. 15. En los Estados Unidos se estableció por primera vez en el caso *Parsons & Whitemore Overseas Co. Inc. v. Sociéte Général de l'Industrie du Papier*, que el orden público es una de las más básicas nociones de moralidad y justicia del Estado, *cf.* el caso, 508 F.2d 969, 974 (1974), *Year. Comm. Arb.*, vol. I, 1976, p. 205. Y, de ahí, la construcción estricta del orden público sobre la base de las nociones de moralidad y de justicia, *cf.*, “*The forum State’s most basic notions of morality and justice*”, la Sent. de la *Supreme Court of Queensland*, de 29 October 1993, núm. 389, 1993, *Resort Condominium International Inc(India, USA) c. Ray Bolwell, Resort Condominium Pty. Ltd(Australia)*, 1994, núm. 4, pp. 1-22. También, en *Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, esp. p. 644.

oposición al exequátur. De entre ellas, Van den Berg destaca especialmente dos²¹⁴⁵. La primera, la falta de imparcialidad de los árbitros y, la segunda, la falta de motivación del laudo. Lo que viene a confirmar, una vez más, como a través del causal del orden público los tribunales encuentran cobertura para abordar otras cuestiones en sus decisiones²¹⁴⁶, pues, en este caso concreto, éstas tienen mucho que ver con las cuestiones que afectan a la prohibición de revisión del fondo del asunto y el orden público²¹⁴⁷.

694. En el primer caso, a pesar de que la falta de imparcialidad de los árbitros bien podría ir por la vía del art. V. 1 b) del CNY, o por el art. V. 1 d) si se refiere a la constitución del Tribunal arbitral, lo cierto es que se suele reconducir al art. V. 2 b). Un ejemplo, en este sentido, lo encontramos en la Sent. del TS de Egipto de 26 de abril de 1982, *Mabrouk c. Arab Continental Navigation*²¹⁴⁸. En el Código Procesal Civil egipcio existe una disposición, el art. 502. 3, que exige que los árbitros aparezcan nombrados nominalmente en el convenio arbitral para que la sumisión a arbitraje sea considerada válida y eficaz. Al no haber sido así, en el laudo que se presentó para el exequátur ante el Tribunal Supremo egipcio, fue éste el que correctamente declaró la ejecución de un laudo arbitral internacional dictado fuera de Egipto a pesar de que éste fuese contrario a sus normas imperativas internas consideradas de orden público interno que exigían los condicionantes de la nominación de los árbitros para la validez del convenio²¹⁴⁹. No hay que olvidar que la interpretación del orden público que se contiene en el art. V. 2 b)

²¹⁴⁵ Cf., A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention...*, op. cit., pp. 376-377.

²¹⁴⁶ Cf., J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, op. cit., p. 1043.

²¹⁴⁷ Como complemento del siguiente epígrafe, *vid. infra*.

²¹⁴⁸ Sent. del Tribunal Supremo de Egipto de 26 de abril de 1982, *Mabrouk Trading Import and Export c. Arab Continental Navigation Co*, (extracto de la decisión), transcrita parcialmente junto a las principales conclusiones de la Corte Suprema en el laudo de la CCI núm. 5721/1990, *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1020-1026, esp. pp. 1021-1022. Y, más recientemente, *vid.*, A.H. El Ahdab, "La validité formelle de la clause compromissoire internationale en droit égyptien", *Rev. arb.*, 1995, núm. 4, pp. 757-763.

²¹⁴⁹ Aunque ésta causa hubiera sido invocada por ser contraria al orden público el propio TS de este país confirmó que las disposiciones imperativas o de orden público interno referidas no forman parte del orden público internacional desde el punto de vista egipcio, y mucho menos desde el punto de vista del orden público realmente internacional. En el mismo sentido, la Sent. del Tribunal de Primera Instancia de Giza, de 7 de febrero de 1987, *Journ. dr. int.*, 1987, núm. 4, p. 1036 y la Sent. del Tribunal de Apelación del Cairo de 13 de junio de 1990.

CNY para rechazar la ejecución de un laudo internacional no es interno sino internacional²¹⁵⁰.

695. Las discrepancias procesales en cuanto al número de árbitros, o la nominación de los mismos en el convenio no deben entrar dentro de las consideraciones estrictas de los causales del orden público²¹⁵¹. Al igual que tampoco deberían entrar la falta de motivación de la sentencia arbitral, ni otros motivos formales como la falta de protocolización del laudo. Si estos son invocados por las partes sobre la base de una violación del art. V. 2 b) del CNY, el juez debe rechazarlos porque el orden público que se debe aquí comprender son los principios y valores fundamentales del foro identificados con las nociones básicas de justicia y moralidad²¹⁵². En caso contrario, si el juez de oficio entrara a comprobar los supuestos enunciados realmente estaría vulnerando la prohibición de revisión de fondo del asunto. De hecho, como tendremos ocasión de comprobar en breve, el control del orden público sustantivo, relativo al fondo del asunto, sí se da en cuanto a que se controlan las normas imperativas. En cuanto al orden público procesal, no hay más que recordar la sentencia de 28 de marzo de 1994, donde lamentablemente se rechazó un laudo de la CCI que estaba perfecto por el único motivo de no haber pasado la protocolización²¹⁵³. Para evitar estos supuestos

²¹⁵⁰ *Vid., supra.*, la polémica sobre la innecesariedad de la modificación ni de la reforma del Convenio a este respecto dada la correcta interpretación práctica que se hace del orden público.

²¹⁵¹ El principal problema que se presentaba a través de las disposiciones imperativas existentes en determinados ordenamientos internos que prescriben que el árbitro o tribunal arbitral deberá ser un número impar, se debe a luchar contra las prácticas, muchas veces denunciadas, en que el árbitro único o los árbitros, se encontraban estrechamente vinculados a los intereses decididos en la controversia. Por ejemplo, de entre los casos que destaca Van den Berg en que los árbitros hayan sido elegidos por la égida de una asociación de comerciantes, que seleccionan al árbitro de entre ellos mismos, como ocurre en los arbitrajes administrados por las *Trade Association* en EEUU, donde la parcialidad del árbitro es casi evidente ya que lógicamente siempre defenderá los intereses de la asociación para la que trabaja; o aquellos arbitrajes, ya desaparecidos, que caracterizaron a los países comunistas de la vieja Europa del Este. Estos sólo podían elegir árbitros que se encontraban inscritos en una lista elaborada por las Cámaras de Comercio de los países socialistas: “*Qualification Required for Being an Arbitrator*”, *Year. Comm. Arb.*, vol. I, 1976, *vid.*, A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration...*, *op. cit.*, pp. 376-382, esp. p. 378 y 380. *Vid., supra.*, los mismos peligros de parcialidad de los árbitros expuestos en los arbitrajes laborales, Cap. III. III. 4.

²¹⁵² *Vid., supra.*, los casos de la jurisprudencia estadounidense citados y las referencias a estas nociones en el Cap. I.

²¹⁵³ Supuesto, altamente criticado, además, por lo inesperado, pues, supuso una vuelta atrás en la jurisprudencia española que cada vez se mostraba más favorable y receptiva al arbitraje internacional, y venía mostrando un respeto digno de destacar en el exequátur de los laudos arbitrales internacionales, *vid.*, la Sent. TS de 28 de marzo de 1994, con el comentario de F. Mantilla Serrano, “Arbitraje internacional...”, *loc. cit.*, pp. 179-187, donde se critica duramente tan lamentable actuación jurisprudencial de nuestro TS, y la confusión evidente entre el orden público interno y el orden público

ayudaría mucho evitar la tendencia mimética a la aplicación del orden público para todos los causales donde parece haber todo, más allá de consideraciones procesales internas, que no deberían ser tenidas en cuenta como supuesta vulneración del orden público internacional por el juez de control.

696. Por ejemplo, aunque en España exijamos la motivación de las sentencias arbitrales internas en los arbitrajes de Derecho, art. 32. 2 LA, si se presenta en nuestro país un laudo internacional o extranjero dictado según una ley en la que la motivación de la sentencia no sea imperativa no podemos apreciar contrariedad de ésta al orden público internacional, y proceder a aplicar sin más el art. V. 2 b) CNY para rechazar su ejecución²¹⁵⁴. En cuanto a la invocación de la contrariedad al orden público por la falta de motivación del laudo numerosos países prescriben imperativamente que el laudo para ser válido debe ser motivado y contener las razones a partir de las cuales se haya llegado al resultado alcanzado²¹⁵⁵. En la práctica internacional existen muchas diferencias a este respecto. Por ejemplo, los países de la *common law*, no suelen motivar los laudos. En el mismo sentido la ausencia de motivación de un laudo arbitral tampoco puede conducir a éste a su contravención con el orden público internacional decidido por el juez del país del exequátur²¹⁵⁶. No se considera adecuado el recurso a la excepción del orden público procesal en este contexto²¹⁵⁷. Dado que existen numerosos sistemas legales que no obligan imperativamente a la motivación de sus sentencias ni de sus laudos arbitrales. La rígida interpretación de las exigencias de la motivación constituyen parte del orden público interno pero no del orden público internacional²¹⁵⁸. Es improcedente alegar su violación a través del causal del art. V. 2 b) CNY.

internacional a través de un mero trámite formal exigido sólo en nuestra LA, para los arbitrajes internos, art. 33. 2. *Vid.*, también las críticas de F. Mantilla Serrano, "L'application d'un formalisme excessif à la sentence internationale par le tribunal suprême espagnol", nota a la Sent. TS de 28 de marzo de 1994, *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, pp. 749-757.

²¹⁵⁴ *Cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 1043.

²¹⁵⁵ *Cf.*, A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958...*, *op. cit.*, p. 380.

²¹⁵⁶ *Vid.*, en general, J.L. Delvolvé, "Essai sur la motivation des sentences arbitrales", *Rev. arb.*, 1989, núm. 2, pp. 149-167.

²¹⁵⁷ La ausencia de motivación de la sentencia arbitral no da lugar a considerar que se han violado los derechos de defensa, art. VII CG de 1961, *cf.*, P. Lalive, "Ordre public transnational...", *loc. cit.*, p. 350.

²¹⁵⁸ Numerosos laudos arbitrales no motivados han sido reconocidos y ejecutados en países cuyas consideraciones de orden público interno no han prevalecido sobre el orden público internacional que no considera un valor fundamental las exigencias de motivación, *vid.*, H. Motulsky, "L'exequatur des sentences étrangères non motivées", *Rev. arb.*, 1967, pp. 108-115. Contrariamente, a lo que ocurre en

C) Aspecto globalizador del orden público

697. Indudablemente el mimetismo en la aplicación del orden público se encuentra íntimamente vinculado al aspecto globalizador del mismo²¹⁵⁹. La cuestión fundamental aquí es la de saber si la arbitrabilidad debe ser considerada o no de forma independiente al concepto general del orden público o si, por el contrario, se puede llegar a afirmar que en última instancia ambos conceptos conducirían a uno sólo, habida cuenta de que el criterio globalizador del orden público sugiere la supresión del término de la arbitrabilidad, entendido en su sentido tradicional, y su integración sin más en el concepto del orden público²¹⁶⁰. Surge aquí otro de los aspectos donde nos tenemos que plantear la posibilidad de modificación o de reforma del Convenio neoyorquino. Aspecto derivado de la reconducción de los causales de la arbitrabilidad al del orden público internacional y del hecho de contener la misma en dos disposiciones del instrumento convencional, art. II, y art. V. 2, a)²¹⁶¹.

698. En este punto, destacan dos posturas. De un lado, aquella que se inclina por la negativa a suprimir el causal de la inarbitrabilidad como motivo de rechazo a la homologación de la sentencia. Criterio que significa negar la posibilidad de positivizar a través de la reforma la práctica relativa al criterio globalizador del orden público²¹⁶². De

cuanto a las sentencias judiciales extranjeras donde la motivación sí se ha considerado contraria al orden público, *vid.*, el estudio a este respecto de M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea*, *op. cit.*, en el apartado dedicado a la excepción de orden público entre las causas de denegación del reconocimiento y ejecución de la resolución judicial en el Convenio de Bruselas *versus* las causas de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en el Convenio de Nueva York.

²¹⁵⁹ *Vid., supra.*, las diferencias más notables señaladas en el anterior apartado.

²¹⁶⁰ *Cf.*, A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention...*, *op. cit.*, p. 368 y A. Remiro Brotóns, "La reconnaissance et l'exécution...", *op. cit.*, p. 243.

²¹⁶¹ *Vid., supra.*, Cap. II.

²¹⁶² Es impropio subsumir a través de la noción de orden público al presupuesto material de la institución arbitral. A pesar de la evidente relación existente entre el orden público y la arbitrabilidad, mientras que la primera tiene su razón de ser en el examen concreto y actual de un laudo arbitral internacional en la fase post-arbitral en atención a los valores procesales y sustantivos del foro que el juez tiene que guardar, mientras que la inarbitrabilidad de la sentencia no implica en muchas ocasiones un ataque directo a dichos principios sino que suele encubrir una cierta atribución imperativa de jurisdicción o reserva de la competencia legislativa que un ordenamiento concreto quiere arrogarse en una determinada materia, *cf.*, A. Remiro Brotóns, "La reconnaissance et l'exécution...", *op. cit.*, p. 244. El hecho de que se haya llegado a asimilar la técnica de que todas las materias inarbitrables son contrarias al orden público reduce la inarbitrabilidad a consideraciones meramente internas. Puesto que puede ser que

otro lado, la cuestión de que la arbitrabilidad aparezca recogida en dos disposiciones distintas del CNY, art. II. 1 y 3, y art. V. 2 a) obedece a una mala coordinación de los trabajos preparatorios del Convenio. Lo mismo ocurre en cuanto a los dos causales contenidos en el art. V. 2 a) y b). la distinción entre arbitrabilidad y orden público no tiene razón de ser. Se encuentra generalmente aceptado que la arbitrabilidad forma parte del concepto de orden público por lo que su redacción de modo separado al concepto del orden público no deja de ser superflua. El hecho de que ambos causales aparezcan separados no deja de ser histórica, debido a los trabajos preparatorios de propio Convenio²¹⁶³.

699. No se encuentra inconveniente en que ambos causales apreciables de oficio sean englobados en la misma acepción del orden público dado que los dos motivos responden a una misma finalidad cual es la de proteger y guardar las disposiciones imperativas y el orden público del país receptor del laudo arbitral, para lo cual se basta por sí sola la referencia genérica al orden público²¹⁶⁴. Pero ello únicamente es admisible una vez superadas las condiciones suficientes de la arbitrabilidad de la controversia internacional, por lo que para el resto de supuestos, en general, es más práctico que ambas causas sigan siendo contempladas separadas. Además, no hay que olvidar que la arbitrabilidad es una cuestión interna de cada foro. Son muy pocos los casos en los que

una materia sea inarbitrable para un determinado ordenamiento en su dimensión interna y sin embargo internacionalmente sí sean arbitrables precisamente porque el orden público internacional sí admite la arbitrabilidad de la materia, como de hecho ocurría en el Derecho de la competencia. *Vid., supra.*, Cap. II y Cap. III, en el aspecto específico dedicado a este problema en el Derecho de la competencia. *Vid.*, también, la Sent. primigenia, en este sentido de la *Supreme Court* de EEUU, de 17 de junio de 1974, *Fritz Scherk v. Alberto Culver, Year. Comm. Arb.*, vol. I, 1976, p. 203, suplantación del orden público internacional sobre el orden público interno, en aplicación del art. V. 2 CNY.

²¹⁶³ La causa de que ambas disposiciones normativas no ofrezcan una unidad positiva se debe a la desconexión entre los trabajos preparatorios del Convenio y el resultado final. Especialmente debido a la presión que hizo la delegación francesa por incluir ambos como motivos separados. La desconexión entre la labor preparatoria del Convenio como causa de incoherencias internas ha sido subrayado por A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration...*, *op. cit.*, pp. 359-361.

²¹⁶⁴ *Cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 1042-1043, que al igual que A.J. Van den Berg, *ibid.*, *op. cit.*, p. 371, destaca que desde la entrada en vigor del CNY, sólo en cinco ocasiones la cuestión de la inarbitrabilidad ha sido puesta de manifiesto como causa de denegación del exequátur, destacando en este caso, el asunto *Liamco/Libia*. A instancia de *Liamco* fue dictado un laudo arbitral que le otorgaba una indemnización a pagar por el Gobierno Libio, como consecuencia de la nacionalización de los activos petroleros que había realizado Libia. No obstante se denegó el exequátur en EEUU, en la Sent. de la *U.S. District Court for the District of Columbia*, de 18 de enero de 1980, *U.S.* núm. 33, como consecuencia de que la nacionalización era un acto de Gobierno y por tanto no podía ser objeto de arbitraje, *vid.*, el laudo de 12 de abril de 1977, arbitraje *ad hoc LIAMCO c. Gobierno de Libia*, *Rev. arb.*, 1980, núm. 1, pp. 132-191; comentado por B. Stern, "Trois arbitrages, un même problème, trois solutions", *ibid.*, pp. 3-43. También, en *Year. Comm. Arb.*, vol. VI, 1981, p. 89.

se deniega un exequátur por razones concretas de inarbitrabilidad²¹⁶⁵. En los supuestos donde se plantean dudas en este sentido los tribunales tienden a cotejar si el laudo extranjero viola los valores fundamentales de nuestro ordenamiento reconduciendo, pues, la cuestión de la validez con el presupuesto material a los valores fundamentales de nuestro orden público internacional. No obstante, el hecho de que se admita la conceptualización de la globalización del orden público, una vez dentro del catálogo de materias arbitrables, no es causa para que se considere necesaria ni conveniente una reforma en los textos internacionales de arbitraje en este sentido. Sería una solución demasiado drástica para un tema que aparte de discusiones teóricas de orden público no plantea apenas problemas en la práctica²¹⁶⁶.

IV. Orden público en la prohibición de revisión del fondo del asunto

1. PLANTEAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN Y ORDEN PÚBLICO

A) Inatacabilidad teórica del principio de base

700. En el marco del arbitraje privado internacional la prohibición de revisión de fondo del asunto, como principio de base, responde a una idea de respeto, confianza y equilibrio, entre la institución privada y la justicia estatal²¹⁶⁷. Habiendo sido defendido, por un lado, que los poderes de los árbitros no deben ser ilimitados en su actuación en la fase negocial ni en la fase del procedimiento arbitral, es lógico abogar, por el otro lado, para que los poderes de los jueces que deben evaluar los laudos no sean, a su vez, excesivamente amplios, en la fase post-arbitral. Se ha de buscar la proporción entre

²¹⁶⁵ En nuestro ordenamiento, *vid.*, el Auto TS (Sala 1ª) de 25 de julio de 1989, *J. De Ferra y Gisbert c. J.F. de Ferra y Gisbert*, RCEA, vol. VI, 1990, pp. 209-210, con nota de D.P. Fernández Arroyo, *ibid.*, pp. 210-215. También en la *REDI*, vol. XLIV, 1992, núm. 1, p. 213-214. Inarbitrabilidad de la controversia: títulos nobiliarios. Materia inarbitrable y contrariedad con el orden público que llevó a denegar el exequátur

²¹⁶⁶ El hecho de insistir en la cuestión de la validez de la arbitrabilidad de la controversia puede justificar que este se entienda por separado del concepto del orden público internacional y seguir estando desvinculados en su regulación convencional sin necesidad de una reforma legal. Así, se encuentra un equilibrio en el que no hay motivos para entrar en contradicción con aquellos autores como G. Gaya, "Introduction", *New York Convention*, Dobbs Ferry, 1978-1980, p. 82, que señalan que la inclusión de la arbitrabilidad como causal separado en el Convenio está plenamente justificada por la propia importancia del presupuesto material que requiere su propio causal, *cf.*, A.J. Van den Berg, *ibid.*, *op. cit.*, p. 369.

²¹⁶⁷ Destacando la ausencia de revisión de fondo del asunto como principio de base característica por ser una de las condiciones de reconocimiento esenciales de los laudos arbitrales y de las sentencias judiciales internacionales, *cf.*, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr*, *op. cit.*, pp. 273 y 291.

ambos mediante una demarcación de los límites que permitan acotarlos. La excepción de orden público y la prohibición de revisión de fondo del asunto son los elementos fundamentales encargados de precisar sus flancos, tanto en uno como en otro caso²¹⁶⁸.

701. En la fase post-arbitral el control judicial del laudo, a través de las vías del recurso de anulación y del reconocimiento y la ejecución, se topa siempre con un límite infranqueable, la prohibición de revisión del fondo del asunto por parte de los órganos jurisdiccionales estatales a los laudos decididos en los contenciosos arbitrales²¹⁶⁹. La instancia jurisdiccional no podrá disfrazar su actuación de control del laudo arbitral internacional para examinar el Derecho aplicado por el árbitro al fondo de la controversia, ni para revisar el fondo del asunto, en los casos en que el arbitraje haya sido decidido en Derecho o en equidad²¹⁷⁰. El veto que implica la prohibición de la revisión se extiende tanto al fondo como a la legitimación “*ad causam*” en los términos en los que quedó constituida la relación material plasmada en el laudo²¹⁷¹. Teóricamente, pues, el principio de prohibición de la revisión del fondo del laudo

²¹⁶⁸ Los jueces privados deben respetar el orden público y las normas materiales imperativas de los Estados en su decisión arbitral y procurar que ésta reciba sanción legal. Los jueces y los Tribunales estatales deben verificar la actuación de los árbitros a través del laudo que a ellos les es presentado sin llegar a convertirse en una segunda instancia que tenga por finalidad desnaturalizar la institución arbitral poniendo como excusa las modalidades de control al laudo. Los poderes que ostentan los órganos jurisdiccionales en el control de las sentencias arbitrales, internas e internacionales, deben ser restringidos y estar claramente delimitados. El instrumento principal para controlar el alcance de la intervención jurisdiccional en la fase post-arbitral es una prohibición, la de revisar el fondo del asunto decidido en sede arbitral, *vid.*, A.J. Berlowe, “Judicial Deference to Grievance...”, *loc. cit.*, pp. 801-802. En este sentido, sobre la excepción de orden público, *vid.*, el libro de hojas móviles de R. Merkin, *Arbitration Law*, London-Hong Kong, 1991, pp. 17-23.

²¹⁶⁹ Trasunto de las observaciones realizadas al Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1998, *Ets Sebtigrains c. Armengol Hermanos, SA*, *AEDIPr*, pp. 708-710. Decisión que, a nuestro juicio, contiene los elementos esenciales que precisan la idea acogida por nuestra jurisprudencia en relación con la prohibición de revisión de fondo del laudo arbitral internacional limitado a los Principios Constitucionales Fundamentales, *vid.*, *infra.*, el principio de prohibición en el sistema constitucional español.

²¹⁷⁰ Criterio que la jurisprudencia española ha reiterado en numerosas ocasiones del modo en que arriba ha sido expuesto. El alcance del control judicial del laudo arbitral sólo comprendería, en principio, a la observación y al control de las garantías formales o procesales, *vid.*, entre otras, la Sent. TS de 2 de marzo de 1989, *RAJ*, 1989, 1743, la Sent. TC 43/1988, de 16 de marzo, *RAJ*, 1986, 578; y la Sent. TS de 7 de junio de 1990, *cf.*, *RAJ*, 1990, 4741.

²¹⁷¹ Siguiendo el comentario arriba transcrito, en el exequátur ante el TS español se impide a la Sala “*ab initio*” entrar a conocer y a examinar la forma en la que quedó en su día construida la relación jurídico-material, *cf.*, el Fundamento jurídico IV del Auto del TS (Sala de lo Civil), de 24 de noviembre de 1998, *Sindicato Pesquero del Perú, SA c. Internacional de Productos Químicos*, con observaciones de D. Sancho Villa, *RCEA*, vol. XV, 1999, *en prensa*, y nuestra, *AEDIPr*, pp. 716-718.

arbitral internacional es inatacable de hecho y de Derecho²¹⁷². El Juez de la fase de control lo es, *prima facie*, sólo de la forma del laudo arbitral internacional y de sus mínimas garantías procesales, entendidas éstas en línea con los principios de orden público internacionales²¹⁷³. A tenor de confirmar, a través del principio de prohibición, que la naturaleza del procedimiento de exequátur es meramente homologadora y no revisora²¹⁷⁴.

702. La formulación teórica del principio de la prohibición de revisión del fondo no es difícil de precisar en su acepción general como un principio de base inatacable²¹⁷⁵. La verdadera dificultad deriva de su aplicación de *lege ferenda* en cuanto a la

²¹⁷² La revisión que opera es sólo dable al juez de control en la medida de emitir un juicio externo acerca de la observación de las formalidades esenciales y el sometimiento del árbitro a los límites del convenio, sin entrar en el mayor o menor fundamento de lo decidido, *cf.*, las observaciones al Auto del TS (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1998, *Ets Sebtigrains c. Armengol Hermanos, SA*, en el *AE DIPr*, pp. 708-710.

²¹⁷³ El control de las garantías formales del laudo no se debe deducir de igual manera para las sentencias arbitrales internacionales que para las internas, y lo mismo en cuanto a las consideraciones de orden público interno e internacional que de ello se desprende. Prueba de ello, los supuestos enunciados en el anterior epígrafe donde en los foros internacionales fue tan criticado el caso del TS de 28 de marzo de 1994, en el que se rechazó el exequátur de un laudo arbitral internacional de la CCI, que no suponía ninguna vulneración para nuestro sistema ni para nuestros valores fundamentales españoles, únicamente por no estar protocolizado, *vid.*, F. Mantilla Serrano, "Arbitraje internacional y protocolización del laudo", *loc. cit.*, pp. 179-187, "L'application d'un formalisme excessif à la sentence internationale par le tribunal suprême espagnol", nota a la Sent. TS de 28 de marzo de 1994, *loc. cit.*, pp. 749-757. Del mismo modo ocurre con las exigencias de motivación que no tienen cabida para frenar el exequátur de sentencias arbitrales extranjeras dictadas según la ley de un sistema donde no se requiere la motivación, *vid.*, *supra.*, en el apartado referido al mimetismo en la aplicación del orden público.

²¹⁷⁴ El exequátur es un procedimiento de naturaleza principalmente procesal puramente homologador de los efectos de las resoluciones judiciales extranjeras. Aspecto en el que coincide la práctica totalidad de la doctrina y de la práctica interna e internacional, *cf.*, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr, op. cit.*, p. 291. Es un procedimiento meramente homologador, de naturaleza especial y de carácter declarativo, *cf.*, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 1048. En la jurisprudencia, la naturaleza meramente homologadora del procedimiento es afirmada con carácter mimético en las fundamentaciones jurídicas de diferentes sentencias. Naturaleza consagrada por el TC en la Sent. TC núm. 132/1991, que veta cualquier posibilidad de revisar el fondo del asunto, *cf.*, el F.J. IV del Auto del TS (Sala de lo Civil), de 24 de noviembre de 1998. *Sindicato Pesquero del Perú, SA c. Internacional de Productos Químicos, id.*, *loc. cit. Vid.*, también, nuestra nota al Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 1988. *Gull Diagnostics, S.A. c. Landerdiagnóstico, S.A.*, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 222-227, y el Auto TS (Sala 1º) de 4 de marzo de 1997, *Principe, S.P.A. c. Boulmich, S.L.*, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 272-275, donde se aprecia, una vez más, la doctrina del TC relativa al orden público, al control de las garantías procesales y a la concesión del exequátur. La Sala se muestra respetuosa con la prohibición de revisión del fondo del asunto destacando que la única función que le corresponde al juez del exequátur es la homologadora y no la revisora, *cf.*, *ibid.*, p. 274.

²¹⁷⁵ Y así ha sido consolidado en los párrafos 36 y 37 de la Sent. TJCE de 28 de marzo de 2000, As. C-7/98, *Krombach c. Bamberski*, *Rec.* 2000; con comentario de M. Gómez Jene, "Convenio arbitral y orden público europeo, *loc. cit.*, *en prensa*.

problemática que en relación con el orden público plantea²¹⁷⁶. En esta línea, el análisis versará, en primer lugar, sobre si realmente la prohibición de revisión del fondo del asunto es efectiva o si, simplemente está reconocida en un plano teórico sin hacerse extensiva en toda su amplitud a la práctica, donde puede existir un control encubierto que permita obviar la prohibición de comprobar el fondo de la controversia decidida en sede arbitral a través del orden público como excepción a la prohibición de base²¹⁷⁷

B) Laxitud en su aplicación práctica

a) Orden público como excepción a la prohibición

703. A partir de la observación práctica del control judicial de la sentencia arbitral internacional se desprende que la prohibición de revisión del fondo del asunto no es tan radical como el vocablo interdicto parece indicar²¹⁷⁸. Nuestro objetivo es destacar que la prohibición teórica de la revisión referida contrasta con el control real del orden público sustantivo y procesal que con carácter parcial, a veces, sí se da, en la práctica jurisprudencial autóctona y comparada en lo tocante al control de las sentencias arbitrales internacionales. *De facto*, no es inusual que se proceda a controlar las normas imperativas y los principios de orden público considerados indispensables para el foro afectado, en el sentido de verificar si éstos han sido aplicados, y, en su caso, se pueda entrar a conocer cómo han sido aplicados por el árbitro. Lo que supone una clara

²¹⁷⁶ Aspecto éste, el de la relación entre el orden público y la prohibición de revisión del fondo del asunto que, a pesar de ser uno de los más controvertidos en la práctica es de los menos tratados en la teoría del arbitraje, viniendo sus principales formulaciones a través de comentarios jurisprudenciales, *cf.*, P. Mayer, "La sentence contraire a l'ordre public au fond", *loc. cit.*, p. 615. Entre los escasos trabajos doctrinales que han abordado esta problemática hay que destacar a B. Goldman, "Conclusions", *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, pp. 331-341; R.J. Sever, "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 1661-1697; H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, pp. 223-255, el precitado trabajo de P. Mayer, y esencialmente el excepcional y más exhaustivo análisis de, J.B. Racine, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, pp. 536-555.

²¹⁷⁷ Habiendo que precisar si el principio de prohibición es susceptible de quebrar y si ello implica una desnaturalización de la institución arbitral. De lo contrario, puede ser que entrar parcialmente en el fondo de lo decidido de hecho y de Derecho en el laudo arbitral a través del orden público, con carácter excepcional, se imponga como necesario.

²¹⁷⁸ *Cf.*, nuestras observaciones al Auto del TS (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1998, *Ets Sebtagrains c. Armengol Hermanos, AEDIPr*, pp. 708-710.

vulneración del principio de la prohibición de la revisión a través del orden público como excepción.

704. Obviamente, pues, el orden público es un elemento perturbador del principio de prohibición de revisión. Sólo y exclusivamente a través de la noción del orden público se puede obviar el principio de prohibición de revisión del fondo del asunto²¹⁷⁹. En otras palabras, la única posibilidad que tiene el juez de control de entrar a conocer lo decidido por los árbitros en la fase del procedimiento arbitral se dará en los casos en que existan indicios de que el orden público hubiera podido ser violado, o si efectivamente éste ha sido violado. Sin entrar en el error de desvirtuar el control y convertir al orden público en una especie de contraseña que sirva para anular o denegar la ejecución de los laudos arbitrales basados en “errores” del árbitro²¹⁸⁰. La aplicación de la normativa imperativa y el orden público es muy delicada de llevar y puede ser que aún en cumplimiento del deber de aplicar dicha normativa imperativa en una materia cedida a la jurisdicción arbitral el árbitro no haga un uso correcto de la misma²¹⁸¹. En ocasiones, puede que sea un error del propio árbitro el que engendre un resultado contrario al orden público y la sentencia arbitral así dictada debe ser anulada o no homologada²¹⁸².

705. En uno de los ámbitos característicos por estar concernidos por el orden público y el Derecho internacionalmente imperativo, como es el Derecho de la competencia, se observa la disfunción de la prohibición de revisión de fondo entre su

²¹⁷⁹ Por ejemplo, en Derecho de la competencia se destaca que el control de la ley aplicada por los árbitros al fondo de la controversia es realmente excepcional. La única posibilidad en éste sentido es a través de la noción del orden público, *cf.*, L. Idot, “Rapport Introductif...”, *op. cit.*, p. 277.

²¹⁸⁰ Muchos autores ven en la apreciación de esos errores por parte de los tribunales judiciales la vieja pugna tradicional entre la justicia judicial y la arbitral. Más aun, como una invitación a los tribunales judiciales para sustituir por medio de la denegación del laudo, lo ya juzgado por el árbitro. Caso, este último que, a todas luces, debe ser evitado en los supuestos en los que la excepción de orden público no lo encuentre justificado, *cf.*, J.M. Magee, “The Public Policy Exception to Judicial...”, *loc. cit.*, p. 467.

²¹⁸¹ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d’appel de París (1^a Ch., sect. C.)* de 5 de abril de 1990, *Soc. Courrèges Design c. Soc. André Courrèges*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, núm. 3, pp. 580-587; con nota de C. Kessedjian, *ibid.*, pp. 587-593, y de M.H. Synvet, *Rev. arb.*, 1992, núm. 1, p. 102, donde la aplicación por el árbitro de una norma de orden público había conducido en la práctica a una solución contraria a ese orden público.

²¹⁸² En éste sentido, para parte de la doctrina, se hace recomendable el control de revisión de fondo del asunto porque se impone una especial atención en la interpretación y la aplicación que hacen los árbitros de la normativa de orden público. En definitiva, parece imponerse la concepción maximalista del orden público en el procedimiento arbitral, que analizaremos en breve, *vid., infra*.

estricta formulación teórica y su laxitud práctica. Aunque, en teoría, no se permite que el juez estatal entre a revisar el fondo del laudo arbitral en ninguna de las modalidades de control, en la práctica, la excepción de orden público justifica que el órgano jurisdiccional intervenga en la evaluación de los laudos arbitrales relativos al Derecho de la competencia. El principio de prohibición se quiebra parcialmente a un doble nivel²¹⁸³. En el primero, el control de la arbitrabilidad del Derecho de la competencia, deberá verificar que la controversia es efectivamente arbitrable, art. V. 2 a) CNY. En el segundo nivel, el control de la aplicación del Derecho imperativo deberá examinar si los árbitros han aplicado correctamente el Derecho de la competencia²¹⁸⁴.

706. En contra, autores como B. Goldman critican la excepción a la prohibición de revisión a través del orden público. No hay necesidad de proceder a un control especial caracterizado por una mayor severidad en aquellas materias sensibles al orden público y a las normas internacionalmente imperativas como son las relativas al Derecho de la competencia. Si el laudo versa sobre una materia de orden público, como es ésta, se aconseja al árbitro que en la fundamentación del laudo proceda expresando, en primer lugar, simplemente que es consciente de que existe un problema de orden público que afecta al Derecho de la competencia, que ha examinado el problema y que finalmente lo ha resuelto²¹⁸⁵. Con estas premisas, el juez de control se debe dar por satisfecho, sin que sea necesario entrar a verificar nuevamente la problemática derivada del Derecho de la competencia ni proceder a contrastar cómo han resuelto los árbitros el problema. Esto es, el juez puede entrar a comprobar si se ha aplicado o no el Derecho de la competencia, el orden público o las normas materiales imperativas que versen sobre una determinada materia, pero no pueden entrar a comprobar cómo los árbitros la han aplicado²¹⁸⁶.

²¹⁸³ Según la jurisprudencia se observa como efectivamente sí existe un control de Derecho en materias relacionadas con el orden público, *cf.*, en este sentido, L. Idot, “Rapport Introductif. Judicial Control...”, *op. cit.*, pp. 273-282 y A. Prujiner, “Champ du contrôle du juge...”, *op. cit.*, pp. 283-293.

²¹⁸⁴ *Cf.*, L. Idot, *id.*, *ibid.*, p. 275.

²¹⁸⁵ *Cf.*, B. Goldman, “Conclusions”, *op. cit.*, pp. 331-341, esp. p. 338.

²¹⁸⁶ Prueba de ello, lo que ocurrió en el asunto *Mitsubishi*, donde cabe afirmar que lo único que compete al juez del exequátur es que el árbitro no ha olvidado aplicar las normas relativas al Derecho de la competencia. Lo que no implica que éstos tengan que comprobar que los árbitros han hecho o no una correcta aplicación del mismo, *cf.*, L. Idot, *id.*, *ibid.*, p. 279.

707. En definitiva, si para parte de la práctica y de la doctrina, el aumento de la liberalidad arbitral no implica el aumento del control judicial dado que ambos marchan de forma paralela²¹⁸⁷. Y, para otra, es precisamente el incremento de la liberalidad observada en las fases anteriores, sobre todo en la arbitrabilidad, la que provoca la necesidad de que el principio de prohibición de la revisión del fondo del asunto se rompa a favor de un control de hecho y de Derecho como precio que el arbitraje tiene que pagar por su autonomía, siendo entonces dicho control la contrapartida necesaria a la tendencia excesivamente liberalizadora en el arbitraje internacional²¹⁸⁸. Llegándose incluso a afirmar que el orden público es el antídoto que el arbitraje tiene que soportar como contrapeso a su evolución liberal²¹⁸⁹. La polémica que se plantea en el pulso final entre el orden público y el principio de prohibición está, pues, servida.

b) Conflicto de intereses en su apreciación

708. Tras un somero acercamiento teórico-práctico al principio de la prohibición de la revisión desde la perspectiva del orden público internacional, la cuestión central que se plantea surge a partir de cómo se puede conjugar dicho principio de prohibición con el aspecto garantista y necesario del orden público en la fase de control²¹⁹⁰. Contrastación que conlleva un conflicto de intereses en su apreciación. El principio de prohibición de la revisión del fondo del asunto, presente en la totalidad de los

²¹⁸⁷ “*Le libéralisme de l’arbitrage et le libéralisme du contrôle judiciaire marchent parallèlement*”, cf., B. Goldman, *id.*, *ibid.*, p. 339.

²¹⁸⁸ En contrapartida a la liberalidad observada en las anteriores fases del arbitraje el filtro que debe pasar el laudo arbitral internacional justifica el quebrantamiento de la prohibición de revisión del fondo del asunto, “*Ce contrôle, tant en fait qu’en droit est en effect la contrepartie nécessaire de l’attitude libérale...*”, cf., Ph. Fouchard, E. Gaillard, y B. Goldman, *Traité de l’arbitrage...*, *op. cit.*, p. 939, *vid.*, *supra.*, en la defensa de la necesidad del control del orden público en el arbitraje internacional. Aunque, en este punto tenemos que expresar la extrañeza que nos produce que B. Goldman, autor que se ha caracterizado por una firme defensa en contra de la amplitud de la acción del orden público en el principio de prohibición de la revisión de fondo del asunto, manifestándose por una visión del control muy restringida, en los últimos tiempos haya cambiado para suscribir la necesidad de un mayor control en la obra conjunta precitada.

²¹⁸⁹ Así lo afirma, E. Loquin, en la nota a la Sentencia de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 3 de junio de 1998, *A. c. X., Y. y Z.*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 78.

²¹⁹⁰ La cuestión razonable de la que se parte es la de cómo conjugar la prohibición de revisión de fondo con la necesidad de control del procedimiento arbitral en materias especialmente intervenidas por el orden público internacional y las normas materiales internacionalmente imperativas.

ordenamientos firmantes del CNY²¹⁹¹, no se adapta a las exigencias del control del orden público. Estos precisan que los órganos jurisdiccionales donde el laudo pretenda ser homologado o se presente con el propósito de ser anulado deberán verificar si se ha respetado y, en su caso, cómo se han aplicado las normas de importancia fundamental para el ordenamiento del cual el juez de control es el principal responsable y único guardián²¹⁹². El dilema que se vuelve a presentar es el de la liberalización *versus* el control, característica esencial de la descripción de la relación entre el orden público y el arbitraje privado internacional²¹⁹³.

709. De un lado, la prohibición de revisión de fondo del asunto garantiza el respeto al efecto de cosa juzgada del laudo sobre la base del respeto por lo decidido por el árbitro o árbitros en el procedimiento arbitral que han llevado a cabo²¹⁹⁴. De otro lado, es lógico que si hasta ahora se viene afirmando que el arbitraje se ha liberalizado provocando que el control se haya desplazado hasta el exequátur del laudo también se inste para que éste sea más exhaustivo²¹⁹⁵. Si se pretende un control de orden público íntegro huelga decir que éste deviene imposible al no poder controlar, el juez, aquello que tiene prohibido entrar a conocer. De lo contrario, si se da primacía a la prohibición de revisión de fondo, se garantiza el respeto a la autonomía de la institución arbitral dando sentido al funcionamiento del principio. Su falta de respeto podría provocar la desconfianza de las partes que recurren al arbitraje en la desnaturalización de la institución mediante una intervención judicial demasiado agresiva, y opuestamente, un control sumario del laudo puede fomentar la impunidad en los casos en que el arbitraje sea utilizado fraudulentamente para escapar de la aplicación de leyes de policía, normas

²¹⁹¹ De cuyo art. III, se deduce el principio de la prohibición de revisión: “*Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución...*”.

²¹⁹² Cf., A. Prujiner, “*Champ du contrôle du juge national...*”, *op. cit.*, p. 290.

²¹⁹³ Planteamiento que, por otra parte, nos viene acompañando en el desarrollo general del orden público en el arbitraje internacional a lo largo de todas las fases analizadas, *vid., supra.*, el planteamiento del referido dilema como elemento principal a destacar entre la tensión que produce el orden público entre la justicia pública y la privada. Por ejemplo, los apartados relativos a la problemática actual del orden público en el arbitraje internacional, Cap. I. IV, los referidos al orden público y la autonomía de la voluntad, en la tensión en el procedimiento arbitral, Cap. IV. I. 1, el resto de apartados allí indicados, etc.

²¹⁹⁴ *Vid., ibid.*, el art. III. CNY.

²¹⁹⁵ En Derecho de la competencia, L. Idot señala: “*Le contrôle est déplacé. A l’avenir, il devrait porter, moins sur l’arbitrabilité, que sur le respect par l’arbitre des règles de concurrence*”, *cf., ibid.*, p. 277. En la misma línea, las apreciaciones realizadas por, Ph. Fouchard, E. Gaillard, y B. Goldman, *Traité de l’arbitrage...*, *op. cit.*, p. 939.

imperativas y, en general, de un orden público que más tarde no podrá ser examinado si la prohibición aísla al arbitraje en la inviolabilidad de su autonomía²¹⁹⁶.

710. Es difícil aceptar confiar en la justicia privada la misión de protección del orden público sin verificar después el modo en que ésta ha desarrollado su misión²¹⁹⁷. La confianza exige ser continuamente alimentada y ello sólo se consigue con una adecuada verificación del control que puede sentirse importunada con la prohibición de la revisión del fondo²¹⁹⁸. La principal cuestión que nos concierne a este respecto es si la prohibición de revisión del fondo del asunto en los laudos arbitrales opera en toda su extensión cuando de laudos sospechosos de afectar al orden público se trata. Esto es, si en el propio laudo se observan errores o graves indicios de que el árbitro no ha tomado en consideración al orden público o normas que imperativamente debieran haber sido aplicadas a la controversia ello es causa suficiente para anular el laudo o denegar el exequátur, a partir de entrar a revisar el fondo del asunto para constatar en firme la actuación de los árbitros. O si, por otro lado, lo único que importa, independientemente de la aplicación o no por el árbitro del orden público que debiera haber sido aplicado o el error manifiesto del árbitro en la interpretación o en la calificación del contrato, debe ser que el resultado del laudo no viole el orden público del foro²¹⁹⁹.

711. En el primer caso, se permitiría una quiebra en la prohibición de la revisión. En el segundo, se otorga una mayor liberalidad a la actuación arbitral, lo que implica una mayor confianza en la misma. De hecho, ésta última acepción es la más fiel a los principios defendidos originariamente por la prohibición de revisión. Evitar que el juez pueda sancionar los errores de hecho y de derecho cometidos por el árbitro en la aplicación o inaplicación de los mismos por los árbitros. Principio que es el punto de inflexión entre la justicia pública y la privada. Donde radica hasta dónde llega la

²¹⁹⁶ La posibilidad de quebrar el principio de revisión a través del orden del público aporta mayores garantías derivadas de verificar el respeto del laudo arbitral con los intereses fundamentales de la sociedad comprendidos por el orden público, pero los inconvenientes son también evidentes, todos los relativos a la pérdida de autonomía de la institución de arbitraje.

²¹⁹⁷ Cf., A. Prujiner, "Champ du contrôle du juge national...", *op. cit.*, p. 287.

²¹⁹⁸ Cuando una decisión privada, como es un laudo arbitral, pretende ser integrada en un determinado sistema jurídico nacional con el fin de beneficiarse de la legitimidad que en caso de ser aceptada le ofrece el poder público, es lógico que éste último proceda a cotejar las condiciones de su aceptabilidad, cf., A. Prujiner, *id. loc.*, pp. 286-287.

²¹⁹⁹ *Vid., infra.*, en el apartado dedicado al control del resultado.

confianza en el arbitraje a través de los contornos entre el respeto que implica la prohibición de la revisión y el orden público²²⁰⁰. El conflicto de intereses en el que se entra plantea cómo es posible garantizar que exista un control eficaz del orden público sin permitir que las intervenciones judiciales entren a examinar los aspectos fundamentales donde efectivamente se puede verificar si ha existido vulneración o no del orden público internacional en el proceso arbitral. En definitiva, abrir hasta donde sea necesario las compuertas a la posibilidad de revisión del fondo del asunto sin que ello signifique desnaturalizar la institución arbitral²²⁰¹. Para ello, en primer lugar, tenemos que ver qué es lo que efectivamente se controla del laudo. Según se considere que el control es o no suficiente para garantizar el orden público se procederá a analizar las posibilidades más o menos amplias del control, en consonancia con la práctica al respecto.

2. ORDEN PÚBLICO EN EL CONTROL DE HECHO Y DE DERECHO DEL LAUDO: LA QUIEBRA DE LA PROHIBICIÓN

A) El control del resultado de la sentencia arbitral

a) *Modalidades de control*

712. El respeto del principio de prohibición de fondo del asunto ha llevado a afirmar que lo único que se controla del laudo es su resultado²²⁰². No se puede controlar ni el modo en que los árbitros han resuelto los hechos probados ni la calificación dada por los árbitros al contrato. Y, tampoco se puede contrastar el Derecho aplicado para

²²⁰⁰ Criterio muy difícil de equilibrar, puesto que por mucho que hayamos observado que los árbitros siguen, cada vez más, los métodos empleados por los jueces, por ejemplo, en la determinación del Derecho aplicable, *vid., supra.*, en la fase arbitral, Cap. IV. Y, a la inversa, sean altamente considerables los avances conseguidos en los procedimientos arbitrales de los que ahora toman ejemplo las instancias administrativas y jurisdiccionales para copiar fórmulas arbitrales, *vid.*, estas propuestas en las obras dispares de J. Rosa Montero, *El arbitraje administrativo*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, 138 pp, y de F.J. Calvo Gallego, *El arbitraje en las elecciones "sindicales"*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, 158 pp, reseñado por nosotros en la *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 398-401, y, pp. 384-386, respectivamente. El punto de inflexión entre uno y otro sistema de justicia sigue siendo el orden público.

²²⁰¹ En definitiva, es la grave disyuntiva de sopesar los límites de ambas formas de justicia, *cf.*, J.M. Magee, "The Public Policy Exception to Judicial Deferral...", *loc. cit.*, p. 480.

²²⁰² *Cf.*, P. Mayer, "La sentence contraire a l'ordre public au fond", *loc. cit.*, p. 638.

llegar al desenlace final alcanzado. Habiendo dado por sentado que lo que el juez controla del laudo es el resultado en él dictado²²⁰³, el análisis de la prohibición de la revisión del fondo del asunto implica observar hasta dónde llega el alcance de dicho control a través de las distintas formas de realizarlo en consideración con los elementos más o menos amplios que se tienen en cuenta para escrutarlo. En este sentido, cuando el órgano jurisdiccional procede a analizar la solución dada por la sentencia arbitral puede hacerlo básicamente de dos maneras. La primera, consiste en el entendimiento estricto del control, según el cual, el juez, lo único que deberá apreciar es aquello que resuelve el laudo controlando simplemente la parte dispositiva del mismo. La segunda, es una concepción más amplia, en la que los jueces deben prever y apreciar el resultado al que conducirá la sentencia arbitral²²⁰⁴.

713. La primera interpretación estricta del control es ampliamente criticada por la doctrina. El control de la parte dispositiva de la sentencia es un criterio de referencia considerado improcedente para establecer que ha existido una violación de orden público. En boca de J.B. Racine, la parte dispositiva es “neutra” en lo que respecta a la cláusula de reserva²²⁰⁵. Difícilmente disposiciones que se limitan a declarar la condena al pago de daños o intereses, la resolución de un determinado contrato o la ejecución de una obligación etc., pueden suponer en sí mismas una violación al orden público²²⁰⁶. Descartando esta modalidad, la segunda forma de control cuenta con más adeptos a la hora de comprobar si el “resultado” al que conduciría la ejecución del laudo arbitral internacional puede llegar a violar el orden público o una determinada norma

²²⁰³ *Vid., supra.*, en el epígrafe II núm. 1, del presente capítulo, dedicado a la valoración de la conformidad del laudo arbitral con el orden público del foro, donde se contrastó en la práctica y en la jurisprudencia la procedencia de entrar únicamente a controlar el resultado del laudo arbitral internacional, junto a la bibliografía y la jurisprudencia allí citadas.

²²⁰⁴ *Cf.*, J.B. Racine, *L'arbitrage commercial...*, *op. cit.*, p. 543.

²²⁰⁵ *Ibid.*, p. 544.

²²⁰⁶ Siguiendo en este punto a J.B. Racine en los ejemplos referidos. Si el laudo arbitral se limita a declarar una situación, por ejemplo que una empresa debe pagar a otra una determinada suma en concepto de indemnización, ¿cómo se puede apreciar la vulneración al orden público en esa única declaración?. Únicamente aquellos tipos de condenas en las que se impusiera una condena penal o una carga de por vida, las denominadas “cargas perpetuas”, serían en sí mismas contrarias al orden público, *id., ibid.*, p. 544. En conclusión, si el control del laudo arbitral se limita a su parte dispositiva es realmente difícil descubrir si se ha violado o no el orden público. Críticas igualmente compartidas tomando como referencia a este autor, por E. Loquin, en las observaciones a la Sent. de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 3 de junio de 1998, *A. c. X, Y. y Z.*, *loc. cit.*, pp. 71-79, esp. p. 76.

internacionalmente imperativa, sin implicar un control de la motivación de la sentencia arbitral.

714. El órgano jurisdiccional deberá únicamente apreciar si los resultados de la ejecución del laudo arbitral son susceptibles de violar las normas internacionalmente imperativas y el orden público internacional de su sistema jurídico. Siendo ésta la única manera posible que tiene de cumplir su misión sin amenazar la integridad del arbitraje internacional, esto es, sin entrar a revisar el fondo del asunto a través de un control de hecho y de Derecho del laudo arbitral²²⁰⁷. Por ejemplo, en el Derecho de la competencia, no se exige al árbitro que haya aplicado correctamente tal normativa, lo que se persigue es que el resultado de la sentencia arbitral no choque con el orden público internacional del foro donde deba hacer valer sus efectos²²⁰⁸. Aunque la interpretación dada por el Tribunal arbitral no esté de acuerdo formalmente con la ortodoxia jurídica, o la ausencia de la misma, ello no implica su rechazo que sólo sería posible si efectivamente el resultado fuera contrario al orden público internacional, dado que lo único que se puede controlar son las consecuencias que ese resultado puede acarrear al orden público internacional del ordenamiento estatal por él afectado²²⁰⁹.

b) Arbitraje de Derecho y de Equidad: motivación del laudo arbitral

715. La consecuencia primigenia de limitar el control al resultado del laudo en estricto respeto del principio de prohibición implica a su vez rechazar el examen de su motivación. Como línea de principio el control de la sentencia arbitral no puede versar sobre los errores observados en la motivación, tanto si son de hecho, por un error en la calificación del contrato, como si son de Derecho, por el fallo en la aplicación de una norma de orden público o la ausencia de su aplicación. No se puede entrar a examinar la exactitud de la motivación de la sentencia con el orden público. La contrariedad de la

²²⁰⁷ Cf., A. Prujiner, “Champ du contrôle du juge national...”, *op. cit.*, p. 291.

²²⁰⁸ Tanto en los asuntos *Mitsubishi* como en el asunto de los *Grands Moulins de Strasbourg*, se concretó que el juez de control no sancionó que el árbitro no hubiese aplicado correctamente la parte dispositiva relativa al Derecho de la competencia sino los efectos del laudo en un sistema jurídico determinado, cf., A. Prujiner, *ibid.*, *op. cit.*, pp. 288 y 291, y también, L. Idot, “Rapport introductif. Judicial Control...”, *op. cit.*, p. 279.

motivación de un laudo arbitral internacional al orden público del foro, o la ausencia de motivación de una sentencia arbitral internacional cuando ésta es exigida en el país donde se decide el recurso de anulación o la concesión o no del exequátur, no es causa suficiente para conceder la anulación o denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo.

716. No obstante, en muchas ocasiones se observa como los jueces y Tribunales estatales sí se detienen efectivamente en el análisis de la motivación de los laudos arbitrales internacionales. Actitud que, *prima facie*, llama a hacer una distinción entre los arbitrajes de Derecho y los decididos en equidad. Mientras que los primeros, como es sabido, requieren la motivación, aun sin ser ésta una exigencia que se dé por igual en todos los ordenamientos jurídicos²²¹⁰. Los arbitrajes de equidad en ningún caso exigen ser motivados. Claro está que ello no debe ser un factor indicativo de que en todo arbitraje de equidad los jueces deberán entrar a conocer el fondo del asunto y los motivos que han llevado a los árbitros a tomar una determinada decisión porque ello constituiría una clara violación de la confianza cedida en la justicia privada y del principio de prohibición de la revisión.

717. Ahora bien, cuando de normas imperativas y materias de orden público se trata una exigencia común debe ser destacada. Y es que aunque los árbitros decidan en equidad éstos no están dispensados de respetar el orden público, las leyes imperativas o de policía que versen sobre la materia controvertida²²¹¹. La decisión en equidad no exime del cumplimiento del orden público ni de las disposiciones internacionalmente imperativas²²¹². Si la ausencia de motivación afecta por igual tanto a los arbitrajes de

²²⁰⁹ Cf., *ibid.*, pp. 288-292.

²²¹⁰ Como, por ejemplo, en los sistemas anglosajones y en el Derecho alemán donde ni siquiera en el arbitraje de Derecho la motivación es requerida. A diferencia de nuestro ordenamiento donde sí es obligatoria la motivación para las sentencias arbitrales internas en el arbitraje es de Derecho, art. 32. 2 LA, no así, en el arbitraje internacional donde se exime de ésta exigencia si conforme a la ley en la que el laudo ha sido dictado la motivación allí no es exigida, *vid., supra.*, en el epígrafe anterior, la distinción de la motivación en el mimetismo del orden público en su aplicación.

²²¹¹ cf., L. Idot, "Rapport Introductif. Judicial Control...", *op. cit.*, p. 277.

²²¹² A pesar de que el árbitro haya decidido en equidad si éste ha descuidado aplicar una ley de policía o de orden público que debiera haber sido aplicada la sentencia podrá ser anulada o no ejecutada, cf., P. Mayer, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, p. 624. *Vid.*, también, sobre la decisión en equidad confirmando lo expuesto, el libro de hojas móviles de G.M. Wilner, *Domke on Commercial Arbitration*, New York, Clark Boardman Callaghan, 1993, pp. 286-480, esp. p. 471 y Th. Oehmke, *International Arbitration*, New York, Clark Boardman Callaghan, 1990, p. 354.

Derecho, en los ordenamientos en los que no se exige la misma, como a los arbitrajes de equidad, en los que la motivación nunca es exigida, no hay razón para justificar, en ningún caso, la inaplicación del orden público y de la normativa imperativa, que conduzca a un resultado arbitral susceptible de vulnerar el orden público²²¹³. Todo apunta a que las formas de control más o menos respetuosas con el principio de la prohibición de revisión no ofrecen las suficientes garantías.

718. Ciertamente es realmente complejo poder llegar a detectar la ilicitud del laudo o la existencia de algún aspecto oscuro o encubierto que pueda afectar al orden público a través de una simple revisión de la sentencia arbitral centrada únicamente en el resultado por ella dictado. Ante un control muy somero del laudo el componente amenazador del control pierde su sentido. Si el orden público no se controlase a fondo, la institución de arbitraje correría el riesgo de convertirse en un instrumento demasiado apetecible para vencer las tentaciones de utilizarlo para evadir las normas imperativas internacionales y los molestos ordenes públicos de los Estados recurriendo al fraude. Las modalidades de control apegadas al principio de prohibición son incompletas y adolecen de fallos. Un seguimiento estricto del principio de prohibición de revisión del fondo del asunto que prohíbe que el juez del exequátur entre a indagar en lo decidido por el árbitro impone que el primero se limite a constatar la validez formal del laudo arbitral internacional y la ausencia de contrariedad evidente con el orden público internacional.

719. Si el control es “de pasada” o “por encima”, sin prestar una excesiva atención a cualquier otro factor susceptible de fallo o mejora que los dos requisitos aludidos, se hace realmente difícil descubrir “de manera evidente” la contrariedad del laudo arbitral con el orden público internacional. Es excepcionalmente raro que en el propio resultado se llegue a comprobar la contrariedad de la sentencia arbitral con el orden público internacional. Uno de los extraños casos en los que el juez de control llegó así a constatarla se dio en la Sent. de 2 de febrero de 1996, *Société Intertradex*

²²¹³ Por ejemplo, en una materia de Derecho de la competencia si el árbitro dicta un laudo en el cual no se observa la aplicación de la normativa imperativa ni de las leyes de policía de obligatoria aplicación en el Derecho de la competencia, el juez se debe plantear si dicha ausencia es constitutiva de una violación al orden público que justifique la anulación o la denegación del exequátur del laudo, pudiendo entrar a conocer el fondo del asunto, *id.*, *ibid.*, pp. 624-625.

*France c. Société Romanian Shipping Company*²²¹⁴. Asunto donde debiendo haber sido aplicada la regla de suspensión de persecución individual de los quebrados en un procedimiento de quiebra y habiendo sido claramente desconocida dicha regla en el laudo, el juez estimó denegar el exequátur por no haberse contemplado un principio fundamental de los procedimientos colectivos, considerado de orden público internacional²²¹⁵.

720. Lo habitual, no obstante es que la vulneración al orden público no sea tan flagrante. Si de un causa de corrupción o de verdadera vulneración del orden público se tratara, es presumible que el juez privado puede recurrir a diversas técnicas para no ser descubierto. Si el árbitro internacional sabe que su laudo arbitral va a ser revisado de una manera tan somera, éstos serían los primeros que recurrirían a técnicas para dar un “lavado de cara” al laudo y no despertar las sospechas de que el orden público ha sido violado. Pongamos por caso, que el árbitro conoce que en los arbitrajes de Derecho los jueces se fijan exclusivamente en la motivación. El truco para obviar el control estaría en falsear dicha motivación a riesgo, claro está, de incurrir en una grave responsabilidad civil, e incluso penal, del propio árbitro²²¹⁶. Lo importante es que si nos atenemos a la motivación del laudo ello permitiría saber las normas que han sido aplicadas y viceversa, posibilitaría al juez del control conocer aquellas normas que no lo han sido. Por lo tanto, si se tratase de una materia “delicada” para el orden público, el juez podrá conocer si se han dejado de aplicar las normas imperativas y sin necesidad de entrar en el fondo del asunto se podría salvar la situación de control, simplemente ateniéndose a la motivación.

²²¹⁴ *Vid.*, la Sent. del Tribunal de Grande Instance de París (ord. réf.) de 2 de febrero de 1996, *Société Intertradex France c. Société Romanian Shipping Company*, *Rev. arb.*, 1998, núm. 3, pp. 577-578.

²²¹⁵ En los procedimientos colectivos al haber desconocido la norma de igualdad entre acreedores y deudores en el propio laudo se estaba violando el orden público internacional del Derecho de la quiebra, *vid.*, el comentario de Ph. Fouchard a la citada sentencia, “Arbitrage et faillite”, *Rev. arb.*, 1998, núm. 3, p. 471, sobre la contrariedad en el propio resultado del laudo al orden público internacional. Junto a los interesantes comentarios de J.B. Racine, a este respecto, en relación con la contrariedad de los principios elementales de la quiebra y los procedimientos colectivos al orden público internacional como causas de anulación o de rechazo al exequátur de una sentencia arbitral internacional, *vid.*, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 499-505.

²²¹⁶ Cuando el control versa sobre la buena o la mala aplicación por el árbitro de una norma de orden público. Si el árbitro la ha aplicado mal se le puede sancionar, *cf.*, *ibid.*, p. 551.

721. Solución que plantea dos problemas claros. Uno, que ello llevaría a que el árbitro simplemente fuera cuidadoso con la motivación. Si el árbitro tiene una especial diligencia a la hora de motivar el laudo de Derecho, e incluso el de equidad, es muy probable que simplemente gracias a ello, evite cualquier intento de anulación o falta de reconocimiento y ejecución del laudo²²¹⁷. A efectos prácticos, las exigencias de tal control nos haría volver a retomar el suprimido recurso al laudo de derecho por infracción de ley o doctrina legal²²¹⁸. De forma que, aunque se haya suprimido esta teoría de la norma positiva, en la práctica, se reconoce la misma idea a través del recurso al orden público por infracción o no aplicación de una norma de Derecho. La prohibición de revisión de hecho y de Derecho serviría así para denunciar la ficción de suprimir legislativamente una forma de control del laudo arbitral que en la práctica y con carácter excepcional para el orden público sí sigue siendo efectiva²²¹⁹.

722. Las respuestas, en este sentido, han venido del lado de la práctica, donde encontramos que existe una dualidad de corrientes jurisprudenciales que se oponen en sus premisas, dando lugar a dos tipos de doctrinas. De un lado, las posturas a favor del cumplimiento estricto del principio de prohibición de la revisión acogido por las posturas minimalistas. De otro lado, las posturas a favor de la excepción del orden público sobre el principio de prohibición que destaca las posturas maximalistas del control²²²⁰. Supuestos que se pueden englobar a su vez en dos categorías que subsumen el contenido del orden público en cuanto a la revisión del fondo del asunto que se puede hacer del mismo. La primera, una visión expansiva del orden público que utilizado en el

²²¹⁷ El juez de control no debe detenerse exhaustivamente en la motivación de la sentencia en el caso en que ésta existiera, cosa que ocurre, por otra parte, en la mayoría de los supuestos analizados. Ya que se ha manifestado que casi la totalidad de las sentencias arbitrales, aun decidiendo en equidad, suelen ser motivadas, *vid., supra.*, en el recurso de anulación y los comentarios relativos a la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª), de lo Civil, de 27 de abril de 1998, con nota de E. Artuch Iriberry, *loc. cit.*, pp. 192-199.

²²¹⁸ En nuestro ordenamiento, *vid.*, las críticas vertidas cuando el recurso por infracción de Derecho fue suprimido, manifestadas por M. Albadalejo García, “La ominiosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de derecho que infrinje las normas debidas a aplicar”, *op. cit.*, p. 172 .

²²¹⁹ Exclusivamente, en los casos en los que la infracción del Derecho o de la doctrina legal sea tan considerable que el propio laudo sea considerado contrario al orden público se permitirá el control del Derecho aplicado, *cf.*, L. de Angulo Rodríguez, “El arbitraje en las vigentes leyes de contrato de seguro y de ordenación y supervisión de los seguros privados”, *RES*, núm. 93, 1998, pp. 9-32, esp., p. 27.

²²²⁰ Dualidad de acepciones recogidas de uno de los últimos comentarios jurisprudenciales en este sentido, *cf.*, el comentario de E. Loquin a la Sent. de la *Cour de cassation (1º Ch. C)* de 3 de junio de 1998, A. c. X., Y. y Z., *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 71-74, esp. p. 75, referido a la dualidad de acepciones

reconocimiento o bien anteriormente para la anulación de laudos arbitrales, puedan ir contra el laudo arbitral en base a la salvaguarda del bienestar social, costumbres y valores de la sociedad²²²¹. La segunda, una visión estricta del orden público, por la que sólo se puede anular el laudo arbitral si el laudo en sí mismo es ilícito o encubre una conducta ilícita²²²². No se pretende negar una doctrina a costa de la otra, sino plantear, siendo las dos necesarias, cuál es la que debe prevalecer en los supuestos en que los casos problemáticos de orden público impliquen la elección entre las dos. Se partirá del seguimiento del control sobre la base del respeto del principio de prohibición, como hasta ahora viene siendo demostrado, para observar las posibles vulneraciones que respecto al orden público se pueden derivar si lo único que se controla es el resultado del laudo arbitral internacional cuando ello resulta insuficiente para detectar su contrariedad con el orden público internacional.

B) Extensión del orden público en el principio de prohibición

a) *Concepción minimalista*

723. La concepción minimalista del orden público por el juez de control se inclina a favor del cumplimiento estricto del principio de prohibición, negando la posibilidad del control de hecho y de Derecho del laudo arbitral internacional y controlando únicamente lo decidido en la sentencia arbitral²²²³. Sólo si el resultado de la

maximalistas y minimalistas que la jurisprudencia hace del orden público en el principio de prohibición de revisión del fondo del asunto.

²²²¹ La acepción expansiva, extensa o amplia de la excepción de orden público fue típica de la jurisprudencia norteamericana de los años ochenta. Tal excepción amplia consiste simplemente en que si un laudo arbitral viola un orden público bien definido, “*a well defined public policy*”, los tribunales federales tienen el deber de no ejecutar ese laudo y pueden entrar a conocer el fondo del asunto. La perspectiva tradicional del orden público lo identifica con la violación de una determinada ley, *vid.*, entre otros, los casos, *American Postal Workers Union v. United Postal Serv.*, 789 F. 2nd 1 (D.C. Circ. 1986). Para un estudio de la historia judicial norteamericana sobre decisiones judiciales relativas a la anulación de laudos arbitrales por motivos de orden público, *vid.*, J.M. Magee, “The Public Policy Exception...”, *loc. cit.*, pp. 466-470.

²²²² *Vid.*, dos ejemplos de ambas concepciones del orden público. La concepción amplia en base a la cual el laudo fue anulado, en *United States Postal Service v. American Postal Workers*, 736 F2d 822, 1984; y la visión estricta, donde el laudo fue ejecutado, en *Northwest Airlines v. Air Lane Pilots Ass’n*, 808 F2d 76, 1987, 1988, *vid.*, E. Nowikoski, “Public Policy Exception...”, *loc. cit.*, p. 630.

²²²³ *Cf.*, la concepción minimalista del control en las observaciones de E. Loquin a la Sent. de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 3 de junio de 1998, A. c. X, Y. y Z., *id. cit.*, p. 75.

sentencia arbitral internacional entra en contrariedad con el orden público del lugar, se podrá proceder a la anulación del laudo o al rechazo del exequátur²²²⁴. La incorrecta aplicación de una norma de orden público, su inaplicación, o el error en la calificación de la controversia, no entrañan por sí mismas la contrariedad del laudo arbitral con el orden público del foro, si con ello no se vulneran los valores y principios fundamentales del foro donde la sentencia vaya a desplegar sus efectos.

724. Un supuesto original, en cuanto a la mezcla de los elementos de Derecho público y privado que contiene, nos sirve de ejemplo para comprobar cómo aunque un árbitro no aplique una norma de orden público²²²⁵, ello no implica que el laudo deba ser anulado por contrariedad al orden público del foro²²²⁶. En concreto, nos referimos al caso *Misco*²²²⁷, que tuvo la virtualidad de ser el primero en que en los EEUU se procuró delimitar, por un lado, la excepción de orden público en el arbitraje con el objetivo de acabar con el amplio concepto que se tenía del mismo. Y, por el otro lado, nos facilitará examinar hasta dónde pueden llegar los Tribunales en el examen de

²²²⁴ Criterios que tienen que ver a la par con el principio de prohibición de fondo del asunto más allá del resultado de la propia sentencia arbitral y con la consideración del orden público interno e internacional para estimar cuándo se entiende que el orden público ha conculcado los principales valores de orden público del ordenamiento concernido. Tampoco se puede entrar a controlar el laudo en ausencia de motivación o si estando éste motivado falta en la misma la referencia específica a una normativa de orden público que debiera haberse aplicado, *cf.*, J.B. Racine, *op. cit.*, p. 539.

²²²⁵ Norma de orden público de tal envergadura como una normativa imperativa contraria a la posesión y consumo de drogas en un país como EEUU. Indiscutiblemente la inclusión de dicha normativa no deja lugar a dudas de su carácter de orden público interno e internacional. En concreto, aquí se refiere al orden público concretado en la Ley de Lousiana en contra de la posesión de marihuana, y en contra del orden público definido en el Reglamento de los Trabajadores, contrario a la introducción de drogas en el lugar de trabajo, *cf.*, J.M. Magee, "The Public Policy Exception...", *loc. cit.*, p. 484.

²²²⁶ En este caso la ausencia de referencia a dicha normativa en el Derecho aplicado por el árbitro y la excusa de incidencia que ello tuvo en el resultado del laudo provocó que éste no se considerara contrario al orden público y, a pesar de las características del caso, el laudo no fue anulado.

²²²⁷ *Vid.*, *United Paperworkers Int'l Union v. Misco, Inc.*, de 1 de diciembre de 1987, 108 S. Ct. 364 (1987), comentado, entre otros, por J.E. Dunsford, "The Judicial Doctrine of Public Policy: Misco Reviewed", *Labor L.*, núm. 4, 1988, pp. 669-681; J. Parker, "Judicial Review of Labor arbitration awards: *Misco* and its Impact on the Public Policy Exception", *Labor L.*, 1988, núm. 4, pp. 683-714; M.A. Bedikian, "Riding on the Horns of a Dilemma: The Law of contract v. Public policy in the Enforcement of Labor Arbitral Awards", *Detroit Coll. L.R.*, 1988, pp. 692-720; H.T. Edwards, "Judicial Review of Labor Arbitration Awards: The Clash between the Public Policy Exception and the Duty to Bargain", *Chicago Kent L.R.*, 1988, vol. 64, pp. 3-34; CH. Hexter, "Judicial Review of Labor Arbitration Awards: How the Public Policy Exception Cases Ignore the Public Policies Underlying Labor Arbitration", *Saint Louis Un. L. J.*, vol. 34, 1990, pp. 77-107. Supuesto muy controvertido en la jurisprudencia norteamericana donde se discutió la excepción del orden público como motivo de anulación de laudos dictados en un arbitraje laboral.

los laudos arbitrales, en la definición de la propia extensión del principio de la prohibición de la revisión²²²⁸.

725. Los hechos a los que se refiere el caso, sumariamente son los siguientes. El demandado, I. Cooper, era un empleado que trabajaba en una planta industrial de conversión de papel como encargado de una máquina de rebobinado giratoria. En el *break* de su jornada laboral fue visto en compañía de otros dos trabajadores en un coche donde la policía encontró en un registro efectuado posteriormente un pequeño cigarro de marihuana junto a una pequeña maleta en el asiento trasero que también contenía la citada hierba. La Compañía para la que trabajaba, *Misco Ind.*, despidió al trabajador, porque había sido visto fumando en el coche, aun sin tener pruebas de que era lo que estaba fumando. La razón principal de la acusación era la violación de las normas de la Compañía contrarias a la posesión de drogas en el lugar de trabajo. El caso fue llevado a arbitraje donde debía decidirse si el despido era o no procedente y en su caso restituir al trabajador a su puesto de trabajo. Ante un examen en profundidad de los hechos narrados el árbitro concluyó que *Misco* no tenía pruebas de que el trabajador había violado las reglas de la Compañía en contra de la posesión o el consumo de sustancias prohibidas en el lugar de trabajo y le restituyó en su puesto con el reintegro del sueldo correspondiente a los ocho meses en los que había sido despedido y la protección del derecho a renovar el contrato de trabajo. El juez privado estimó que se habían violado los derechos fundamentales de protección al trabajador y que la Compañía no podía anular su contrato de trabajo en base a meros “indicios” de ilegalidad, ya que las pruebas encontradas en el coche, como “lugar de trabajo”, eran inconsistentes²²²⁹.

²²²⁸ El efecto de esta decisión, punto de referencia en el análisis de la cláusula de orden público frente a la prohibición judicial de revisión del fondo del asunto, pretendió definir la excepción de orden público restringiéndola a un sentido muy limitado en consonancia con que los jueces y tribunales estatales no la utilicen con carácter amplio que les sirva de excusa para entrar a conocer ampliamente el fondo del asunto decidido en las controversias arbitrales, *vid.*, M.T. Roebker, "Public policy Exception to the General Rule of Judicial Deference to Labor Arbitration Awards", *Un. Cincinnati L.R.*, 1988/89, vol. 57, pp. 819-846.

²²²⁹ Evidentemente el supuesto plantea claros problemas en atención al tipo de arbitraje laboral norteamericano antes criticado por ser en muchos casos forzoso, y las cuestiones problemáticas en cuanto a la arbitrabilidad que se derivan del caso, *vid.*, *supra.*, Cap. III. IV. Se debe destacar, que lejos de entrar en una discusión sobre los hechos de carácter eminentemente público narrados, y las complejas delimitaciones entre los principios de orden público de Derecho público y de Derecho privado, sumado a los problemas de delimitación en la consideración de arbitraje interno o internacional del supuesto encausado, las causas principales que nos llevan a estudiarlo derivan de la claridad de planteamientos en cuanto a la excepción de orden público y la prohibición de revisión del fondo del asunto como aspectos

726. El *Fifth Circuit*, anuló el laudo arbitral al considerar que la opinión del árbitro de curiosa, caprichosa e incomprensible. Las diatribas contra el laudo arbitral llegaron hasta el punto de justificar el desliz del laudo arbitral porque el arbitraje era de equidad y “se notaba” que el laudo no había sido dictado en Derecho, ni tampoco por un ingeniero especializado²²³⁰. El árbitro, en un arbitraje laboral, sólo tiene capacidad para decidir si la negociación colectiva ha sido violada, no para valorar posibles conductas criminales o penales del demandado que entrarían dentro de consideraciones de Derecho público que no pueden ser decididas mediante arbitraje privado. Si considerara que la conducta está dentro de un ilícito penal debería declinar su competencia a favor de los tribunales judiciales²²³¹. Sin embargo, finalmente el Tribunal Supremo reconoció que el *Fifth Circuit*, se precipitó al argumentar la violación con el orden público, porque el tribunal judicial no está autorizado a reconsiderar las circunstancias del caso, aún cuando el laudo arbitral descansara “*en errores de hecho o en una mala interpretación del contrato*”. El Tribunal Supremo, en definitiva, lo que hizo fue recordar la prohibición de revisión de fondo del asunto del laudo arbitral²²³².

más destacables, que son únicamente los que aquí nos interesan y en los cuales centramos nuestro análisis.

²²³⁰ Lo cual denotaba una evidente falta de respeto al arbitraje de equidad y a las propias partes enfrentadas en la controversia, que libremente habían elegido, nominal y expresamente, a ese árbitro en una cláusula compromisoria inserta en el convenio colectivo, *vid.*, J.M. Magee, “The Public Policy Exception...”, *loc. cit.*, p. 485.

²²³¹ Así, la mayoría de los casos analizados en EEUU, sobre arbitrajes laborales tratan sobre lo que en la doctrina norteamericana se denomina “*impaired workers*”. Se utiliza dicho término traducido a “trabajador dañado o perjudicado”, para describir a aquellos empleados, consumidores de alcohol, drogas u otras sustancias ilegales, que han sido despedidos por los empresarios como resultado de observar en el lugar de trabajo conductas erróneas o imprudentes, *cf.*, A.J. Berlowe, “Judicial Deference to Grievance Arbitration...”, *loc. cit.*, p. 773. La excepción de orden público suele ser siempre aquí utilizada cuando como resultado de un laudo arbitral el árbitro restituye a los trabajadores, “*impaired workers*”, a su lugar de trabajo y la Compañía, no conforme con la decisión arbitral pretende la anulación del laudo en sede judicial. Aquí, los jueces, no tienen como referencia el convenio colectivo, que sí ha sido aplicable por el árbitro, sino el interés público. Extremen la vigilancia del orden público en estos supuestos porque el comportamiento “irresponsable” o “imprudente” de estos trabajadores puede constituir la base de un ilícito penal, o su conducta, al consumir sustancias prohibidas o drogas, puede ser tan bien ilegal. En suma, se considera que pueden atentar contra el orden público de la comunidad. Claramente aquí se identifica el concepto de orden público con la ilegalidad. Un tribunal puede rechazar la ejecución de un laudo arbitral que ha sido rendido en un procedimiento de negociación colectiva cuando el laudo en sí mismo es contrario al orden público porque viola una disposición positiva o supone una conducta ilícita por el empleado, *cf.* E. Nowikoski, “Public Policy Exception to the Enforcement...”, *loc. cit.*, p. 630.

²²³² *Vid.*, aquí lo apuntado por I. Fadlallah, “L'ordre public...”, *op. cit.*, pp. 369-430, en el punto 671.

727. Se afirma que las partes al aceptar la cláusula de sumisión al arbitraje, sometiendo su conflicto laboral individual a un árbitro elegido por ellas, aceptan automáticamente someterse a la visión que el árbitro tenga de los hechos y del significado del contrato²²³³. Algo así, como “Quién se somete a arbitraje también se somete a los errores que pudiese cometer el árbitro, es su riesgo y tiene que asumirlo”. Idea propia de la doctrina norteamericana expuesta por B. Goldman y H.M. Holtzmann, que reivindican el Derecho de árbitro a equivocarse. “*The right to be wrong*”, sin posibilidad de condena en las obligaciones de hacer contraídas por el árbitro en la cláusula compromisoria²²³⁴. El árbitro al igual que el juez tiene Derecho a errar y no por ello se debe anular o denegar la homologación del laudo dictado²²³⁵. Se admiten los fallos del árbitro en el Derecho aplicable y en la calificación del contrato. Únicamente si los errores de Derecho o una inadecuada interpretación en la calificación del contrato implica una contrariedad contra el orden público, el laudo deberá ser anulado²²³⁶.

728. En *Misco* se puso de manifiesto el abuso de la excepción de orden público en el que “todo cabe”, porque sus límites están mal definidos, y la justificación que ello comporta para entrar a conocer el fondo del asunto²²³⁷. En primer lugar, se reitera que los tribunales no pueden reconsiderar los méritos del laudo aun si consideran que el árbitro ha caído en un error o en una mala interpretación del contrato. En segundo lugar,

²²³³ *Vid.*, a este respecto los casos comentados por L.A. Tribble, "Vacating arbitrators' Award Under the Public Policy Exceptions: Are Courts Second-Guessing Arbitrators' Decisions?", *Villanova L.R.*, vol. 38, 1993, pp. 1051-1086.

²²³⁴ Trasunto de B.M. Cremades, en las interesantes reflexiones que realiza en materia de responsabilidad: “*No sería correcto replantear temas de fondo decididos por la puerta falsa de enjuiciar si, en el ejercicio de sus funciones, incurrieron o no en responsabilidad personal. Sin embargo, debe quedar muy claro que los árbitros han adquirido unos compromisos y que por lo tanto pueden contraer una responsabilidad contractual y por supuesto “ex delicto” por el ejercicio no correcto de sus funciones arbitrales*”, *cf.*, “El arbitraje en el siglo XXI”, *loc. cit.*, p. 1187.

²²³⁵ En palabras de H.M. Holtzmann, “*L’arbitre a le droit de se tromper*”, *Rapport*: “Powers and Duties of Arbitrators”, *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, pp. 227-250, esp. pp. 249-250. Completado por B. Goldman, al destacar que si bien no nos debe extrañar que el árbitro como ser humano que es, alguna vez se equivoque ello no justifica que sólo por ello se anule o no se ejecute su sentencia. Únicamente si la equivocación o el error es de tal magnitud que con ella se puede violar el orden público, ello dará lugar al rechazo del laudo arbitral, *cf.*, “Conclusions”, *op. cit.*, pp. 331-341, esp. p. 338.

²²³⁶ El Tribunal Supremo, lo que vino a decir es que el *Fifth Circuit* no podía rechazar el laudo amparándose en el orden público, simplemente por no estar de acuerdo con la decisión arbitral por incurrir en “graves errores”, al no haber tenido en cuenta las leyes del Estado de Louisiana, porque no conoce el Derecho, ya que ello es una falta de respeto al arbitraje de equidad cuya única misión en un arbitraje laboral es ver la conveniencia o no del supuesto con el convenio colectivo, *cf.*, J. Parker, “Judicial Review of Labor Arbitration...”, *loc. cit.*, pp. 683-714, esp. p. 713.

²²³⁷ *Vid.*, J.M. Magee, “The Public Policy Exception to...”, *loc. cit.*, pp. 486-487.

el orden público es “averiguado” por referencia a las leyes y precedentes legales y no a consideraciones generales basadas en “supuestos” intereses públicos. La excepción de orden público sólo debería ser alegada para anular un laudo arbitral cuando exista un orden público bien definido y dominante y no basado en consideraciones generales o en un supuesto interés público²²³⁸. El árbitro es el único legitimado para interpretar el contrato y al conferirle éste poder se ha de estar también a los propios errores que se deriven de dicha interpretación. No hay cabida para los argumentos de los Tribunales que rechazan un laudo únicamente porque discrepan de las interpretaciones dadas por los árbitros a la controversia. El juez no puede entrar a enjuiciar el fondo del asunto y es seguro que si entrara a conocerlo la interpretación que haría, al provenir de otra forma de justicia probablemente sería distinta a la del árbitro. Aspecto en el que nos manifestamos conformes, siempre y cuando, el error o la mala interpretación que de la controversia pudiera hacer un árbitro no afectase negativamente al orden público internacional²²³⁹.

729. Por supuesto, si el resultado del laudo es ilícito el tribunal si podrá anular el laudo arbitral si observa que la conducta ha sido deshonesto o fraudulenta. Es decir, el tribunal no debe ampararse en consideraciones generales para así anular o no reconocer un laudo arbitral sino que debe mostrar y especificar claramente, cuál sería la “*policy*”, o el orden público que sería violado si ese laudo fuera ejecutado²²⁴⁰. Lo fundamental es restringir la expansión de la excepción del orden público para anular los laudos

²²³⁸ Cf., E. Nowikoski, “Public Policy Exception...”, *loc. cit.*, p. 627. En cuanto a la conceptualización del orden público, en primer lugar, en este caso se pretendió dar definición y los límites del orden público en un arbitraje laboral, y si tal conceptualización se podía extender a una definición del orden público como motivo de anulación de los laudos arbitrales en general, *vid.*, J.E. Dunsford, “The Judicial Doctrine of Public Policy...”, *loc. cit.*, pp. 669-681. Al ser el orden público un concepto indeterminado y de difícil precisión, el tribunal que decide el mismo lo reinterpreta una y otra vez, más amplia o más restrictivamente, según cada caso concreto. El orden público es diferente a la ley positiva, ya sea de policía o de intervención, “debe ser averiguado”, por referencia a la ley y a los precedentes legales. Así, como hemos afirmado, el orden público no se define sino que se redefine una y otra vez en cada una de las actuaciones judiciales en las que los jueces y tribunales estatales a través de las modalidades de control deben comprobar la contrariedad del laudo arbitral con su sistema fundamental, *cf.*, A.J. Berlowe, “Judicial Deference to Grievance Arbitration in the Private Sector...”, *loc. cit.*, p. 802, y *vid.*, *supra.*, Cap. I, la delimitación conceptual del orden público.

²²³⁹ Como dijimos, no se trata de negar tajantemente una doctrina a costa de la otra. Las dos tienen aspectos que deben salvarse. El problema se da en la situación límite en que el orden público exige la ruptura de los planteamientos más significativos en uno y en otro caso.

²²⁴⁰ *Vid.*, J.M. Magee, “The Public Policy Exception...”, *loc. cit.*, pp. 491-492.

arbitrales lo que implica restringir también la expansión de la quiebra del principio de prohibición de revisión del fondo del asunto²²⁴¹.

730. En la jurisprudencia, aparte, entre otros, de los casos *Misco* y *Mitsubishi*, característicos de la práctica norteamericana, la solución minimalista del control fue sentada en la jurisprudencia francesa en el asunto *Sica Veradour*²²⁴². El juez de control no puede entrar a conocer la calificación que los árbitros hayan dado al contrato, aún en el caso de que hubiera un error manifiesto en dicha calificación a no ser que el resultado del laudo contravenga al orden público²²⁴³. Argumentación que con posterioridad fue adoptada, entre otras por numerosa jurisprudencia de entre las que destacan, entre otras, la Sent. de 27 de octubre de 1994, *Lebanese Traders Distributors et Consultants, LTDC, c. Société Reynolds*²²⁴⁴. Y, la Sent. de 20 de mayo de 1994, *SNC Danton Défense c. SA*

²²⁴¹ Acogiendo esta concepción estricta en ambos casos, cf., B. Goldman, “Conclusions”, *Competition and Arbitration Law, op. cit.*, pp. 331-341, esp. p. 338.

²²⁴² Vid., la Sent. de la *Cour d’appel* de París, (1^a Ch. Suppl.), de 7 de julio de 1989, *Société Veradour SICA c. Société E. Larroche Frères, Rev. arb.*, 1990, núm. 1, pp. 115-124, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 125-133. Especialmente en la solución dada por el Tribunal de Casación en la Sent. de la *Cour de Cassation (1^o Chambre civile)* de 20 de febrero de 1991, *Société Veradour SICA c. Société E. Larroche Frères, Rev. arb.*, 1991, núm. 1, pp. 447-452, con nota de L. Idot, donde se reafirma que el control del juez de anulación de un laudo arbitral sobre la base del art. 1484. 6 NCPC francés está limitado por la prohibición de control de fondo del asunto.

²²⁴³ El juez no puede entrar a estimar cuál es la calificación que los árbitros han dado al contrato si el resultado del laudo en sí mismo no viola el orden público. Se trata de un contrato de comercialización de conservas que había sido concluido entre la sociedad *E. Larroche* y *Veradour SICA*, roto por parte de ésta última. El Tribunal arbitral señala que la ruptura del contrato es injustificada y da la razón a *E. Larroche* para que reciba la compensación y los daños y perjuicios por la ruptura. *SICA* plantea un recurso de anulación ante la *Cour d’appel* de París sobre la base de que el árbitro había caído en un error en la calificación del contrato tratando a éste como un contrato de comisión y no como pretendía *SICA*, como un contrato de venta e integración agrícola en el sentido de la ley de julio de 1964 sobre la integración agrícola y la violación del Derecho comunitario de la competencia. Así, *SICA Veradour* argumentaba que el Tribunal arbitral había violado el orden público, ya que si hubiera calificado exactamente el contrato hubiese admitido la validez de la ruptura. La solución del rechazo a la anulación fue confirmada en Casación, y es aquí donde explícitamente se señala que “*La anulación no debe alcanzar a la calificación que los árbitros han dado al contrato sino únicamente si la solución de la sentencia choca contra el orden público*”. El juez del control no puede entrar a controlar el fondo del asunto, porque desnaturalizaría la actuación del árbitro. Aunque el árbitro haya incurrido en un error de interpretación grave, el juez no puede entrar a anular el contrato si el resultado en sí mismo no es contrario al orden público, *vid.*, los comentarios al respecto de J.B. Racine, *op. cit.*, p. 541, y de P. Mayer, *loc. cit.*, pp. 636-637.

²²⁴⁴ Vid., la Sent. de la *Cour d’appel de París (1^o Ch. C.)* de 27 de octubre de 1994, *Lebanese Traders Distributors et Consultants LTDC c. Société Reynolds, Rev. arb.*, 1994, núm. 4, pp. 709-714, con nota de P. Mayer, “*La sentence contraire à l’ordre public...*”, *ibid.*, pp. 615-652, esp. p. 638. Orden público realmente internacional, donde en un caso de contrabando de tabaco, el juez de la anulación rechazó entrar en el error que había podido cometer el árbitro en la calificación del contrato por respeto al principio de prohibición de fondo del asunto, *vid., supra.*, el desarrollo de los hechos.

*Cotelle, Bella et Delpha*²²⁴⁵, que viene a afirmar que los árbitros son absolutamente soberanos para interpretar el contrato como ellos estimen conveniente. El hecho de que una de las partes invoque la anulación o la denegación del exequátur como consecuencia del error de la calificación de los árbitros al contrato por su contrariedad con el orden público no justifica que el juez de control entre a revisar de nuevo dicha calificación. Se ha de respetar en toda su extensión el principio de prohibición de revisión del fondo del asunto²²⁴⁶. Lo contrario, implica la desnaturalización de la institución arbitral. Postura, que se muestra en su acepción estricta, demasiado radical.

b) Concepción maximalista

731. De otro lado, una concepción maximalista del entendimiento de la prohibición implica admitir que la única manera que tiene el juez o tribunal estatal de verificar si realmente se ha respetado en el arbitraje una regla de orden público, o una norma internacionalmente imperativa de importancia trascendental para el foro, es a través del control de todos los elementos que coadyuvan a la contrastación del cumplimiento y la no vulneración del orden público. Concepción favorable a un levantamiento parcial de la prohibición de la revisión del fondo del asunto que permite un control amplio en lo que respecta al orden público. Hay que aclarar, que no se trata de proponer una vuelta a la revisión de fondo del asunto en todas su amplitud sino de plasmar una realidad que muestra que a pesar del principio de prohibición de la revisión de fondo de la sentencia arbitral internacional, en la práctica, su apreciación, en lo que respecta al orden público, debe precisar de la amplitud que se considere necesaria.

732. De modo contrario a las doctrinas minimalistas que rechazan de plano que el juez de control pueda sustituir al árbitro, ya que es realmente difícil que el juzgador

²²⁴⁵ Vid., la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C.)* de 20 de mayo de 1994, *SNC Danton Défense c. SA Cotelle, Bella et Delpha*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 397-404, desarrollada en el trabajo de J.P. Le Gall, "Arbitraje y fiscalidad", *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 3-39.

²²⁴⁶ En el original de la Sent. *Sica Veradour*, reiterado en el resto de sentencias que se acogen a esta jurisprudencia: "L'annulation d'une sentence pour cause de violation par les arbitres d'une règle d'ordre public en s'étend pas au cas où est alléguée la dénaturation des actes soumis aux arbitres et le contrôle de la Cour d'appel, saisi d'un recours en annulation, en porte pas sur la qualification que les arbitres ont souverainement donnée des conventions liant les parties".

público y el privado coincidan en la manera de hacer justicia²²⁴⁷, el orden público internacional y el auténticamente internacional no admiten discusión alguna en cuanto a su observancia en cualquiera de las formas de hacer justicia²²⁴⁸. Se debe respetar y cumplir por igual tanto por el juez estatal como por el árbitro internacional. De ahí que se justifique que para tener una garantía total en su cumplimiento se debe entrar a controlar de hecho y de Derecho las cuestiones de orden público previamente decididas por el árbitro. Para que el control del orden público sea realmente efectivo el juez estatal deberá “sustituir” al árbitro internacional en el control de Derecho y de hecho que éste ha plasmado en el laudo²²⁴⁹. Postura maximalista que ha sido impulsada en las últimas tendencias de la doctrina y de la jurisprudencia, en el sentido de incrementar la revisión del fondo del laudo arbitral que permita un control más exhaustivo del orden público internacional que sí debe ser defendido²²⁵⁰. La justificación de tales hipótesis, se centra en que ya que los árbitros tienen el poder de aplicar las disposiciones consideradas de orden público, es natural que el control de los jueces y tribunales estatales del laudo arbitral sea también total²²⁵¹. Si el control estatal es puramente formal, los juzgadores privados pueden que no se sientan tan inclinados a respetar el orden público²²⁵².

733. En la doctrina, en los premonitorios trabajos de F. Rigaux, ya se adivinaba la necesidad de un mayor incremento del control del orden público relativo al aumento de las garantías en su verificación sin necesidad de deslegitimar a la institución arbitral²²⁵³. La preocupación real, en este sentido, comenzó tras la explosión de la liberalización del arbitraje internacional que llamó a incrementar la revisión del fondo del laudo arbitral para permitir un control más exhaustivo del orden público

²²⁴⁷ *Vid., supra.*, en el anterior apartado.

²²⁴⁸ Aparte de que, hoy por hoy, no son tan difíciles las coincidencias entre la justicia estatal y la arbitral, *vid., supra.*, en cuanto al Derecho aplicable, Cap. IV, donde hemos comprobado como en muchas ocasiones ambos utilizan las mismas técnicas, coincidentes con las usuales en el DIPr.

²²⁴⁹ Afirmación de J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 551, núm. 988.

²²⁵⁰ Incluso para sancionar los errores de hecho y de Derecho cometido por los árbitros con el objetivo de examinar si éstos han aplicado los principios y las reglas del orden público, *cf.*, R.J. Sever, "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy...", *loc. cit.*, pp. 1661-1697.

²²⁵¹ *Cf.*, nuestras observaciones realizadas al Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1998, *Ets Sebtegrains c. Armengol Hermanos, SA, AEDIPr*, pp. 708-710.

²²⁵² Si la sanción es más fuerte, ello puede hacer nacer en los árbitros el sentimiento de obligatoriedad al que al día de hoy no se encuentran acostumbrados, *cf.*, J.B. Racine, *L'arbitrage commercial ...*, *op. cit.*, p. 570.

²²⁵³ *Vid.*, F. Rigaux, *Droit public et droit privé...*, *op. cit.*, pp. 309-395. *Vid., supra.*, las apreciaciones al respecto en los Cap. I, y IV, principalmente.

internacional que debe ser defendido, incluso legislativamente, para sancionar los errores de Derecho cometidos por los árbitros con el objetivo de examinar si éstos han aplicado los principios y las reglas del orden público²²⁵⁴. E. Loquin, señala que para que el juez del control aprecie si el resultado es o no contrario al orden público éste está obligado a apreciar la pertinencia del “*proceso intelectual*” llevado a cabo por el árbitro para justificar su decisión en lo que respecta al orden público²²⁵⁵. En palabras de P. Mayer, un error de la calificación dada por el árbitro al contrato debe ser corregido si por causa de ese error el árbitro ha eludido la aplicación de un principio fundamental²²⁵⁶. Y, J.B. Racine, autor que más se ha destacado en la defensa de la concepción maximalista, aboga por el control amplio del orden público frente a la prohibición de revisión del fondo del asunto cuando el laudo puede conducir a un resultado contrario con el orden público, a raíz de una mala aplicación del Derecho o de un error de hecho²²⁵⁷. Todos coinciden en la necesidad de entrar en el control de hecho y de Derecho de la sentencia arbitral internacional, dado que los errores de los árbitros en la calificación del contrato y en el Derecho aplicable al mismo pueden ser en sí mismos contrarios al orden público internacional²²⁵⁸.

734. Las nuevas tendencias pretenden, por lo tanto, una posibilidad parcial de controlar el fondo del asunto sólo y exclusivamente cuando el orden público se encuentre implicado en la decisión del laudo. De entre las jurisprudencia que más claramente ha apostado por una visión maximalista del control hay que destacar la sentencia del Tribunal de apelaciones de París de 30 de septiembre de 1993, *Soc. European Gas Turbines SA c. Soc. Westman International Ltd*²²⁵⁹, donde se afirmó de

²²⁵⁴ Vid. R.J. Sever, “The Relaxation of Inarbitrability and Public...”, *loc. cit.*, pp. 1661-1697.

²²⁵⁵ “*le juge de l’annulation de la sentence est obligé d’apprécier la pertinence de l’ensemble du processus intellectuel utilisé par l’arbitre pour justifier sa décision au regard de l’ordre public*”, *cf.*, las observaciones de E. Loquin a la Sent. de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 3 de junio de 1998, A. c. X., Y. y Z., *loc. cit.*, pp. 71-79, esp. p. 75

²²⁵⁶ *Cf.*, P. Mayer, “La sentence contraire...”, *loc. cit.*, p. 636.

²²⁵⁷ Vid., J.B. Racine, *L’arbitrage commercial...*, *op. cit.*, pp. 543-555, y p. 570.

²²⁵⁸ En la doctrina suiza H. Arfazadeh, se muestra también partidario de un control más profundo cuando se trata de una susceptible vulneración del orden público, ya que, en estos casos, es más que razonable que el entendimiento del control no se limite a un mero análisis formal de la sentencia sin tener en cuenta el conjunto de las relaciones litigiosas en lo tocante al tema esencial del orden público, *cf.*, “L’ordre public du fond et l’annulation...”, *loc. cit.*, p. 234.

²²⁵⁹ Vid., la Sent. de la *Cour d’appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 30 de septiembre de 1993, *Soc. European Gas Turbines SA c. Soc. Westman International Ltd.*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 359-371. Con nota de D. Bureau, *ibid.*, pp. 371-379, también en la *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, t. 83, pp. 349-360,

manera contundente que en el marco de un recurso de anulación fundado sobre la contrariedad al orden público internacional, se impone un control de la sentencia, por el juez estatal encargado de decidir sobre la anulación, en Derecho y de hecho, sobre todos los elementos que permitan justificar la aplicación o no del orden público internacional y en caso afirmativo, de apreciar, según el referido orden público la licitud del contrato²²⁶⁰.

735. En la jurisprudencia, esta concepción favorable al control de hecho y de Derecho, comenzó a ser evidenciada en sentencias de no hace más de una década. Como la concerniente al asunto de 5 de abril de 1990, *Soc. Courrèges Design c. Soc. André Courrèges*²²⁶¹, donde se evidenciaba el hecho de que si un árbitro no había aplicado a la controversia una regla de orden público, que tenía una vocación legítima de ser aplicada, y ese hecho habría cambiado el rumbo de la decisión arbitral hacia un

con nota de V. Heuzé, *ibid.*, pp. 360-367. Arbitrage internacional, corrupción y orden público internacional. En esta supuesto, como señala P. Mayer, fue la propia sentencia relativa al tráfico de influencias la que especificó que el control del laudo en la fase post-arbitral debería ser un control de Derecho y de hecho sobre todos aquellos elementos que permitan justificar la aplicación de una norma de orden público internacional y en caso afirmativo apreciar la licitud del contrato, *cf.*, "La sentence contraire a l'ordre public au fond", *loc. cit.*, p. 629.

²²⁶⁰ La extensión de la revisión en lo que al orden público se refiere se implantó nítidamente en la partir de la Sent. *European Gas Turbines SA c. Soc. Westman International*, donde se afirmó la posibilidad de controlar de hecho y de Derecho todos los elementos que permitan justificar si se ha aplicado o no una norma de orden público para apreciar la licitud del contrato. En el texto original de la Sentencia: "Le contrôle de la Cour d'appel doit porter en fait et en droit sur tous les éléments permettant de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public et dans l'affirmative d'apprécier au regard de celle-ci, la licéité du contrat". El supuesto versaba sobre un contrato ilícito por el cual la sociedad francesa *European Gas Turbines SA*, había aceptado el pago de una fuerte suma por parte de la sociedad inglesa *Westman International Ltd*, para que la primera ejerciese su influencia y permitiera así a *Westman* entrar en el mercado iraní. Ante el incumplimiento de la sociedad francesa *Westman* demandó en arbitraje obteniendo un laudo favorable. Sentencia arbitral que la *Soc. European Gas Turbines* pretendió anular ante la Corte de Apelaciones de París argumentando la ilicitud del contrato inicial que estaba basado en el soborno y en el tráfico de influencias. El árbitro al dictar el laudo habría caído en un error en la interpretación del contrato al decidir sobre un acuerdo ilícito. Ante ésta situación el Tribunal de Apelaciones Parisíno dicto la paradigmática Sent. de 30 de septiembre de 1993, donde se justifica que el juez de control está obligado a sortear el principio de prohibición para juzgar sobre los elementos de hecho y de Derecho decididos por el árbitro cuando nos encontramos ante un supuesto que afecte al orden público como es el caso de la corrupción y el tráfico de influencias. Contrario no sólo al orden público internacional francés, sino también a la ética de los negocios internacionales tal y como es concebida por la mayoría de la comunidad internacional, que, a su vez, equivale a una violación del orden público transnacional o "auténticamente" internacional. Se anuló aquí, al final, la sentencia arbitral porque el tráfico de influencias es reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos como contrario al orden público internacional y auténticamente internacional, *cf.*, H. Arfazadeh, "L'ordre public du fond...", *loc. cit.*, pp. 243.

²²⁶¹ *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris (1^a Ch., sect. C.)* de 5 de abril de 1990, *Soc. Courrèges Design c. Soc. André Courrèges*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, núm. 3, pp. 580-587; con nota de

resultado distinto al que de hecho ha sido alcanzado por el árbitro, se puede proceder a la revisión del Derecho aplicado para llegar a averiguarlo. Control que también entraría a comprobar cuál es la calificación que el árbitro ha dado al contrato con el objetivo de contrastar si un error en la calificación puede conducir a la contrariedad con el orden público del laudo²²⁶². Del mismo modo en la Sent. de la *Cour de cassation (1º Ch. C)* de 3 de junio de 1998, A. c. X., Y. y Z.²²⁶³, sobre el error en la calificación dada por el único árbitro al contrato²²⁶⁴.

C. Kessedjian, *ibid.*, pp. 587-593; y con nota de M.H. Synvet, *Rev. arb.*, 1992, núm. 1, p. 102. Ejecución contraria al orden público internacional.

²²⁶² *Vid.*, las apreciaciones de P. Mayer a este respecto. Por ejemplo si por causa de una descalificación de una indemnización contractual que constituía, en realidad, después de los hechos establecidos en la sentencia en sí misma, una cláusula penal, el árbitro ha considerado que no tenía poder de revisar, él ha violado lo que la jurisprudencia considera como un principio fundamental, *cf.*, "La sentence contraire...", *loc. cit.*, pp. 636-637.

²²⁶³ *Vid.*, la Sent. de la *Cour de Cassation (1º Ch. C)* de 3 de junio de 1998, A. c. X., Y. y Z., *loc. cit.*, pp. 71-74, con nota de E. Loquin, *ibid.*, pp. 74-79. En relación a la violación de una norma de orden público, el control de fondo del laudo arbitral internacional y el recurso de anulación.

²²⁶⁴ El caso decidido en la Sentencia de la *Cour de cassation (1º Ch. C)* de 3 de junio de 1998, A. c. X., Y. y Z., *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 71-74, con nota de E. Loquin, *ibid.*, pp. 74-79, también versa sobre el error de calificación en el contrato por parte del árbitro. La controversia enfrentaba a dos asociaciones de abogados pertenecientes al mismo grupo que sumieron sus desavenencias a un arbitraje cuyo único árbitro era el decano del colegio de abogados. Una de las partes reclamaba el pago de un porcentaje de los honorarios según la regla de beneficios planteada en el art. 1832 del Cc francés, que fue rechazada por el árbitro, sin someter la cuestión a la contradicción entre las partes. Al no haber respetado el árbitro el principio de contradicción de las partes la sentencia fue parcialmente anulada por la Corte de Apelaciones de París, el 28 de marzo de 1996. *Vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de Paris*, de 28 de marzo de 1996, *Rev. arb.*, 1997, núm. 2, pp. 246-251, con las observaciones de M.S. Guinchard, "L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire", *Rev. arb.*, 1997, núm. 2, p. 194. La sentencia dictada en apelación fue llevada a Casación, porque la mala calificación que había hecho el árbitro del contrato al calificar de asociación la estructura creada por los abogados y no haber aplicado la norma del art. 1832 Cc, que impone el reparto de una parte de los beneficios, supone una violación contra dicha normativa de orden público. El problema de la calificación del contrato es que el árbitro había calificado al grupo de abogados como una asociación y no como una sociedad creada de hecho, como sostenía una de las partes con el propósito de que le fuera aplicado el art. 1832 del Cc francés para que le fueran repartidos los beneficios del grupo. Al haber cometido un error el árbitro en la calificación las disposiciones de orden público habían sido desconocidas por lo que la sentencia arbitral debía ser anulada. No obstante, el juez señala que el control se limita a comprobar que el resultado de la sentencia no viola el orden público por lo que no puede volver a entrar en lo decidido por el árbitro. Retomando la concepción minimalista según la cual el principio de prohibición de la revisión de fondo del asunto, implica el respeto a lo decidido por el árbitro aunque éste caiga en un error en el Derecho o en la propia calificación del contrato que sea contraria al orden público. Aunque una de las partes haya sido perjudicada por la inaplicación de los principios de protección contenidos en una norma de orden público, el juez de control no puede hacer nada porque no puede entrar a revisar el fondo del asunto ni indagar de nuevo en el proceder que ha tenido el árbitro. Sólo si el resultado fuera contrario al orden público podría entrar a comprobar lo ocurrido. Criterio con el que no estamos de acuerdo debido a que la mala calificación del contrato, siempre y cuando ello perjudique gravemente a una parte, es un motivo suficiente para apreciar una violación del orden público.

736. Para garantizar que un laudo arbitral no contraviene los principios de orden público internacional la verificación del control debe pasar por la evaluación de todos los elementos de hecho y de Derecho que permitan contrastar si realmente se ha aplicado o inaplicado una norma de orden público y en su caso cómo se ha hecho. Ello implica una revisión de cuál ha sido la calificación que los árbitros le han dado al contrato. En cierta manera, calificar el contrato implica determinar cuáles son las reglas que deberán ser de aplicación a ese determinado contrato²²⁶⁵. Si existe un error en la calificación es lógico que ello pueda implicar la no aplicación de normas de orden público que se hubieran tenido que aplicar o la violación del mismo por haberlo ignorado en su cumplimiento²²⁶⁶. Incluso, se puede llegar a sancionar al árbitro ante una mala o incorrecta aplicación del orden público. Se habla de una responsabilidad de los árbitros cuando se demuestre por dolo o culpa que éstos no han aplicado determinadas disposiciones imperativas que deberían haber sido aplicadas. Aspecto que, en nuestro ordenamiento, ha sido destacado en el sentido de aplicar el art. 16 de la Ley de Arbitraje de 1988 que obliga a los árbitros y a las Corporaciones y Asociaciones de Arbitraje a cumplir fielmente sus encargos y, en caso de que no lo hicieren, incurrirán en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa²²⁶⁷. En el arbitraje cuando el control versa sobre la buena o la mala aplicación por el árbitro de

²²⁶⁵ Así lo expresa E. Loquin. No cabe duda que si la no aplicación por el árbitro de una regla de orden público conduce a una violación de las disposiciones o principios generales de ese orden público, el árbitro ha violado dicho orden público, *cf.*, sus observaciones a la Sent. de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 3 de junio de 1998, *A. c. X., Y. y Z., id., cit.*, p. 78.

²²⁶⁶ Nos manifestamos, por tanto, en este punto, esencialmente conformes con J.B. Racine, en su defensa de que para que el juez nacional puede apreciar si la solución de la controversia es conforme al orden público éste debe proceder a un control total de la sentencia en Derecho y de hecho. Un control sólo será efectivo si el juez controla si los árbitros han hecho una correcta aplicación de las normas de orden público, control del Derecho aplicado. Y, también debe examinar los hechos que han sido sometidos al arbitraje, un control de hecho. Un buen control es indisoluble del control de Derecho y de hecho. En el primer caso, el juez, para apreciar la conformidad de la sentencia con el orden público, debe observar que el árbitro ha aplicado una norma de orden público. Y si ha sido así, ver si lo ha aplicado correctamente, *cf., ibid.*, pp. 543-548. El control del Derecho del laudo arbitral debe alcanzar cuando el árbitro no ha aplicado una norma de orden público y, en segundo lugar, cuando la ha aplicado pero mal, *cf., ibid.*, p. 550. Opinión, que por otra parte ya había sido expresada por la doctrina jurídica de distintos ámbitos, J.S. Sever, P. Mayer, H. Arfazadeh, E. Loquin, y compartida en las distintas Sents. jurisprudenciales enunciadas.

²²⁶⁷ *Cf.*, L. de Angulo Rodríguez, "El arbitraje en las vigentes...", *loc. cit.*, p. 27. Sobre la responsabilidad de las Instituciones de Arbitraje Internacionales, aunque sea realmente extraño que una parte descontenta demande a la Institución por causa de su irresponsabilidad, hay que destacar que recientemente la CCI ha sufrido una demanda de anulación de éste tipo ante la Corte de Apelaciones de París, *vid.*, la Sent. de la *Cour d'appel de París (1^o Ch. C)* de 15 de septiembre de 1998, *Société Cubic Defense Systems Inc. c/ Chambre de Commerce Internationale, Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 103-113, con nota de P. Lalive, *ibid.*, pp. 113-120.

una norma de orden público si el árbitro no la aplica o la aplica mal se le puede sancionar²²⁶⁸.

737. Desde el marco legislativo también se posibilita la permisividad del control del fondo del asunto por motivos de orden público. El art. 69. 3. c) de la *Arbitration Act* inglesa de 1996²²⁶⁹, permite, sólo en cierta medida, el control del fondo del asunto si el juez encargado del recurso judicial contra la sentencia arbitral observa que la decisión del tribunal arbitral es “obviamente” incorrecta²²⁷⁰, o (ii) si la cuestión que se presenta ante el tribunal estatal es una cuestión que tiene una importancia pública fundamenta sobre la cual la decisión del tribunal arbitral plantea “serias” dudas²²⁷¹. Pero el hecho fundamental es que la caída de la prohibición de control existe y ha sido reivindicada positivamente²²⁷². Del mismo modo, la afirmación con la que comienza H. Arfazadeh su estudio relativo al orden público como elemento de control de los laudos arbitrales internacionales en Suiza no deja lugar a dudas sobre la posibilidad de alterar el principio de la prohibición de revisión de fondo a través del causal del orden público²²⁷³. En definitiva, es la quiebra del principio de prohibición a favor de la excepción de orden público. Se permite un control de Derecho y de hecho en aquellas materias relacionadas con el orden público. La balanza se inclina, pues, a favor de un mayor control en los supuestos que afectan al orden público a costa de la integridad del principio de prohibición de la revisión.

²²⁶⁸ Cf., J.B. Racine, *ibid.*, p. 551.

²²⁶⁹ *Vid.*, la Ley en la RCEA, vol. XIII, 1997, pp. 396-452, con el comentario de V. Cuartero Rubio, *id. loc.*, pp. 452-459, disposición que viene siendo considerada por la doctrina como bastante polémica.

²²⁷⁰ Art. 69. 3. (c) (i): “*Leave to appeal shall be given only if the court is satisfied (c) that, on the basis of the findings of fact in the award (i) the decision of the tribunal on the question is obviously wrong*”, *ibid.*, p. 420.

²²⁷¹ Art. 69. 3. (c) (ii): “... (or) the question is one of general public importance and the decision of the tribunal is at least open to serious doubt”, *ibid.*, p. 420.

²²⁷² En contra, otras legislaciones como el art. 951 del Código de Procedimiento Civil de Quebec, disponen expresamente que el juez que decide sobre una demanda de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral no podrá examinar el fondo de la diferencia, *cf.*, A. Prujiner, “Champ du contrôle du juge national...”, *op. cit.*, p. 290.

²²⁷³ Con asombrosa claridad se admite que efectivamente al controlar la adecuación con el orden público del foro al laudo internacional sí se da un control del fondo del asunto, obviando en éste sentido la negativa teórica a la que estamos acostumbrados, *cf.*, H. Arfazadeh, “L'ordre public du fond...”, *loc. cit.*, pp. 223-255, esp. p. 223. De entre los motivos enumerados en el art. 190. 2 LSDIP, únicamente el referido a la incompatibilidad con el orden público permite al Tribunal Federal examinar el fondo de la sentencia arbitral internacional

Para finalizar, nos centraremos en el sistema español, donde se examinará la posibilidad de obviar, aunque sólo sea de manera parcial, la radicalidad del principio de prohibición de revisión del fondo del asunto del laudo arbitral desde la perspectiva del orden público internacional contenido en nuestro sistema constitucional.

3. EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL: CONTROL PARCIAL DE ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL

738. En el sistema español, al igual que ocurre en el contexto internacional, existe una disfunción entre la formulación teórica del principio de prohibición y la aplicación práctica del mismo en las modalidades de control del laudo arbitral interno e internacional. Teóricamente, el principio de base de la prohibición de la revisión del fondo del asunto es inatacable²²⁷⁴. Constituye un veto infranqueable que limita la actuación de los jueces y Tribunales cuando éstos tienen que revisar las sentencias arbitrales internas e internacionales²²⁷⁵. Prácticamente, empero, se observa como incluso en las mismas sentencias jurisprudenciales que hacen alarde en sus fundamentaciones jurídicas de respetar estrictamente el principio de prohibición, contradictoriamente, en su modo de actuación proceden a un auténtico control de fondo de la sentencia arbitral²²⁷⁶. Admitiendo explícitamente la permisividad de la revisión de fondo del

²²⁷⁴ En nuestra jurisprudencia se afirma, de forma expresa, que no cabe un examen de fondo del Derecho aplicado por los árbitros, *cf.*, La Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª) de 12 de junio de 1995, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 308-315, esp. p. 308 y p. 312. Inatacabilidad del principio de prohibición en su formulación teórica como principio de base que fue destacado al inicio de este último epígrafe por numerosas sentencias jurisprudenciales, *vid.*, *supra.*, Sent. TS de 2 de marzo de 1989, *RAJ*, 1989, 1743, la Sent. TC 43/1988, de 16 de marzo, *RAJ*, 1986, 578; y la Sent. TS de 7 de junio de 1990, *cf.*, *RAJ*, 1990, 4741. Los Autos del TS (Sala de lo Civil), el 29 de septiembre de 1998, *RAJ*, 1998, núm. 9002, el de 24 de noviembre de 1998, *RAJ*, 1998, núm. 9228, etc.

²²⁷⁵ Ya sea en el recurso de anulación como en el procedimiento de exequátur, en cualquiera de las modalidades de control. Así, la consideración del recurso de anulación como bastante restrictivo porque los motivos que se encuentran tasados en nuestro art. 45 se refieren a motivos formales y rara vez afectan a la revisión del fondo del asunto, como podría desprenderse de la interpretación del art. 45. 5 LA en cuanto al orden público, *cf.*, A.J. Valencia Miron, "El derecho a la tutela judicial efectiva y la Ley de Arbitraje (comentario a la Sent. Tribunal Constitucional (Sala 2ª) núm. 176/1996, de 11 de noviembre", *RCEA*, 1997, vol. XIII, pp. 151-161, esp. pp. 157-158.

²²⁷⁶ *Vid.*, nuestras observaciones al Auto del TS (Sala de lo Civil), el 29 de septiembre de 1998, *Ets Sebtrains c. Armengol Hermanos, SA, AEDIPr*, pp. 708-710, donde, por un lado, en la fundamentación jurídica se insiste en la naturaleza meramente homologadora del exequátur, a excepción del orden público internacional que posee, en la actualidad, un contenido netamente constitucional que sí debe ser controlado. Y, en el Auto del TS (Sala de lo Civil), de 24 de noviembre de 1998, *id.*, *loc.*, donde fue evidenciado la equívoca redacción del FJ II, donde se afirma, haciendo uso de una técnica legislativa

asunto en la medida en que ésta es indispensable para salvaguardar los principios esenciales de nuestro ordenamiento, identificados con los valores constitucionales que conforman el concepto esencial de nuestro orden público en sentido internacional²²⁷⁷.

739. Por ejemplo, de modo similar a los criterios dispuestos en el art. 69. 3. c) de la *Arbitration Act* inglesa de 1996, que permiten entrar a conocer el fondo del asunto cuando el laudo sea sospechoso de contravenir al orden público o si la sentencia es obviamente incorrecta²²⁷⁸, en la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid, de 23 de noviembre de 1994, el Tribunal se decide por concretar el sentido amplio del orden público para entrar a revisar el fondo del asunto porque el resultado del laudo es “*manifiesta y notoriamente injusto*”²²⁷⁹. Supuesto que aunque en principio fue criticado por nuestra doctrina porque la revisión de fondo del asunto decidido en arbitraje es invulnerable y si ésta fuera quebrada se podría llegar a desnaturalizar la institución arbitral, cayendo en el error de identificar el examen del laudo arbitral con el recurso ordinario de apelación donde se permite la revisión de lo decidido en Primera Instancia²²⁸⁰, poco a poco, ha sido matizado en lo que al orden público respecta.

740. Se plantea la posibilidad de que pueda atacarse un laudo arbitral por ser atentatorio a los principios y formalidades esenciales procesales de nuestro

más propicia para los recursos de apelación de sentencias judiciales, “*Entrando a decidir sobre el fondo del asunto...*”, en clara falta de precisión en cuanto a lo que la prohibición de revisión del fondo del asunto concierne.

²²⁷⁷ Trasunto del FJ IV del Auto del TS (Sala de lo Civil), el 29 de septiembre de 1998. *Ets Sebtegrains c. Armengol Hermanos, SA, RAJ*, 1998, núm. 9002.

²²⁷⁸ *Vid., supra.*, el apartado anterior, dentro de la positivación legislativa de la concepción maximalista.

²²⁷⁹ *Vid.*, la Sent. Aud. Prov. de Madrid, de 23 de noviembre de 1994, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 285-289, con nota de S. Barona Villar. Recurso de Anulación de un laudo interno por su contrariedad al orden público. En el FJ III, en relación con la vulneración por el laudo de cuestiones de orden público, se refiere al concepto de orden público en sentido amplio, *vid., supra.*, en el recurso de anulación. Sin embargo, su sentido amplio se concreta en el caso concreto porque el resultado presentado por la impugnante es “*manifiesta y notoriamente injusto*”.

²²⁸⁰ *Cf.*, el comentario de S. Barona Villar a la citada Sentencia, *ibid.*, p. 287. El propio Tribunal dice al finalizar el FJ. III, que lo que aquí se está pretendiendo es relacionar la vulneración del orden público con la manifiesta injusticia predicada de la resolución arbitral. Lo cual no es otra cosa que intentar la revisión de fondo de lo debatido, “*desnaturalizando la propia esencia del procedimiento, como medio especial que permite a las partes acudir para la solución de conflictos de derecho privado a una alternativa a la acción judicial, y la del remedio jurisdiccional anulatorio del mismo, sólo viable por motivos concretos y legalmente tasados, que en absoluto permiten su identificación con el ordinario de apelación mediante el que puede someterse al Tribunal la íntegra revisión de lo resuelto en primera instancia*”.

ordenamiento jurídico cuando se haya podido vulnerar los valores fundamentales contenido en el Capítulo II, Título I de la Norma Suprema. En concreto, el art. 24 de la Constitución. En este sentido, como señala S. Barona Villar, se admite la posibilidad de entrar a controlar el orden público procesal cuando en el laudo aparezca una violación a los Derechos de defensa, o cuando las convicciones del árbitro al dictar el laudo aparezcan alimentadas por medios de prueba inadmisibles, o la sentencia arbitral se haya dictado en fraude procedimental, etc²²⁸¹. La práctica y la doctrina se muestran proclives a permitir la revisión del fondo meramente procedimental con el objetivo de garantizar que no se pueda violar el orden público procesal de carácter fundamental.

741. Así pues, cabe afirmar que en nuestro ordenamiento se han adoptado las posturas maximalistas que permiten que por motivos excepcionales de orden público se entre a controlar los Hechos y el Derecho del laudo arbitral dictado. Se ha permitido, entonces, una anulación del laudo arbitral por cuestión de fondo cuando la jurisprudencia ha entendido que la actividad del árbitro ha resultado “*ilógica, absurda y carente de fundamento*” o, tratándose de un arbitraje de Derecho “*haya infringido éste el Derecho aplicable*”²²⁸². Aunque el procedimiento de exequátur es meramente homologador y no revisor, ello no es óbice para destacar que existe un cierto control parcial de naturaleza constitucional sobre el fondo del asunto limitado a los Derechos Fundamentales Constitucionales, tal y como concretó la Sent. T.C. (Sala 2ª) 265/1989, de 22 de diciembre²²⁸³. Se da el control del orden público sustantivo relativo al fondo del asunto en cuanto a que se controlan las normas imperativas. Habiendo que denunciar el control del orden público procesal, cuando éste responde a consideraciones meramente internas y no de orden público internacional como fue el caso de la sentencia

²²⁸¹ Cf., *ibid.*, p. 288.

²²⁸² Cf., la Sent. de la Aud. Prov. de Barcelona de 18 de julio de 1995, *RVDPA*, 1997, p. 170. Comentarios extraídos del trabajo de S. Barona Villar, “El laudo en el arbitraje de consumo”, *loc. cit.*, p. 42.

²²⁸³ En línea con los comentarios por nosotros realizados a los siguientes Autos del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), el 29 de septiembre de 1998, *Ets Sebtigrains c. Armengol Hermanos, SA, AEDIPr*, pp. 708-710, *Bartalini SPA c. Hermanos Escot Madrid SA, HERESMA, ibid.*, pp. 711-712., y el Auto de 24 de noviembre de 1998. *Sindicato Pesquero del Perú, SA c. Internacional de Productos Químicos, ibid.*, pp. 716-718.

de 28 de marzo de 1994, donde se rechazó un laudo arbitral internacional que estaba perfecto por el único motivo de no haber pasado la protocolización²²⁸⁴.

742. Por un lado, se insta a los Tribunales nacionales a que respeten los límites del control judicial de los laudos arbitrales y no conviertan los procedimientos llevados a cabo en el reconocimiento y la ejecución o ante un eventual recurso de anulación en una segunda instancia que permita al tribunal estatal adentrarse en el fondo del asunto decidido previamente por el árbitro²²⁸⁵. Recordando que no se pueda obviar la presunción *iuris tantum* de legalidad del laudo arbitral²²⁸⁶. De otro lado, la revisión parcial del fondo sí es permitida en el sentido mínimo e indispensable de asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento que conforman el orden público en sentido internacional. Principios que se encuentran recogidos en nuestro texto constitucional y que aunque suelen ser los referidos a los derechos de defensa que aparecen recogidos en el art. 24 de nuestra Constitución, ello no significa que el orden público sólo abarque el aspecto procesal, ya que el mismo se pueden extender a cualquier otro precepto constitucional de orden público material²²⁸⁷.

²²⁸⁴ Aspecto que ya ha sido denunciado con anterioridad, *vid., supra.*, las críticas a éste supuesto que supuso un retroceso y un duro golpe a la jurisprudencia española de cara a los foros internacionales, por la confusión evidente entre el orden público interno y el orden público internacional por su utilización para denegar un laudo internacional que no cumplía un mero trámite formal interno, el de la protocolización, exigido sólo internamente en nuestra LA, art. 33. 2. *vid.*, los comentarios de F. Mantilla Serrano, “Arbitraje internacional y protocolización del laudo”, *RCEA*, vol. X., 1994, pp. 179-187 y, “L’application d’un formalisme excessif à la sentence internationale par le tribunal suprême espagnol”, nota a la Sent. TS de 28 de marzo de 1994, *loc. cit.*, pp. 749-757.

²²⁸⁵ En principio, de la lectura literal de los argumentos de las sentencias se desprende un firme propósito de no posibilitar el control de fondo de las sentencias arbitrales en ningún sentido, *vid.*, la Sent de la Aud. Prov. de Asturias de 28 de abril de 1994, *RAJ*, 1994, 565 y ss. al expresar que: “*Como se infiere de la Exposición de motivos de la Ley de Arbitraje, el recurso de anulación del laudo persigue la garantía jurisdiccional de que el inicio, el desarrollo y el término del procedimiento arbitral, se han producido conforme a lo regulado en la Ley y de que el laudo no es contrario al orden público. No corresponde a este Tribunal, por tanto, entrar en el examen de la legalidad de la decisión de fondo. Debe únicamente examinar los motivos taxativos de anulación previstos en el citado artículo 45 de la Ley*”. Así, el recurso de anulación no constituye una segunda instancia en la que la Audiencia Provincial correspondiente al lugar donde se hubiese dictado el laudo, pueda revisar la conformidad en cuanto al derecho que haya sido aplicado por el árbitro o árbitros, *cf.*, también, R. Hinojosa Segovia, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (estudio jurisprudencial)*, Madrid, Edersa, 1991, p. 71. Y, en particular, la Sent. TS, de 7 de Junio de 1990, *RAJ*, 1990, p. 4741.

²²⁸⁶ *Cf.*, el comentario a la Sent. de la Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª), de lo Civil, de 27 de abril de 1998, de E. Artuch Iriberry, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 199-199, esp. p. 197, punto núm. 4.

²²⁸⁷ Destacando en nuestra doctrina la importancia del orden público en sus dos aspectos, tanto el procesal como el material, *vid.*, el comentario de E. Artuch Iriberry, “El recurso de...”, *loc. cit.*, p. 118; y la Sent. TS de 19 de octubre de 1991, “*El concepto de orden público incluye la vertiente sustantiva y la procesal y es un concepto jurídico indeterminado, que, como tal, ha de ser aplicado de acuerdo con la totalidad del ordenamiento jurídico y las vivencias socio-culturales*”, *cf.*, *RJ*, 1991, 7452, comentada por

743. Existe, pues, un cierto control parcial de naturaleza constitucional sobre el fondo del asunto limitado a los derechos fundamentales constitucionales, tal y como ya concretó en su día la paradigmática Sent. T.C. (Sala 1ª) 43/1986, de 15 de abril, referente indispensable donde, como ha sido afirmado, por vez primera se abordó por nuestro TC el problema del contenido del orden público como causa denegatoria de la homologación de una sentencia arbitral internacional, siendo aquél considerado una cláusula de reserva “en blanco” que posibilita su efectivo control judicial a fin de verificar que no se ha vulnerado nuestro orden constitucional restringido, con carácter esencial, a los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la norma suprema²²⁸⁸.

F. Cerdón Moreno, *Código de Arbitraje, op. cit.*, p. 152, y la Sent. Aud. Prov. de Valladolid de 20 de febrero de 1991, *cf.*, *ibid.*, p. 65.

²²⁸⁸ *Vid.*, la Sent. TC (Sala 1ª) 43/1986, de 15 de abril, *BOE*, núm. 102, de 29 de abril de 1986, *BJC*, t. XIV, pp. 419-431; *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 209-212, y los comentarios a ella realizados, *vid.*, *supra.*, *id. cit.* Contenido del orden público constitucional confirmado, entre otras, en la Sent. TC (Sala 2ª) 265/1989, de 22 de diciembre; y en la Sent. Aud. Prov. de 13 de mayo de 1997, *RGD*, 1997, 13359; la Sent. Aud. Prov. de Barcelona de 30 de septiembre de 1996, *AC*, 1996, 1706; y la Sent. Aud. Prov. de Baleares de 4 de febrero de 1997, *AC*, 1997, 318. En especial, la Sent. de la Aud. Prov. de Barcelona de 30 de septiembre de 1996, que reconoce la posibilidad de entrar a conocer el fondo del asunto a través del orden público, “(...) *La cláusula genérica del orden público es una cláusula en blanco que posibilita un control judicial del contenido de aquél y, al fin, la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por razones de fondo vinculadas a lo que constituye un precepto en blanco, cláusula general, válvula del ordenamiento u órgano respiratorio del sistema (en palabras de la doctrina) cuyo relativamente indeterminado contenido reclama una adecuada integración, que en la Sent. de 15 de julio de 1985 efectuamos identificándolo con las leyes imperativas o prohibitivas –al menos como regla- y con los principios generales en que las mismas se inspiran y que de ellas se deducen*”, *vid.*, F. Cerdón Moreno, *Código de Arbitraje, op. cit.*, pp. 152-153.

CONCLUSIONES

-I-

1. La expansión del arbitraje privado internacional y el desarrollo de su autonomía debe su éxito, en gran medida, a la evolución progresiva que con él ha experimentado el orden público y las normas materiales imperativas en el marco arbitral internacional. Desde el paradigmático asunto *Mitsubishi*, en 1985, hasta nuestros días cabe afirmar que la independencia del arbitraje internacional respecto al control de las leyes y tribunales nacionales ha avanzado de modo espectacular. Abandonadas definitivamente las concepciones tradicionales que identificaban al orden público y a las normas materiales imperativas con los principales obstáculos al desarrollo del arbitraje internacional, reminiscencia de un antagonismo histórico y cultural ampliamente superado; en los últimos quince años, su actuación en el arbitraje privado ha forjado un cariz multifuncional totalmente renovado. El orden público actúa en el arbitraje no sólo como límite sino también como garantía que favorece, verifica y consolida la confianza de los Estados en el arbitraje. Bebe de las diversas acepciones que conforman su caracterización general tomando de cada una de ellas la forma que precisa para actuar en cada ámbito material en particular. Sin dejar de lado que la consideración del orden público en el arbitraje internacional privado implica un entrecruzamiento necesario entre el Derecho público y el Derecho privado.

2. Existe un orden público típicamente arbitral que evidencia los puntos de encuentro y de irreconciliabilidad entre la justicia pública estatal y la justicia privada arbitral. La relación entre el orden público y el arbitraje versa, en definitiva, sobre la situación y los límites entre una y otra forma de justicia y, dentro de la justicia arbitral, pone de relieve la compatibilidad intrínseca entre su doble naturaleza, contractual y jurisdiccional. La dificultad principal de su aprehensión práctica y jurídica deriva de la imprecisión y relatividad que acompaña al hilo conductor del orden público y de las normas materiales imperativas a través de sus diversas manifestaciones en el arbitraje. Existe una sola noción de orden público pero ésta es polivalente y versátil no sólo en la institución arbitral, en su totalidad, sino, dentro de la misma, su contenido y sus

funciones son también distintas en cada una de las fases en las que actúa, según sea éste interno, internacional e, incluso, transnacional; ya sea decidido en sede arbitral o judicial y dependiendo del ámbito material objeto de la controversia internacional. Es por ello que el orden público no se define en abstracto sino que se redefine una y otra vez al compás del ritmo que la internacionalidad de la situación y la estricta necesidad que su intervención vaya marcando.

3. En cuanto a la función del orden público propiamente arbitral se caracteriza por su amplitud. Esta no es sólo de evicción, en contraste con su masiva utilización en el DIPr, sino que al intervenir en todas las fases del arbitraje lo hace a través de una mediatización continuada que adopta diferente signo según cada etapa. Cabe concretar, de modo general, que en las dos primeras fases, negocial y arbitral, la función del orden público en el arbitraje internacional es esencialmente positiva. Coadyuva a promover y mantener la confianza en la institución arbitral expandiendo la competencia de los árbitros en ámbitos donde hasta hace poco era impensable arbitrar y protegiendo la libertad de árbitros y partes en el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional. Su misión favorecedora del arbitraje le lleva a oponerse a la existencia de los arbitrajes erróneamente apellidados imperativos, obligatorios o forzosos y a consolidar los principios que son considerados de orden público auténticamente internacional en y para el arbitraje internacional. Principios que son, el de competencia-competencia, el principio de separabilidad o de autonomía de la cláusula compromisoria en relación con el contrato en el que se encuentra inserta, la capacidad del Estado para comprometer, el orden público procesal concretado en los Derechos fundamentales de defensa etc. Todos ellos favorables al arbitraje gracias al respeto que el propio orden público ha impuesto en estos principios elementales para el desarrollo del arbitraje internacional, beneficiosos para el mismo y promotores de su evolución y su autonomía actual.

No obstante, en la fase final, el juez estatal actúa frente al laudo arbitral internacional contrastando el orden público de manera similar a como lo hace siguiendo las pautas tradicionales del DIPr para las sentencias judiciales extranjeras, donde prevalece su función negativa o de evicción. Ahora bien, hay que advertir que aquí su

contenido se considera de *facto* de un modo más restringido que el orden público también estricto que funciona en el DIPr. En el sentido, en que el orden público en las modalidades de control al laudo arbitral internacional, a través del recurso de anulación y del reconocimiento y la ejecución, es aplicado por nuestros jueces y tribunales más benévolamente para los laudos arbitrales que para las sentencias judiciales. Esta circunstancia, unida al hecho de que no todos los laudos internacionales precisan ser controlados, permite afirmar que las clásicas consideraciones de un orden público draconiano o “cláusula de estilo” con un contenido amplio y variable en función de cómo rechazar al laudo han dejado de tener sentido. Comparativamente hoy es más fácil ejecutar un laudo arbitral internacional que una sentencia judicial extranjera, al emplearse en el primero criterios de orden público más reducidos que en el segundo.

4. Es por ello, que la mayor dificultad deriva de especificar su contenido, dependiendo de la amplitud que se le quiera dar y de la mayor o menor discrecionalidad judicial del momento sobre determinadas materias de orden público consideradas cedidas a la institución arbitral. El contenido del orden público, siempre relativo, se definirá en cada caso y momento concreto a través de la combinación de todos los elementos que deben ser tenidos en cuenta en su configuración: la propia jurisprudencia, tanto la arbitral como la judicial, las valoraciones subjetivas del juez, los principios fundamentales del foro, las normas materiales imperativas y las leyes de policía que se concretan gracias a la actuación del juez de control. El árbitro cuida de no contradecir el orden público y también de no obviar la aplicación de determinadas normas imperativas de cuyo ámbito de actuación no puede escapar. Precisamente, el juez privado tiene este deber de cautela y responsabilidad hacia el orden público y la correcta aplicación de las normas imperativas durante la fase negocial y la fase arbitral, si quiere que tenga éxito todo el procedimiento de arbitraje llevado a cabo. De lo contrario, el orden jurisdiccional se encargará de constatar si el supuesto decidido en la instancia arbitral contraviene o no el orden público que se hubiera debido observar. En consecuencia, el orden público se “constata” por los tribunales estatales y se “previene” o se protege por los árbitros en la aplicación concreta del mismo.

5. Las distintas modalidades de intervención del orden público en la esfera normativa configuran uno de los factores esenciales desencadenantes de la crisis del paradigma. Las únicas normas de intervención que interesan al arbitraje privado internacional son las normas internacionales imperativas, alejadas de su identificación clásica con el orden público interno de un determinado Estado. Responden a aquellos supuestos donde el orden público ha ejercido su poder materializador en sectores que precisan su protección en el marco de las transacciones internacionales como son, el Derecho de la competencia, las cuestiones de embargo y expropiación, las restricciones a la exportación y al control de cambios, la protección del patrimonio histórico y cultural, la protección de la parte débil, los Derechos de propiedad industrial, etc. Estas normas de orden público materializadas a través de las normas internacionales imperativas son excepcionales y muy restringidas. Se aplican en todo caso, sea cual sea la elección de las partes, deberán ser aplicadas por el árbitro (forman parte del arbitraje condicionado) y por el juez estatal. Lo mismo no ocurre con las leyes de policía que aún estando demasiado apegadas a la territorialidad de un determinado sistema se aplican siempre con independencia de la internacionalidad de la controversia, gozando en el arbitraje de mayor aceptación que las normas materiales imperativas. El motivo deriva de que las primeras se encuentran vinculadas al marco del Derecho internacional económico donde el arbitraje internacional juega un papel fundamental y su aplicación es requisito imprescindible para conseguir la homologación del laudo arbitral.

6. Asistimos a un proceso de globalización generalizado que nos ha llevado a su análisis detallado desde la perspectiva arbitral donde el orden público y las normas internacionales imperativas cobran especial virtualidad. La mundialización del arbitraje internacional nos incita a reparar en cuáles son sus límites y sus consecuencias ante los riesgos que potencialmente puede provocar la pérdida de la imperatividad y del intervencionismo estatal en el arbitraje internacional, cómplice de una mayor ambigüedad que la habitual en la falta de determinación e imprecisión que acompaña al orden público. Es por ello que cada vez surgen más voces que consideran recomendable establecer a modo de principios de orden público de validez universal para el arbitraje internacional, dentro de un contexto más uniforme y globalizado, una serie de normas deontológicas que a modo de imperativo ético o moral guíen a los árbitros en el difícil

equilibrio que éstos deben realizar para compatibilizar las pretensiones de las partes, por un lado, y el orden público de los Estados, por el otro lado. Códigos éticos o de conducta propuestos por diversas Instituciones internacionales de arbitraje como la *American Arbitration Association*, la Cámara de Comercio Internacional de París o la Cámara de Comercio de Estocolmo. La propia supervivencia del arbitraje internacional depende del respeto y de la confianza de los valores fundamentales considerados de orden público dentro de una sociedad multicultural que se encamina a la armonización de criterios tendentes a un orden público auténticamente internacional.

7. Un análisis exhaustivo de la práctica arbitral internacional permite deducir que hay una aceptación e incluso un impulso por parte de los árbitros internacionales hacia el orden público realmente internacional. Lo que ocurre, es que dicha actuación no es todavía muy común y que a la noción de orden público transnacional todavía le queda un largo camino para llegar a ser precisada, aceptada y utilizada con asiduidad. Además, se observa que en la práctica los conceptos de orden público internacional y transnacional se superponen, al estar, en muchos casos, los jueces y los propios árbitros, todavía anclados en los criterios tradicionales de consideración del orden público basados en la dualidad de su nacionalidad/internacionalidad. A partir de éstas premisas, la salida más factible que se vislumbra para definir la supranacionalidad se halla en lo que hemos denominado una “transnacionalidad de origen democrático” donde prevalezca el consenso de la mayoría del orden público de los Estados resultante de la comparación entre las exigencias fundamentales de diversos Derechos estatales y también del Derecho internacional público. De modo similar a como ha sido reflejado en el art. 2 del Instituto de Derecho Internacional. *“En ningún caso, un árbitro debe desconocer los principios de orden público internacional en relación con los cuales existe un amplio consenso en la comunidad internacional”*.

-II-

8. La arbitrabilidad de la controversia es un límite material que conlleva la restricción del ejercicio de la autonomía de la voluntad. El orden público es el límite

principal en la fase negocial al igual que el principal elemento de validez para que el arbitraje pueda comenzar y llevarse a cabo. Actúa como principal criterio de base en el ensamblaje de los presupuestos de la institución de arbitraje. Es el principal requisito de validez del convenio arbitral, la condición legitimadora imprescindible de la capacidad y el factor determinante para permitir la arbitrabilidad. Por lo tanto, el orden público se ha convertido en la auténtica llave de paso de la competencia internacional de los árbitros. La dificultad en diferenciar los ámbitos en los que actúa el orden público en la fase negocial no es excusa para tratar a todos aglutinados como si únicamente se tratara de procurar la validez del convenio de arbitraje internacional. La arbitrabilidad es un presupuesto de la institución arbitral antes que un requisito de validez del convenio de arbitraje internacional y el orden público sirve para reclamar la necesaria autonomía que cada presupuesto exige por separado.

9. La práctica arbitral y judicial contemporánea defiende y amplía la liberalidad del presupuesto material en aquellos ámbitos afectados por el orden público. La tendencia jurisprudencial es la de procurar hasta el máximo la relajación en las restricciones a la arbitrabilidad del presupuesto material en el arbitraje internacional con el objetivo de facilitar las transacciones privadas internacionales. Con ésta finalidad coincidimos en afirmar que el control del orden público se ha desplazado de la fase negocial a la fase post-arbitral. Es más, dentro de ésta última, entendemos como el desplazamiento debe continuar hasta alcanzar el último reducto del orden público en el arbitraje privado internacional, en el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional. Sin que se considere, por lo tanto, necesario el control tradicional del orden público en el recurso de anulación.

10. Existen varios criterios para determinar la arbitrabilidad de la controversia internacional pero ninguno tomado de forma aislada ofrece una respuesta adecuada. Así por ejemplo, aunque en las últimas reformas de arbitraje, como la ley alemana y la Propuesta de reforma de la ley española, se sigan los criterios más liberales de la arbitrabilidad, herederos de la LSDIP, consistentes en identificar la arbitrabilidad con la patrimonialidad, es claro que ésta no opera independientemente del orden público. E igual ocurre con su identificación positiva exclusiva con la disponibilidad o con la

atribución imperativa de jurisdicción, o incluso en aquellas legislaciones donde éstas aparecen combinadas. De un lado, no existe un criterio de patrimonialidad, disponibilidad, ni de atribución imperativa de jurisdicción, comúnmente aceptado por todos los países que sea válido para apreciar la arbitrabilidad en un contexto internacional. De otro lado, a pesar de que el papel del orden público se haya visto minimizado, como consecuencia del aspecto negativo con el que se había venido asociando al mismo, no se puede obviar que su presencia es fundamental como componente esencial en cualquiera de los métodos destinados a concretar la arbitrabilidad de la controversia internacional. Esta dualidad de circunstancias nos ha hecho defender una propuesta de delimitación también dual para determinar la arbitrabilidad de la controversia internacional. En primer lugar, se trata de reagrupar las condiciones generales de la arbitrabilidad en el trinomio formado por la disponibilidad, la patrimonialidad y la atribución imperativa de jurisdicción, como integrantes de la condición necesaria del presupuesto material. En segundo lugar, se precisa comprobar la condición suficiente del orden público internacional o realmente internacional, que es el que debe primar en los rangos del orden público en el arbitraje privado internacional.

11. En cuanto a la determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad ésta es susceptible de dos aproximaciones divergentes según que la cuestión sea presentada ante un órgano judicial estatal o sometida a un árbitro internacional, siendo la actitud del juzgador público y privado esencialmente diferente. El juez estatal al juzgar la arbitrabilidad de la controversia lo hace en nombre del orden jurídico público del que él es guardián, por lo que es natural que la mayor parte de las veces se deje llevar por criterios meramente internos en el momento de apreciar el presupuesto material del convenio de arbitraje internacional. De lo contrario, el árbitro no está obligado por las causas de inarbitrabilidad dictadas por el Derecho nacional. Se juega mucho en la decisión de la validez material del convenio arbitral, puesto que de ésta depende, entre otros factores, su propia competencia. Debe, pues, esforzarse por respetar la validez de la cláusula compromisoria de donde extrae sus poderes. Sin obviar, que más tarde su decisión va a ser reconsiderada, bajo los parámetros de las normas imperativas y el orden público, por el juez del lugar donde se presente un recurso de anulación contra el

laudo o por aquel de donde éste vaya a ser reconocido o la jurisdicción que deba ejecutarlo.

12. Desde esta perspectiva, la respuesta a la ley aplicable a la arbitrabilidad debe forjarse, en primer lugar, en atención a la especial consideración del factor internacional, a partir del cual hay que encontrar el equilibrio necesario entre el orden público y los intereses del mercado internacional. Ante la inexistencia de una norma material transnacional que se encargue del objeto del arbitraje es habitual que su determinación corra a cargo de una ley estatal, lo que comporta el peligro de que tal ley pueda ser restrictiva en materia de arbitrabilidad, no la admita, o limite los poderes del árbitro. Lo cual debe ser tenido en cuenta en un arbitraje internacional, para no dejarse llevar por criterios legeforistas que decidan equívocamente sobre el presupuesto material internacional. En aquellos casos en que las legislaciones internas excluyan la arbitrabilidad de la controversia, se admite que si el arbitraje es internacional, tanto los jueces como los árbitros podrán aplicar un Derecho extranjero que no la excluya, siempre y cuando ello no sea contrario a un orden público internacional o realmente internacional, en apoyo de la tesis de la condición suficiente de la arbitrabilidad de la controversia internacional.

13. Aunque se reconozca el indudable valor que tiene el principio de validez del convenio de arbitraje internacional y se aprecie que éste se ha ido imponiendo en la práctica arbitral y jurisprudencial internacional hasta cotas altamente considerables todavía nos mostramos un tanto recelosos en cuanto a su aceptación supranacional y el orden público válido para limitarlo. No hay que perder de vista la realidad práctica internacional, donde los árbitros siempre se deben guiar por un deber de prudencia y previsibilidad. De acuerdo a la “regla de la severidad” a la hora de seleccionar la ley aplicable a la arbitrabilidad de la controversia internacional, cuanto mayor sea el número de leyes susceptibles de incidir en la arbitrabilidad que sean aplicadas por el árbitro internacional, mayor seguridad tendrá éste de que posteriormente el laudo dictado no sea anulado o fácilmente irreconocible o no ejecutado. Desde la fase inicial, en atención al orden público internacional, hay que insistir en el deber de responsabilidad y en la búsqueda de la eficacia del laudo arbitral por el árbitro

internacional. A los jueces privados no les preocupan tanto los mecos teóricos sobre las posibilidades de decidir varios de los aspectos del arbitraje sin remitirse a ninguna ley estatal. Lo que les preocupa, principalmente, es compatibilizar los intereses privados de las partes que lo han legitimado con el respeto por los mínimos esenciales marcados por el orden público de los Estados. Armonía que conducirá a que el laudo sea ejecutado, haciéndose eco de la regla general señalada, entre otros, en el art. 35 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que insta para que la actuación del juzgador privado se encuentre funcionalmente orientada para conseguir la eficacia del laudo. Y para ello, hoy por hoy, es imprescindible tener en cuenta las normas de orden público de los Estados implicados en la controversia, las de la sede del arbitraje y allí donde sea previsible el reconocimiento o la ejecución del laudo, con independencia de que lo deseable sería poder acudir a los principios enunciados de validez material en el arbitraje internacional.

-III-

14. La concesión que el Estado realiza al permitir la arbitrabilidad de las controversias en materias especialmente sensibles al orden público requiere una contraprestación a cambio y es que los jueces privados apliquen la normativa imperativa y el orden público en el Derecho aplicable al fondo como requisito *sine qua non* para la permisividad al presupuesto material. Es lo que se ha dado en llamar el arbitraje condicionado por motivos de orden público. Se permite la arbitrabilidad en supuestos materiales especialmente intervenidos por la normativa imperativa y por el orden público “a condición” de que éste se aplique. El carácter de orden público de éstas materias limita la libertad de las partes y de los árbitros en relación con las mismas. La interconexión entre el Derecho aplicable al fondo y el Derecho aplicable a la arbitrabilidad se acrecienta hasta el punto de que el árbitro debe incluso descender a la fase arbitral como requisito previo para apreciar la arbitrabilidad y su propia competencia en la fase negocial. Así, el arbitraje condicionado en materias de orden público implica que la ley que gobierna el fondo deba ser también la ley que gobierna la

arbitrabilidad. Un ejemplo inequívoco de arbitraje condicionado por motivos de orden público nos los ofrece el Derecho de la competencia.

15. Desde este sector representativo del orden público económico de dirección ha sido curioso observar como a pesar de que el Derecho de la competencia fue la materia primigenia en accionar la apertura a la arbitrabilidad de la controversia internacional en ámbitos materiales afectados por el orden público y de haber sido el campo de acción que ha arrojado un mayor número de supuestos prácticos y teóricos como principal motor de la expansión del presupuesto material en el orden público económico de protección internacional, la cuestión del orden público en el Derecho de la competencia comporta una serie de matices que hacen que ésta sea todavía altamente controvertida. Mientras que, por un lado, la doctrina mayoritaria insiste en afirmar que la arbitrabilidad del Derecho de la competencia se considera una norma de orden público transnacional para el arbitraje internacional, por otro lado, las legislaciones más recientes de arbitraje, de entre las que destaca la ley sueca de 1 de abril de 1999, muestran abiertamente sus reticencias a las consecuencias de la arbitrabilidad en este tipo de controversias en lo que al orden público respecta. La indeterminación, que se creía superada, es pues manifiesta, haciéndose eco en una de las últimas decisiones del TJCE, de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, donde también ha sido ilustrada la imbricación entre el orden público internacional y el comunitario, poniendo en evidencia las lagunas todavía existentes entre el arbitraje y el Derecho de la competencia.

16. En la práctica, no resulta tan sencillo concretar los poderes que tienen los árbitros para decidir sobre materias que afectan al Derecho de la competencia y su libertad se encuentra constreñida en cada caso concreto por las prescripciones impuestas por las partes en el convenio arbitral. La inarbitrabilidad por razones de orden público deriva de si la propia controversia se asienta en un pacto ilícito claramente constitutivo de un pacto colusorio o de un abuso de posición dominante que, por otra parte, es harto difícil de probar. Si el árbitro sospecha de la existencia de un acuerdo contrario a la libre competencia pero su misión debe circunscribirse a la resolución de una controversia que no entra en él mismo porque así lo han especificado las partes, el juez privado se ceñirá

a lo solicitado por éstas, puesto que de lo contrario la sentencia arbitral así dictada es susceptible de ser rechazada por considerarse *ultra petita*. La inadecuación de los planteamientos teóricos con la práctica de los Estados puede dar lugar a que el laudo no sea homologado posteriormente en la fase de control.

17. En definitiva, las conclusiones alcanzadas en este punto derivan de la observación práctica y doctrinal mayoritariamente seguida. La arbitrabilidad de una controversia no se excluye por el sólo hecho de que una norma de orden público sea aplicable a la relación controvertida. En materia internacional, el árbitro aprecia su propia competencia en lo que se refiere al presupuesto material según el orden público internacional y dispone de poder para aplicar los principios y las normas de orden público, así como para sancionar su desconocimiento eventual bajo el juez del control. De tal manera que la arbitrabilidad del Derecho de la competencia se encuentra ampliamente admitida y reconocida con las limitaciones específicas derivadas de las competencias exclusivas que son igualmente operativas para los jueces nacionales. El árbitro internacional se encuentra así en relación con el Derecho de la competencia en la misma posición que el juez interno, en el sentido de que tiene las mismas posibilidades que éste para aplicarlo y los mismos límites establecidos por el orden público internacional que actúa para preservar la defensa de la libre competencia. Así, los jueces privados pueden decidir sobre las consecuencias civiles de la violación del orden público en el Derecho de la competencia, en el sentido de la infracción de los arts. 81 y 82 CE, en cuanto a que las normas de orden público son directamente aplicables también por los árbitros, pero no pueden acordar una exención individual conforme al art. 81. 3, al ser ésta una competencia exclusiva reservada a la Comisión, a la espera de lo que sobre esto último decida la Reforma que, en la actualidad, se está gestando después de un procedimiento inalterable en 35 años, con posibilidades de que el art. 81. 3 también sea aplicado directamente, sin previa decisión de la Comisión, por las Autoridades nacionales especializadas en Derecho de la competencia y por los jueces. No creemos, sin embargo, que la reforma se decida a dar el paso que sería deseable de equiparar en este punto a las autoridades arbitrales con el arbitraje.

18. La problemática general que se plantea en relación con la arbitrabilidad y el orden público de protección de las cláusulas compromisorias internacionales insertas en condiciones generales de contratación es si la cláusula de arbitraje impuesta en las CGC puede favorecer a la parte más fuerte de la relación contractual, el empresario o predisponente, en perjuicio de la debilidad del adherente, consumidor, asegurado o trabajador, que se pueda ver desprovisto de la normativa imperativa y del orden público de protección, o del orden público verdaderamente internacional, del cual forma parte el derecho a la tutela judicial efectiva. Ello da lugar, a que consideremos necesario que exista una aplicación material o sustantiva del orden público de protección que deberá entenderse en sentido amplio y no restringido como el que ha sido defendido. Si bien, se ha reiterado que el papel que juega el orden público en el arbitraje privado internacional, tanto en cuanto a su función como en cuanto a su contenido, debe ser bastante reducido, en este tipo de materias, donde existe una parte contractual débil, encontramos una excepción. Aquí, el hecho de haber permitido la arbitrabilidad de la controversia en el ámbito interno se debe a que éstos se encuentran institucionalizados y son públicos, cosa que no ocurre en la arbitrabilidad de la controversia internacional. Ante la necesidad de garantizar que en ningún caso se pierda la protección se justifica que en contratos internacionales de consumo, seguros y trabajo sí quepa una intervención en sentido amplio de las normas imperativas y del orden público de protección, tanto para determinar la arbitrabilidad de la controversia como en la fase de control.

19. De otro lado, el análisis de la práctica arbitral en los sectores concretos aquí tratados nos ha permitido destruir en parte el mito del *favor arbitrandum* o de la arbitrabilidad ilimitada en el ámbito internacional. Un mayor rigor científico en el análisis empírico no avala el excesivo marketing al que ha dado lugar el tratamiento de la arbitrabilidad en determinados casos jurisprudenciales y arbitrales que más que la regla configuraba la excepción general. No es cierto que la práctica internacional tienda a un reconocimiento de la arbitrabilidad en éstos campos. Únicamente el caso *Jaguar* en contratos internacionales de consumo, y el caso *Grenoble* en el marco laboral, permitieron la arbitrabilidad de la controversia internacional y ello bajo determinadas circunstancias que dan lugar a la consideración de sentido muy restringido de la misma.

Si bien es cierto que un alcance desmesurado de su publicidad ha tendido a exagerar, por parte de la doctrina, sus consecuencias a la vez que ha restringido el protagonismo del orden público, de facto, ocurre todo lo contrario. Aquí la fuerza del orden público resurge para garantizar la protección. En ningún caso se ha puesto en duda que el árbitro no pueda aplicar la normativa imperativa y el orden público internacional de la parte débil. Ni siquiera ha lugar a ello, porque es el propio orden público internacional el que no permite la arbitrabilidad por razones mucho más sencillas. La propia infraestructura del arbitraje privado internacional no ha sido concebida para mimar especialmente a éstas partes necesitadas de protección. Se requeriría su institucionalización, si bien, hoy utópica, en el ámbito internacional, al menos factible si se hacen realidad los proyectos existentes al respecto en el marco de la Unión Europea.

-IV-

20. La amplitud conferida a la autonomía de la voluntad en el Derecho aplicable al fondo en la fase arbitral, tanto si el Derecho es elegido por las partes o, en su defecto, por el árbitro, como si el arbitraje es de Derecho o de equidad, encuentra un límite mínimo pero infranqueable en el orden público. Es en esta fase donde la tensión entre la doble naturaleza del arbitraje se hace más patente. Por un lado, el juez privado se debe a las partes de las que extrae su legitimidad, por lo que ha de respetar, en su integridad, el Derecho seleccionado por éstas como ley aplicable al fondo de la controversia internacional. Pero, por el otro lado, se encuentra compelido por la responsabilidad de que la elección de ley aplicable sea eficaz orientándola, pues, funcionalmente a la propia eficacia de la sentencia arbitral. Así, el conflicto entre el dualismo natural de la institución arbitral coloca al árbitro en el fiel que debe equilibrar el éxito del procedimiento arbitral. Por mucho que se deba a las partes en la elección del Derecho aplicable el contrapeso de su naturaleza jurisdiccional le obliga a aplicar al fondo de la controversia el orden público y las normas imperativas como condición impuesta en determinados arbitrajes condicionados y como requisito para conseguir la eficacia del laudo.

21. De ahí se desprende que, en nuestra opinión, la afirmación de que el orden público no está dirigido a los árbitros internacionales consecuencia de que, en teoría, éstos no están obligados por ninguna *lex fori* ni *lex causae* y, por lo tanto, por ningún orden público del cuál los árbitros no son guardianes, es una verdad a medias. Según de qué orden público estemos hablando éste se encuentra dirigido no sólo a los jueces sino también a los árbitros. Se debe diferenciar, en primer lugar, los tres niveles que existen del orden público. El árbitro internacional no está obligado por el orden público interno perteneciente al primer nivel. Pero los otros dos afectan en mayor o menor medida a su actuación. La estricta consideración de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, en franca compatibilidad con su faceta contractual, provoca que los árbitros sí sean los guardianes de un orden público en el sentido en que deben vigilar para que éste no pueda hacer ineficaz la sentencia arbitral. En ésta vigilancia o deber de previsibilidad arbitral han de cuidar mucho de “guardar” que el laudo no sea anulado, o devenga inválido para el exequátur por motivos de orden público. Estas circunstancias, comportan que “indirectamente” el árbitro internacional sea el guardián del orden público internacional donde el laudo se deba ejecutar y “directamente” del orden público auténticamente internacional que vela por los intereses del mercado internacional.

22. En estricta consideración de la compatibilidad de las normas imperativas y el orden público con la fijación del Derecho aplicable, a falta de elección de ley por las partes, la jurisdiccionalización del arbitraje se hace evidente en que los métodos utilizados por los árbitros en su determinación son muy similares a los empleados por los jueces y tribunales estatales. Partiendo de la consideración previa que les diferencia en cuanto a que el árbitro internacional no tiene foro y para él sólo existe el orden público y las normas imperativas de la *lex contractus* y aquellas exteriores a ésta, los jueces privados se encuentran obligados a respetar el orden público de la *lex contractus*, excepto en aquellos supuestos, muy excepcionales, en los que se puede llegar a inaplicar las normas imperativas y el orden público de la *lex contractus* si éstas son manifiestamente contrarias a las necesidades y los principios mínimos fundamentales de las transacciones privadas internacionales representadas por un orden público realmente internacional de rango superior.

23. Existe una mayor polémica, tanto teórica como práctica, sobre cuándo un árbitro internacional puede aplicar al fondo de la controversia internacional normas internacionalmente imperativas o disposiciones de orden público de sistemas jurídicos distintos al de la *lex contractus*. La actitud tradicional relativa a esta cuestión, consistente en rechazar categóricamente tal posibilidad, ha dado un vuelco radical en la actualidad en el sentido de que si el orden público extraño a la *lex contractus* tiene un título serio y legítimo de ser aplicado, o se encuentra fuertemente vinculado a la controversia, su aplicación se impone para el árbitro. No hay por qué alarmarse cuando en abstracto se plantea la aplicación del orden público ajeno a la *lex contractus*. El árbitro cuando aplica el orden público del lugar de la sede y/o el de los previsibles lugar o lugares de ejecución del laudo, en realidad está aplicando, cuando éstos no se encuentran reflejados en el contrato, las disposiciones de orden público y las normas imperativas de terceros Estados. Lo que ocurre es que aquí son evidentes por obedecer a los indicios tradicionales de localización muy fáciles de identificar sobre la base de los criterios territoriales o geográficos. Pero lo importante es que su aplicación es igualmente la de un orden público no perteneciente a la *lex contractus*.

La dificultad se da a la hora de encontrar otros índices de localización que faciliten al árbitro su labor de investigación en cuanto a encontrar las normas de intervención o el orden público que siendo ajenos a la *lex contractus* sean susceptibles de vulnerar la eficacia de la sentencia arbitral. En la práctica, la aplicación de normas imperativas de orden público de terceros Estados ajenos a la *lex contractus* es muy extraña. Se prefiere la aplicación de las leyes de policía. El árbitro está obligado a aplicar las normas de policía extranjeras que reivindican su aplicación.

-V-

24. De manera directamente proporcional a la liberalización de la arbitrabilidad en la fase negocial ha crecido el interés de los árbitros por las cuestiones relativas al orden público que particularmente se reflejan en la etapa de control judicial. De hecho, la incertidumbre y falta de precisión que gravita sobre la arbitrabilidad de las

controversias en materia de orden público es una cuestión de trascendental importancia que no puede quedar sin ningún tipo de limitación. Por mucho que se pierdan los controles del orden público en la arbitrabilidad, o como ha sido sostenido el control se ha desplazado a la fase post-arbitral y, en concreto, al exequátur del laudo arbitral internacional, el control debe siempre quedar garantizado en la fase post-arbitral, al menos en lo que al orden público se refiere. Se defiende así la necesidad de un mínimo control de orden público en la fase judicial. Es en la fase post-arbitral donde trasciende con mayor intensidad la problemática subyacente entre el orden público y la institución arbitral, la de la propia avenencia y compatibilidad entre ambas formas de justicia trasunta de la confianza real existente entre las dos instituciones. En la fase judicial, el papel del orden público es más visible y adquiere una función dual. Por un lado, examina si se ha respetado el lugar que la justicia estatal accede a compartir con la justicia arbitral, esto es, la cuestión de la arbitrabilidad examinada en la fase negocial. Y, por el otro lado, reafirma los límites que no puede traspasar la función arbitral derivados de la actuación de los árbitros en la fase arbitral.

25. La defensa del control no debe perturbar ni incomodar a los árbitros internacionales que pueden desear no sentirse condicionados por el mismo. Todo lo contrario, más que perjudicar a los árbitros presionados por la amenaza del examen, para el que siempre deben estar preparados aunque puede que éste no tenga lugar en la fase final, el límite del orden público es uno de los pilares fundamentales en los que se asienta la credibilidad en la institución arbitral. Es una garantía que la justicia privada precisa y, además, reconoce y verifica la buena actuación de los árbitros y su respeto por el orden público tal y como hasta ahora ha venido siendo gratamente confirmado. En realidad, el control del orden público es el que ha ido poco a poco verificando la buena evaluación de los árbitros cuando éstos han tenido que decidir sobre temas de orden público de importancia fundamental para los ordenamientos estatales. Ha sido gracias a la certificación de su buena actuación una de las causas que ha posibilitado la independencia de la que goza el arbitraje en la actualidad.

26. Cuando un juez nacional aprecia la contrariedad de una sentencia arbitral internacional con el orden público del foro debe proceder a aplicar un método

instrumental de fisonomía triangular. En uno de los vértices, deberá apreciar, en primer lugar, el carácter internacional del laudo arbitral y, en consecuencia, aplicar, como línea de principio, un orden público restringido también internacional, identificado con los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico, en nuestro caso, claramente delimitados por la Constitución. En otro de los vértices, se deberá valorar la apreciación “concreta” del orden público internacional para el supuesto determinado planteado, donde influirá la posibilidad de aplicar las leyes de policía que exigen su aplicabilidad en un determinado supuesto en particular. El tercero de los vértices que cierra el triángulo, lo completa el principio de actualidad del orden público.

27. Los criterios que permiten la “toma en consideración” de las leyes de policía de los países extranjeros al del control del laudo son dos basados, a su vez, en una dualidad de técnicas distintas. La primera técnica consiste en que el juez de control al analizar el laudo arbitral ante él presentado puede constatar que dicho laudo viola el orden público o una ley de policía extranjera cuya contravención es también un atentado al orden público o a una ley de policía del foro. La segunda técnica se basa en el principio de cortesía. Consiste en que el juez de control estudie la legitimidad del interés protegido por la ley de policía extranjera para decidir si le da o no efecto. Sin necesidad, por tanto, de exigir, como en el primer caso, que también se da una violación del orden público del foro. Ciñéndonos a la evolución de la jurisprudencia asociada a los laudos arbitrales es más probable que se dé el primer caso que el segundo. Se confirma así que la toma en consideración de una ley de policía extranjera tiene un valor muy secundario porque lo que realmente importa es si con la violación de esa ley de policía se atenta también al orden público del foro. El orden público extranjero y sus leyes de policía únicamente son aplicadas tras ser tomadas en consideración, cuando los intereses que protege el orden público y las leyes de policía extranjeras convergen con los que protege las leyes de policía y el orden público del propio foro. El requisito que se precisa es que exista una unidad de concepción en cuanto a los intereses protegidos en ambos sistemas.

28. Es constatable el contenido eminentemente constitucional del orden público español de carácter estatal tanto en su sentido interno como en el internacional. Fue precisamente en la sentencia TC 43/1986, de 15 de abril donde por primera vez se

actualizó el contenido del orden público a su valor constitucional, contribuyendo así de manera esencial a su definición actual y a la guía de referencia ineludible para la toma en consideración del orden público que debe refrendar la solución del laudo que desee recibir sanción legal en nuestro ordenamiento. El orden público que interviene en el arbitraje internacional se entiende en un sentido material y procesal de mínimos identificado con los valores fundamentales de nuestra Constitución que comprime en el Capítulo II, Título I de la Norma Suprema los criterios que sirven para identificar el contenido que lo es, por igual, del orden público interno, del orden público internacional y, en consonancia con los Convenios Internacionales de Derechos Fundamentales, también, del orden público transnacional. Entendido éste último como un acuerdo de mínimos que abarca los valores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico dibujando a un tiempo el contenido limitado y restringido de nuestro orden público interno e internacional.

29. En España el buen hacer de los Tribunales judiciales provoca la ausencia de diferencias entre el contenido esencial del orden público interno y del orden público internacional cuando se trata de valorar por el juez del control la contrariedad del laudo arbitral con las leyes de policía y los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro. Si se hace una radiografía de la actuación judicial a este respecto nos damos cuenta que a pesar de que, en no pocas ocasiones, la jurisprudencia ha ignorado por completo la distinción entre el orden público interno y el orden público internacional a la hora de reconocer un laudo arbitral internacional ello no ha afectado para que el resultado alcanzado se haya considerado correcto. Aunque existen diferencias teóricas graves en cuanto a la falta de regulación de un recurso de anulación para el laudo arbitral internacional y a éste se le aplica el recurso interno, contenido en el art. 45. 5 LA, la práctica jurisprudencial proveniente de la adecuada interpretación dada por el T.C, que reduce el orden público a un contenido mínimo integrado en el Texto fundamental, hace que de *lege ferenda* el resultado alcanzado cuando los jueces y tribunales estatales han aplicado el art. 45. 5 a los laudos arbitrales internacionales no haya tenido mayor trascendencia, puesto que el contenido del orden público interno es el mismo que el que se hubiera aplicado si el laudo hubiera sido cotejado por un orden

público internacional del foro. Ahora bien, que no tenga consecuencias prácticas no implica que no sea grave el desconocimiento de la diferencia.

30. El orden público es un elemento perturbador del principio de prohibición de revisión. Habiendo sido defendido, por un lado, que los poderes de los árbitros no deben ser ilimitados en su actuación en la fase negocial ni en la fase del procedimiento arbitral, es lógico abogar, por el otro lado, para que los poderes de los jueces que deben evaluar los laudos no sean, a su vez, excesivamente amplios, en la fase post-arbitral. Se ha de buscar la proporción entre ambos mediante una demarcación de los límites que permitan acotarlos. La excepción de orden público y la prohibición de revisión de fondo del asunto son los elementos fundamentales encargados de precisar sus flancos, tanto en uno como en otro caso. A partir de la observación práctica del control judicial de la sentencia arbitral internacional se desprende que la prohibición de revisión del fondo del asunto no es tan radical como el vocablo interdicto parece indicar. *De facto*, no es inusual que se proceda a controlar las normas imperativas y los principios de orden público considerados indispensables para el foro afectado, en el sentido de verificar si éstos han sido aplicados, y, en su caso, se pueda entrar a conocer cómo han sido aplicados por el árbitro. Lo que supone una clara vulneración del principio de la prohibición de la revisión a través del orden público como excepción.

31. En el sistema español, al igual que ocurre en el contexto internacional, existe una disfunción entre la formulación teórica del principio de prohibición y la aplicación práctica del mismo en las modalidades de control del laudo arbitral interno e internacional. Teóricamente el principio es inatacable. Constituye un veto infranqueable que limita la actuación de los jueces y Tribunales cuando éstos tienen que revisar las sentencias arbitrales internas e internacionales. Prácticamente, empero, se observa como, incluso en las mismas sentencias jurisprudenciales que hacen alarde en sus fundamentaciones jurídicas de respetar estrictamente el principio de prohibición, contradictoriamente, en su modo de actuación proceden a un auténtico control de fondo de hecho y de Derecho de la sentencia arbitral. Admitiendo explícitamente la permisividad de la revisión de fondo del asunto en la medida en que es indispensable para salvaguardar los principios esenciales de nuestro ordenamiento, identificados con

los valores constitucionales que conforman el concepto esencial de nuestro orden público en sentido internacional.

32. Para finalizar, dentro de la valoración jurídica, filosófica y moral que indudablemente lleva aparejada la consideración del orden público en el arbitraje internacional se considera especialmente descriptiva la máxima decimonónica de F. Robert de Lammennais, que resume el trasfondo filosófico de la investigación doctoral: *“Donde hay fuertes y débiles la libertad oprime y la ley libera”*. En el comercio internacional un excesivo liberalismo en la forma de resolver las controversias que en él se presentan puede dar lugar a una privatización de la justicia si ésta no se garantiza con los requisitos mínimos de un control. En las relaciones entre el arbitraje privado internacional y los Estados, en un mundo cada vez más globalizado, es el orden público es el que libera. Un orden público que lejos de ser entendido como antaño, con el carácter draconiano que implicaba su consideración amplia como una auténtica cláusula de estilo, se erige en la actualidad como el instrumento imprescindible garante de la justicia arbitral que indica el equilibrio entre la institución arbitral y la justicia estatal, sin por ello coartar ni menospreciar la autonomía del arbitraje internacional sino todo lo contrario.

La actuación de los órganos jurisdiccionales a través del orden público más que como límite ha actuado como comprobante del “buen hacer” de los árbitros y de las instituciones de arbitraje internacionales, que han incrementado la buena reputación de la que goza el arbitraje gracias al respeto y a la aplicación de las normas internacionalmente imperativas y del orden público del Estado requerido. Es por ello, que no deja de ser cierto que el problema del orden público y de las normas materiales imperativas en el arbitraje privado internacional es más teórico que práctico. En la práctica analizada en todas y cada una de las fases del arbitraje la problemática derivada del orden público es mucho menor que la teóricamente planteada. El orden público internacional de los Estados es aplicado y respetado por los árbitros, tanto en el aspecto sustantivo y material, como desde la perspectiva procesal del mismo.

BIBLIOGRAFIA

- I. MONOGRAFÍAS Y LIBROS HOMENAJE**
- II. PUBLICACIONES PERIÓDICAS**

BIBLIOGRAFIA (I): MONOGRAFIAS Y LIBROS HOMENAJE

- ACOSTA ESTEVEZ, J.B., *Los consumidores y el arbitraje. Contribución al estudio del arbitraje. Ley de 5 de diciembre de 1988*, Barcelona, PPU, 1991.
- ALLAND, D., *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, París, Pedone, 1994.
- ALVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, La Ley, 1992, esp., el epígrafe relativo a la "cláusula arbitral en CGC", pp. 149-156.
- "Comentario al art. 57", "Comentario al art. 60", y "Comentario al art. 63", R. Bercovitz Rodríguez- Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 841-853, pp. 881-894 y pp. 911-915, respectivamente.
- ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, M.P., *El arbitraje internacional en la practica convencional Española (1794-1978)*, Oviedo, Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1982.
- ARROYO MONTERO, R., "Comentario al art. 58" y "Comentario al art. 61", R. Bercovitz Rodríguez- Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 853-857 y pp. 894-902, respectivamente.
- ARTUCH IRIBERRI, E., *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, S.L., 1997.
- BALLADORE PALLIERI, T., "L'arbitrage privé dans les rapports internationaux", *R. des C.*, t. 51, 1935-1, p. 287.
- BALL, M., "Case Law and Arbitrability. Arbitrability Under United States Law", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A, 1993, pp. 181-199.
- BARBER, H., *Objetive Schiedsfähigkeit und Ordre Public in Der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd./Vol. 1487, Frankfurt, Peter Lang, 1994.
- BATIFFOL, H., "Le pluralisme des méthodes en droit international privé", *R. des C.*, t. 139. II., 1973, pp. 75-148.
- "La loi appropriée au contrat", *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes a B. Goldman*, París, Litec, 1982.
- BENVENUTI, P., *Comunità Statale, Comunità Internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milán, Giuffrè editore, 1977.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R. (coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje: Ley 36/1988, de 5 de diciembre*, Madrid, Tecnos, 1991.
- BERGER, K.P., *International Economic Arbitration, Studies in Transnational Economic Law*, vol. IX, Deventer- Boston, Kuwer Law and Taxation Publishers, 1993.
- BERNARDINI, P., "L'arbitrabilità, le droit applicable et l'ordre public. La situation in Italie", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 117-125.
- BERNINI, G., *Lezioni di diritto dell'arbitrato. (Normativa interna e Convenzioni internazionali)*, Bolonia, Editrice, 1992, pp. 494-501.

- “Powers and Duties of Arbitrators”, *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 207-213.
- BERND VON HOFFMANN, T., “International Mandatory Rules of Law Before Arbitral Tribunal”, K.H. Böckstiegel (ed.), *Acts of State and Arbitration*, Berlín, Sonderdruck, 1999, pp. 3-28.
- BERNSTEIN, R., *Handbook of Arbitration Practice*, Londres, Sweet & Maxwell & The Character Institute of Arbitrators, 1987.
- BERSTEIN, R., Tackaberry, J., y Marriott, A.L., *Handbook of Arbitration Practice*, London, Sweet & Maxwell y The Chartered Institute of Arbitrators, 3ª ed., 1998, pp. 535-579.
- BLESSING, M., “Regulations in Arbitration Rules on Choice Law”, ICCA Congress series núm. 7, Viena, 3-6 de noviembre de 1994, pp. 391-447.
- BÖCKSTIEGEL, K.H., “Public Policy and Arbitrability”, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, International Council for Commercial Arbitration*, Congress series n.º 3, Kluwer, 1987, pp. 177-204.
-“Powers and Duties of Arbitrators”, *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 199-207.
- BONOMI, A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zürich, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, 1998.
- BROCHES. A., *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1990.
- BUDIN, R.PH., *Les clauses arbitrales internationales, bipartites, multipartites et spéciales de l’arbitrage “ad hoc” et institutionnel. Clauses Modèles*, París, Payot Laussane, 1993.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario al Título VII: De la anulación del laudo. Artículos 45-51”, R. Bercovitz Rodríguez- Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 689-766.
- CALVO CARAVACA, A.L. y Fernández de la Gándara, L., *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Tecnos, 1989.
- *Derecho Mercantil Internacional*, 2ªed., Madrid, Tecnos, 1995, pp. 705-788.
- CARABIBER, CH., *L’arbitrage international de droit privé*, París, LGDJ, 1960.
- CARBONNEAU, T.H.E., *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Merchant Law*, New York, Transnational Juris Publications, 1990, pp. 1-227.
- *Lex mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant*, La Haya, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1998, pp. 1-296.
- CARREAU, D., FLORY, T., y JUILLARD, P., *Droit International Economique*, 4ª ed., París, LGDJ, 1998.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1976, pp. 77-144.
- CHILLÓN MEDINA, J.M. Y MERINO MERCHÁN, J.F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, Civitas, 1991.
- COHEN, D., *Arbitrage et Société*, París, LGDJ, 1993.

- CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995.
- CREMADES, B.M., *Arbitration in Spain*, Madrid, Butterworths-La Ley-Carl Heymans Verlag, 1991.
- CRESPO HERNÁNDEZ, A., *El Acuerdo Multilateral de Inversiones: ¿Crisis de un modelo de globalización?*, Madrid, Eurolex, 2000.
- CUARTERO RUBIO, M^a.V., *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997.
- CURTI GIALDINO, "La volonté des parties en droit international privé", *R. des. C.*, t. 137, 1972-III, pp. 742-917.
- DAVID, R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Económica, 1982.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, 2^a edición, Madrid, Civitas, 2000.
- *Derecho Privado de Internet*, Madrid, Cívitas, 2000, pp. 420-431.
- DERAINS, Y., *Jurisprudencia arbitral de la Camara de Comercio Internacional*, Madrid, Fundación Española de Arbitraje, 1985.
- "Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Nueva York, 6-9 de mayo de 1986, *I.C.C.A. Congress series* n° 3, 1986, pp. 227-257.
- "Powers and Duties of Arbitrators", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 251-273.
- "Application of European Law by Arbitrators –Analysis of case law–", *L'arbitrage et le droit européen*, Actas del coloquio de la CEPANI de 25 de abril de 1997, Bruselas, Bruylant, 1997, pp. 5-81.
- DEZALAY, Y., & GARTH, B.G., *Dealing in Virtue*, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1996, pp. 311-317.
- DORE, I.I., *Theory and Practice of Multiparty Commercial Arbitration, with Special Reference to the Uncitral Framework*, London-Dordrecht-Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1990.
- DUTOIT, V.B., "L'ordre public: caméléon du droit international privé?. Un survol de la jurisprudence suisse", *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, pp. 455-472.
- ESPLUGUES MOTA, C.A., *La relatividad del orden público en el Derecho Internacional Privado español*, tesis de Licenciatura, inédita.
- "Comentario al art. 59" y "Comentario al art. 62", R. Bercovitz Rodríguez- Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 857-879 y 902-911, respectivamente.
- "El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional", *Cuadernos de Derecho judicial (I): Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 13-57.
- ESTEFANÍA, J., *La nueva economía. La globalización*, Madrid, Debate, S.A., 1996.
- FADLALLAH, I., "L'ordre public dans les sentences arbitrales", *R. des. C.*, vol. V, 1994, pp. 369-430.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3^a ed., Madrid, Cívitas, 1996.
- *Derecho Internacional Privado*, 1^a ed., Madrid, Cívitas, 1999.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (editor), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Eurolex, 1996.
- "Comentario al art. 56", R. Bercovitz Rodríguez- Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 797-841.
 - "Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo", Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. IV., *Derecho civil y Derecho público*, Madrid, Cívitas, 1996, pp. 5210-5237.
 - "los Modelos de Integración en América Latina y en el Caribe y el Derecho Internacional Privado", *El papel del Derecho Internacional Privado en los procesos de integración en Iberoamérica, Iberoamérica ante los procesos de Integración*, Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores De Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, BOE, 1999, pp. 151-192.
 - *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, (coord.), Madrid, Iprolex, 2000.
- FOUCHARD, PH., GAILLARD, E. y GOLDMAN, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- GAILLARD, E., *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, París, ICC Publishing, 1993.
- GASPAR LERA, S. *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Pamplona, Aranzadi S.A, 1998.
- GEIGER, R., "Evolution of Competition Regulations in OECD Countries", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 71-78.
- GILL, W.H., *The Law of Arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 1975.
- GOLDMAN, B., "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", *R. des C.*, t. 109, 1963-II, pp. 351-480.
- "Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international", *Trav. com. Fr. DIPr*, 1966-69, pp. 119-147.
 - "The Applicable Law: General Principles of Law –the *Lex Mercatoria*", J.D.M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 113-126.
 - "L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public. La situation in France", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 109-117. También las conclusiones: "Conclusions", *ibid.*, pp. 331-341.
- GÓMEZ JENE, M., *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, 273 pp.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Comentario al artículo 12. 3 Cc", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I. vol. 2, 2.^a ed, Madrid, Edersa, 1995, pp. 894-927.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. IV, *Derecho Civil y Derecho Público*, Madrid, Cívitas, 1996, pp. 5239-5270.
- GRIGERA NAÓN, H. "Public Policy and International Commercial Arbitration: An Argentine View" , *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, International Council for Commercial Arbitration*, Congress series n.º 3, Kluwer, 1987, pp. 329-336.
- *Choice of law problems in international commercial arbitration*, Tubinga, Mohr, 1992.
 - "Mandatory Provisions of Law Regarding Arbitration Agreements in Latin America", *Arbitration in Settlement of International Commercial Disputes Involving the Far East and Arbitration in Combiated Transportation*. Tokio, 31 de mayo a 3 de junio de 1988, I.C.C.A. Congress. Series n.º 4, pp. 121- 130.

- GUARNERI, A., *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del Diritto Civile*, Padova, Cedam, 1974.
- HAHN, D., *L'arbitrage commercial international en Suisse face aux règles de concurrence de la CEE*, ed. Georg, Ginebra, 1983, vol. 36, p. 70.
- HAHN, D. y MAIRE, J.P., "Réglementation de la concurrence et évolution du concept d'arbitrabilité", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice.*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 79-89, también, en inglés, "Competition Regulation and Evolution of the Concept of Arbitrability", *ibid.*, *op. cit.*, pp. 89-99.
- HANOTIAU, V.B., "L'arbitrabilité des litiges en droit belge au regard de la pratique internationale, *Mélanges R. O. Dalq, Responsabilités et assurances*, Bruselas, Larcier, 1994, pp. 269-280.
- HASCHER, D., "Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory report", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 153-167.
- HEUMAN, L., *Current Issues in Swedish Arbitration*, Boston, Kluwer, Juristförlaget, 1990, pp. 184-240.
- HEYMANN, E.V., "Der Ordre Public In Der Privaten Shiedsgerichtsbarkeit", *Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-Handels-und Prozessrecht*, Band 56, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1969, p. 7.
- HILDING, E., "Perentory Norms and Private International Law", *R. des C.*, t. 139, 1973-II, pp. 1-74.
- HIRSCH, M., *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Netherlands, Kluwer, 1993.
- HOLTZMANN, H.M., *Rapport: "Powers and Duties of Arbitrators"*, *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 227-250.
- HULEATT-JAMES, M. y GOULD, N., *International Commercial Arbitration. A Handbook*, London, Lovel White Durrant, 1996.
- HUYS, M. y KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruselas, Bruylant Bruxelles, 1981, pp. 562-646.
- IDOT, L., "Rapport introductif. L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public des litiges interessant la concurrence", *Competition and Arbitration Law. Institute of international Business Law and Practice.*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 11-38.
- "Rapport introductif. Judicial control of the arbitral award", *ibid.*, pp. 273-282.
- JARVIN, S., "The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers", J.D.M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 50-73.
- "Arbitrability, Applicable Law and Public Policy. Comments on U.S. Court Decisions", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 145-153.
- JAYME, E., "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privés", *Annuaire de l'Institut de Droit International, Session de Bâle*, vol. 64-I, 1991, pp. 16-17.
- JOLIDON, P., "La sentence en équité dans de Concordat suisse sur l'arbitrage", *Schweizer Beiträge zur internationalen schiedsgerichtsbarkeit, (Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international)*, Lausanne, I.C.C.A., 1984, pp. 259-268.

- KADEN, J., *Judges and Arbitrators: "Observations on the Scope of Judicial Review"*, *Colum. L. R.*, 1980, pp. 267-277.
- KASSIS, A., *Theorie generale des usages du commerce: droit compare, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, París, LGDJ, 1984.
- "L'arbitre, les conflits de lois et la lex mercatoria", *Symposium, Université Laval*, Québec, 14 a 17 de octubre de 1985, Universidad Laval, 1985, pp. 1-26.
- KOVAR, R., "Droit communautaire de la concurrence et arbitrage", *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, 1982, pp. 109-124.
- LALIVE, P., POUDRET, J.F., y REYMOND, C., *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot Laussane, 1988.
- LALIVE, P., "Arbitrage international et ordre public suisse (l'arrêt *SGTM v. Bangladesh*)", *Rev. dr. suisse*, 1978, pp. 529-551.
- "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, New York, 6 al 9 de mayo 1986, I.C.C.A. Congress Series núm. 3, 1986, pp. 257-317.
- "Préface", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 7-10.
- LANDO, O., "The Law Applicable to The Merits of the Dispute", *Essays on International Arbitration*, P. Sarcevic (ed.), Londres, Graham-Trotman, 1989, pp. 129-159.
- "The Law Applicable to The Merits of the Dispute", J.D.M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 101-113.
- LATTANZI, F., *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Roma, Giuffrè editore, 1989.
- LAZAREFF, S., "Mandatory Extraterritorial Application of National Law Rules", ICCA Congress series núm. 7, Viena, 3-6 de noviembre de 1994, pp. 538-553.
- LEONARDI DE HERBON, H. y FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., *Arbitraje interno e internacional. Una mirada al futuro.*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- LEW, J.D.M., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Nueva York, Oceana Publications, 1978.
- *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- "Determination of Arbitrator's Jurisdiction and the Public Policy Limitations on that Jurisdiction", J.D.M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 73-86.
- "Relevance of Conflict of Law Rules in the Practice of Arbitration", ICCA Congress series núm. 7, Viena, 3-6 de noviembre de 1994, pp. 447-459.
- LORCA NAVARRETE, A.Mª. y SILGUERO ESTAGNAN, J., *Derecho de Arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Dykinson S.L., 1994.
- LORCA NAVARRETE, A.Mª., *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Madrid, Tecnos, 1989.
- LORD MUSTILL, comentario al libro de Grigera Naon, H., "A Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration", *I.C.L.Q.*, vol. 44., 1995, p. 235.
- LOUSSOUARN, Y., "Cours general de droit international privé", *R. des C.*, t. 139, 1973-II, pp. 269-386.

- LUZZATTO, R., "International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States", *R. des C.*, t. 157, 1977-IV, pp. 9-484.
- MAIRE, J.P. y HAHN, D., "L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public. Réglementation de la concurrence et évolution du concept", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A, 1993, pp. 79-89. Traducido al inglés: "Competition Regulation and Evolution of the Concept of Arbitrability", *ibid.*, pp. 89-99.
- MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid, Cívitas, 2º ed., 1991.
- MAYER, P., "L'application par l'arbitre des Conventions Internationales de Droit Privé", *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, París, Dalloz, 1994, pp. 275-271.
 - "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *R. des C.*, t. 217, 1989-V, pp. 323-452.
 - "La règle morale dans l'arbitrage international", *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 379-401.
- MCCLELLAN, A., "Arbitrability, Applicable Law and Public Policy. EC Situation", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 99-109.
- MCWHINNEY, E., *Conflit idéologique et ordre public mondial*, París, Pedone, 1970.
- MEDINA DE LEMUS, M., *Contratos de comercio exterior. (Doctrina y Formularios)*, Madrid, Dykinson, 1998.
- MERKIN, R., *Arbitration Law*, London-Hong Kong, L.L.P., 1991, pp. 17-23.
- MONACO, R. "Compétence arbitrale et compétence de la Cour des Communautés Européennes", *Essais in Memoriam Eugenio Minoli*, Turín, 1974, p. 328.
- MONTERO AROCA, J., *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Cívitas, 1990.
- MOREAU, B., "Les effets de la nullité de la sentence arbitrale", *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 403-413.
- MOREAU, B. y BERNARD, T., *Droit interne et droit international de l'arbitrage*, 2ª ed., París, J. Delmas, 1985.
- MOSHE, H., *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- MOTULSKY, H., *Etudes et notes sur l'arbitrage, Ecrits*, T. I., p. 66.
- MOURA VICENTE, M., "Applicable Law in Voluntary Arbitration in Portugal", *I.C.L.Q.*, vol. 44., 1995, pp. 179-191.
 - *Da arbitragem comercial internacional*, Coimbra, Coimbra editora, 1990.
 - *Do Direito aplicavel ao mérito da causa na arbitragem comercial internacional*, Lisboa, tesis policopiada, 1989.
- MUÑOZ SABATE, L., *Jurisprudencia arbitral comentada (Sentencias del Tribunal Supremo 1891-1991)*, Barcelona, Bosch, 1992.

- NYGH, P. "The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of law in Contract and in Tort", *R. des C.*, t. 251, 1995, pp. 269-296.
- OEHMKE, T., *International Arbitration*, New York, Clark Boardman Callaghan, 1993, pp. 256-259.
- *International Arbitration*, New York, Clark Boardman Callaghan, 1990, pp. 354-355.
- OPPETIT, B., "Justice étatique et justice arbitrale", *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 414-426.
- *Théorie de l'arbitrage, Droit, Ethique, Société*, París, Presses Universitaires de France (Puf), 1998, 127, pp.
- PALAIA, N., *L'ordine Pubblico "Internazionale"*, Padova, Cedam, 1974.
- PATRIKIOS, A., *L'arbitrage en matière administrative*, París, LGDJ, 1997, pp. 32-35.
- PAULSSON, J., "The Extend of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs", J.D.M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 141-148.
- "International Commercial Arbitration", *Handbook of Arbitration Practice*, Londres, Sweet & Maxwell y The Chartered Institute of Arbitrators, 1998, pp. 535-578.
- PECHOTA, V. y SMIT, H., *The World Arbitration Reporter. Spanish Court of Arbitration. National Arbitral Institutions and Rules*, Hudson-New York, Transnational Juris Publications, vol. 2 A, 1994, pp. 2405-2437 y vol. 4 A, 1994, pp. 5275-5277.
- POILLOT-PEREZZETTO, S., "Ordre public et droit communautaire", *Dalloz Sirey*, 1993, pp. 177-182.
- POUDRET, J. F., "L'interprétation des sentences arbitrales", *Schweizer Beiträge zur internationalen schiedsgerichtsbarkeit, (Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international)*, Lausanne, I.C.C.A., 1984, pp. 269-284.
- RACINE, J.B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, París, LGDJ, 1999.
- REDFERN, A. y HUNTER, M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 2ª ed., 1991, pp. 52-62.
- REGLERO CAMPOS, F.L., *El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, Montecorvo, S.A., 1991.
- REMIRO BROTONS, A., "La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères", *R. des C.*, t. 184, 1984-I, pp. 172-351.
- RIGAUX, F., *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, París, Pédone, 1977, pp. 309-395 y 443-444.
- RIVKIN, D.W., "Arbitrability, Applicable Law and Public Policy. The U.S. Situation", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 125-145.
- ROBERT, J., *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, París, Dalloz, 5ª ed., 1983, pp. 20-33 y 253-369.
- "El arbitraje en los países de la Comunidad Europea", *Panorama del arbitraje Comercial Internacional (Selección de lecturas)*, México, Coeditores: Instituto mexicano de comercio exterior, Academia de arbitraje y comercio internacional y la Universidad nacional y autónoma de México, 1983, pp. 223-236.
- ROCA AYMAR, J.L., *El arbitraje en la contratación Internacional*, Madrid, ICEX, 1994.

- RODRIGUEZ MATEOS, P., *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías*, Madrid, La Ley, 1992, pp. 61-65.
- ROKISON, K.S., "The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers in England", J.D.M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 86-101.
- RUBINO-SAMMARTANO, M., *International Arbitration Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, pp. 299-355.
- RUBINO-SAMMARTANO, M. y MORSE, C.G., *Public Policy in Transnational Relationships*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.
- RUCHELLI H.B. y FERRER, C., *El orden público en general en el Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.
- RUTHERFORD, M., "Documents only Arbitrations in Consumer Disputes", R. Bernstein (ed), *Handbook of Arbitration Practice*, Londres, Sweet & Maxwell, 1987, pp. 217-233.
- "Documents only Arbitrations in Consumer Disputes", *Handbook of Arbitration Practice*, Londres, Sweet & Maxwell y The Chartered Institute of Arbitrators, 1998, pp. 469-490.
- RUTHERFORD, M. y SIMS, J., *Arbitration Act 1996: A practical guide*, London, Law & Tas, 1997, pp. 46-51.
- SAFARIAN, A.E., *Multinational Enterprise and Public Policy. A study of the Industrial Countries. New Horizons in International Business*, Toronto-Londres, Edward Elgar, 1993.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, (4ª ed.), Madrid, Mc Graw Hill, 1999.
- SAMUEL, A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration. A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S and West German Law*, Zürich, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé, 1989, pp. 31-74.
- SARCEVIC, P., *Essays on International Commercial Arbitration*, London-Dordrecht-Boston, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 134-159.
- SAROT, J., *La Jurisprudence de la Cour d'arbitrage*, Bruselas, Bruylant, 1990.
- *La jurisprudence de la Cour d'arbitrage (deuxième mise à jour- 15 septembre 1992)*, Bruselas, Bruylant, 1993.
- SCHLOSSER, P.F., "Arbitration and the European Public Policy", *L'arbitrage et le droit européen*, Actas del coloquio de la CEPANI de 25 de abril de 1997, Bruselas, Bruylant, 1997, pp. 81-101.
- SCHWEBEL, S.M., *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, pp. 61-276.
- SCHWEBEL, S.M. y S.G. Lahne, "Public Policy and Arbitral Procedure", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Nueva York, 6-9 de mayo de 1986, I.C.C.A. Congress series nº 3, 1986, pp. 205-227.
- SILVA, J.A., *Arbitraje Comercial Internacional en México*, Atizapán de Zaragoza, Estado de México, Pereznieto Editores, 1994.
- SMIT, H., *International Commercial Arbitration and the Courts: a source guide. p. cm. Parker School of Foreign and Comparative Law*, Columbia University, 1990, pp. 181-434.

- SOONS, A.H.A., *International Arbitration: Past and Prospects*, Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1990.
- STORME, M. y De Ly, F., *The Place of the Arbitration*, Third International Symposium on the Law of International Commercial Arbitration, Ghent, 30-31 may 1991, Mys & Breesch, 1992.
- SCHLOSSER, P., *Das Recht Der Internationalen Privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, vol. I, Tubinga, Max Planck Instituut, 1985.
- SCHULTSZ, J.C., "Powers and Duties of Arbitrators", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A., 1993, pp. 221-225.
- UZAL, M^a.E., *Solución de controversias en el comercio internacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, S.R.L., 1992.
- VAN DEN BERG, A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Netherlands-Antwerp-Boston-London-Frankfurt, T.M.C. Asser Institute, The Hague, 1981.
- "Should and International Arbitrator Apply the New York Arbitration Convention of 1958?", *The Art of Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1982.
- VANDER ELST, R., "Ordre public international, lois de police et lois d'application immédiate", *Mélanges Robert Legos*, Bruselas, Facultad de Derecho de la facultad libre de Bruselas, 1985, pp. 653-667.
- VERDERA Y TUELLS, E., "El "pierce the veil" arbitral de Yves Derains". Estudio preliminar de la obra de dicho autor. *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, 1985, pp. 21-37.
- VISCHER, F., "The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts", *R. des C.*, vol. II, t. 142, 1974-II, pp. 1-74.
- VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, Mc Graw Hill, 1998.
- WERNER, M., "Mandatory National Procedural Law and Auxiliary Powers of Courts", ICCA Congress series núm. 7, Viena, 3-6 de noviembre de 1994, pp. 355-362.
- WETTER, J.G. "Ethical Guidelines", *Year. Stockholm. Ccom*, 1993, pp. 99-105.
- "The Internationalisation of International Arbitration: Looking Ahead to the Next Ten Years", *The Internationalisation of International Arbitration. The LCIA Centenary Conference*, M. Hunter, A. Marricct, V.V. Veeder, (editores), London-Dordrecht-Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, pp. 85-97.
- WILNER, G.M., *Domke on Commercial Arbitration*, New York, Clark Boardman Callaghan, 1993, pp. 286-471.
- WOLFGAN, K., "Express and Implied Choice of the Substantive Law in the Practice of International Arbitration", ICCA Congress series núm. 7, Viena, 3-6 de noviembre de 1994, pp. 380-391.
- XXX. Chambre de commerce internationale, *Le droit de l'arbitrage en Europe*, (Collection. L'arbitrage dans le monde), París, ICC Services S.A.R.L, 1981.
- XXX. *El arbitraje internacional*. XII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.(Edición preparada por Mariño, F.M.), Zaragoza, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1989.

- XXX. International Council for Commercial Arbitration, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in arbitration*, I.C.C.A. Congress Series n° 3, Nueva York, 6-9 mayo, 1986.
- XXX. International Council for Commercial Arbitration, *New Trends in the development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and other Institutions*, I.C.C.A. Congress Series n° 1, Hamburg, Kluwer, June, 7-11, 1982.
- XXX. The ICC International Court of Arbitration Bulletin, *International Commercial Arbitration in Europe*, Suplemento Especial de la CCI, París, ICC Publishing S.A., 1994.
- XXX. "La réforme du droit de l'arbitrage (Colloque organisé a Paris le 25 de septembre 1980)", *Rev. arb.*, 1980, núm. 4 (monográfico).
- XXX. "A Commercial Way to Justice". *International Arbitration Conference. Boston, MA, USA, september, 1996*. Conferencia Internacional de arbitraje de Boston, 26, 27 y 28 de septiembre de 1996. Publicación de dicha Conferencia en: *The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators -Arbitration-*, vol. 3, 1997, núm. 1, pp. 11-25.
- XXX. QUINTANA CARLO, I., A. BONET NAVARRO, J.J. MUERZA ESPARZA, J. DE CARPI PÉREZ, C. SAMANES ARA, M.R. GUTIÉRREZ PÉREZ, J.F. HERRERO PEREZAGUA, *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, Aranzadi, 1997.

BIBLIOGRAFIA (II): PUBLICACIONES PERIODICAS

- AGUILAR GRIEDER, H., "Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso a la comprensión del sistema", *La Ley*, 1998, 5, D-304, pp. 2165-2173.
- AGUILAR NAVARRO, M. "El orden público en el Derecho internacional Privado", *REDI*, 1953, p. 16.
- ALPA, G., "La circulation des modèles de resolution extrajudiciaire des conflicts", *Rev. int. dr.comp.*, 1993, núm. 4, pp. 755-765.
- ALVAREZ GONZÁLEZ, S., "Arbitraje y Derecho aplicable (Anotaciones al Título X de la Ley 36/1988 de arbitraje)", *RCEA*, vol. V, 1988-89, pp. 171-179.

- "Los Juzgados de Primera Instancia ante el *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros", *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 53-65.
 - "Propiedad industrial, "Jugement mixte" y doble exequátur de sentencias francesas sobre condena de cantidad (Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1988)", *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 77-85.
 - "Arbitraje Comercial Internacional, orden público y derecho comunitario de la competencia", *La Ley*, año XX, núm. 4895, 1999, pp. 1-4.
 - "Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjera: límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario", *La Ley*, año XXI, núm. 5108, 2000, pp. 1-4.
- ALVAREZ RODRÍGUEZ, A., "Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley española de arbitraje", *RCEA*, vol. V, 1988-1989, pp. 95-110.
- AMORES CONRADI, M.A. y SERRA CALLEJO, J., "Arbitraje y Convenio de Bruselas (A propósito de la Sent. TJCE de 25 de julio de 1991. Asunto C-190/89 *Marc Rich and Co AG c. Societá Italiana Impianti*", *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 85-93.
- ANDEREGG, K., "Schiffer, K: Normen Ausländischen "öffentlichen" Rechts in Internationalen Handelsschiedsverfahren. (Zugl.: Köln, Univ., Diss., 1989.)- Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann(1990), XXXIV, 220 S. (Internationales Wirtschaftsrecht. Bd. 7.), *Rabels Z*, 1994, pp. 121-123.
- ARFAZADEH, H., "L'ordre public du fond et l'annulation des sentences arbitrales internationales en Suisse", *RSDIE/ SZIER*, 1995, núm. 3, pp. 223-255.
- ARSIC, J., "International Commercial Arbitration on the Internet. Has the Future Come too Early?", *Journ. int. arb.*, vol. 14, n^o 3, 1997, pp. 209-221.
- ARTUCH IRIBERRI, E., "El recurso de anulación del laudo en el arbitraje comercial internacional (A propósito de la Sent. Aud. Prov. de Madrid de 10 de diciembre de 1991)", *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 117-125.
- "El convenio arbitral defectuoso", *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 415-421.
 - "Arbitraje Comercial Internacional", *Derecho del Comercio Internacional*, cap. XVIII, ed. Fernández Rozas, J.C., Madrid, Eurolex, 1996, pp. 471-492.
 - "La compatibilidad entre normas de aplicación en materia de contratos celebrados por los consumidores, a propósito de las reglas sobre condiciones generales de contratación", *Derecho de los Negocios*, núm. 89, febrero 1998, pp. 13-20.
 - "La jurisdicción del CIADI de acuerdo al art. 25 del Convenio de Washington", *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 287-295.
 - "La solicitud de medidas cautelares ante el juez nacional de acuerdo al Convenio de Bruselas de 27 de diciembre de 1968: precisión de su significado y de las relaciones con un procedimiento arbitral en curso", *La Ley*, 1998, 5, D-343, pp. 2372-2378.
 - "La administración del arbitraje en España en las distintas modalidades arbitrales", XI Curso europeo de verano sobre *Arbitraje Comercial Internacional*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 14 de julio de 1999, documentación entregada, pp. 1-4.
- ASHE, B.F., "Arbitration Finality and the Public Policy Exception", *Disp. Res. J.*, 1994, pp. 22-27.
- ASKEN, G., "International Commercial Arbitration and International Public Policy" (Remarks), *Am. Soc. Int. L.*, 1987, pp. 375-377.
- BADENAS CARPIO, J.M., "El nuevo Sistema Arbitral de Consumo", *Derecho de los negocios*, año. 4, 1993, núm. 38, pp. 18-26.
- BAKER, CH., "Sexual Harassment v. Labor Arbitration: Does Reinstating Sexual Harassers Violate Public Policy?", *Un. Cincinnati. L.R.*, vol. 61, 1992-1993.

- BARONA VILAR, S., "El recurso de anulación del laudo arbitral", *RCEA*, vol. V, 1988-89, pp. 127-128.
- "El laudo en el arbitraje de consumo", *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 9-54.
- BEDIKIAN, M.A., "Riding on the Horns of a Dilemma: The Law of contract v. Public policy in the Enforcement of Labor Arbitral Awards", *Detroit Coll. L.R.*, 1988, pp. 692-720.
- BENCHENEB, A., "La contrariété à la Convention Européenne des droits de l'homme d'une loi anéantissant une sentence arbitrale", *Rev. arb.*, 1996-2, pp. 2-12.
- BENOIT-MOURY A. y MATRAY, D., "L'arbitrage et le droit des sociétés", *Rev. arb.*, 1978, núm. 2, pp. 130-156.
- BERLOWE, A.J., "Judicial Deference to Grievance Arbitration in the Private Sector: Saving *Grace* in the Search for a Well-Defined Public Policy Exception", *Un. Miami L.J.*, 1988, vol. 42, pp. 767-803.
- BERTRAND, J.A., "Arbitration: Public Policy Exception to Arbitration of Anitrust Issues- *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth*", *Harvard Int. L.J.*, vol. 25, 1984, pp. 427-433.
- BITTER, J.E., "Comentario a la Ley de arbitraje de los países bajos de 1986", *RCEA*, vol. V, 1988-89, pp. 421-427.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P., "Arbitraje y cuestión prejudicial ante el TJCE. El asunto *Nordsee*", *RCEA*, vol. III, 1986, p. 123.
- BLESSING, M., "Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration", *Journ. int. arb.*, vol. 14., 1997, núm. 4, pp. 23- 40.
- BLOHORN-BRENNEUR, B., "La médiation judiciaires: Vers un nouvel esprit des lois dans les conflits individuels du travail", *Gaz. Pal.*, 1998, núm. 2, p. 821.
- "Conciliation, amiable composition et médiation judiciaires dans les conflits individuels du travail. La pratique grenobloise", *Rev. arb.*, 1999, núm. 4, pp. 785-799.
- BLOM, J., Law Problems in International Commercial Arbitration, *Can. YB. Int. L.*, 1994, pp. 418-421.
- BÖCKSTIEGEL, K.H., "The Problems Facing Arbitration in the European Union", *Arbitration.*, 1995, pp. 191-195.
- BOISSÉSON, M., "L'arbitrage et la fraude (À propos de *l'arrêt Fougerolle* rendu par la Cour de Cassation le 25 mai 1992)", *Rev. arb.*, 1993-1, pp. 3-13.
- BORRIS, CH., "Common law and Civil law: Fundamental Diferences and their Impact on Arbitration", *Arbitration.*, 1994, pp. 78-85.
- BOTANA AGRA, M., "Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas", *Derecho de los negocios*, 1999, pp. 9-20.
- BOUCOBZA, X., "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international", *Rev. arb.*, 1998, núm. 4, pp. 494-516.
- BOURQUE, J.F., "The Legal Framework of Arbitration in the European Union", *Bull. CIA/CCI, Special Supplement: International commercial arbitration in Europe*, 1994, pp. 8-33.
- BOUZA VIDAL, N. y QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Derecho del comercio inteernacional. C) Reino Unido: Arbitraje", *R.J.C.*, 1998, año XCVII, núm. 2., pp. 499-514.

- BOUZARI, E.H., "The Public Policy Exception to Enforcement of International Arbitral Awards: Implications for post-NAFTA Jurisprudence", *Texas Int. L.*, vol. 30, 1995, pp. 205-221.
- BRAND, R.A., "Punitive Damages and the Recognition of Judgments", *NILR*, vol. XLIII, 1996, núm. 2, pp. 143-187.
- BRISEÑO SIERRA, H., "L'utilisation de l'arbitrage pour le règlement des litiges de transfert de technologie", *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 20-33.
- BROCHES, A., "International Commercial Arbitration and International Public Policy" (Discussion), *Am. Soc. Int. L.*, 1987, pp. 379-380.
- BROUWERS, PH. y SIMONART, H., "Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage de Belgique", *Cahiers dr. eur.*, 1995, pp. 7-23.
- BUCHANAN, M., "Public Policy and International Commercial Arbitration", *Am. Bus. L. J.*, vol. 26., 1988, pp. 511-531.
- BUDIN, R.P.H., "L'exécution des sentences arbitrales étrangères en Suisse et les limites de l'ordre public", *Rev. arb.*, 1977, núm. 2, pp. 107-125.
- BURDEAU, G., "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats", *Rev. arb.*, 1995, núm. 1, pp. 3-39.
- BURST, J.J., "L'arbitrage dans ses rapports avec les communautés européennes", *Rev. arb.*, 1979, pp. 105-120.
- BYK, CH., "Le droit international de la "bioéthique": "jus gentium" ou "lex mercatoria", *Journ. dr. int.*, 1997, núm. 4, pp. 915-944.
- CADIET, L., "La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale", *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, pp. 4-38.
- CAMARA, F., "Le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal: du libéral et de l'éphémère", *Rev. arb.*, núm. 1, 1999, pp. 45-57.
- CAMPUZANO DÍAZ, B., "El Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 como núcleo en la regulación de la compraventa internacional de mercaderías (comentario a propósito de la Sentencia arbitral de la CCI núm. 8611/HV/JK de 23 de enero de 1997)", *Derecho de los negocios*, 1998, pp. 15-28.
- CANDELARIO MACÍAS, I., "Les procédures collectives: Espagne", *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2000, núm. 1, pp. 93-115.
- CAPRIOLI, E., "Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (L'expérience du "CyberTribunal")", *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 225-249.
- CARABIBER, CH., "L'arbitrage international et la réserve de l'ordre public", *Rev. arb.*, 1956, pp. 118-131.
- "L'arbitrage interenational et les centres internationaux d'arbitrage", *J. -Cl. dr. int.*, Fasc., 585 B, 1995, núm. 9.
- CARBONNEAU, T.H.E., "L'arbitrage en droit américain", *Rev. arb.*, 1988, núm. 1, pp. 3-51.
- CARTER, P.B., "The Rôle of Public Policy in English Private International Law", *I.C.L.R.*, vol. 42, núm. 1, 1993, pp. 1-10.

- CHAVANNE, A., "Arbitrage et transfert de brevets, savoir-faire, marques de fabrique et de commerce et autres droits de nature à promouvoir la coopération internationale", *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 5-20.
- CHECA MARTÍNEZ, M., "Arbitraje entre Estados e Inversores privados: Entrada en vigor del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965", *Información de la REDI*, vol. XLVIII, 1995, núm. 1, pp. 322-325.
- "La armonización del derecho del arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje", *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 353-361.
- CHUKWUMERIJE, O., "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", *Af. J. Int. Comp. law*, vol. 5, 1993, pp. 561-580.
- CLAASSENS, H., "L'arbitrage en matiere d'assurances", *Rev. arb.*, 1978, núm. 2, pp. 215-236.
- COHEN, D., "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, núm. 3, pp. 451-483.
- COURTEAULT, P. y FLÉCHEUX, G., "La notion d'ordre public international dans la jurisprudence de la Cour de Cassation Française", *Rev. arb.*, 1978, núm. 3, pp. 341-345.
- CREMADES, B.M^a, "L'arbitrage dans les contrats internationaux de transfert de technologie passés par des entreprises espagnoles", *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 72-93.
- "El arbitraje y los negocios", *R.G.L.J.*, 1978, p. 233.
- "The Impact of International Commercial Arbitration in the Development of the International Business", *Am. Jour. Comp. L.*, vol. 33, 1983, núm. 3, pp. 526-534.
- "Los Estados y las empresas públicas en su condición de socios en el comercio internacional", *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 17-33.
- "Nuevo Código ético para los árbitros internacionales", *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 9-15.
- "España estrena nueva Ley de Arbitraje", *RCEA*, vol. V, 1988-1989, pp. 9-29.
- "La nueva Ley de Arbitraje Española", *R.J.E., La Ley*, núm. 2197, 1989, p. 1.
- "The New Spanish Law of Arbitration", *J. Int. Arb.*, 1989, núm. 2, pp. 35-41.
- "La responsabilidad de los árbitros y las instituciones arbitrales", *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 9-25.
- "El arbitraje en el siglo XXI", *La Ley*, núm. 2642, 1990, pp. 1184-1192.
- "Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional", *Derecho de los negocios*, núm. 85, 1997, pp. 1-10, y en *La Ley*, 1998, núm. 5, D-287, pp. 1855-1861.
- "El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada", *La Ley*, 1998, 5, D-233, pp. 1535-1537.
- "Convenio de Bruselas y Arbitraje", *La Ley*, núm. 4752, 11 de marzo de 1999, p. 63.
- "El arbitraje laboral en España", XI Curso europeo de verano sobre *Arbitraje Comercial Internacional*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 13 de julio de 1999.
- CREMADES SANZ-PASTOR, B.M^a y O'BRIEN, S.L., "The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Law of International Commercial Transactions", *Boston Un. Int. L. J.*, vol. 1-2, 1984, p. 317.
- CUARTERO RUBIO, M.V., "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: La vía de los convenios bilaterales", *RCEA*, vol. XII, 1996, pp. 29-53.
- "Comentario a la *Arbitration Act* de 1996, La Ley de arbitraje inglesa", *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 452-459.
- "El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional", *La Ley*, 1998, 3, D-171, pp. 1717-1718.
- "Utilidad para el arbitraje de los últimos convenios bilaterales en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones celebrados en España", *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 279-286.
- DAVENPORT, B., "Problems of Arbitration Law Reform", *L.Q. Rev.*, vol. 110, 1994, pp. 372-373.

- DE ANGEL YAGUEZ, R., "Sobre la posibilidad de revisar en juicio declarativo ordinario los pronunciamientos de un laudo dictado en equidad", *R.C.D.I.*, 1980, núm. 540, pp. 1127 y ss.
- DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., "El arbitraje en las vigentes leyes de contrato de seguro y de ordenación y supervisión de los seguros privados", *R.E.S.*, núm. 93, 1998, pp. 9-32.
- DE BERTI, G., "Arbitrage et transfert de brevets, know how, marques de fabrique et droits semblables en vue de promouvoir la coopération industrielle internationale. Aperçu de la position italienne", *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 93-97.
- DE BOISSESON, M. y CLAY. T., "Recent Developments in Arbitration in Civil Law Countries", *Int. Arb. L. R.*, vol. I, 1998, pp. 150-156.
- DE HASS, M., "Arbitrage et transfert de techniques", *Rev. arb.*, 1979, núm. 1, pp. 3-7.
- DE MELLO, X., "Arbitrage et Droit Communautaire (L'affaire *Nordsee*)", *Rev. arb.*, 1982, pp. 351-403.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Arbitraje y Contratos Internacionales sobre Propiedad Industrial en el Derecho Español", *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 27-49.
- "El arbitraje internacional en Italia tras la reforma legislativa de 1994", *RCEA*, vol. X., 1994, pp. 348-355.
- "Integración Europea y Derecho Internacional Privado", *Rev. Dr. C.E.*, vol. I, 1997, pp. 413-445.
- "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *Dir. com. int.*, año XII, fascículo 4, 1998, pp. 859-883.
- DELAUME, G.R., "L'affaire du *Plateau des Pyramides* et le CIRDI. Considérations sur le Droit applicable", *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 39-67.
- DELVOLVÉ, J.L., "Le rôle de l'arbitrage en matière de transfert de technologie", *Rev. arb.*, 1978, núm. 4, pp. 431-449.
- "Arbitrage et ordre public dans les pays en developpement", *Rev. arb.*, 1979, núm. 1, pp. 95-104.
- "Essai sur la motivation des sentences arbitrales", *Rev. arb.*, 1989, núm. 2, pp. 149-167.
- DERAINS, Y., "L'expérience de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale en matière de propriété industrielle", *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 40-61.
- "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international", *Rev. arb.*, 1986, núm. 4, pp. 375-413.
- "Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale", *Journ. dr. int.*, 1993, núm. 4, pp. 830-855.
- DIAZ ALABART, S., "Arbitraje especial de consumo", *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 26-42. Trabajo que se incluye también como comentario a la Disposición Adicional 2ª de la LA en Bercovitz Rodríguez-Cano R. (coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje: Ley 36/1988, de 5 de diciembre*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 927-943.
- DI MAJO, F.M., "Tutela dei principi processuali nazionali e applicazione delle norme comunitarie. A chi la "primauté"?", *Dir. U. E.*, 1997, pp. 841-844.
- DÍEZ CLAVERO, J., "El arbitraje en el Tratado de Maastricht y el nuevo Acuerdo General de Comercio", *Noticias U.E.*, 1995, núm. 25, pp. 47-52.
- DUNSFORD, J.E., "The Judicial Doctrine of Public Policy: *Misco* Reviewed", *Labor L.*, 1988, núm. 4, pp. 669-681.

- EDWARDS, H.T., "Judicial Review of Labor Arbitration Awards: The Clash between the Public Policy Exception and the Duty to Bargain", *Chicago Kent L.R.*, 1988, vol. 64, pp. 3-34.
- EL KOSHERI, S. y LÉBOULANGER, Ph., "L'arbitre face à la corruption et aux trafics d'influence", *Rev. arb.* 1984, núm. 1, pp. 3-19.
- ENONCHONG, N., "Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England?", *I.C.L.Q.*, 1996, vol. 45, núm. 3, pp. 633-653.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "La situación del arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro", *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 29-53.
 - "El largo camino hacia la ley 36/1988 de Arbitraje", *RCEA*, vol. V, 1988-89, pp. 29-50.
 - "La primacía de los tratados internacionales en el exequatur de sentencias extranjeras", *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 9-29.
 - "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros", *UIMP.*, seminario sobre: "Arbitraje comercial como solución de conflictos", inédito, Santander, 12 de junio de 1996, pp. 1-20.
 - "El arbitraje privado internacional", XI Curso europeo de verano sobre *Arbitraje Comercial Internacional*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 15 de julio de 1999.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y ARTUCH IRIBERRI, E., "Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje elaborada por la Corte Española de arbitraje (diciembre 1996)", *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 303-359.
- FORDE, M., "The "ordre public" exception and adjudicative jurisdiction conventions", *I.C.L.Q.*, vol. 29., 1980, pp. 259- 273.
- FORTIER, L.Y., "International Arbitration on the Eve of the Millennium", *Int. Arb. L. R.*, vol. I., 1997, pp. 1-8.
- FOUCHARD, PH., "Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle", *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 63-72.
 - "Arbitrage et brevets d'invention. Vers une prochaine réforme de l'article 68 de la loi du 2 janvier 1968", *Rev. arb.*, 1977, núm. 3, pp. 306-309.
 - "La levée par la France de la réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York", *Rev. arb.*, 1990, pp. 575-582.
 - "Une initiative contestable de la CNUDCI" (A propos du projet de "Directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales"), *Rev. arb.*, 1994, núm. 3, pp. 461-479.
 - "Arbitrage Commercial International: Tribunal arbitral. Statut des arbitres", *J.-Cl. dr. int.*, Fasc., 586-7, 1994, núm. 9.
 - "L'affaire Hilmarton suite et fin en France, note sous Cass. Civ. 1, 10 juin 1996", *Rev. arb.*, 1997, pp. 376 ss.
 - "Clauses abusives en matière d'arbitrage", *Rev. arb.*, 1995, núm. 1, p. 147.
 - "Arbitrage et Faillite", *Rev. arb.*, 1998, núm. 3, pp. 471-494.
 - "Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales", *Rev. arb.*, 1998, núm. 4, pp. 653-672.
- FOX, C. y GRUHN, B., "Toward a Principled Public Policy Standard: Judicial Review of Arbitrators' Decisions", *Detroit College L.R.*, 1989, pp. 862-898.
- FRANCESSAKIS, PH., "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 1-18.
 - "Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public?", *Travaux du Comité français*, 1966-1969, pp. 149-169.

- FRANCO, S., "L'Arbitrage et le Droit Européen", *Compte rendu du Colloque International du CEPANI* de 25 de abril de 1997, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1997, núm. 3, pp. 353-361.
- FUENTES CAMACHO, V. y VERA PARRA, J.J., "El Tribunal español de arbitraje de seguros: un considerable avance del mecanismo arbitral en su constante dialéctica con los procedimientos jurisdiccionales", *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 9-27. Trabajo publicado también en la *RES*, enero-marzo de 1999, núm. 97.
- FUMAGALLI, L., "La legge applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1985, pp. 465-491.
 - "Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato", *Riv. dr. int. pr. proc.*, vol. XXX, 1994, núm. 1, pp. 15-32.
- GAILLARD, E., "Arbitrage commercial international: Sentence arbitrale. Droit applicable au fond du litige", *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 586-9-1, 1991, núm. 9, pp. 1-33.
 - "Arbitrage commercial international: Sentence arbitrale. Contrôle étatique. Droit commun", *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 586-10, 1992, núm. 3, pp. 1-24.
 - "Arbitrage commercial international: Sentence arbitrale. Contrôle étatique. Droit Conventionnel", *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 586-11, 1992, núm. 9, pp. 1-17.
 - "Arbitrage commercial international: Convention d'arbitrage. Autonomie et principe de validité. Droit applicable", *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 586-1, 1994, núm. 9, pp. 18-21.
 - "Arbitrage commercial international: Convention d'arbitrage. Capacité et pouvoir. Consentement", *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 586-2, 1994, núm. 9, pp. 9-11.
 - "Arbitrage commercial international: Convention d'arbitrage. Arbitrabilité", *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 586-3, 1994, núm. 9, pp. 1-17.
 - "Arbitrage commercial international: Convention d'arbitrage. Transmission et extinction", *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 586-6, 1994, núm. 9.
 - "Trente ans de lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit", *jour. dr. int.*, p. 5.
 - "Un revirement de jurisprudence bienvenu: l'abandon du contrôle de la contradiction des motifs des sentences arbitrales, note sous Cass. civ., 1^a, 11 mai 1999, et Paris, 1^a Ch. C., 26 octobre", *Rev. arb.*, núm. 4, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration", *L. & P. Int. Bus.*, vol. 21, 1989-90, pp. 389-440.
- GARCÍA RUBIO, M^a.P., "El convenio arbitral en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988", *RCEA*, vol. V, 1988-1989, pp. 71-95.
 - "El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia de consumo", *RCEA*, vol. IX, 1993, pp. 79-106.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *REDI*, vol. XII, 1996, pp. 29-53.
- GARNIER, N., "Interpréter, rectifier et compléter les sentences arbitrales internationales", *Rev. arb.*, 1995-4, pp. 565-581.
- GASCON INCHAUSTI, F., "Nuevo marco para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje internacional: La sentencia *Van Uden* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *La Ley*, 1999, núm. 10937. Es un resumen del artículo publicado por el autor en la revista *Tribunales de Justicia*, núm. 4, abril, 1999.
- GOFFIN, L., "L'arbitrage et le droit européen", *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1990, pp. 315-338.
- GOLDMAN, B., "Arbitrage Commercial International: Convention d'arbitrage. Formation. Objet. Arbitrabilité", *J.-Cl. dr. int.*, Fascículo 586-3, 1989, núm. 3, pp. 1-21.
 - "L'arbitrage international et le droit de la concurrence", *Bull. ASA.*, 1989, pp. 260-294.

- "Règles de Conflit, règles d'application inmediate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1966-1969, pp. 119-148.
- GÓMEZ JENE, M. "La nueva regulación del arbitraje en Alemania", *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 363-373.
 - "Convenio arbitral y orden público europeo (A propósito de la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000 en el asunto *Krombach c. Bamberski*)", *Gac. jur. UE. comp.*, 2000, núm. 209, sep.-oct., *en prensa*.
- GONZÁLEZ ARROCHA, K., "El arbitraje internacional en un mundo globalizado", "La Corte Internacional de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional de París", XI Curso europeo de verano sobre *Arbitraje Comercial Internacional*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 14 de julio de 1999, documentación entregada, pp. 5-15.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "Sobre el convenio de arbitraje en Derecho internacional privado español", *A.D.I.*, 1975, vol. II, pp. 3-52.
- GONZALO QUIROGA, M., "El arbitraje en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Derecho de los Negocios*, núm. 82/83, año VIII, Julio/Agosto 1997, pp. 11-25.
 - "El máximo arbitral contemporáneo", *La Ley-Actualidad*, año XVIII, núm. 4398, 20 de octubre de 1997, pp. 14-16.
 - "Armonización legislativa del arbitraje privado en la Unión Europea", *La armonización legislativa en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 143-153.
 - "Hacia la consolidación de una cultura arbitral en América Latina: la colaboración entre jueces y árbitros", *RCEA*, vol. XV, 1999, *en prensa*.
- GOODE, R., "Usage and its Reception in Transnational Commercial Law", *I.C.L.Q.*, vol. 46, parte 1ª, 1997, pp. 1-36.
- GOODMAN, R.E.M., "Arbitrability and Antitrust", *Col. Jour. Trans. L.*, núm. 23, 1985, pp. 659-678.
- GOTANDA, J.Y., "Awarding Interest in International Arbitration", *A.J.I.L.*, 1996, pp. 40-64.
- GRAHAM, W.P., "International Commercial Arbitration and International Public Policy" (Remarks), *Am. Soc. Int. L.*, 1987, pp. 372-373.
- GRIGERA NAÓN, H.A., "Public Policy and International Commercial Arbitration: The Argentine Perspective", *Jour. int. arb.*, 1986, vol. III, pp. 7-27.
- GUARDANS, I. y DE NADAL, S., "An approach to arbitration in Spain", *A.D.R.L.J.*, 1997, pp. 1-64.
- GUEDJ, T.G., "The Theory of the Lois de Police. A Functional Trend in Continental Private Law –A Comparative Analysis with Modern American Theories", *Am. Journ. comp. Law.*, 1991, pp. 661-697.
- GUNTHER, R., "The Impact of Regime Change on Public Policy: The Case of Spain", *Jnl. Publ. Pol.*, vol. 16, núm. 2, 1996, pp. 157-201.
- HAGEN, C.B. & HAYWARD, K.B., "The Issues Concerning Mandatary Arbitration", *Disp. Res. J.*, 1995, pp. 22-28.
- HAMILTON, A. y VEGLAHN, P.A., "Public Policy Exceptions to Arbitration Awards", *Labor L. J.*, 1991, pp. 366-371.
- HAMMJE, P., "Droits fondamentaux et ordre public", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, pp. 1-31.

- HANOTIAU, B., "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen", *Journ. dr. int.*, 1994, núm. 4, pp. 899-966.
 - "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", *Arb. Int'l.*, 1996, núm. 2, pp. 391-403.
 - "The Law Applicable to the Issue of Arbitrability", *RDAI*, 1998, núm. 7, pp. 755-779.
- HARTLEY, T.C., "Antisuit Injunctions and the Brussels Jurisdiction and Judgements Convention", *I.C.L.Q.*, vol. 49, núm. 1, pp. 166-172.
- HEUZÉ, V., "La morale, l'arbitre et le juge", *Rev. arb.*, 1993, núm. 2, pp. 179-199.
- HEXTER, CH., "Judicial Review of Labor Arbitration Awards: How the Public Policy Exception Cases Ignore the Public Policies Underlying Labor Arbitration", *Saint Louis Un. L. J.*, vol. 34, 1990, pp. 77-107.
- HILL, J., "Some Private International Law Aspects of the Arbitration Act 1996", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, 1997, pp. 274-308.
- HILL, R., "On-line Arbitration: Issues and Solutions", *Arb. Int.*, vol. 15, 1999, pp. 199-207.
- HO, H.L., "Policies Underlying the Enforcement of Foreign Commercial Judgments", *ICLQ*, vol. 46, 1997, pp. 443-462.
- HOCHSTRASSER, D., "Choice of law and "Foreign" Mandatory Rules in International Arbitration", *Jour. int. arb.*, vol. 1, 1994, pp. 57-86.
- HOELLERING, M.F., "Arbitrability of Disputes", *Bus. Lawyer*, vol. 41, 1985, núm. 1, pp. 125-144.
- HORLICK, G.N. y MARTI, A.L., "NAFTA Chapter 11B -A Private Right of Action to Enforce Market Access through Investments", *Jour. int. arb.*, 1997, pp. 42-54.
- HORSMANS, G., "L'arbitrage et l'ordre public interne belge", *Rev. arb.*, 1978, núm. 2, pp. 79-94.
 - "La loi belge de 19 mai 1998 sur l'arbitrage", *Rev. arb.*, 1999, núm. 3, pp. 475-541.
- HUTTON, L. y GOTANDA, J.Y., "Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitration in the Wake of *Maestrobuono v. Shearson*", *Harvard Int. J.*, vol. 38, núm. 1, 1997, pp. 59-111.
- IDOT, L., "L'arbitre et l'ordre public communautaire: prise de position de la Cour de Justice, note sous CJCE, 1 Juin 1999", *Rev. arb.*, 1999, núm. 3, pp. 631-653.
- ISHIZUMI, K., "International Commercial Arbitration and Federal Securities Regulation: Reconciling two Conflicting", *Jour. comp. bus. cap. m. l.*, 1984, pp. 81-113.
- JARROSSON, CH., *Informations*, "Résolution du Parlement Européen sur la promotion de l'arbitrage", *Rev. arb.*, 1995, núm. 2, pp. 355-357.
 - "La clause compromissoire", *Rev. arb.*, 1992, núm. 2, pp. 259-276.
- JARVIN, S., "La nouvelle loi suédoise sur l'arbitrage", *Rev. arb.*, 2000, núm. 2, pp. 27-85.
- JAYME, E., *Methoden der Konkretisierung des Ordre Public im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1988, *id.* "Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional Privado", *Rev. Fac. Cs. Jcas.(Caracas)*, n.º 82, 1991, pp. 227-228.
- JOSEPH, S., "Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights", *N.I.L.R.*, 1999, pp. 171-203.
- KAHN, PH., "À propos de l'ordre public transnational: quelques observations", 1999/00, pp. 1539-1550.

- KAUFMANN-KOHLER, G., "le lieu de l'arbitrage a l'aune de la mondialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage", *Rev. arb.*, 1998, núm. 4, pp. 517-536.
- KELLY, G., "Public Policy and General Interest Exceptions in the Juresprudence of the European Court of Justice: Towards a "European" Conception of Values and Fundamental Rights?", *Eur. Rev. Pr. L.*, vol. 4, núm. 1, 1996, pp. 17-39.
- KENNETH, M. C., "Redefinig Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws", *Defense Counsel J.*, vol. 64, 1997-2, pp. 270-284.
- KESSEDJIAN, C., "International Commercial Arbitration and International Public Policy" (Discussion), *Am. Soc. Int. L.*, 1987, p. 379.
- KEUTGEN, G., "Arbitrage et proprite intellectuelle", *Rev. arb.*, 1978, núm. 2, pp. 175-190.
- KNIGHT, T. R., "The Impact of Arbitration on the Administration of Disciplinary Policies", *Arb. Jour.*, 1984, pp. 47-56.
- KORHONEN, O., "New International Law: Silence, Defence or Deliverance?", *EJIL*, 1996, pp. 1-28.
- KRINDLER, R.H., "Arbitrage et recours juridictionnels: L'attitude des parties étrangères ayant à opter entre un arbitrage et un procès aux États-Unis, (Arbitration Versus litigation in Transnational Contracts: Recent Trends in the United States Relevant to Foreign Parties Faced with the Choice)", *Int. Arb. L. R.*, vol. 2., 1998, pp. 173-207.
- KUNER, CH., "The Public Policy Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the United States and West Germany under the New York Convention", *Jour. int. arb.*, vol. 4, 1990, pp. 71-91.
- LALIVE, P., "Arbitrage international et ordre public suisse", *Rev. Dr. suisse*, 1978, pp. 529-551.
- Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, *Rev. arb.*, 1986, núm. 4, pp. 326-371; también en versión inglesa en: *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, New York, 6 al 9 de mayo 1986, I.C.C.A. Congress Series núm. 3, 1986, pp. 257-317.
- LANDO, O., "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", *I.C.L.Q.*, 1985, pp. 747-762.
- LANNI, A., "Protecting Public Rights in Private Arbitration", *Yale L. Journ.*, vol. 107: 1151, 1998, pp. 1157-1162.
- LAPIEDRA ALCAMI, R., "Comentario a la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998", *REDI*, vol. L. 1998, núm. 2, pp. 312-317.
- LASTENOUSE, P., "Le contrôle de l'ordre public lors de l'exécution en Angleterre de la seconde sentence *Hilmarton*", comentario surgido a raíz de la Sentencia de la *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court*, de 24 de mayo de 1999, *Omnium de Traitement et de Valorisation SA c/ Hilmarton Limited*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 4, pp. 867-889.
- LAZAREFF, S., "Le respect du contrat", *Rev. arb.*, 1984, núm. 2, pp. 197-205.
- LEBOULANGER, L., "L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique", *Rev. arb.*, 1999, núm. 3, pp. 541-593.
- LEDOUX, R., "L'arbitrage en matière de concession de vente", *Rev. arb.*, 1978, núm. 2, pp. 156-175.

- LEURENT, B., "Réflexions sur l'efficacité internationale des sentences arbitrales", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1996, pp. 181-208.
- LEVEL, P., "L'arbitrabilité", *Rev. arb.*, 1992, núm. 2, pp. 213-241.
- LEW, J.D.M., "Final Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration", *Bull. ICC*, vol. 9, núm. 1, mayo, 1998, pp. 37-95.
- LOMBARDINI, C., "Il diritto dell'arbitrato internazionale in Svizzera", *Dir. com. int.*, 1994, pp. 587-614.
- "Effetti del diritto comunitario sui contratti e arbitrato del commercio internazionale (Tribunal Fédéral Suisse, 2 aprile 1992)", *Dir. com. int.*, 1993, pp. 152-206.
- LORD MUSTILL, comentario al libro de Grigera Naon, H., "A Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration", *I.C.L.Q.*, vol. 44., 1995, pp. 235.
- LORD TANGLEY y ARENDT, E., "Vers un exequatur Européen?", *Rev. arb.*, 1996, pp. 121-144.
- LUNAS DÍAZ, M^aJ., "La Ley de Condiciones Generales de la Contratación: especial referencia a las normas de aplicación extraterritorial", *Derecho de los Negocios*, año IX, núm. 99, diciembre 1998, pp. 1-15.
- LUZZATTO, R., "International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States", *R. des C.*, t. 157, 1977-IV, pp. 9-484.
- MACDONALD, D.S., "International Commercial Arbitration and International Public Policy" (Remarks), *Am. Soc. Int. L.*, 1987, pp. 377-379.
- MAGEE, J.M., "The Public Policy Exception to Judicial Deferral of Labor Arbitration Awards-How Far Should Expansion go?", *South Carolina L.R.*, 1988, vol. 39, pp. 464-492.
- MANIRUZZAMAN, A.F.M., "International Arbitrator and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An overview", *Jour. int. arb.*, vol. 3, 1990, pp. 53-64.
- "International Commercial Arbitration: The Conflict of Law Issues in Determining the Applicable Substantive Law in the Context of Investment Agreements", *NILR*, 1993, pp. 201-237.
- MANN, F.A., "Private Arbitration and Public Policy", *Civ. Jus. Q.*, 1985, núm. 4, pp. 257-267.
- MANTILLA SERRANO, F., "L'application d'un formalisme excessif à la sentence internationale par le tribunal suprême espagnol", nota a la Sent. TS de 28 de marzo de 1994, *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, pp. 749-757.
- "Arbitraje internacional y protocolización del laudo", *RCEA*, vol. X., 1994, pp. 179-187.
- MARIN LOPEZ, A., "La ley aplicable al convenio arbitral", *RCEA*, vol. V, 1988-89, pp. 191-213.
- MATRAY, L. y MARTENS, P., "Arbitrage et ordre public interne", *Rev. arb.*, 1978, núm. 2, pp. 95-174.
- MAYER, P., "Le contrat illicite", *Rev. arb.*, núm. 2, 1984, pp. 205-225.
- "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", *Arb. Int.*, vol.II, núm. 4, 1986, pp. 274-322.
- "La sentence contraire a l'ordre public au fond", *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, pp. 615-652.
- "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", *Rev. arb.*, 1998, núm. 2, pp. 359-368.
- MAYES, G.T., "The Third Circuit Defines the Public Policy Exceptions to Labor Arbitration Awards-*Exxon Shipping Co. v. Exxon Seamen's Union*, 993 F.2d 357 (3d Cir. 1993)", *Temple L.R.*, vol. 67, 1994, pp. 493-508.

- MCCLELLAN, A., "Le rôle de l'arbitrage commercial international et le droit communautaire dans la perspective de 1992", *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1990, pp. 301-315.
- MOITRY, J.H., "Arbitrage international et droit de la concurrence: vers un ordre public de la lex mercatoria?", *Rev. arb.*, 1989, núm. 1, pp. 3-29.
- MOLINEAUX, CH., "Moving Toward a Construction *Lex Mercatoria*", *Jour. int. arb.*, 1997, pp. 55-67.
- MORLEY, C.V., "*United States Postal Service v. American Postal Workers: The Incredible Expanding Public Policy Exceptions to Arbitration Finality*", *Villamette L.R.*, vol.21, 1985, pp. 631-643.
- MOTULSKY, H. y PLAISANT, R., "L'arbitrage et les conflits du travail", *Rev. arb.*, 1956, núm. 1, p. 78.
- MOURA VICENTE, D., "Applicable Law in Voluntary Arbitration in Portugal", *I.C.L.Q.*, vol. 44., 1995, pp. 179-191.
- MULLERAT, R., "La anulación del laudo arbitral", *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 113-175.
- "La déontologie de l'avocat de l'Union Européenne dans l'arbitrage international", *Bull. CIA/CCI*, vol. 8, núm. 1, 1997, pp. 42-48.
- MULYANA, A., "Attacking Arbitral Awards Under the New York Convention of 1958", *Am. Rev. I. A.*, vol. 6, núm. 1., 1995, pp. 89-105.
- MURPHY, K., "The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law", *Georgia Journ. Int & comp. L.*, vol. 11, 1981, pp. 591-615.
- NAVARRO LORENTE, L., "El sistema arbitral de consumo", *RCEA*, vol. IX, 1993, pp. 47-77.
- NEUMAYER, K. "Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, pp. 579-604, *id. loc.*, 1958, pp. 53-78.
- NOWIKOWSKI, E., "Public Policy Exception to the Enforcement of Labor Arbitration Awards", *Michigan Bar J.*, 1989, pp. 626-631.
- NUYTS, A., "L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, núm. 2, pp. 245-265.
- NYGH, P., "Choice of Forum and Laws in International Comercial Arbitration", *Forum Internationale*, 1997, núm. 24, pp. 1-33.
- OPPETIT, B., "L'arbitrage en matiere de brevets d'invention apres la loi du 13 juillet 1978", *Rev. arb.*, 1979, núm. 1, pp. 83-94.
- "La clause d'arbitrage par référence", *Rev. arb.*, 1990, núm. 4, p. 558.
- PARISI, N. y RINOLDI, D., "Orientamenti giurisprudenziali in tema di clausola compromissoria nei contratti internazionali", *Dir. com. int.*, 1990, pp. 713-748.
- PARKER, J., "Judicial Review of Labor Arbitration Awards: *Misco* and its Impact on the Public Policy Exception", *Labor L.*, 1988, núm. 4, pp. 683-714.
- PASHLER, P., "Arbitration Award Reserving School District's Determination that Teacher's Performance was Unsatisfactory is Subject to Narrow Scope of Review Modeled on Federal Precedent and Neither Arbitrator's Mistaken Conclusions of Fact or Law, nor Public Policy Favoring QualityEducations, Supports Overtuning", *Drake L. R.*, vol. 35, 1985-87, pp. 249-260.

- PAULSSON, J. "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)", *Bull. ICC*, vol. 9, núm. 1, mayo, 1998, pp. 14-32.
 - "L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain", *Rev. arb.*, 1998, núm. 4, pp. 637-653.
- PERA, G., "La nuova disciplina dell'arbitrato nelle controversie di lavoro", *RIDI*, 1999, núm. 1, pp. 359-375.
- PÉREZ BEVIA, J.A., "Disposiciones imperativas y leyes de policía en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 99-124.
 - "Sobre la ley aplicable por el árbitro al fondo de la controversia en el Derecho internacional privado español", *RCEA*, vol. V, 1988-89, pp. 213-235.
 - "Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje comercial internacional", *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 81-99.
- PÉREZ VERA, E., "El concepto de orden público en el derecho internacional", *AHLADI*, vol. VII, 1984, pp. 273-287.
- PERRUZZETTO POILLOT, S. "L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour des justices des Communautés du 1er juin 1999 (*affaire Eco Swiss China time Ltd*)", *Journ. dr. int.*, 2000, núm. 2, pp. 299-315.
- PETROCHILOS, G.C., "Enforcing Awards Annulled in their State of Origin Under the New York Convention", *I.C.L.Q.*, vol. 48, 1999, núm. 4, pp. 856-889.
- PLANTEY, A., "Une politique générale de l'arbitrage internationale est-elle possible?", *Bull. CIA/CCI*, vol. 7, núm. 1, 1996, pp. 15-27.
- POUDRET, J.F., "Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton?. Réponse à Philippe Fouchard", *Rev. arb.*, 1998, núm. 1, pp. 7-24.
 - "Deux aspects de l'arbitrage dans les pays romands au moyen âge: L'arbitrabilité et le juge-arbitre", *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 3-22.
- PRUJINER, A., "Champ du contrôle du juge national sur les sentences arbitrales internationales", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A, 1993, pp. 283-293.
- PRYLES, M., "Choice of law issues in international arbitration", *Arbitration.*, vol. 63., 1997, núm. 3, pp. 200-209.
- RAGNWALDH, J., "A State's Plea to Decline Arbitration - The Inapplicability of the International of the State. (Playdoyer des États pour écarter l'arbitrage -L'inapplicabilité de la loi interne de l'Etat", *Int. bus. L. J.*, 1998, núm. 1, pp. 17-33.
- REBOLLO GONZÁLEZ, J.C., "El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: pasado, presente y futuro", *La Ley*, núm. 4424, 1997, pp. 1-14.
- RECCHIA, G., "Nouvelles questions constitutionnelles sur les droits de propriété industrielle et l'arbitrage en Italie", *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 97-102.
 - "Arbitrato e Convenzione europea dei diritti dell'uomo (prospettive metodologiche)", *Rivista dell'arbitrato*, 1993, pp. 381-407.
- REDFERN, D.A., "International Commercial Arbitration and International Public Policy" (Remarks), *Am. Soc. Int. L.*, 1987, pp. 373-375.

- REQUEJO ISIDRO, M., "Reconocimiento en España de sentencias extranjeras condenando al pago de *punitive damages*", *Iniuria*, abril-junio de 1995, pp. 83-112.
 - "Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional", *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 43-87.
 - "*Punitive damages* y su notificación en el Convenio de la Haya de 15 de octubre de 1965", *REDI*, vol. XLVIII, 1996, núm. 2, pp. 71-99.
- REYMOND, C., "Une réflexion fondamentale sur l'arbitrage: la Théorie de l'arbitrage de Bruno Oppetit", *Rev. arb.*, 2000, núm. 1, pp. 3-9.
- ROCA AYMAR, J.L., "El arbitraje como vía para resolver los litigios de los consumidores y usuarios", *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 105-119.
- ROBERT, J., "Arbitrage en matière internationale et au regard du marché commun", *Rev. arb.*, 1966, pp. 65-75.
 - "Les raisons de recourir à l'arbitrage dans les contrats de transfert de techniques", *Rev. arb.*, 1979, núm. 1, pp. 7-12.
 - "Introduction a l'arbitre et le contract", *Rev. arb.*, 1984, pp. 193-197.
- ROBERT, A., "Arbitrability", *Arb. int.*, 1994, pp. 263-276.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Community *ordre public*, Hidding behind the general good?. A comment on Professor Kocht.", *Eur. Rev. Pr. L.*, vol. 3, núm. 2, 1995, pp. 343-346.
- ROEBKER, M.T., "Public policy Exception to the General Rule of Judicial Deference to Labor Arbitration Awards", *Un. Cincinnati L.R.*, 1988/89, vol. 57, pp. 819-846.
- ROSEN, J.A., "Arbitration under Private International Law: the Doctrines of Separability and Compétence de la Compétence", *Fordham Int. L. J.*, vol. 17, 1994, núm. 3, pp. 599-665.
- ROSZKOWSKI, L.C. y WAYLAND, R.F., "Arbitration Review: Is the Public Policy Against Sexual Harassment Sufficient Cause for Vacating an Arbitration Award?", *Labor L. J.*, 1993, pp. 706-717.
- RUILOBA SANTANA, E., "Sobre el concepto y delimitación del orden público en el Derecho internacional privado", *R.G.D.J.*, 1974, pp. 655-681.
- RUÍZ-BEATO BRAVO, J., "Las fórmulas arbitrales del Reglamento (CE) núm. 1475/1995 de la Comisión, sobre distribución y servicio de venta y postventa de vehículos automóviles", *Derecho de los Negocios*, núm. 73, 1996, pp. 6-13.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., "Postmodernismo y Derecho internacional Privado", *REDI*, vol. XLVI, 1994, núm. 2, pp. 557-585.
 - "La razón del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros", *RCEA*, 1996, vol. XII, pp. 61-81.
- SANDERS, P., "Private Parties and the Permanent Court of Arbitration", *Leiden Jour. Int. L.*, 1993, pp. 289-297.
- SANDROCK, O., "How much Freedom should an International Arbitrator Enjoy? - The Desire for Freedom from Law v. the Promotion of International Arbitration", *Am. Rev. I. A.*, vol. 3, núm. 1/4, 1992, pp. 30-56.
- SARAVALLE, A., "I *punitive damages* nelle sentenze delle Corti Europee e dei Tribunali Arbitrali", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, núm. 4, pp. 867-892.

- SCHLOSSER, P., "La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage", *Rev. arb.*, 1998, núm. 2, pp. 291-303.
- SCHMITTHOFF, C.M., "Finality of Arbitral Awards and Judicial Review", J.D.M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 230-241.
- SEBESTYEN, G., "Arbitrage et coopération industrielle internationale", *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 33-40.
- SEVER, R.J., "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy Checks on U.S. and Foreign Arbitration: Arbitration out of Control?", *Tulane L.R.*, vol. 65, 1990/1991, pp. 1661-1697.
- SHINDLER, A., "Arbitration Still Bound", *L.Q. Rev.*, vol. 102, 1986, pp. 500-505.
- SMIT, H., "Punitive Damages in Arbitration - An encore", *Am. Rev. I. A.*, vol. 6., 1995, núm. 3, pp. 313-316.
- SPERDUTI, G., "Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, pp. 257-270.
- "Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XII, 1976, pp. 469-470.
- STEMPEL, J.W., "Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements", *St. Mary's L. J.*, 1990, pp. 282-486.
- STEVENSON, R.J.D., "Public Policy and Fraud as Grounds of Challenge to Foreign Judgments and Arbitration Awards", *Arbitration*, vol. 59, 1993, pp. 168-171.
- STORME, M., "International Arbitration - A Comparative Essay", *Eur. Rev. Pr. L.*, vol. II, núm. 3/4, 1994, pp. 359-373.
- STRUYVEN, D., "CEPANI: Une procédure spécifique pour le règlement rapide de litiges d'importance pécuniaire limitée", *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1997, núm. 2, pp. 183-187.
- TEREZ, D.G., "International Commercial Arbitration and International Public Policy" (Reporter), *Am. Soc. Int. L.*, 1987, pp. 372-381.
- TOLSON, K.J., "Punitive Damage Awards in International Arbitration: Does the "Safety Valve" of public Policy Render them Unenforceable in Foreign States?", *Loyola of los Angeles L.R.*, 1987, pp. 455-512.
- TRIBBLE, L.A., "Vacating arbitrators' Award Under the Public Policy Exceptions: Are Courts Second-Guessing Arbitrators' Decisions?", *Villanova L.R.*, vol. 38, 1993, pp. 1051-1086.
- VAN BLANKENSTEIN, A., "Enforcement of an Arbitral Award Against a State: With Whom Are You Dealing?", *Leiden Jour. Int. L.*, vol. 6, 1993, núm. 2, pp. 357-355.
- VAN GERVEN, W., "L'Arbitrage dans le Droit Européen", *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1995, núm. 1, pp. 67-74.
- VAN HECKE, G., "Arbitrage et restrictions de la concurrence", *Rev. arb.*, 1973, núm. 1, pp. 3-16.
- "Arbitrage et règles de la concurrence", *Rev. arb.*, 1978, núm. 2, pp. 191-195.
- VAN HOUTTE, H., "Consommateur et arbitrage", *Rev. arb.*, 1978, núm. 2, pp. 197-213.

- VAN OLDENEEL, CH.A., "Le Centre d'arbitrage de l'OMPI", *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1995, pp. 183-185.
- VASSOGNE, J. "L'arbitre, le juge et l'ordre public économique (Remarques adventices)", *Rev. arb.*, 1987, núm. 1, pp. 87-91.
- VERBIST, H., "The Application of European Community Law in ICC Arbitrations", *Bull. CIA/CCI, Special Supplement: International commercial arbitration in Europe*, 1994, pp. 33-58.
- VERDERA Y TUELLS, E., "El "Pierce de veil" arbitral de Yves Derains", *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 35-57.
 - "La elección del lugar y el idioma en el procedimiento arbitral", *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 35-57.
 - "Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial", *RCEA*, vol. X. 1994, pp. 11-72.
 - "Un giro copernicano en el régimen de arbitraje en España", *La ley*, n.º. 4000, 1996, pp. 11-12.
 - "Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 447-485.
- VERBIST, H. y DHÓNDT, K., "Le Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI) adopte de nouveaux règlements. Lignes de force", *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2000, núm. 1, pp. 115-135.
- VISCHER, F., "The Antagonism Between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts", *R. des C.*, vol. II, t. 142, 1974, pp. 1-74.
- VON MEHREN, A.T., "International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence", *La. L. R.*, 1986, pp. 1045-1059.
 - "International Commercial Arbitration and Conflict of Law", *Am. Rev. I. A.*, vol. 3., núm. 1/4, 1992, pp. 57-65.
- VOSER, N., "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration", *Am. Rev. Int. Arb.*, vol. 7, núm. 3/4, 1996, pp. 319-357.
- VULLIEMIN, J. M., "Jurisprudencia suiza en materia de arbitraje comercial internacional", *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 255-269.
- WARREN, D.T., "The concept of "null and void" in international arbitration", *Arb. Jour.*, vol. 45., 1990, núm. 4, pp. 57-59.
- WIEGAND, Ch., "Brussels and Arbitration Prospects, "pros" and "cons" of the National Procedural Laws and Arbitration Achemes within the European Community", *Arbitration*, vol. 61, 1995, núm. 2, pp. 125-131.
 - "Brussels and Arbitration", *Approximation of Judiciary Law within the EU and the Potential Impact on International Arbitration*, *Journ. int. Arb.*, vol. 12, 1995, núm. 4, pp. 4-28.
- ZHILSOV, A.N., "Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration", *N.I.L.R.*, vol. XVII, 1995, pp. 81-119.
- ZUMBUSCH, L.V., "Arbitrability of Antitrust Claims Under U.S., German, and EEC law: The "International Transaction" Criterion and Public Policy", *Texas Int. L. J.*, vol. 22:265, 1987, pp. 291-329.

JURISPRUDENCIA RELATIVA AL ORDEN PÚBLICO

- I. ESPAÑOLA**
- II. COMUNITARIA**
- III. EXTRANJERA**

I. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Auto TS (Sala 1ª) de 29 de enero de 1979. Denegación de la concesión del exequátur. A un laudo “extranjero”, violación del orden público español, contrariedad a la LAP de 1953, *RAJ* 1979, núm. 1180.

Auto TS (Sala 1ª) de 11 de febrero de 1981, *Rederiaktiebielaget Gustaf Erikson c. Eurofrío Alimentos Congelados*, *Year. Comm. Arb.*, vol. III, 1982, pp. 356-358; *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 149-152, con notas de A. Arce Janáriz, *ibid.*, pp. 152-154; de B.M. Cremades, *Int. bus. Lawyer*, 1983, pp. 194-202; M. Virgós Soriano, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 503-505; y nota de A. Borrás Rodríguez, *REDI*, vol. XXXVI, 1984, pp. 660-662. Aplicación primigenia en España del Convenio De Nueva York. Concesión del exequátur.

Auto TS (Sala 1ª) de 8 de octubre de 1981, *Intercontinental del Café S.A. c. Concepción Rodríguez Artiles*. *RAJ*, 1981, núm. 3588, pp. 2913-2914; *REDI*, 1982, vol. XXXIV, pp. 504-505, con nota de M. Virgós Soriano; *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 158-160, con nota de M. Fernández Fernández, *ibid.*, pp. 160-162; *Year. Comm. Arb.*, vol. VIII, 1983, p. 406; *La Ley*, 11 de enero de 1982, núm. 1536, pp. 3-4.

Auto TS (Sala 1ª) de 1 de junio de 1983, *B.I.T., Inc. c. C. De C.E., S.A.*, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 193-195; *Year. Comm. Arb.* vol. XVI, p. 702. Concesión del exequátur. No contrariedad con el rden público español.

Auto TS (Sala 1ª) de 17 de junio de 1983, *Ludmila C. Shipping Co. Ltd. c. Maderas G. L., S.A.*, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 187-190; *Year. Comm. Arb.*, vol. XI, 1986, p. 525; *Rev. dr. aff. Int.*, 1985, núm. 6, pp. 763-765. Orden público procesal.

Auto TS (Sala 1ª) de 6 de octubre de 1983, *M. Cía. Naviera, S.A. c. C. de C. E., S.A.*, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 193-195; *Year. Comm. Arb.*, vol. XI, 1986, p. 530. Orden público sustantivo y procesal.

Auto TS (Sala 1ª) de 13 de octubre de 1983, *Billerud Uddelhom Aktiebolag c. Cervigón Guerra*, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 207-211. Nota de M. Desantes Real, *ibid.*, pp. 211-215. Orden público “internacional” del foro. Exequátur parcial. Constituye una importante novedad la declaración formal que señala que “la noción del orden público del foro no es tan amplia que incluya cualquier norma administrativa...”, *ibid.*, p. 213.

Auto TS (Sala 1ª) de 17 de noviembre de 1983, *Vendo Geellschaft Mit Beschakter Haftung (Vendo Gmbh) c. H. Simmon*, *RCEA*, vol. III, 1986, p. 199. Concesión del exequátur. No contrariedad con el orden público español. Identificación del orden público con el orden jurídico español.

Auto TS (Sala 1ª) de 22 de diciembre de 1983, *Fletamentos marítimos, S.A. c. Star Dispatch Shipping*, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 195-196; *Year. Comm. Arb.*, vol. XI, 1986, p. 531. Identificación por el

juez español de la arbitrabilidad con la mercantilidad. No existe contrariedad con el orden público “interno” español. Concesión del exequátur.

Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barcelona de 6 de febrero de 1984, *R. P. Gramer c. L. Rodes Castañé*, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 201-206. Denegación del reconocimiento por contrariedad al orden público procesal reflejado en el art. 24. 1 C.E. Esta decisión dio origen a la Sent. TS 98/1984 de 24 de octubre, *vid.*, S. Alvarez González, "Los Juzgados de Primera Instancia ante el *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros", *RCEA.*, vol. III, 1986, pp. 53-65.

Auto TS (Sala 1ª) de 31 de mayo de 1984, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 209-213, con nota de Mª.D. Morientes Rodríguez. Orden público, traducción y legalización. Concesión del exequátur.

Auto TS (Sala 1ª) de 25 de enero de 1985, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 217-220, con comentario de A.L. Calvo Caravaca. Concesión del exequátur, invocación de la contrariedad con el orden público.

Sent. Juzgado Primera Instancia núm. 5 de Barcelona de 12 de febrero de 1985, *A.E.TM., S.A. c. A., S.A.*, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 137-142. Normas imperativas de Derecho necesario.

Auto TS (Sala 1ª) de 29 de abril de 1985, *X., S.A. c. D., S.A.*, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 231-235; con nota de S. Sánchez Lorenzo, *ibid.*, pp. 235-238. Carácter restrictivo de la excepción de orden público. Concesión del exequátur. Proyección internacional de nuestro orden público.

Auto TS (Sala 1ª) de 5 de noviembre de 1985, *Rederiet Talisman K/S c. Maderas y Derivados Mayta S.A.*, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 145-146. No contrariedad con el orden público español. Concesión del exequátur.

Auto TS (Sala 1ª) de 30 de enero de 1986, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 249-253 con nota de A.L. Calvo Caravaca, "La eficacia del compromiso arbitral en el ámbito del exequátur", *ibid.*, pp. 131-137; *Year. Comm. Arb.*, vol. XIII, 1988, p. 512. Verificación de oficio de la arbitrabilidad de la controversia. No contrariedad con el orden público.

Sent. TC (Sala 1ª) 43/1986, de 15 de abril, *BOE*, núm. 102, de 29 de abril de 1986, *B.J.C.*, t. XIV, pp. 419-431; *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 209-212; con nota de M.A. Conradi en *REDI*, vol. XXXIX, 1987, pp. 81-85. Junto al comentario de A.Mª. Lorca Navarrete, "La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales y sentencias extranjeras en España, según la doctrina del Tribunal Constitucional español", *ibid.*, vol. IV, 1987, pp. 81-85. Por vez primera se aborda por nuestro TC el problema del contenido del orden público como causa denegatoria de la homologación de una sentencia arbitral extranjera.

Auto TS (Sala 1ª) de 12 de mayo de 1986, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 162-163. No contrariedad con el orden público español. Concesión del exequátur.

Auto TS (Sala 1ª) de 16 de septiembre de 1986, *Compagnie Franco Europeenne Commerciale (Cofrec) c. A.P. Ibérica*, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 169-171; con nota de A.L. Calvo Caravaca, *ibid.*, pp. 171-173. No contrariedad con el orden público español. Denegación del reconocimiento.

Auto TS (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 1986, *East Wind Co. Ltd. C. Compañía Internacional de productos metálicos e industriales, S.A.*, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 189-190. Falta de equiparación entre procedimientos judiciales y arbitrales. Orden público. Concesión del exequátur.

- Auto TC (Registro núm. 39/87) de 13 de mayo de 1987, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 212-216. No se vulnera el orden público procesal en cuanto no hay vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 C.E.
- Auto TS (Sala 1ª) de 27 de enero de 1988, *Nortente S.A., c. Triker S.A.*, *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 147-151, con nota: Vid. el comentario de S. Alvarez González, “Propiedad industrial, “jugement mixte” y doble exequatur de sentencias francesas de condena de cantidad” (Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1988), *ibid.*, pp. 77-84. Orden público, arbitrabilidad y propiedad industrial.
- Sent. TC (Sala 1ª) 43/1988 de 16 de marzo, *RCEA*, vol. V, 1988-89, pp. 353-367. Anulación de un laudo arbitral por el TS. por contrariedad con el art. 24. 1 C.E. Respeto de los principios de audiencia y contradicción. Orden público procesal.
- Auto TS (Sala 1ª) de 18 de marzo de 1988, *Reederei Jonny Wesch K.G. c. Maderas y Talleres Are, S.A., REDI*, vol. XLII, 1990, núm. 1, p. 260 y núm. 2, p. 624, también en *RCEA*, vol. V, 1988/89, pp. 322-323; con nota de P. Maestre Casas, *ibid.*, pp. 323-324. Orden público, concesión del exequátur.
- Auto TS (Sala 1ª) de 25 de octubre de 1988, *Société Nationale des Semouleries, Meuneries, Fabriques de Pâtes Alimentaires et Couscous (S.N. SEMPAC) c. Compañía General de Tabacos de Filipinas S.A.*, *RCEA*, vol. VII., 1991, pp. 152-154. Con nota de J. Maseda Rodríguez, *ibid.*, pp. 154-157. Orden público constitucional, concesión del exequátur.
- Auto TS (Sala 1ª) de 21 de julio de 1989, *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 205-207, con nota de M. Checa Martínez, *ibid.*, pp. 207-209. Violación del derecho a la defensa, contrariedad con el orden público procesal, denegación del exequátur.
- Auto TS (Sala 1ª) de 25 de julio de 1989, *J. De Ferra y Gisbert c. J.F. de Ferra y Gisbert*, *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 209-210, con nota de D.P. Fernández Arroyo, *ibid.*, pp. 210-215. También en la *REDI*, vol. XLIV, 1992, núm. 1, p. 213-214. Inarbitrabilidad de la controversia: títulos nobiliarios. Materia inarbitrable y contrariedad con el orden público. Denegación del exequátur.
- Sent. TS (Sala 1ª) de 20 de noviembre de 1989, *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 163-168. Arbitraje interno. Arbitrabilidad. Contrato complejo de arrendamiento: No es cuestión que el orden público impida resolver.
- Auto TS (Sala 1ª) de 5 de noviembre de 1991, *M.H. Stammwitz c. G. Elsemuller*, *RCEA*, vol. VII., 1991, pp. 183-184. Control del orden público material y procesal.
- Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 10ª), de 10 de diciembre de 1991, *RAJ*, 1991, 2300; también en *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 205-215. Nota de E. Artuch Iriberry, “El recurso de anulación del laudo en el arbitraje comercial internacional (A propósito de la Sent. Aud. Territ. de Madrid de 10 de diciembre de 1991)”, *ibid.*, pp. 117-125. Concepto de orden público. Nulidad del laudo.
- Auto TS (Sala 2ª) de 7 de enero de 1992, *Heinz P. Hinterecker c. Heinrich Fuchs y Helga Fuchs*, *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 185-186. Con nota de M.A. Michinel Alvarez, *ibid.*, pp. 186-190. Control de orden público material y procesal. Equiparación de la noción de orden público en la fase postarbitral con el “control de los requisitos más sensibles”.

- Auto del TS (Sala de lo Civil) de 22 de enero de 1992, *RCEA*, 1997, vol. XIII, pp. 229-230, con nota de J.C. Fernández Rozas, *ibid.*, pp. 230-233. Estudio de la problemática de la delimitación de Convenios de arbitraje.
- Sent. Aud. Prov. de Palma de Mallorca (Sección 3ª) de 14 de febrero de 1992, *RCEA*, vol. IX, 1993, pp. 225-228. Arbitraje interno. Desestimación del recurso de anulación planteado por contrariedad con el orden público procesal.
- Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 14º) de 10 de abril de 1992, *RCEA*, vol. IX, 1993, pp. 196-197. Con nota de S. Barona Villar y M. Garayo de Orbe, *ibid.*, pp. 198-199. Arbitraje interno. Importancia de la definición de orden público procesal y de orden público material como motivos de oponibilidad al laudo arbitral en el recurso de anulación.
- Auto TC (Sala 2ª) núm. 116/1992 de 4 de mayo. Recurso de amparo núm. 31/1992. Nulidad; cláusula de orden público. Derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales. *RAJ*, 1992, 116. También en el archivo TC: Auto TC (Sala 2ª, Sección 4ª), de 4 de mayo de 1992, *RAJ*, 1992, 116.
- Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 13ª), de 22 de septiembre de 1992, *RAJ*, 1992, 1225. También en *RCEA*, 1993, vol. IX, pp. 201-205. Arbitraje interno. Anulación del laudo, principios rectores del procedimiento y concepto de orden público.
- Sent. TS (Sala 1ª) de 25 de septiembre de 1992, *Cifuentes y Compañía c. Internacional Cifuentes S.A.*, *RCEA*, vol. IX, 1993, pp. 248-252, y el comentario a ésta decisión de F.J. Garcimartín Alférez, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1993, núm. 790. Efectos sobre las marcas registradas en España. Importancia de incluir el adjetivo internacional a la contrariedad con el orden público “internacional” español.
- Sent. TS (Sala 1ª) de 30 de diciembre de 1992, *Union de Seguros Marítimos y Generales Amaya, S.A. c. Heinrich Janser and Co. y Assuranceforeningen Gard*, *REDI*, vol. XLV, 1993, núm. 2, pp. 453-454, con nota de Artuch Iriberry, E., *ibid.*, pp. 454-457.
- Sent. Aud. Prov. de Barcelona (Sección 14ª), de 23 de marzo de 1992, *RAJ*, 1992, 395. Aplicación del principio de igualdad en las relaciones de derecho privado y su relación con el orden público. Normas imperativas.
- Sent. TS (Sala 1ª) de 18 de febrero de 1993, *Black Sea Shipping Company c. Novo Viaje, S.A.*, y *Enrique Bonora*, *REDI*, vol. XLV, 1993, núm. 2, pp. 461-462, con nota de Artuch Iriberry, E., *ibid.*, pp. 462-465.
- Sent. Aud. Prov. de Sevilla de 18 de enero de 1993, *RCEA*, vol. X, 1994, pp. 248-256, con nota de S. Barona Villar. Recurso de anulación en un arbitraje interno por ausencia de voluntad de sometimiento a arbitraje.
- Sent. Aud. Prov. de Málaga, de 1 de septiembre de 1993, *RAJ*, 1993, 2444. Laudo contrario al orden público: Concepto de orden público.
- Sent. Aud. Prov. de Madrid, de 23 de noviembre de 1994, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 285-287, con nota de S. Barona Villar, *ibid.*, pp. 287-288. Recurso de Anulación de un laudo interno por su contrariedad al orden público.

- Sent. Aud. Prov. de Palma de Mallorca de 29 de julio de 1994, *RCEA*, vol. XII, 1996, pp. 91-93. Arbitraje interno. Procedimiento arbitral. Laudo contrario al orden público: Concepto de orden público.
- Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª) de 12 de junio de 1995, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 308-315. Arbitraje interno, recurso de anulación. Concepto de orden público.
- Sent. Aud. Prov. de Barcelona de 18 de julio de 1995, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 318-324. Anulación de un laudo interno. Motivos: Infracción del orden público. Concepto. Interpretación Constitucional del orden público.
- Sent. Aud. Prov. de Barcelona de 19 de julio de 1995, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 324-327. Con nota de S. V. B. , *ibid.*, pp. 328-329. Sumisión de la Cuestión litigiosa a arbitraje: Materias excluidas de arbitraje. Las cuestiones de competencia desleal son cuestiones indisponibles y por lo tanto inarbitrables. Una de las escasas ocasiones en las que se anula un laudo por razón de su inarbitrabilidad.
- Sent. TC (Pleno) núm. 174/1995 de 23 de noviembre (cuestiones de inconstitucionalidad 2.112/1991 y 2.368/1995); Cuestión de inconstitucionalidad; art. 38. 2, párrafo primero, de la Ley 16/1987, de Ordenación de Transportes Terrestres, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 400-415.
- Sent. Aud. Prov. de Palma de Mallorca, de 11 de marzo de 1996, *RAJ*, 1996, 554. Nombra el art. 45.5: Laudo contrario al orden público.
- Auto TS (Sala de lo Civil) de 16 de abril de 1996, *Activial internacional SA c. Conservas el Pilar*, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 199-202.
- Sent. Aud. Prov. de Málaga (Sección 4ª) de 25 de junio de 1996, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 195-196. Arbitraje de arrendamientos. Concepto de orden público. Doctrina jurisprudencial.
- Sent. TC, de 27 de junio de 1996, *RAJ*, 1996, 118. STC 118/1996, de 27 de junio, dictada en el Recurso de amparo N§ 1191/87. *BOE* 29/7/1996.
- Sent. TC (Sala 2ª) núm. 176/1996, de 11 de noviembre, recurso de amparo núm. 1.360/1994, *RCEA*, 1996, vol. XII, pp. 161-167, comentada por A. J. Valencia Miron, "El derecho a la tutela judicial efectiva y la Ley de Arbitraje (comentario a la Sent. Tribunal Constitucional (Sala 2ª) núm. 176/1996, de 11 de noviembre", *RCEA*, 1997, vol. XIII, pp. 151-161.
- Sent. Aud. Prov. de Pontevedra (Sección 1ª) de 19 de noviembre de 1996, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 206-207. Anulación del laudo en un arbitraje interno por considerarse atentatorio al orden público.
- Auto TS (Sala 1ª), de 19 de noviembre de 1996, *E.TS Zanatta c. Harinera Villafranquina, S.A.*, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 237-239. Concesión del exequátur. Inexistencia de violación al orden público.
- Auto TS (Sala 1º) de 4 de marzo de 1997, *Principe, S.P.A. c. Boulmich, S.L.*, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 272-275; *Anuario español de DIPr*, Madrid. Iprolex, 2000, pp. 681-683. Doctrina del Tribunal Constitucional relativa al orden público. Control de las garantías procesales y concesión del exequátur.

- Sent. Aud. Prov. de Pontevedra de 25 de marzo de 1997, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 275-276, con nota de H. Aguilar Grieder, *ibid.*, pp. 276-282; *Anuario español de DIPr*, Madrid. Iprolex, 2000, pp. 683-684. Extensión de los efectos del convenio arbitral a la compañía aseguradora.
- Auto TS (Sala 1ª) de 27 de mayo de 1997, *Société Soufflet Negoce c. Comercial Agraria Hermanos Lucena S.A.*, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 288-290; *Anuario español de DIPr*, Madrid. Iprolex, 2000, pp. 684-685. Recurso de anulación ante el Tribunal de apelación de París que fue desestimado. No existe violación al orden público y se concede el exequátur.
- Auto TS (Sala 1ª) de 17 de enero de 1998, *Anuario español de DIPr*, Madrid. Iprolex, 2000, pp. 685-689. Examen del Derecho a la defensa, orden público según la doctrina del TC Concesión del exequátur.
- Auto del TS (Sala 1ª) de 17 de febrero de 1998, *Unión de Cooperativas agrícolas Epis-Centre c. La Palentina SA, REDI*, vol. L, 1998, núm. 2, pp. 258-259, con nota de H. Aguilar Grieder, *ibid.*, pp. 259-262, también en la *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp.212-215; *Anuario español de DIPr*, Madrid. Iprolex, 2000, pp. 690-692, *vid.*, también al respecto, H. Aguilar Grieder, “Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso a la comprensión del sistema”, *La Ley*, 1998, 5, D-304, pp. 2165-2173.
- Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 9ª), de lo Civil, de 27 de abril de 1998, con nota de E. Artuch Iriberrri, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 192-199. Recurso de anulación en un arbitraje interno dictado por el árbitro único D. José Carlos Fidel Eduardo Fernández Rozas, en equidad. No vulneración del orden público procesal.
- Auto TS (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 1988, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 217-219, con comentario de P. Jiménez Blanco, *ibid.*, pp. 219-222; *Anuario español de DIPr*, Madrid. Iprolex, 2000, pp. 694-696.
- Auto TS (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 1998. *Gull Diagnostics, S.A. c. Landerdiagnóstico, S.A.*”, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 222-224, con nota de M. Gonzalo Quiroga, *ibid.*, pp. 224-227; *Anuario español de DIPr*, Madrid. Iprolex, 2000, pp. 696-697.
- Auto TS (Sala de lo Civil) de 5 de mayo de 1998, *ETS Louis Zanatta c. Pinallet*, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 227-229, con nota de P. Orejudo Prieto de los Mozos, *ibid.*, pp. 230-232, *Anuario español de DIPr*, Madrid. Iprolex, 2000, pp. 697-699.
- Auto TS (Sala de lo Civil), de 26 de mayo de 1998, *Nordgëmuse Wilhem Krogmann c. Javier Virto, S.A.*, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 233-234, con nota de E. Artuch Iriberrri, *ibid.*, pp. 234-237. Procedimiento de exequátur núm. 3516/1997. No se estima por falta de pruebas de la existencia del acuerdo compromisorio. *RAJ*, 1998, núm. 4538.
- Auto TS (Sala de lo Civil), de 9 de junio de 1998. *Breakbulk Marine Services Limited c. Nervacero, S.A.*, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 237-241, con nota de M. Gonzalo Quiroga, *ibid.*, pp. 241-244, *Anuario español de DIPr*, Madrid. Iprolex, 2000, pp. 699-702.
- Auto TS (Sala de lo Civil) de 7 de julio de 1998, *Unión de Cooperativas Agrícolas Epis-Centre c. Aguicersa*, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 246-251. Procedimiento de exequátur núm. 1678/1997. No se estima el exequátur del laudo arbitral de la CCI por no deducirse la clara voluntad de las

partes de someterse al arbitraje. *RAJ* 1998, núm. 6235; *Anuario español de DIPr*, Madrid. *Iprolex*, 2000, pp. 702-705.

Auto TS (Sala 1ª) de 14 de julio de 1998: Procedimiento de exequátur núm: 465/1997. Otorgamiento al laudo arbitral dictado por el Alto Tribunal de Justicia del Reino Unido: prueba de la voluntad conjunta de las partes de someter a arbitraje las controversias que surgieran de un contrato de fletamento. *RAJ*, 1998, núm. 7198, *Anuario español de DIPr*, Madrid. *Iprolex*, 2000, p. 705; *REDI*, 1999-41-Pr, con nota de E. Artuch Iriberry.

Auto TS (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1998. *Ets Sebtigrains c. Armengol Hermanos, SA*, *Anuario español de DIPr*, Madrid. *Iprolex*, 2000, pp. 705-708, con observaciones de M. Gonzalo Quiroga, *ibid.*, pp. 708-709.

Auto TS (Sala 1ª) de 29 de septiembre de 1998: Desestimación del laudo dictado por la CCI por la falta de prueba de la existencia de un acuerdo compromisorio, *RAJ*, 1998, núm. 9003; *Anuario español de DIPr*, Madrid. *Iprolex*, 2000, p. 710; *REDI*, 1999-42-Pr, con nota de E. Artuch Iriberry.

Auto TS (Sala 1ª) de 20 de octubre de 1998: Procedimiento de exequátur núm: 3259/1997. Procedencia del laudo arbitral de la CCI, en el que se condena a pagar una determinada cantidad de dinero. *RAJ*, 1998, núm. 7381.

Auto TS (Sala de lo Civil) de 27 de octubre de 1998, *Bartalini SPA c. Hermanos Escot Madrid SA, HERESMA*". Procedimiento de exequátur núm. 988/1998. Falta de oposición al reconocimiento del laudo arbitral dictado por la CCI de París, *RAJ*, 1998, núm. 9010, con observaciones de M. Gonzalo Quiroga, *Anuario español de DIPr*, Madrid. *Iprolex*, 2000, pp. 710-712.

Auto TS (Sala de lo Civil), de 24 de noviembre de 1998. *Sindicato Pesquero del Perú, SA c. Internacional de Productos Químicos*, con observaciones de D. Sancho Villa, *RCEA*, vol. XV, 1999, *en prensa*, y de M. Gonzalo Quiroga, *Anuario español de DIPr*, Madrid. *Iprolex*, 2000, pp. 714-718.

II. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Sent. TJCE de 30 de junio de 1966, As. 61/65, *G. Vaassen-Goebbels c. Beambtenfonds*, *Rec.* 1966, p. 377.

Sent. TJCE de 30 de enero de 1974, As. 127/73, *BRT c. SABAM*, *Rec.* 1974, p. 51. El artículo 81 CE, *ex artículo* 85, es una norma supra-nacional de orden público directamente aplicable. Aunque no se refiere directamente al arbitraje, la misma conclusión podría ser adoptada por los árbitros.

Sent. TJCE de 1 de febrero de 1977, As. 47-76, *Esposos De Norre-De Clerk c. N.V. Brouwerij Concordia*, *Rec.* 1977, pp. 65-112, con notas de L. Kynric, *European L. Rev.*, 1977, pp. 233-236 y R. Kovar, *Journ. Dr. Int.*, 1978, pp. 966-972.

- Sent. TJCE de 23 de marzo de 1977, As. 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GMBH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG y Co. KG Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG y Co. KG*, *Rec.* 1982, pp. 1095-1128 y *Year. Comm. Arb.*, vol. VII, p.183. Notas de Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1982, núm. 4, pp. 491-493, X. De Mello, X, *Rev. arb.*, 1982, núm. 3, pp. 390-403, Friend, M., *L. Q. Rev.*, 1983, pp. 356-360, Bebr, G., *C.M.L.Rev*, 1985, pp. 489-504 y P. Blanco-Morales Limones, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 123-129.
- Sent. TJCE de 11 de enero de 1990, As. C-277/87, *Sandoz c. European Commission*, *Rec.*, 1990, p. 43. El artículo 81 CE, *ex art.* 85, es un norma supra-nacional de orden público. Según el mismo, no es necesario que el convenio de arbitraje este basado en un contrato válido y obligatorio según una determinada normativa nacional, lo que importa es que exprese claramente la voluntad de las partes.
- Sent. TJCE de 25 de julio de 1991, As. C-190/89, *Marc Rich & CO AG c. Societa italiana impianti PA.*, *Rec.*, 1991, pp. 3895-3904. Con notas de T. Hartley, *European L. Rev*, 1991, pp. 529-533; D. Hascher, *Rev. arb.*, 1991, núm. 4, pp. 697-708; M. Amores Conradi y J. Serra Callejo, *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 85-93; A. Borrás Rodriguez, *R.J.C.*, 1992, pp. 571-574, G. Gaja, *Riv. Arb*, 1992, pp. 417-424, R. Mónaco, *Riv. Arb.*, 1992, pp. 116-121 y P. Mayer, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993, pp. 316-320.
- Sent. TJCE de 8 de abril de 1992, As. C-209/90, *Comisión c. Walter Feilhauer*, *Rec.*, 1992, p. 2613. Notas de D. Hascher, *Rev. arb.*, 1992, núm. 4, pp. 678-684 y A. Gete y M^a C Calera, *Noticias CEE*, 1993, núm. 102, pp. 97-102.
- Sent. TJCE de 27 de abril de 1994, As. C-393/92, *Ayuntamiento de Almelo y otros c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, *Rec.* 1994, p. 1477-1524. Con notas de A. Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, *R.E.D.A.*, 1994, pp. 589-602, L. Hancher, *C.M.L.Rev*, 1995, pp. 305-325; D. Simon, *Journ. dr. int.*, 1995, pp. 427-429; Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1995, núm. 4, pp. 505-511; C. Selvaggi, *Riv. Arb.*, 1995, pp. 318-322 y V. H. Van Haersolte, *Am. Rev. Int. Arb.*, 1995, pp. 83-88.
- Sent. TJCE de 16 de julio de 1998, As. C-93/97, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins ASBL c. Vlaamse regering, Gouvernement de la Communauté française, Conseil des ministres*, *Rec.* 1998, p. 4837.
- Sent. TJCE de 1 de junio de 1999, As. C-12/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, *Rec.* 1999; con comentario de S. Alvarez González, “Arbitraje Comercial Internacional, orden público y derecho comunitario de la competencia”, *La Ley*, año XX, núm. 4895, 1999, pp. 1-4; y nota de L. Idot, “L’arbitre et l’ordre public communautaire: prise de position de la Cour de Justice, note sous CJCE, 1 Juin 1999”, *Rev. arb.*, 1999, núm. 3, pp. 631-653, *vid.*, también el comentario de S. Perruzzetto Poillot, “L’ordre public international en droit communautaire. A propos de l’arrêt de la Cour des justices des Communautés du 1er juin 1999 (*affaire Eco Swiss China time Ltd*)”, *journ. dr. int.*, 2000, núm. 2, pp. 299-315.
- Sent. TJCE de 28 de marzo de 2000, As. C-7/98, *Krombach c. Bamberski*, *Rec.* 2000; con comentarios de M.A. Rodríguez Vazquez, “Los Derechos de la Defensa y el orden público en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968”, *La Ley*, año XXI, núm. 5043, de 28 de abril de 2000; y el

de L. Carballo Piñeiro, “Orden público comunitario, derechos fundamentales e interpretación del art. 27. 1 del Convenio de Bruselas”, *ibidem*; y, especialmente, en cuanto al arbitraje, el comentario de M. Gómez Jene, “Convenio arbitral y orden público europeo (A propósito de la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000 en el asunto *Krombach c. Bamberski*), *Gac. jur. UE. comp.*, 2000, núm. 209, sep.-oct., *en prensa*.

Sent. TJCE de 11 de mayo de 2000, Asunto: C-38/98: *Régie nationale des usines Renault S.A. y Maxicar SpA, Orazio Fomento*, comentada por S. Alvarez González, “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjera: límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario”, *La Ley*, año XXI, núm. 5108, de 31 de julio de 2000, pp. 1-4.

III. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

ALEMANIA

Oberlandesgericht (Court of Appeal), Hamburgo, 6 de julio de 1994, *X. c. Croatian Company, formerly Yugoslav State entity*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 702-706. Entidad estatal yugoslava transformada en una compañía croata. El tribunal arbitral compuesto únicamente por yugoslavos, no viola el orden público.

AUSTRALIA

Supreme Court of Queensland, de 29 October 1993, núm. 389, 1993, *Resort Condominiums International Inc (India, USA) c. Ray Bolwell, Resort Condominiums Pty. Ltd (Australia)*, *I:A.R.*, 1994, núm. 4, pp. 1-22. También en *Yearbook Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 628-650. *Public policy in arbitration*. Concepto estricto del orden público internacional estatal en la concesión del exequátur, *ibid.*, pp. 644-650.

AUSTRIA

Cour Suprême d’Autriche, de 23 de febrero de 1998, *Radenska c/ Kayo*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 385-387, con nota de P. Lastenouse y P. Senkovic, *ibid.*, pp. 387-391. CG de 1961. Contrariedad con el orden público de la sede del arbitraje. Posible ejecución en otro país distinto. Arts. 85 y 86 del T. CE. Inserción del orden público de los Estados miembros. Apreciación restrictiva de la reserva de orden público.

BELGICA

Cour d'Appel de Lieja de 22 de mayo de 1977, *Audi-NSU c. S. A. Adelin Petit*, *Year. Comm. Arb.*, 1979, p. 254. Rechazo del reconocimiento del laudo arbitral en razón de la no-arbitrabilidad de la controversia.

Cour de Cassation de Bélgica de 28 de junio de 1979, *Audi-NSU c. S. A. Adelin Petit*, *Year. Comm. Arb.*, 1980, p. 257. Interconexión entre las nociones de orden público y de arbitrabilidad. Ejemplo significativo de rechazo del exequatur de una sentencia arbitral por causa de inarbitrabilidad, con base en el art. V. 2, b) del Convenio de Nueva York.

Cour d'Appel de Bruselas, de 4 de octubre de 1985, *Year. Comm. Arb.*, 1989, vol. XIV, p. 618. Subraya la distinción entre la arbitrabilidad de la controversia en cuanto a la validez del convenio de arbitraje, de una parte, y en el estadio del reconocimiento y ejecución, de otra.

Tribunal de Première Instance, de Bruselas, de 25 de enero de 1996 y *Cour d'Appel* de Bruselas, de 24 de enero de 1997, *Year. Comm. Arb.*, 1997, vol. XXII, pp. 643-667, esp. pp. 665-667, relativas al orden público procesal, “*Due process*” como cláusula de excepción, en la aplicación de los arts. V. 1 (b), V. 1 (d) y V (2) CNY.

EGIPTO

Sentencia del Tribunal Supremo de Egipto de 26 de abril de 1982, *Mabrouk Trading Import and Export c. Arab Continental Navigation Co*, (extracto de la decisión), transcrita parcialmente junto a las principales conclusiones de la Corte Suprema en el Laudo núm. 5721/1990, *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1020-1026, esp. pp. 1021-1022.

Corte de Apelación del Cairo, *Commercial Circuit, No 63*, de 19 de marzo de 1997, *Antiquities Organization (Egipto) c. Silver Night Company (UK)*, *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, pp. 168-174. También en *Rev. arb.*, 1997, núm. 2, pp. 283-289, con nota de Ph. Leboulanger, *ibid.*, pp. 289-296. Arbitrabilidad de los contratos administrativos bajo la ley egipcia.

ESTADOS UNIDOS

Supreme Court, de 17 de junio de 1974, *Fritz Scherk v. Alberto Culver*, *Year. Comm. Arb.*, vol. I, p. 203, suplantación del orden público internacional sobre el orden público interno, en aplicación del art. V. 2 CNY.

United States District Court for the Southern District of New York, de 21 de diciembre de 1976, *Year. Comm. Arb.*, 1978, p. 290. Las controversias surgidas de servicios que tuvieron lugar en una batalla de guerra no son arbitrables.

- United States District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division*, de 15 de marzo de 1977, *Year. Comm. Arb.*, 1978, p. 291. Concepción estricta de la jurisprudencia norteamericana en relación a la no-arbitrabilidad de las controversias relativas al derecho *antitrust*.
- U. S. Court of Appeals, First Circuit* de 20 de diciembre de 1983, *Soler Chrysler Plymouth c. Mitsubishi Motors Corporation*, *Year. Comm. Arb.*, vol. X, p. 519.
- Supreme Court* de 2 de julio de 1985, *Mitsubishi Motors Corporation c. Soler Chrysler Plymouth*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XI, p. 555, *Rev. arb.*, 1986, núm. 2, pp. 273 y ss, comentada por J. Robert, *ibid.*, pp. 173 y ss.
- United States District Court, District of Massachusetts*, 17 March 1987, núm. 86-2014-Y, *Société Nationale Algérienne Pour la Recherche, la Production, la Transformation et la Commercialisation des Hydrocarbures (Sonatrach) (Algeria) c. Distrigas Corp. (USA)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 795-804. *Interplay of bankruptcy policy favoring international commercial arbitration*.
- United States Court of Appeals, 5th Circuit*, de 27 de marzo de 1987, *Year. Comm. Arb.*, 1988, p. 138, citado por B., Hanotiau, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen", *Journ. dr. int.*, 1994, núm. 4, pp. 961. Interpretación del convenio de arbitraje en el momento del nacimiento de la controversia. Arbitrabilidad de las controversias fundadas sobre la ley Rico.
- United States District Court, Western District of Washington*, 27 May 1987, números. C87-130D, C87-152D Consolidated, *O. Mustad & Sons, A/S (nationality not indicated), Garanti-Instituttet for Eksportkreditt (nationality not indicated), A/S Eksportfinans (nationality not indicated), c. Seawest Industries, Inc. (USA)*, *Yearbook Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 811-815. *Policy supporting arbitration in the international context*.
- United States District Court, Eastern District of New York*, de 29 de marzo de 1991, *Year. Comm. Arb.*, 1992, esp., pp. 686-689. El asunto es susceptible de ser resuelto por vía de arbitraje, dado que a pesar de las maniobras dolosas y fraudulentas "*fraud in the inducement*", a las había sido inducido el demandante para concluir el contrato, éste era susceptible de arbitraje dado que el mismo convenio de arbitraje no estaba viciado por dolo o fraude.
- United States District Court, Eastern District of New York*, 5 March 1993, 91 CV 5156, *Cheshire Place Associates (nationality not indicated), Marine Movements, Inc. (nationality not indicated), Standard Marine Transport Services, Inc. (nationality not indicated), Standard Marine Towing Services, Inc. (nationality not indicated), Standard Marine Services, Inc. (nationality not indicated), c. The West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (Luxemburg), The West of England Ship Owners Mutual Insurance Services Ltd. (UK)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 847-855.
- United States Court of Appeals, Second Circuit*, 2 June 1993, Docket 97-9032, *John S. Roby and others (USA), c. Corporation of Lloyd's (UK) and others*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 864-880. *Arbitrability of securities claims*.

- District Court for the Southern District of New York*, de 29 de octubre de 1993, *Westland Helicopters Ltd., c. The Arab Organization for Industrialisation*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 922-924.
- Supreme Court of the United States*, de 6 de marzo de 1995, No. 94-18, *Antonio y Diana Mastrobuono c. Shearson Lehman Hutton, Inc., et al.*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996, p. 181 y en la *Rev. Arb.*, 1995, núm. 2, p. 295, con nota de LA Niddam. *Federal Policy favoring Arbitration*.
- Cour Suprême des États-Unis*, núm. 94-623, de 19 de junio de 1995, *Vimar Seguros y Reaseguros SA, c. M/V Sky Reefer et Al*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 4, pp. 665-670. Arbitrabilidad en el reaseguro internacional. Pérdida de hostilidad hacia la justicia arbitral.
- United States District Court, Southern District of New York*, de 27 de julio de 1995, No. 95 Civ. 2748 (RPP), *Belship Navigation, Inc. (Liberia) c. Sealift, Inc., (USA)*, pp. 799-807. El reconocimiento de un convenio de arbitraje internacional en un contrato nulo no es contrario al orden público americano.
- United States District Court, Southern District of Florida, Miami Division*, de 3 de marzo de 1996, No. 95-492-CIV-MOORE, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 948- 953. Política federal a favor del arbitraje, en la arbitrabilidad de la controversia. Si existe alguna duda sobre si la materia es o no arbitrable en el arbitraje internacional deberá resolverse a favor del arbitraje.
- United States District Court, Southern District of New York*, de 8 de marzo de 1996, 95 Civ. 9586 (RPP), *Celulosa del Pacífico S.A., (Chile) c. A. Ahlstrom Corporation (Finlandia)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 954-957. La cláusula de orden público para no reconocer un laudo arbitral internacional debe ser construída estrictamente. “*public policy construed narrowly*”.
- United States District Court, Southern District of New York*, de 11 de marzo de 1996, 95 Civ. 1028 (RPP), *Ukrvneshprom State Foreign Economic Enterprise (Ukrania) c. Tradeway, Inc. (USA)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 958-965, esp. pp. 963-964, que se refiere al orden público contenido en el art. V. 2. b) CNY. Concepto estricto del orden público cuya violación a la hora de rechazar un laudo arbitral debe entenderse desde las nociones más básicas de moralidad y justicia.
- United States District Court, District of Maryland*, de 3 de abril de 1996, *Alamria (Arabia Saudi) c. Telcor International Operator Communications y Oncor Communications, (USA)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 967-969. Validez de una cláusula compromisoria que carece de firma.
- United States District Court, Northern District of California*, de 24 de octubre de 1996, Núms. C-96-2323 y 96-2664, *Anam Industrial Co., Ltd., (Rep. Korea), c. Twi Lite International, Inc. (USA)*, *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, pp. 910-918. Autonomía de la cláusula compromisoria, inexistencia de fraude al inducir al arbitraje y orden público.

FRANCIA

Cour de Cassation Civil, de 10 de julio de 1843, *Cie L'alliance c. Prunier, S.*, reproducida en *Rev. arb.*, 1992, núm. 3, pp. 399-410. Inarbitrabilidad de la cláusula compromisoria en un contrato de seguro.

Cour de Cassation (1ª Ch. Civ.) de 29 de noviembre de 1950, *arrêt Tissot*, desarrollado y comentado por E. Gaillard, "Arbitrage commercial international: Convention d'arbitrage. Arbitrabilité", *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 586-3, 1994, núm. 9, p. 10, y B., Goldman, "Arbitrage Commercial International: Convention d'arbitrage. Formation. Objet. Arbitrabilité", *J.-Cl. dr. int.*, Fascículo 586-3, 1989, núm. 3, p. 12.

Cour d'appel de París de 9 de febrero de 1954, *S. A. Agricole c. Torris*, *Rev. arb.*, 1955, pp. 21 ss. Criterio restrictivo a la arbitrabilidad de las controversias en aplicación del art. 2060 Cc francés y del art. 1004 del C. Procesal, de no permitir comprometer en "aquellas materias que interesen al orden público".

Cour d'appel de Orleans, de 15 de mayo de 1961, *Sté. Jean Tardits c. Korn Og Foderstof Kompagniet*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, pp. 779 ss, con nota de E. Mezger.

Cour de cassation (1ª Ch. Civ.) de 2 de mayo de 1966, asunto *Galakis*, *Journ. dr. int.*, 1966, p. 648, con nota de P. Level; *Rev. crit. dr. int.*, 1967, p. 553, con nota de B. Goldman.

Cour d'appel de París (22ª Ch.) de 20 de junio de 1969, *Impex c. Malteria Adriatica*, *Rev. arb.*, 1969, pp. 95-103. Orden público internacional.

Cour d'appel de París (1ª Ch. Suppl.) de 19 de junio de 1970, *Hecht c. Société Buisman's*, *Journ. dr. int.*, 1972, pp. 62 ss, con nota de B. Oppetit. Arbitrabilidad de materias pactadas en acto mixto, entre comerciante y no comerciante.

Cour de cassation (1ª Ch. Civ.) de 18 de mayo de 1971, *Société Impex c. Sociétés P.A.Z.*, *Rev. arb.*, 1972, núm. 1, pp. 2-6, con nota de Ph. Kahn, *ibid.*, pp. 6-9. Materias que interesan al orden público y arbitrabilidad de la diferencia.

Cour de cassation (2ª Chambre civile) de 4 de julio de 1972, *Hecht c. Société Buisman's*, *Journ. dr. int.*, 1972, núm. 4, p. 843, con nota de B. Oppetit, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1974, pp. 82 ss, con nota de P. Level, *Rev. arb.*, 1972, núm. 1, p. 76, *Rev. trim. dr. com.*, 1973, p. 499, con nota de Y. Loussouarn.

Cour d'appel de París de 13 de diciembre de 1975, *Menicucci c. Mahieux*, *Journ. dr. int.*, 1976, núm. 1, pp. 106 ss; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1976, p. 511, con nota de B. Oppetit. También en *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 147-149, con nota de Ph. Fouchard, *ibid.*, pp. 149-150. La cláusula compromisoria internacional es válida en un acto mixto entre comerciantes y no comerciante.

Tribunal de Grande Instance de Paris, de 12 de mayo de 1975, *Banque de Financement Industriel c. Roudy*, *Tribunal de Premiere Instance* de Monaco, Sent. de 13 de diciembre de 1974, *Cour de Revision* de Monaco, Sent. de 23 de octubre de 1975, y el mismo asunto en la sentencia también de la *Cour de Revision* de Monaco, de 8 de mayo de 1976, *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 174-191,

con nota a las cuatro decisiones de E. Mezger, *ibid.*, pp. 191-194. Arbitrabilidad internacional y contrato de trabajo.

Cour d'appel de París de 21 de febrero de 1980, *General National Maritime Transport Company c. Sté Götaverken Arendal A. B.*, *Journ. dr. int.*, 1980, núm. 4, p. 660, con nota de Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1980, núm. 4, p. 524, con nota de F. C. Jeantet; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, p. 763, con nota de E. Mezger.

Cour d'appel de París de 21 de octubre de 1983, *Isover Saint- Gobain c. Dow Chemical France et autres*, *Rev. arb.*, 1984, pp. 98 y ss, con nota de A. Chapelle.

Cour de Cassation de 12 de febrero de 1985, *Société Ceramique Ragno c. Chauz* *Rev. arb.*, 1986, núm. 1, pp. 47 ss, con nota de M. A. Moreau-Bourles. También en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, p. 469 ss, con nota de M. L. Niboyet-Hoegy. Inarbitrabilidad de un contrato de trabajo internacional.

Cour de cassation (2ª Chambre civile) de 19 de abril de 1985, *Société Résidence du Bois d'Aurouze c. Société Devoluy Vacances*, *Rev. arb.*, 1986, núm. 1, pp. 57-58. Nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 58-63. Prohibición de revisión del fondo del asunto.

Cour d'appel de París de 12 de julio de 1984, *République arabe d'Egypte c. Southern Pacific Properties Ltd y Southern Pacific Ltd (Middle East)*, *Rev. arb.*, 1986, p. 75, con el comentario de Ph. Leboulanger, "Etat. Politique et arbitrage – L'affaire du Plateau des Pyramides", *Rev. arb.*, 1986, núm. 3; También en *Journ. dr. int.*, 1985, núm. 1, pp. 129-132, con nota de B. Goldman.

Cour de cassation (1ª Ch., sect. C.) de enero de 1987, *Southern Pacific Properties Ltd y Southern Pacific Ltd c. République arabe d'Egypte*, *Rev. arb.*, 1987, núm. 4, pp. 469-471, con nota de Ph. Leboulanger, *ibid.*, pp. 471-478. También en *Journ. dr. int.*, 1987, núm. 3, pp. 638-639, con nota de B. Goldman, *ibid.*, pp. 639-644.

Cour d'appel de París (1ª Ch., sect. C.) de 16 de junio de 1988, *Société Petrogab el République du Gabon*, *Rev. arb.*, 1989, núm. 2, pp. 309-318, con nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 318-327.

Cour d'appel de París (*1ª Ch. Suppl.*) de 16 de febrero de 1989, *Société Almira Films c. Pierrel ès qual*, *Rev. arb.*, 1989, núm. 4, pp. 711-715, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 715-722. Procedimientos colectivos. Arbitrabilidad. Reconocimiento y ejecución contrarios al orden público internacional.

Cour d'appel de París (1ª Ch., sect. C.), de 20 de febrero de 1989, *Société Phocéenne de Dépôt c. Société Dépôts Pétroliers de Fos*, *Rev. arb.*, 1989, pp. 280-303, con nota de L. Idot, pp. 303-308. Los árbitros pueden pronunciarse en materia del derecho de la competencia de la misma forma que los tribunales civiles.

Cour d'appel de París (*1ª Ch. Suppl.*) de 5 de mayo de 1989, *Société B.K.M.I., Industriean Lagen et Siemens c. Dutco construction*, *Rev. arb.*, 1989, núm. 4, pp. 723-727, con nota de P. Bellet, *ibid.*, 727-733. Arbitraje multiparte. Orden público internacional. Respeto de la igualdad de las partes y libre ejercicio de los derechos de defensa.

Cour d'appel de París, (*1ª Ch. Suppl.*), de 7 de julio de 1989, *société Veradour SICA c. Société E. Larroche Frères*, *Rev. arb.*, 1990, núm. 1, pp. 115-124, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 125-133.

Cour de cassation (1ª Chambre civile) de 11 de octubre de 1989, *société Bomar Oil NV c/ E.T.A.P.*, pp. 134-142, con nota de C. Kessedjian.

- Cour d'appel de Paris (1^a Ch., sect. C.)* de 5 de abril de 1990, *Soc. Courrèges Design c. Soc. André Courrèges*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, núm. 3, pp. 580-587; nota de C. Kessedjian, *ibid.*, pp. 587-593; *Rev. arb.*, 1992, núm. 1, p. 102, con nota de M. H. Synvet. Ejecución contraria al orden público internacional.
- Cour d'appel de Versailles (1^{re} Ch. suppl.)* de 23 de enero de 1991, *Société Bomar Oil c. ETAP*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 2, pp. 291 y ss, con nota de C. Kessedjian. *Cour de Cassation (1^o Ch. Civ.)* de 9 de noviembre de 1993, *Société Bomar Oil c. ETAP*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 1, pp. 113 y ss, con nota de C. Kessedjian.
- Cour de Cassation (1^o Chambre civile)* de 20 de febrero de 1991, *Société Veradour SICA c. Société E. Larroche Frères*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 1, pp. 447-452, con nota de L. Idot.
- Cour de cassation (1^a Chambre civile)* de 19 de noviembre de 1991, *Société Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continentale France*; *Rev. arb.*, 1992, núm. 1, pp. 76-82, con nota de L. Idot. Reconocimiento contrario al orden público internacional.
- Cour d'appel de París* de 14 de octubre de 1993, *Ben Nasser c BNP et Crédit Lyonnais*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 380-390, con nota de P. Bellet, y de E. Loquin, *jour. dr. int.*, 1994, núm. 2, pp. 446-460. También en Ph. Fouchard, E. Gaillard, y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 963.
- Cour d'appel de Paris (1^a Ch., sect. C.)* de 26 de marzo de 1991, *Comité populaire de la Municipalité d'El Mergheb c. Société Dalico contractors*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 456-462, con nota de H. Gaudemet-Tallon, *ibid.*, pp. 462-469.
- Cour d'appel de Paris (1^a Ch., sect. C.)* de 29 de marzo de 1991, *Société Ganz et autres c. Société nationale des Chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 3, pp. 478-481, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 481-486. Arbitrabilidad de las controversias que interesan al orden público. Derecho de la competencia.
- Cour d'appel de Paris (1^a Ch., sect. C.)* de 17 de diciembre de 1991, asunto Gatoil, *Rev. arb.*, 1993, núm. 2, p. 281, con nota de H. Synvet. Capacidad del Estado para comprometer como principio de orden público internacional del arbitraje internacional.
- Cour de cassation (1^o Chambre civile)* de 7 de enero de 1992, *Sociétés BKMI et Siemens c. Société Dutco*, *Rev. arb.*, 1992, núm. 3, pp. 470-472. Con nota de P. Bellet, *ibid.*, pp. 473-482. El principio de igualdad de las partes en la designación de los árbitros es un principio de orden público internacional.
- Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 28 de febrero de 1992, *Société Freyssinet international c. Renardet et autres*, *Rev. arb.*, 1992, núm. 4, pp. 649-651, con nota de D. Cohen. Arbitrabilidad de la controversia originada por la toma de control de una sociedad, donde existe una promesa de renovar el contrato al presidente de la sociedad comprada.
- Cour d'appel de Versailles (1^o Ch. Suppl.)*, de 22 de mayo de 1992, *Société Dumez international c. Société Laurent Boullet entreprise*, *Rev. arb.*, 1992, núm. 4, p. 666, con observaciones de J.H. Moitry, *ibid.*, pp. 666-669.

- Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 12 de enero de 1993, *République de Côte-d'Ivoire et autre c. Société Norbert Beyrard*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, pp. 684-694. Nota de P. Mayer, "La sentence contraire à l'ordre public au fond", *ibid.*, p. 650. El principio de buena fe constituye un principio de orden público transnacional.
- Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 23 de marzo de 1993, *Société des Etats Marcel Sabin et autres c. Société Irridelco International Corp et autres*, *Rev. arb.*, 1998, núm. 3, pp. 541-545, con nota de Ph. Phouchard, *ibid.*, pp. 545-548. Procedimientos colectivos y contrariedad al orden público internacional.
- Cour d'appel de Paris, première chambre, section A.-* 19 de mayo de 1993, *Société Labinal c/Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *Journ. dr. int.*, 1993, núm. 4, pp. 957- 979, con nota de L. Idot, *ibid.*, pp. 979-989. Arbitrabilidad en materias relativas al Derecho de la competencia y orden público internacional.
- Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 10 de septiembre de 1993, *Soc. European Gas Turbines SA c. Soc. Westman International Ltd.*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, t. 83, pp. 349-360, con nota de V. Heuzé, *ibid.*, pp. 360-367. Posibilidad de controlar de hecho y de Derecho todos los elementos que permitan justificar si se ha aplicado o no una norma de orden público para apreciar la licitud del contrato.
- Cour d'appel de Grenoble (Ch. Soc.)*, de 13 de septiembre de 1993, *Société CFTE c. J. Dechavanne*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 336-342, con nota de M. A. Moreau, *ibid.*, pp. 342-347. Arbitrabilidad de una promesa de trabajo internacional.
- Tribunal de Grande Instance (Cour of First Instance), Nanterre, 22 Septembre 1993, Hilmarton Ltd. (UK) c. Omnium de traitement et de valorisation –OTV (France)*, *Yearbook Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 194-197. Public Policy.
- Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 30 de septiembre de 1993, *Soc. European Gas Turbines SA c. Soc. Westman International Ltd.*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 359-371. Con nota de D. Bureau, *ibid.*, pp. 371-379. Arbitrage internacional, corrupción y orden público internacional.
- Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 14 de octubre de 1993, *Société Aplex c. Société Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 164-170. Nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 170-173. Arbitrabilidad de materias relativas al artículo 81 CE, *ex.* artículo 85, y orden público internacional.
- Cour de Cassation (1^o Ch. Civ.)* de 9 de noviembre de 1993, *Société Bomar Oil c. ETAP*, *Rev. arb.*, 1991, núm. 1, pp. 113 y ss, con nota de C. Kessedjian.
- Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 12 de noviembre de 1993, *Société Alexander Films c. Société Parterns Production*, *Rev. arb.*, 1995, núm. 1, pp. 75-77.
- Cour de Cassation (1^o Ch. Civ.)* de 20 de diciembre de 1993, *Société Fougerolle c. Société Butec Engineering*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 126-127, con nota de P. Bellet, *ibid.*, pp. 127-132.
- Cour d'appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 24 de enero de 1994, asunto *Bec Frères*, *Rev. arb.* 1995, núm. 2, p. 275, con nota de Y. Gaudemet. Capacidad del Estado para comprometer como principio de orden público internacional.

- Cour d'appel de Paris (1° Ch Civ)* de 24 de febrero de 1994, *Year. Comm. Arb.*, 1997, vol. XXII, pp. 682-690, esp., pp. 686-687, contratos administrativos y orden público internacional.
- Cour de Cassation (1° Ch. Civ.)* de 23 de marzo de 1994, *Hilmarton c. OTV*, *Rev. arb.* 1994, núm. 2, p. 327, con nota de Ch. Jarroson, "L'affaire *Hilmarton*: l'articulation du droit française et de la Convention de New York", *ibid.*, pp. 327-337. También nota de E. Gaillard, *Journ. dr. int.*, 1994, p. 701; y nota de Oppetit, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, p. 356.
- Cour d'appel de Paris (1° Ch Civ)* de 24 de marzo de 1994, *Société Deko c. Dingler et société Meva*, *Rev. arb.*, 1994, n.º 3, pp. 515-520, con nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 520-524. Arbitrabilidad de patentes y orden público internacional.
- Cour de cassation (1° Ch. Civ.)* de 15 de junio de 1994, *Communauté urbaine de Casablanca c. Société Degremont.*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, núm. 4, t. 83, pp. 680-682, con nota de D. Cohen, *ibid.*, pp. 682-687. Principio de orden público internacional.
- Cour d'appel de París (1° Ch. C.)* de 5 de abril de 1994, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, núm. 3, t. 84, p. 573.
- Cour d'appel de París (1° Ch. C.)* de 20 de mayo de 1994, *SNC Danton Défense c. SA Cotelle, Bella et Delpha*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 2, pp. 397-404. Nota de J.P. Le Gall, "Arbitraje y fiscalidad", *Rev. arb.*, 1994, núm. 1, pp. 3-39.
- Cour d'appel de París (1° Ch. C.)* de 27 de octubre de 1994, *Lebanese Traders Distributors et Consultants, LTDC c. Société Reynolds*, *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, pp. 709-714. Nota de P. Mayer, "La sentence contraire à l'ordre public au fond", *ibid.*, pp. 615-652, esp. p. 638. Orden público realmente internacional.
- Cour d'appel de París (1er Ch, D)*, de 7 de diciembre de 1994, *Sté V 2000 anciennement Jaguar France et Sté Proyect XJ 220 LTD c. M. Meglio y M. Renault*, *Rev. arb.*, núm. 2, 1996, pp. 67-72, con nota de Ch. Jarrosson, pp. 72-80.
- Cour d'appel de Versailles* de 29 de junio de 1995 (2 decisiones), *Hilmarton c. OTV*, *Rev. arb.* 1995, núm. 4, p. 639.
- Cour d'appel de París (1° Ch. D.)* de 20 de septiembre de 1995, *Société Matra Hachette c. Société Reteitalia*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, pp. 87-91, con nota de D. Cohen, *ibid.*, pp. 92-99. Arbitrabilidad de los procedimientos colectivos. Orden público. Orden público internacional.
- Cour d'appel de París (1° Ch. C)* de 22 de septiembre de 1995, *Société Dubois et Vanderwalle c. Société Boots Frites BV*, *Cour d'appel de París (1° Ch. C)* de 11 de enero de 1996, *Société Algotharm c. Société DEP*, (2 Decisiones), *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, pp. 100-106. Con nota de E. Gaillard, *ibid.*, pp. 106-109. Orden público internacional.
- Cour d'appel de París* de 1 de diciembre de 1995, *Ministerio de Agricultura de Irak c. Hochtief*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 3, p. 456. Valoración favorable de un contrato que contenía en sus condiciones generales una cláusula de sumisión a arbitraje.
- Cour d'appel de París (1° Ch. C)* de 19 de diciembre de 1995, *Société GECEI et GFE c. Société Industrialexport, en présence de M.A.*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, pp. 110-115. Con nota de A. Hory, *ibid.*, pp. 115-123. Principio Fundamental de orden público.

- Cour d'appel de Paris (1° Ch Civ)* de 24 de marzo de 1995, *Bin Saud Bin Abdel Aziz c. Crédit Industriel et Commercial de Paris*, *Rev. arb.*, 1996, núm. 2, pp. 259 ss, con nota de J. M. Talau. Inarbitrabilidad de la cláusula compromisoria en un contrato de trabajo internacional.
- Cour d'appel de Paris (1° Ch. C)* de 11 de enero de 1996, *Société Algotharm c. Société DEP*, (2 Decisiones), *Rev. arb.*, 1996, núm. 1, pp. 100-106. Con nota de E. Gaillard, *ibid.*, pp. 106-109. Orden público internacional.
- Tribunal de Grande Instance de Paris (ord. réf.)* de 2 de febrero de 1996, *Société Intertradex France c. Société Romanian Shipping Company*, *Rev. arb.*, 1998, núm. 3, pp. 577-578, *vid.*, Ph. Fouchard, "Arbitrage et faillite", *id. Loc.*, p. 471. Contrariedad al orden público internacional.
- Cour d'appel de Paris (1° Ch Civ)* de 14 de enero de 1997, *Year. Comm. Arb.*, 1997, vol. XXII, pp. 691-695. Violación del orden público internacional, art. 1502. 5 NCPC.
- Cour d'appel de Paris (1° Ch. C)* de 15 de mayo de 1997, *Société Sermi et Maître Hennion, ès. q. c. Société Ortec*, *Rev. arb.*, 1998, núm. 3, pp. 558-562, con nota de Ph. Phouchard, *ibid.*, pp. 562-563. Procedimientos colectivos y no contrariedad con el orden público internacional.
- Cour de Cassation (1er Ch. civ.)*, de 21 de mayo de 1997, *Renault c. Société V 2000 (Jaguar France)*, *Rev. arb.*, núm. 4, 1997, pp. 537-538, con nota de Gaillard, pp. 538-543; y con nota de V. Heuzé, *M. Meglio c. Soc. V2000 et autre*, *Riv. Crit. dr. int. pr.*, 1998, pp. 87-98.
- Cour de cassation Civ.(Sala 1ª)*, de 21 de mayo de 1997, *Meglio et Renault c. Sté V 2000 (Jaguar France)*, *Rev. arb.*, 1997, pp. 537 y ss, con nota de E. Gaillard, y en *Riv. Crit. dr. int. pr.*, 1998, núm. 1, con nota de V. Heuzé, pp. 87-98.
- Cour de Cassation (1er Ch. civ.)*, de 3 de junio de 1997, *Société Prodexport c/Société FMT productions*, *Rev. arb.*, 1998, núm. 3, pp. 537-ss. Cláusula arbitral por referencia. En el arbitraje internacional ésta es válida si en el momento de la conclusión del contrato, aunque sea mediante el silencio, la parte a la que se opone acepta esa referencia.
- Cour d'appel de Paris (1° Ch. C)* de 17 de junio de 1997, *Société Eiffage c. Société Butec*, *Rev. arb.*, 1997, núm. 4, pp. 583-584, con observaciones de De Boissesson, *ibid.*, pp. 584-588. Fraude. Recurso de anulación fundado sobre la contrariedad al orden público internacional (art. 1502. 5 NCPC).
- Cour d'appel de Paris (1° Ch. C)* de 3 de julio de 1997, *Millac-Deletang c. SCOP Couécou*, *Rev. arb.*, 1997, núm. 4, pp. 611-612, con observaciones de L. De Gryse, *ibid.*, pp. 612-615. Arbitrabilidad de la controversia en un contrato de trabajo internacional y orden público.
- Cour d'appel de Paris (1° Ch. C)* de 10 de septiembre de 1997, *Société Chambon c/ société Thomson CSF*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 121-122, con observaciones de D. Bureau, *ibid.*, pp. 122-123. Arbitrabilidad internacional de la controversia. Principio de competencia-competencia. Regla material de validez del convenio de arbitraje internacional bajo reserva del orden público internacional.
- Cour d'appel de Versailles (12°Ch.)* de 16 de octubre de 1997, *Société Sofriga c. Société GSM*, *Rev. arb.*, 1998, núm. 3, pp. 572-574, con nota de E. Loquin, pp. 574-576. Artículo 1482 NCPC, disposición de orden público.

- Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C)* de 28 de octubre de 1997, *Société Procédés de préfabrication pour le béton c/ Libye*, *Rev. arb.*, 1998, núm. 2, pp. 399 y ss, con nota de B. Leurent. Es el asunto *SPPB c/ Libye*, la sede del arbitraje es una noción meramente jurídica y no-material.
- Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C)* de 11 de diciembre de 1997, *Société Cubana c/ Société Consavio International Ltd*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 124, con observaciones de D. Bureau, pp. 124-130. Derecho aplicable por los árbitros. Obligación de estatuir en Derecho. Recurso de Anulación.
- Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C)* de 5 de marzo de 1998, *Société Forasol c/ Société mixte Franco-Kazakh CISTM*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 86-91, con nota de E. Gaillard, *ibid.*, pp. 91-94. Recurso de anulación, motivación de las sentencias arbitrales internacionales.
- Cour de Cassation (1^{er} Ch. civ.)*, de 10 de marzo de 1998, *Société Isautier c/société Prudence Creole*, *Cour d'appel de versailles (2^a Ch)*, de 8 de octubre de 1998, *Société Akco Nobel et autres c/ SA Elf Atochem*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 57-64, con nota de A. Hory, *ibid.*, pp. 64-70. Medidas cautelares y cláusula compromisoria.
- Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C)* de 12 de marzo de 1998, *Société Doux c/ société FTT et autre*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 95-99, con nota de G. Flécheux, *ibid.*, pp. 99-102. Procedimiento arbitral. Principio de contradicción. Art. 6 CEDH.
- Cour de cassation Civ.(Sala 1^a)*, de 24 de marzo de 1998, *Société Excelsior Film c/ société UGC-PH*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 255-256, con nota de P. Fouchard, pp. 256-259. Art. V. 2 b) del CNY es idéntico en su contenido al art. 1502. 5 NCPC francés. Exigencias del orden público del país de la ejecución.
- Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 3 de junio de 1998, *A. c. X, Y. y Z.*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 71-74. Con nota de E. Loquin, *ibid.*, pp. 74-79. Violación de una norma de orden público. Control de fondo. Recurso de Anulación.
- Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C)* de 16 de junio de 1998, *Faton c/ Laboratoires Logeais*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 333-337. Con nota L. Idot, "Confirmation des solutions en matière d'arbitrabilité des litiges", *ibid.*, pp. 337-342. Carácter de orden público de una reglamentación comunitaria relativa al etiquetado de productos.
- Cour d'appel de Paris (14 Ch. C)* de 19 de junio de 1998, *Unesco c/ Boulois*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 343-345, con nota de Ch. Jarrosson, pp. 345-349. Cláusula arbitral estipulada por un organismo internacional, la Unesco. No aplicación de la inmunidad de jurisdicción. *Pacta sunt servanda*. Riesgo de denegación de justicia. Contrariedad al orden público por su contrariedad al art. 6 CEDH.
- Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 30 de junio de 1998, *Mediterranean Shipping Co c/Urcoopa*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 80-81, con nota de M. L. Niboyet, *ibid.*, pp. 81-85. Ausencia del carácter de orden público internacional de los efectos de interrupción de la prescripción de los arts. 2244 y 2246 del Cc francés. Las disposiciones de orden público interno no tienen porqué formar parte del orden público internacional.
- Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C)* de 15 de septiembre de 1998, *Société Cubic Defense Systems Inc. c/ Chambre de Commerce Internationale*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 103-113, con nota de P.

Lalive, *ibid.*, pp. 113-120. Ley aplicable al arbitraje internacional de la CCI, la ley de la sede. Art. 6 CEDH.

Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C) de 8 de octubre de 1998, *Sam c/ Perrin*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 350-354, con nota de P. Ancel y O. Gout, pp. 354-367. Arbitrabilidad. Autonomía de la cláusula compromisoria. Control de orden público.

Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C) de 12 de noviembre de 1998, *Société civile financière Azzaro et autres c/ consorts Cattan*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 374-379, con nota de Ch. Jarrosson, pp. 379-380. Violación del orden público procesal. Atentado a los derechos de defensa y al orden público internacional.

Cour de cassation (1^o Ch. C) de 5 de enero de 1999, *M. Zanzi ès qualités c. M. de Coninck et autres*, *Rev. cri. dr. int. pr.*, 1999, núm. 3, pp. 546-548, con nota de D. Bureau, *ibid.*, pp. 548-558. También en la *Rev. arb.*, 1999, núm. 2, pp. 260-262, con nota de Ph. Fouchard, pp. 262-271. Autonomía de la cláusula compromisoria. Principio de competencia-competencia y validez de la cláusula como principio de orden público internacional.

Tribunal de Grande Instance de Paris (ord. réf.) de 6 de enero de 1999, *A. Coquard c/ Société Vidéopole*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, p. 134, con observaciones de A. H., *ibid.*, pp. 134-138.

Cour de cassation (Ch. Soc.) de 16 de febrero de 1999, *Soc. Château Tour Saint Christophe et autre c. M. Aström*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 88, 1999, núm. 4, pp. 745-747, con nota de F. Jault-Seseke, *ibid.*, pp. 748-758. Arbitrabilidad internacional en contratos de trabajo.

Cour de cassation (Ch. Soc.) de 4 de mayo de 1999, *2^o arret, Sacinter c. Piquet*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 88, 1999, núm. 4, pp. 747-748, con nota de F. Jault-Seseke, *ibid.*, pp. 748-758. Arbitrabilidad internacional en contratos de trabajo.

Cour d'appel de Paris (1^o Ch. C) de 1 de julio de 1999, *Société Braspetro Oil Services (Brasoil) c. GMRA*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 4, pp. 834-841, con nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 841-852. Orden público procesal. Violación del principio de contradicción.

Cour de cassation (1^o Ch. C) de 1 de diciembre de 1999, *Société Euton c. Société Ural hudson*, *Rev. arb.*, 2000, núm. 2, p. 276, con nota de M.L. Niboyet, *ibid.*, pp. 277-279. Orden público internacional.

INDIA

Supreme Court of India, 7 October 1993, *Renusagar Power Co. Ltd (India) c. General Electric Co. (USA)*, *I.A.R.*, 1993, núm. 12, pp. 1-81; también en *Yearbook Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 681-738. (*Domestic/international*) public policy. Law applicable to public policy. Entendimiento del orden público en la sección 7 (1) (a) (ii) de la *Arbitration Act* en la homologación de sentencias arbitrales extranjeras. Adaptación al CNY, esp. *cf.*, *ibid.*, pp. 691-702.

ITALIA

Corte di Cassazione, Sent. de 27 de abril de 1979, *Riv. dr. int. pr. proc.*, 1979, núm. 3, pp. 565-571, *id. loc.*, 1980, p. 458, y *Year. Comm. Arb.*, 1981, vol. XXII, p. 229. Los tribunales estatales italianos no reenvían a las partes al arbitraje a pesar de la existencia de un convenio de arbitraje válido, porque consideran que la materia relativa a contratos de trabajo no es arbitrable en Italia.

Tribunal de Primera Instancia de Bolonia, de 18 de julio de 1987, *Coveme v. CFI*, *Riv. dr. int. pr. proc.*, 1988, p. 740, *Year. Comm. Arb.*, 1992, p. 534. Declara inarbitrable una controversia por ir en contra de la normativa de defensa de la competencia, del art. 85 del Tratado de Roma, actual art. 81 CE.

Corte di Appello de Bari, Sent. de 30 de noviembre de 1989, *Year. Comm. Arb.*, 1996, vol. XXI, pp. 571-575. Orden público.

Corte di Appello de Milán de 4 de diciembre de 1992, *Allsop Automatic Inc. c. Tecnoski snc. (Italia)*, *Year. Comm. Arb.*, 1997, vol. XXII, 1997, pp. 725-726. También en *Riv. dr. int. pr. proc.*, 1994, pp. 873-874. Concepto de orden público internacional o transnacional. Formado por un cuerpo de principios universales de las naciones civilizadas, con el propósito de proteger los Derechos humanos fundamentales, los cuales se contienen a menudo, en Declaraciones o Convenios internacionales de Derechos Humanos.

JAPON

Tribunal de Primera Instancia de Yokohama, de 3 de mayo de 1980, *Soc. Ameroido (Japón) c. Soc. Drew (EEUU)*, *Year. Comm. Arb.*, 1983, p. 394. Sentencia comentada por B., Hanotiau, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen", *Journ. dr. int.*, 1994, núm. 4, p. 965. Arbitrabilidad de una demanda fundada sobre un comportamiento delictual.

LUXEMBURGO

Cour Superieure de Justice (Court of Appel), de 24 de noviembre de 1993, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996, pp. 617-626. Orden público institucional. Fraude.

MALASIA

High Court of Kuala Lumpur, Sentencia de 10 de diciembre de 1993, *Harris Adacom Corporation (USA) c. Perkom Sdn Bhd (Malasia)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 753-761. El comercio con Israel no viola el orden público de Malasia. Concesión del exequátur.

MONACO

Tribunal de Premiere Instance de Monaco, Sent. de 13 de diciembre de 1974, *Banque de Financement Industriel c. Roudy*, *Cour de Revision* de Monaco, Sent. de 23 de octubre de 1975, y el mismo asunto en la sentencia también de la *Cour de Revision* de Monaco, de 8 de mayo de 1976, con referencia al *Tribunal de Grande Instance de Paris*, de 12 de mayo de 1975, *Rev. arb.*, 1977, núm. 1, pp. 174-191, con nota a las cuatro decisiones de E. Mezger, todas referidas, aunque después en Mónaco, al asunto del Tribunal de París, *ibid.*, pp. 191-194. Arbitrabilidad internacional y contrato de trabajo.

PAISES BAJOS

Gerechtshof, 's-Gravenhage (*Corte de Apelación de la Haya*), Sentencia de 28 de marzo de 1996; *Eco Swiss China Time Ltd., (Hong Kong), c. Benetton international (Países Bajos)*, *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, pp. 180-187.

Sentencia del Tribunal Supremo, *Hoge Raad*, de 21 de marzo de 1997, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton international*, *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, pp. 187-195. El artículo 81 CE, derecho de la competencia comunitario y orden público.

REINO UNIDO

Court of Appeal. Civil Division, de 12 de julio de 1996, *Philip Alexander Securities Futures Ltd v. Bamberger et autres*, *Rev. arb.*, 1999, núm. 1, pp. 167-172. Arbitraje internacional. Derecho comunitario e incidencia sobre el Derecho inglés. Distinción entre arbitraje interno y arbitraje internacional. Derecho de los consumidores. Igualdad de trato para el consumidor inglés que para el comunitario.

High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), de 19 de diciembre de 1997, *Westacre Investments Inc. (Panamá), c./ Judoimport-SDPR Holdings Co. Ltd., Beogradaska Banka, The Federal Directorate of Supply and Procurement of the Federal Republic of Yugoslavia, Beogradaska Banka DD*, *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, pp. 836-879. Principio de autonomía de la cláusula compromisoria. Orden público internacional en los laudos internacionales.

High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, de 24 de mayo de 1999, *Omnium de Traitement et de Valorisation SA c/ Hilmarton Limited*, comentada por P. Lastenouse, "Le

contrôle de l'ordre public lors de l'exécution en Angleterre de la seconde sentence *Hilmarton*", *Rev. arb.*, 1999, núm. 4, pp. 867-889.

SUIZA

Tribunal Cantonal del Canton de Vaud, Ampaglas v. Sofia, de 28 de octubre de 1975, D. Hascher, "Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory report", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A, 1993, p. 163. Orden público suizo y criterio de la patrimonialidad para determinar la arbitrabilidad.

Tribunal Fédéral (Supeme Court), de 5 de mayo de 1976, *Société des Grands Travaux de Marseilles c République populaire du Bangladesh Industrial Development Corporation*, asunto SGTM/Bangladesh, comentado por P. Lalive, "Arbitrage international et ordre public suisse (l'arrêt SGTM v. Bangladesh)", *Rev. dr. suisse*, 1978, pp. 529-551.

Camera di Esecuzione e Fallimenti (Execution and Bankruptcy Chamber), Canton Tessin, 19 June 1990, *K.S. AG (Nationality not indicated) c. C.C. SA (Switzerland)*, *Yearbook Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 762-765. *Public policy*.

Tribunal Fédéral (Supeme Court), de 28 de abril de 1992, *asunto GSA c. Société V. Spa*, *Dir. Com. Int.*, 1993, pp. 143-151, comentada por C. Lombardini, *ibid.*, pp. 152-163, *Rev. arb.*, 1993, núm. 1, p. 124, con nota de L. Idot; también en la *RSDIE*, 1998, núm. 4, p. 108 y ss, comentada por Fr. Knoepfler. Contrariedad al orden público del Derecho comunitario.

Tribunal Fédéral (Supeme Court), 23 June 1992, *Fincantieri-Cantieri navali italiani Spa and Oto Melara SpA (Italy) c. Iraq Ministry of Defence*, *Yearbook Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 766-770. *Arbitrability. Public Policy*.

Tribunal fédéral, 2° Cour civile, de 7 de abril de 1993, *Société ENS c. Société L.*, *RSDIE*, 1995, núm. 5, pp. 554-555. Igualdad de las partes y orden público.

Tribunal de district d'Affoltern, 26 de mayo de 1994, *X c/ Y*, *RSDIE*, 1997, núm. 5, pp. 637. Orden público suizo y designación del árbitro.

Bezirksgericht, Tribunal de Primera Instancia, Affoltern am Albis, Sent. de 26 de mayo de 1994, *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, pp. 754-763. Orden público internacional.

Tribunal fédéral, 2° Cour civile, de 19 de abril de 1994, *Westland Helicopters Ltd., c. Royaume d'Arabie Saoudite, Etat du Qatar, ABH, y Arab Organization for Industrialisation*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 922-924.

Tribunal fédéral, 1° Cour civile, 17 de agosto de 1994, *Türkiye Electic Kurumu (TEK), Turquie c. Osuuskunta Metex Andelslag (Metex), Finlandia*, *RSDIE*, 1996, núm. 4, pp. 539-542. Naturaleza universal de la noción de orden público se corresponde con las nociones fundamentales de la buena fe, de la regla pacta sunt servanda, de la exclusión de abuso del derecho, etc.

- Tribunal fédéral, 1^o Cour civile*, 30 de diciembre de 1994, *F. Et U. c. W*, *RSDIE*, 1996, núm. 4, pp. 545-551. También en *Year. comm. Arb.*, 1996, vol., XXI, pp. 172-179. Diferencia entre orden público sustantivo y orden público procesal. Corrupción. Orden público. Aplicación de una ley de policía extranjera no designada (art. 19 LDIP).
- Tribunal fédéral, 2^o Cour civile*, 9 de enero 1995, *Inter Maritime Management SA c. Russin & Vecchi*, *RSDIE*, 1996, núm. 4, pp. 554-558. También en *Year. comm. Arb.*, 1996, vol., XXII, pp. 789-799. Orden público internacional suizo se puede decir que es el común considerado por todas las naciones civilizadas, *cf., ibid.*, p. 558.
- Président de l'Obergericht de Bâle-Campagne*, de 13 de mayo de 1996, *K. M.-Sp. AG c. X. y consorts*, *RSDIE*, 1998, núm. 4, pp. 605-607, comentada por Ph. Schweizer, *ibid.*, pp. 607-608. Es un arbitraje interno: Arbitrabilidad de una controversia de derecho público.
- Tribunal fédéral, 1^o Cour civile*, 6 de septiembre de 1996, *X. c. Y*, *RSDIE*, 1998, núm. 4, pp. 553-564, con comentario de Ph. Schweizer, *ibid.*, pp. 564-568. Orden público. *Pacta sunt servanda*.
- Tribunal fédéral, 1^o Cour civile*, 28 de enero de 1997, *Thomson C.S.F., c. Frontier AG Bern et Brunner Sociedade Civil de Administraçao Limitada*, *RSDIE*, 1998, núm. 4, pp. 568-571, comentada por Fr. Knoepfler, *ibid.*, pp. 572-574. Orden público y tráfico de influencias.
- Tribunal fédéral, 1^o Cour civile*, de 24 de marzo de 1997, *T. AG c. H. Company*, *RSDIE*, 1998, núm. 4, pp. 574-578, comentada por Fr. Knoepfler, *ibid.*, pp. 578, 580. Orden público formal y material desde el punto de vista del art. 190. 2 LSDIP.
- Tribunal fédéral, 1^o Cour civile*, de 2 de julio de 1997, *L. Ltd (Gibraltar) c. The Foreign Trade Association of the Republic of U.*, *RSDIE*, 1998, núm. 4, pp. 580-585, comentada por Ph. Schweizer, *ibid.*, pp. 585-587. Renuncia a los recursos en el arbitraje.
- Cour de Justice (Corte de Apelación)*, de Ginebra, de 11 de diciembre de 1997, *Import and Export Company (PR China) c. G SA (Suiza)*, *Year. Comm. Arb.*, 1998, vol. XXIII, pp. 764-769. Concepción estricta del orden público.
- Tribunal fédéral, 1^o Cour civile*, 9 de junio de 1998, *C. S. r.l. c/ L.S.SA*, *Bull. Asa* 1998, p. 653, *RSDIE*, 1999, núm. 4, pp. 593-597, comentario de F. Knoepfler, pp. 597-601. Validez de la cláusula compromisoria. Autonomía del convenio arbitral. Arbitraje y orden público.
- Tribunal fédéral, 1^o Cour civile*, 17 de febrero de 1999, *G. T. AG c. G. F. TAS*, *RSDIE*, 1999, núm. 4, pp. 601-605, comentario de F. Knoepfler, pp. 605-608. Autonomía de la cláusula compromisoria y definición del orden público por el Tribunal Federal.
- Tribunal fédéral, 1^o Cour civile*, de 11 de mayo de 1999, *A. B. C. y D. c/ V. W. X. Y. y Z.*, *RSDIE*, 1999, núm. 4, pp. 608-612, con comentario de Ph. Schweizer, pp. 612-615. Arbitraje internacional y recurso de revisión.
- Tribunal fédéral, 1^o Cour civile*, de 26 de mayo de 1999, *Reteitalia SpA c/ Lagardère SCA*, *RSDIE*, 1999, núm. 4, pp. 615-619, con comentario de Ph. Schweizer, pp. 615-629. Arbitraje internacional, orden público y *pacta sunt servanda*.

IV. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sent. de 9 de diciembre de 1994, *Refinerías griegas Stan y Stratis Andreadis c. Grecia* (22/1993/417/496), parcialmente reproducida en *Rev. arb.*, 1996, pp. 105-114; y completa en: *Unlawful annulment by legislative measure of an arbitration award establishing the existence of a debt owed by the State in the amount of about 16 million US \$/ Stran Greek Refineries et Al. c. Greece, H.R.L.J.*, 1994, vol. 15, pp. 432-444. Comentada por A. Bencheneb, “La contrariété a la Convention Européenne des Droits de l’Homme d’une loi anéantissant une sentence arbitrale”, *Rev. arb.*, 1996, núm. 2, pp. 10 y ss; y por M., Gonzalo Quiroga, “El arbitraje en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Derecho de los Negocios*, año 8, núm. 82/83, pp. 11-26.

**LAUDOS ARBITRALES RELATIVOS AL ORDEN PÚBLICO EN EL
ARBITRAJE PRIVADO INTERNACIONAL**

- 1. CORTE DE ARBITRAJE DE LA CAMARA DE COMERCIO
INTERNACIONAL**
- 2. CENTRO INTERNACIONAL PARA LA REGLAMENTACIÓN DE
CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES**
- 3. OTRAS INSTITUCIONES DE ARBITRAJE Y ARBITRAJES *AD
HOC***

1. LAUDOS ARBITRALES DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL –CCI-

Laudo núm. 1110/1963, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996, pp. 47-53. Sentencia *Lagergren*. Comentada, entre otros, por J. D. M., Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Nueva York, Oceana Publications, 1978, p. 553 y por B. Hanotiau, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen", *loc. cit.*, pp. 958-959. Arbitrabilidad de la controversia que puede violar *bonos mores* y el orden público internacional. Corrupción, soborno y tráfico de influencias. Pluralidad de leyes aplicables a la arbitrabilidad. La toma en consideración del orden público del Derecho extranjero permite afirmar que la prohibición de la corrupción es de orden público transnacional.

Laudo núm. 1397/1966, *Journ. dr. int.*, 1974, núm. 4, pp. 878- 884. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 61-65, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 65-67. Contrato de suministro y distribución en exclusiva. Concesión de Know How. Arbitrabilidad de materias intervenidas por el orden público general o comunitario. Artículos 85 y 86 CE.

Laudo núm. 1422/1966, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 67-68, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 68-71. Poder discrecional de los árbitros en el Derecho aplicable al fondo de la controversia.

Laudo núm. 1526/1968, *Journ. dr. int.*, 1974, núm. 4, pp. 915-921. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 98-100, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 101-103. Contrato de concesión administrativa. Capacidad para comprometer el Estado. Anacionalidad de la norma de competencia-competencia. Orden público internacional (implícito). Arbitrabilidad del litigio. Ley del Estado afectado.

Laudo núm. 1641/1969, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 71, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 71-73. Derecho aplicable por el árbitro en ausencia de elección de ley. Aplicación de los usos de comercio.

Laudo núm. 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 88-95. Garantía bancaria. Inejecución. Ley de policía del lugar de pago. Ley de policía del lugar de residencia del deudor. Laudos preliminares núm. 1512/1967, de 18 de diciembre de 1967 y de 14 de enero de 1970, *Compañía India de Cemento (Dalmia) c. Banco Nacional Pakistání*, *Year. Comm. Arb.* vol. V, 1980, p. 170: eficacia del convenio arbitral y fuerza mayor. Derecho aplicable. Libertad del árbitro. Alcance del principio universal "*Proper law of the contract*".

Laudo núm. 1717/1972, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 73, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 73-75. Derecho aplicable al fondo del contrato. Cláusula de garantía-oro.

- Laudo núm. 1803 de 15 de diciembre de 1972, *Société des Grands Travaux de Marseille c. République populaire de Bangladesh, Bangladesh Industrial Development Corp. Yearbook com. Arb.*, vol. V, 1980, p. 177: convenio arbitral y normas estatales de orden público.
- Laudo núm. 1782/1973, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p.111, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 111-112. Irresponsabilidad, discriminación racial y Derecho aplicable.
- Laudo núm. 2216/1974, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 105-108, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 108-110. Elección por las partes de un Derecho estatal, cláusula de amigable composición y fuerza mayor.
- Laudo núm. 2138/1974, *Journ. dr. int.*, 1975, núm. 4, pp. 934-938. También en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 122-123, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 123-127. Interpretación estricta del convenio de arbitraje en atención a la autonomía de la voluntad de las partes.
- Laudo preliminar dictado en el asunto núm. 2321/1974, *Journ. dr. int.*, 1975, núm. 4, pp. 938-940, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 940-944. También en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 127-130, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 130-134, y *Year. Comm. Arb.*, vol. I, 1976, pp. 133-135. La capacidad del Estado para comprometer, con base en una interpretación estricta de la cláusula compromisoria, es considerada por los árbitros como un principio de orden público internacional. Inmunidad de jurisdicción. Distinción entre *ius gestionis* y *ius imperii*. Principio “*pacta sunt servanda*”.
- Laudo núm. 1434/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 145-149, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 149-156. Derecho aplicable al fondo, leyes de policía y grupos de sociedades.
- Laudo núm. 2438/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 135-137; con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 137-139. Derecho aplicable. Aplicación acumulativa de los sistemas de conflicto interesados en el litigio.
- Laudo núm. 2375/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 139-141, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 141-145. Derecho aplicable al fondo. Autonomía de los árbitros y *lex mercatoria*.
- Laudo núm. 2291/1975, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 156-158, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 158-160. Laudo que expone tres principios de la *lex mercatoria* en formación. principios generales del Derecho y buena fe contractual en una transacción comercial internacional.
- Laudo preliminar dictado en en asunto núm. 2521/1975, *Journ. dr. int.*, 1976, núm. 4, pp. 997-999. También en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 165-166, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 166-168. Capacidad para comprometer de un establecimiento público, como principio de orden público internacional “anacional”, eje central de la *lex mercatoria*.
- Laudo núm. 2476/1976, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 173-176; también en *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, p. 936. Arbitrabilidad de la diferencia y competencia del tribunal arbitral, en función de justificar la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley del país donde la sentencia va a ser potencialmente ejecutada
- Laudo núm. 2558/1976, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 952-957. También, en español en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 189-195. Contrato de agencia mercantil. Nulidad de cláusula

compromisoria en materia de contrato internacional de trabajo. Inarbitrabilidad de los contratos de trabajo en derecho francés.

Laudo núm. 2626/1976, *Journ. dr. int.*, 1978, núm. 4, p. 981, con nota de Y. Derains. También, en español en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 201-205. Identificación con la ley aplicable a la arbitrabilidad, es la misma que la ley aplicable al convenio de arbitraje, que a la vez se deduce de la ley aplicable al contrato.

Laudo núm. 2735/1976, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 947-949. También en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 185-186, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 186-188. Lugar de la sede del arbitraje como Derecho aplicable al fondo.

Laudo núm. 1704/1977, *Journ. dr. int.*, 1978, núm. 4, pp. 977-980. También, en español en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 197-201. Abono de un pagaré a su vencimiento. Devaluación de la moneda de pago. Leyes de policía en cuanto al pago. Eficacia de la cláusula de arbitraje en caso de subrogación personal de la parte que la invoca.

Laudo núm. 2476/1976, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 936-939. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 173-174, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 174-176. Capacidad del árbitro internacional, para decidir sobre su propia competencia como principio de orden público internacional.

Laudo núm. 2558/1976, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 952-951. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 189-192, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 192-195. Inarbitrabilidad de la controversia en una controversia donde existe una parte contractual débil en un contrato internacional de trabajo.

Laudo núm. 2694/1977, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 981-984. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 205-208, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 208-210. Principio de autonomía del convenio de arbitraje internacional.

Laudo dictado en los asuntos núm. 2745 y núm. 2762 de 1977, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 210-215, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 215-216. Derecho aplicable al fondo y usos de comercio.

Laudo núm. 2886/1977, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, p. 217, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 217-220, Derecho aplicable al fondo en ausencia de elección por las partes.

Laudo núm. 2119/1978, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 242-243, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 243-246. Derecho aplicable al fondo y autonomía de la voluntad de las partes.

Laudo núm. 2879/1978, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 233-235, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 235-242, Derecho aplicable y amigable composición, *lex mercatoria* y orden público.

Laudo núm. 3043/1978, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 246-247, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 247-250. Derecho aplicable al arbitraje.

Laudo núm. 2811/1978, *Journ. dr. int.*, 1979, núm. 4, pp. 983-986, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 986-989. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 227-233 y en *Recueil CCI*, 1974-1985, pp. 341-346. Contrato de Concesión exclusiva. Demanda de daños y perjuicios. Art.

- 86 T.C.E.E. Arbitrabilidad (implícita) de materias intervenidas por normas de orden público, general o comunitario.
- Laudo núm. 3093/3100 de 1979, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 255-259, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 259-264. Derecho aplicable al arbitraje. Orden público internacional, completa y descarta la normativa elegida de un orden jurídico nacional.
- Laudo núm. 3267/1979, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 266-271, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 271-275. Exclusión de todo Derecho nacional como Derecho aplicable al fondo del aplicable al arbitraje por los árbitros y aplicación exclusiva de los Principios generales del comercio internacional. Amigable composición. Los árbitros amigables componedores están obligados a respetar las disposiciones imperativas y los principios de orden público de la *lex mercatoria*, *ibid.*, pp. 273-274.
- Laudo núm. 3316/1979, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 275-279, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 279-283. Deber del árbitro de aplicar estrictamente las cláusulas contractuales salvo que éstas sean contrarias al orden público.
- Laudo núm. 3383/1979, *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 978-981. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 283-286, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 286-288. Principio de competencia-competencia.
- Laudo núm. 3130/1980, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 307-310, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 310-312. Usos de comercio internacional. Incoterms.
- Laudo núm. 3380/1980, *Journ. dr. int.*, 1981, núm. 4, p. 928. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 303-307. Contrato entre una empresa privada y una estatal. Normas imperativas de la ley del contrato. El árbitro debe aplicar el Derecho elegido en su integridad y sin ninguna restricción, incluyendo el orden público y las normas imperativas. A reserva de los principios generales de Derecho.
- Laudo núm. 3540/1980, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 289-295, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 295-302. El árbitro, amigable componedor, aplica directamente, en ausencia de voluntad de las partes en el Derecho aplicable, la *lex mercatoria*, bajo reserva del orden público.
- Laudo núm. 3327/1981, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 323-327, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 327-330. El orden público internacional se opone a que el Estado invoque la nulidad de un convenio de arbitraje internacional que había firmado.
- Laudo núm. 3281/1981, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 343-349. Contrato de arrendamiento de explotación de licencia. Absorción de la sociedad arrendadora por parte de otra sociedad de la misma nacionalidad. Derecho aplicable. Orden público del lugar de ejecución del laudo.
- Laudo núm. 3344/1981, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 330-339. Contratos de suministro de petróleo en bruto celebrado entre dos empresas públicas de países árabes. Determinación del precio contractual. Artículo 1174 del Código Civil Francés. No hay violación del orden público internacional. En materia probatoria la regla: “*Actori Incumbit probatio*”, es una norma de orden público internacional.

- Laudo núm. 3894/1981, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 339-341, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, p. 342. Derecho aplicable ante la falta de elección de las partes e Incoterms aplicados por el árbitro internacional.
- Laudo núm. 3896/1982, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 373-378; también en *Journ. dr. int.*, 1984, núm. 1, con nota de B. Opettit, "Arbitrage et contrats d'Etat. L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran", *ibid.*, pp. 37-57: Arbitrabilidad de la diferencia. Aptitud del Estado para comprometer, sin renunciar a su soberanía ni a su inmunidad.
- Laudo núm. 3916/1982, *Recueil CCI*, 1974-1985, pp. 507-509, también en *Journ. dr. int.*, 1984, núm. 4, p. 930. La corrupción es contraria a la moralidad de las relaciones internacionales.
- Laudo núm. 4131/1982, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 349-350, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 350-351; *Journ. dr. int.*, 1983, núm. 4, p. 899, con observaciones de Y. Derains, también en *Rev. arb.*, 1984, p. 137, con la sentencia confirmatoria de la decisión arbitral de la *Cour d'appel de París* de 21 de octubre de 1983, *Isover Saint-Gobain c. Dow Chemical France et autre*, con nota de A. Chapelle, *id. loc.*, p. 98, *Year. Comm. Arb.*, 1984, vol. IX, p. 131. El convenio de arbitraje se rige por los usos conformes a las necesidades del comercio internacional. Derecho aplicable el del lugar donde la sentencia arbitral sea susceptible de recibir sanción legal.
- Laudo núm. 4132/1983, *Italian supplier c. South Korean Buyer*, *Recueil CCI*, 1974-1985, también en *Journ. dr. int.*, 1983, núm. 4, p. 891; con nota de Y. Derains, *ibid.*, pp. 891-893. Ausencia de referencia a una ley estatal en el arbitraje internacional sobre propiedad intelectual. Consecuencias de la ausencia de *lex fori* para el árbitro internacional. Know-how y derecho aplicable.
- Laudo núm. 4338/1983, *Journ. dr. int.*, 1983, núm. 4, pp. 982-983, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 983-985. El árbitro debe respetar los órdenes públicos de todos los países interesados en el litigio para así asegurar la ejecutoriedad del laudo.
- Laudo núm. 4392/1983, *Journ. dr. int.*, 1983, núm. 4, pp. 907-908, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 908-910. También, en *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 365-366, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 367-368. Tendencia de los árbitros a aplicar las normas del lugar del arbitraje a la validez del convenio arbitral, subrayando que no son contrarias al orden público.
- Laudo núm. 4434/1983, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 351-353, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 353-355. Derecho aplicable al fondo ante ausencia de elección por las partes. Vía directa.
- Laudo núm. 3880/1983, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 355-356, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 356-357. Libertad del árbitro ante el Derecho aplicable en ausencia de elección por las partes. Vía directa.
- Laudo provisional núm. 3879/1984 de 5 de marzo de 1984, *Westland Helicopters Ltd. c. Arab Organization for Industrialization, United Arab Emirates, Kingdom of Arabia Saudí, State of Qatar, Arab Republic of Egypt, Arab British Helicopters Company*, *Yearbook Comm. Arb.*, vol.

- XI, 1986, pp. 127-134. Arbitraje multiparte: vinculación de los componentes de una sociedad colectiva al convenio arbitral firmado por la sociedad.
- Laudos arbitrales de la CCI núm. 4604/1984, asunto *Editrice Giocchi Sri Milan v. CTG Products Corp. Delaware*, *Journ. dr. int.*, 1985, núm. 4, p. 973-979, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 980-981. Arbitrabilidad de la diferencia. Contrato de licencia de marca en exclusiva, sometido al art. 85 del CE, a disposiciones imperativas y a normas anti-dumping.
- Laudos arbitrales de la CCI núm. 4695/1984, *Recueil CCI II*, 1986-1990, pp. 33-34, *Year. Com. Arb.*, vol. XI, 1986, pp. 127-128, Derecho aplicable y autonomía de la voluntad.
- Laudos arbitrales de la CCI núm. 4462/1985, 1987, de 31 de mayo de 1985 y de 23 de febrero de 1987, junto a la sentencia de la Cour fédérale de district du Delaware de 15 de marzo de 1990, *L'affaire Noc c. Libyan sun oil Company*, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 16-27; *Rev. arb.*, 1991, núm. 2, pp. 263. Con nota de B. Audit, *ibid.*, pp. 263-283, esp. p. 281: violación del orden público americano.
- Laudos arbitrales de la CCI núm. 4381/1986, *Journ. dr. int.*, 1986, núm. 4, pp. 1102-1106, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1107-1113. La sociedad estatal contraviene el orden público internacional si vuelve contra sus propios actos y rechaza la validez del convenio de arbitraje que firmó.
- Laudos interlocutorios de la CCI núm. 4504/1985, 1986, *Journ. dr. int.*, 1986, núm. 4, pp. 1118-1127, con observaciones de S. Jarvin, *ibid.*, pp. 1127-1131. Límite al derecho aplicable: las disposiciones de aplicación necesaria de los derechos nacionales interesados, así como aquellas otras que contengan disposiciones imperativas, señaladamente en materia de forma. El desconocimiento o inaplicación de dicha normativa deja la puerta abierta al triunfo de un recurso de anulación ante los Tribunales del Estado en que se llevó a cabo el arbitraje, además de la posibilidad de rechazo del exequátur en el país de ejecución.
- Laudos interlocutorios de la CCI núm. 5065/1986, *Journ. dr. int.*, 1987, núm. 4, pp. 1039-1043, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1043-1048. Si existiesen normas imperativas sobre la validez o la forma de la cláusula de arbitraje, el árbitro deberá respetarlas, esp. p. 1046.
- Laudos interlocutorios de la CCI núm. 5269/1986, *Journ. dr. int.*, 1987, núm. 4, pp. 1029-1039, con observaciones de S. Jarvin, inutilidad de utilizar normas procesales internas, en concreto el art. 502. 3 CPCE, como defensa contra la validez de una cláusula de arbitraje internacional.
- Laudos arbitrales de la CCI núm. 5485/1987, de 18 de agosto de 1987, *Bermudian Company c. Spanish Company*, *Yearbook Comm. Arb.*, vol. XIV, 1989, pp. 156-172. Los árbitros fueron B. Cremades y López Sanchez, de España y M. de Hass, de Francia. Orden público interno e internacional. También en la *RECA*, - Sección 3ª. *Jurisprudencia arbitral de la CCI*, 1988-89, pp. 367-370, con nota de Checa Martínez, M., pp. 370-372. Orden público interno e internacional español. Autonomía de la cláusula compromisoria.
- Laudos arbitrales de la CCI núm. 5505/1987, *Year. Comm. Arb.* vol. XIII, 1988, pp. 110-117. Cuando las partes eligen el Derecho aplicable al fondo del contrato se entiende excluido el sistema de normas de conflicto del Derecho elegido.

- Laudo núm. 5103/1988, *Journ. dr. int.*, 1988, núm. 4, pp. 1206-1212, con observaciones de G. Aguilar Alvarez, pp. 1212-1215. Principios del *stoppel* y *venire contra factum proprium*, constituyen dos verdaderos principios generales del derecho. Orden público internacional que consagra la aptitud de las empresas públicas para comprometer por medio de arbitraje.
- Laudo núm. 5477/1988, *Journ. dr. int.*, 1988, núm. 4, pp. 1204-1205, con observaciones de G. Aguilar Alvarez, pp. 1205-1206; también en *Recueil CCI II*, 1986-1990, p. 358. Arbitrabilidad de demandas fundadas sobre una responsabilidad delictual, estrechamente vinculadas a la demanda sobre la que se basa el contrato. Diferencia entre arbitrabilidad *sensu lato* y ámbito de aplicación del convenio de arbitraje internacional.
- Laudo parcial núm. 5548/1988, *Italian main contractor c. FR German subcontractor*, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 28-40.
- Laudo núm. 5622/1988, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 220-238, *Rev. arb.*, 1993, pp. 327-341, *Riv. Arb.*, 1992, con nota de A. Giardina, *ibid.*, pp. 784-792. Rendido en el asunto *Hilmarton/OTV*. Tráfico de influencias. Violación de normas imperativas. Violación del orden público (internacional) de Suiza.
- Laudo núm. 5730/1988, *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1029-1036, con observaciones *Clunet*, *ibid.*, pp. 1036-1039. Se constata el pragmatismo de los árbitros en la determinación del derecho aplicable al convenio arbitral. Estos parecen desear que el laudo sea susceptible de recibir sanción legal, para lo cual aplican la ley del lugar en que se desarrolla el arbitraje, junto a otras normas, siempre indicando que en ningún caso sean contrarias al orden público.
- Laudo núm. 5832/1988, *Journ. dr. int.*, 1988, núm. 4, pp. 1198-1202, con observaciones de G. Aguilar Alvarez, pp. 1202-1204. Disposiciones imperativas en la determinación de la ley aplicable a la forma del convenio de arbitraje. Ley determinante de la validez y del poder para comprometer.
- Laudo núm. 5953/1988-1989, el laudo parcial es de 1 de septiembre de 1988, y el laudo final de 19 de diciembre de 1989, *RCEA*, 1990, vol. VI, pp. 265-270; con nota de Checa Martínez, M., *ibid.*, pp. 270-274. *Lex Mercatoria*. Principio de buena fe, *Pacta sunt servanda*.
- Laudo núm. 5617/1989, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 537-546, observación de D. Hascher, pp. 547-550. Y, posterior comentario de C. Byk, "Le droit international de la bioéthique, *ius gentium* ou *lex mercatoria?*", *Journ. dr. int.*, 1997, p. 913. Caso de la hormona del crecimiento. Arbitrabilidad: indisponibilidad del cuerpo humano.
- Laudo núm. 4972/1989, *Journ. dr. int.*, 1989, núm. 4, pp. 1100-1105, con observaciones *Clunet* (Y. Derains), *ibid.*, pp. 1105-1107. El árbitro, amigable componedor, debe respetar las normas de orden público que no son susceptibles de evicción en el arbitraje. Competencia del tribunal arbitral y grupos de sociedades. No existe dolo ni fraude.
- Laudo núm. 5885/1989, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 40-46; también en el *Year. Comm. Arb.*, vol. XVI, 1991, pp. 92-95. Ley aplicable al fondo.
- Laudo núm. 6281/1989, *Journ. dr. int.*, 1991, núm. 4, p. 1054-1056, con observaciones de D. Hascher, *ibid.*, pp. 1056-1059. Aplicación de convenios internacionales por el árbitro, para unificar la

práctica arbitral y contribuir a la formación de un Derecho del comercio internacional, junto con los contratos internacionales y los usos del comercio internacional.

Laudos núm. 5721/1990, *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1020-1026, con observaciones *Clunet, ibid.*, pp. 1026-1029. Aplicación de las normas imperativas de derecho egipcio. Orden público interno y orden público internacional. El artículo 502. 3, no era parte del orden público interno egipcio. “Lo que es contrario a una norma imperativa egipcia, no es necesariamente contrario al orden público egipcio”.

Laudos núm. 5943/1990, *Journ. dr. int.*, 1996, núm. 4, pp. 1014-1021, con observaciones D. H. El árbitro tiene jurisdicción para decidir sobre la violación del contrato principal al orden público. Debe comprobar la ilicitud del contrato con el fin de no dictar una sentencia que sea contraria al orden público.

Laudos núm. 5946/1990, *Vendedor francés c. Comprador USA, Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 46-67. *Punitive damages* y orden público suizo.

Laudos núm. 6142/1990, *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1039-1043, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1043-1046. Leyes de policía de la *lex contractus*.

Laudos núm. 6149/1990, *Year. Comm. Arb.* vol. XX, 1995, pp. 41-57. Arbitrabilidad de la diferencia. Efecto de normas de orden público internas en acuerdos de arbitraje internacional: inaplicabilidad de normas nacionales internas al convenio arbitral internacional.

Laudos núm. 6162/1990, *Year. Comm. Arb.* vol. XVII, 1992, pp. 153-157, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 75-80. Aplicación de la ley de la sede arbitral (Suiza) a la arbitrabilidad de la diferencia. Tratamiento por igual de la arbitrabilidad objetiva y subjetiva.

Laudos núm. 6248/1990, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 239-255; *Year. Comm. Arb.* vol. XIX, 1994, p. 124. Orden público y arbitrabilidad de la diferencia. Violación del orden público internacional.

Laudos núm. 6268/1990, de 18 de mayo de 1990, *Rec. CCI. III*, 1991-1995, pp. 68-72; *Year. Comm. Arb.*, vol. XVI, 1991, pp. 119-122.

Laudos núm. 6283/1990, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 100-102, también en *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, pp. 178-179. Ley de la nacionalidad de las partes aplicada al fondo de la controversia.

Laudos núm. 6379/1990, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 134-142, también en *Year. Comm. Arb.*, 1992, vol. XVII, pp. 202-220. No aplicación de normas imperativas extranjeras directamente aplicables. Arbitrabilidad de las controversias relativas a la anulación de una concesión de venta exclusiva de duración indeterminada.

Laudos núm. 6503/1990, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 613-617; *Journ. dr. int.*, 1990, núm. 4, pp. 1022-1030, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1030-1031. Alegación por parte de la demandada de las normas comunitarias de orden público transnacional de Derecho de la competencia.

Laudos núm. 6294/1991, *Journ. dr. int.*, 1991, núm. 4, pp. 1050-1052, con observaciones de J. J. Arnáldez, *ibid.*, pp. 1052-1054. También en *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 405-409. Aplicación de normas de aplicación inmediata extrañas a la *lex contractus*.

- Laudo núm. 6519/1991, *Journ. dr. int.*, 1991, núm. 4, pp. 1065-1068. Con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1068-1073. Grupos de sociedades y arbitraje. Exámen *prima facie* del convenio de arbitraje. Responsabilidad cuasi delictual y condición suspensiva de eficacia.
- Laudo núm. 6363/1991, *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, p. 205. Aplicación del *favor validitatis* en el Derecho aplicable por el árbitro.
- Laudo núm. 6709/1991, *Journ. dr. int.*, 1992, núm. 4, pp. 998-1001, con observaciones de D. Hascher, *ibid.*, pp. 1001-1005. *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 435-442. Arbitrabilidad de la controversia relativa a la explotación de una patente.
- Laudo núm. 6752/1991, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 195-198. Identificación del Derecho aplicable al contrato con la ley aplicable a la arbitrabilidad. No existencia de una norma material imperativa belga, aunque sea éste el lugar de ejecución.
- Laudo núm. 6796/1991, *Journ. dr. int.*, 1992, núm. 4, pp. 1018-1021, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1021-1022. Convenio de arbitraje internacional que vincula a los no firmantes en un grupo de sociedades.
- Laudo núm. 6840/1991, *Journ. dr. int.*, 1992, núm. 4, pp. 1030-1034, con observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 1034-1037. No se aplica el derecho del lugar de arbitraje al convenio de arbitraje, sino el derecho rector del contrato.
- Laudo núm. 5030/1992, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 475-482, observaciones de Y. Derains, *ibid.*, pp. 483-487. Obligación en el arbitraje de comportarse legalmente.
- Laudo núm. 6233/1992, *Year. Comm. Arb.* vol. XX, 1995, p. 58: arbitrabilidad de disputas en materia de impuestos.
- Laudo núm. 6320/1992, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 336-381; *Reprinted fom Clunet*, pp. 577-582, con observaciones de D. Hascher, *ibid.*, pp. 582- 584; *Year. Comm. Arb.* vol. XX, 1995, pp. 62-107. Leyes de policía. Aplicación de normas materiales imperativas de terceros Estados.
- Laudo núm. 6500/1992, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 452-455, también en *journ. dr. int.*, 1992, pp. 1015 y ss, con observaciones de J.J. Arnaldez, Derecho aplicable en el contrato de agencia comercial y *lex mercatoria*.
- Laudo parcial núm. 6560/1992, *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 245-246; con nota de Checa Martínez, M., *ibid.*, pp. 247-248. También en *Year. Comm. Arb.*, vol. XVII, 1992, p. 226-229. Contrato de compraventa: Ley aplicable al fondo de la controversia. Aplicación de la ley del lugar del cumplimiento de las obligaciones esenciales.
- Laudo núm. 6670/1992, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 447-452. Respeto al principio de contradicción en el procedimiento arbitral.
- Laudo núm. 6673/1992, *Journ. dr. int.*, 1992, núm. 4, pp. 992-996, con observaciones de D. Hascher, pp. 996-998. Convenio de arbitraje internacional en un grupo de sociedades.
- Laudo núm. 6932/1992, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 560-567. Arbitrabilidad en contratos de transferencia de tecnología o *Know-how*.
- Laudo núm. 7153/1992, *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 249-250; con nota de Checa Martínez, M., *ibid.*, pp. 250-252. Contrato de compraventa: Ley aplicable al fondo de la controversia.

- Laudo núm. 7181/1992, *Year. Comm. Arb.*, 1996, vol. XXI, pp. 99-112. Arbitrabilidad sin existencia de violación de las normas comunitarias sobre Derecho de la competencia, arts. 81 y 82 CE y Comisión Europea.
- Laudo parcial núm. 7319/1992, *Year. Comm. Arb.*, 1999, vol. XXIV, pp. 141-148. Insuficiente aplicación de la *lex mercatoria*. Aplicación cumulativa de las reglas de conflicto y estrecha conexión con el contrato.
- Laudos núms. 7385 y 7402/1992, *Recueil CCI III*, 1991-1995, pp. 209-213, también en *Year. Comm. Arb.*, vol. XVIII, 1993, pp. 68-73. Arbitrajes conexos. Alcance y límites de la voluntad de las partes en el Derecho aplicable a la controversia arbitral.
- Laudo núm. 6955/1993, *Year. Comm. Arb.*, 1999, vol. XXIV, pp. 107-140, esp. pp. 124-127. Aplicación por el árbitro de usos de comercio.
- Laudo núm. 7097/1993, transcrito parcialmente por H. Verbist, "The application of European Community Law in ICC arbitrations", *Bull. CIA/CCI, Special Supplement: International commercial arbitration in Europe*, 1994, *op. cit.*, pp. 38-39. El árbitro único, se considera competente para examinar la validez del convenio de arbitraje sobre la base de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, porque dicha normativa pertenece al orden supra-nacional y por ello es directamente aplicable.
- Laudo núm. 7205/1993, *Recueil CCI III*, 1991-1995, p. 622, *journal. dr. int.*, 1995, núm. 4, pp. 1032, con observaciones de J.J. Arnaldez, orden público internacional aplicable a un procedimiento colectivo.
- Laudo núm. 7154/1993, *Recueil CCI III*, 1991-1995, p. 555; *journal. dr. int.*, 1994, núm. 4, p. 1059; con nota de Y. Derains, Aplicación del *favor validitatis* en el Derecho aplicable por el árbitro.
- Laudo núm. 7528/1993, *Year. Comm. Arb.*, 1997, vol. XXII, pp. 125-131. Inaplicabilidad al contrato internacional de normas imperativas de Derecho estatal.
- Laudo núm. 6719/1994, *Journal. dr. int.*, 1994, núm. 4, pp. 1071-1078, con observaciones de J. J. Arnaldez. El tribunal arbitral hace aplicación de la ley del lugar de la sede para regir el Derecho aplicable a la arbitrabilidad, por identificarlo con el Derecho aplicable al convenio arbitral.
- Laudo núm. 6497/1994, *Year. Comm. Arb.*, 1999, vol. XXIV, pp. 71-79, prueba de soborno.
- Laudo final en los casos núms. 6515 y 6516 de 1994, *Year. Comm. Arb.*, 1999, vol. XXIV, pp. 80-106. Derecho aplicable por el árbitro al fondo del contrato.
- Laudo núm. 7047/1994, *Year. Comm. Arb.*, 1996, vol. XXI, pp. 79-98. Prueba de soborno. Aplicación de las normas imperativas de terceros países. Orden Público internacional.
- Laudo 8128/1995, *journal. dr. int.*, 1996, pp. 1024-1028, con nota de D. Hascher, *cf., ibid.*, pp. 1028-1030. Aplicación por el árbitro internacional de los Principios de UNIDROIT.
- Laudo núm. 9246/1996, de 8 de marzo, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 28-34. Orden público.
- Laudo núm. 7337/1996, *Year. Comm. Arb.*, 1999, vol. XXIV, pp. 149-161. Obligatoriedad de respetar el compromiso arbitral en caso de quiebra. No contrariedad con el orden público.
- Laudo núm. 8486/1996, *Year. Comm. Arb.*, 1999, vol. XXIV, pp. 162-173. Aplicación por el árbitro de los principios de la UNIDROIT.

Laudo núm. 8938/1996, *Year. Comm. Arb.*, 1999, vol. XXIV, pp. 174-181. Arbitrabilidad de las controversias internacionales y principio de autonomía de la cláusula compromisoria a la luz del orden público internacional.

2. CENTRO INTERNACIONAL PARA LA REGLAMENTACION DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

Laudo núm. ARB/83/2, de 31 de marzo de 1986, y rectificación de 10 de junio de 1986, *The Liberian Eastern Timber Corporation, (LETCO), LETCO Lumber Industry Corp. (LLIC) v. The Government of the Republic of Liberia*, Árbitros: B.M. Cremades, J. Gonçalves Pereira, y D.A. Redfern, *Year. Comm. Arb.*, vol. XIII, 1988, pp. 35-52, en la p. 51, se recoge expresamente que no existe duda alguna respecto a que los árbitros puedan acordar la imposición de *punitive damages*. El único obstáculo que no les permitió hacerlo es que la ley aplicable a la controversia era el Derecho Liberiano, que no reconoce el instituto de los *punitive damages*.

Laudo núm. ARB/84/3, de 20 de mayo de 1992, *Souther Pacific Properties c. República Arabe de Egipto, Int. Legal Materials*, vol. 32, 1993, p. 933, Arbitros: E. Jiménez de Aréchaga, R.F. Pietrowski y M.A. Elabassy, El-Madhi, *Year. Comm. Arb.*, vol. XIX, 1994, p. 51, *journal. dr. int.*, 1994, p. 217, con observaciones de E. Gaillard. Caso conocido como el asunto de las Plataformas de las Pirámides, *vid.*, al respecto, G. R. Delaume, “L’affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable”, *Rev. Arb.*, 1994, núm. 1, pp. 39-67.

Laudo núm. ARB/77/2, de 8 de agosto de 1980, *Ste. Ltd. Benvenuti et Bonfant SARL c. Gouvernement de la République du Congo*, *ILM*, vol. XXI, 1982, núm. 4, pp. 740-766, Decisiones de los Tribunales internos, *Tribunal de Grande Instance de París*, de 13 de enero de 1981, *journal. dr. int.*, 1981, p. 365, con nota de B. Oppetit, de la *Cour d’appel* de París, el 26 de junio de 1981, *journal. dr. int.*, 1981, núm. 4, pp. 843-846, con nota de B. Oppetit.

Laudo núm. ARB/96/3, de 9 de mayo de 1998, *Fedax N.V. (Neth Antilles) v. Republic of Venezuela*, *Year. Comm. Arb.*, 1999, vol., XXIV, pp. 23-43. Definición del concepto de inversión.

3. OTRAS INSTITUCIONES ARBITRALES Y ARBITRAJES AD HOC

Sentencia ARAMCO, laudo arbitral *ad hoc* rendido el 23 de agosto de 1958 por MM. G. Sauser-Hall, Hassan et Habachi, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 272-313, con el comentario de H. Batiffol, “La sentence ARAMCO et le Droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, vol. LIII, núm. 4, pp. 647-662.

- Laudo preliminar de 19 de enero de 1977, árbitro único J.M. Dupuy, arbitraje *ad hoc*, Texaco-Calasiatic c. Libia, *Year. Comm. Arb.*, vol. IV, p. 177, también en *Journ. dr. int.*, 1977, núm. 4, pp. 350 y ss, con el comentario de J. F. Lalive.
- Laudo de 12 de abril de 1977, arbitraje *ad hoc* LIAMCO c. Gobierno de Libia, *Rev. arb.*, 1980, núm. 1, pp. 132-191; comentado por B. Stern, "Trois arbitrages, un même problème, trois solutions", *ibid.*, pp. 3-43. También en el *Year. Comm. Arb.*, 1981, vol. VI, p. 89. Arbitro único: S. Mahmassani. La capacidad de las partes para someterse a arbitraje se rige por su respectiva ley nacional, sin que sus disposiciones restrictivas se impongan al orden público internacional.
- Laudo *ad hoc*, rendido en la sentencia de 18 de noviembre de 1983, *Benteler c. État belge*, *Rev. arb.*, 1989, núm. 3, p. 339, con nota de Hascher, con el comentario de J. Paulsson, "May a State Invoke its International Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration", *Arb. int.*, 1986, núm. 2, pp. 90 y ss.
- Laudos parcial y final del Tribunal *ad hoc* en el asunto del arbitraje entre *Wintershall A.G.*, y otros y el Gobierno de Qatar, de 5 de febrero y 31 de mayo de 1988; *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 233-264.
- Laudo núm. 2699/1990, de 23 de agosto de 1990. Arbitraje de la Sociedad de Arbitros Marítimos de Nueva York, *Trade & Transport, Inc (como propietario de M/T Lauberhorn c. Valero Refining Co. Inc.)*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XVIII, 1993, p. 124. La arbitrabilidad no es un concepto idéntico al de aplicación de normas de orden público.
- Laudo de la Cámara de Comercio de Estocolmo de 17 de junio de 1992, *Year. comm. Arb.*, 1997, vol. XXII, pp. 199-204. En la determinación del Derecho aplicable al fondo del asunto el árbitro sigue criterios similares a los del juez. Se aplica una ley estatal, resultante de los criterios generales del D.I.Pr.
- Laudo de 17 de noviembre de 1994, arbitraje *ad hoc* Banque Arabe et Internationale d'investissement (Francia) y otros de nacionalidades no indicadas c. Inter-Arab Investment Guarantee Corporation (Kuwait), tribunal arbitral formado por tres árbitros, el lugar del arbitraje en Amman (Jordania), *Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996, pp. 13-39, esp. pp. 23 y ss, relativas al orden público.
- Laudo final dictado en la Asociación de arbitraje italiana, en el caso núm. 75/97, de 20 de julio de 1998, *Year. Comm. Arb.*, vol., XXIV, 1999, pp. 189-195. Existencia de una cláusula penal en un arbitraje internacional.
- Laudo arbitral final de 29 de diciembre de 1998 rendido en la *Hamburg Friendly Arbitration*, *Year. comm. Arb.*, 1999, vol. XXIV, pp. 13-22. Aplicación por el Arbitro del Convenio de Viena de 1980.
- Laudo de la Asociación de laudos de la Asociación de Arbitraje Italiana, en el caso 75/97 de 20 de julio de 1998, *Year. Comm. Arb.*, 1999, vol. XXIV, pp. 189-195. Cláusula penal.
- Laudo final de la Cámara de Comercio Internacional de Milán, en el caso núm. 1795 de 1 de diciembre de 1996, *Year. Comm. Arb.*, 1999, vol. XXIV, pp. 196-206. Aplicación por el árbitro de los principios de la UNIDROIT.
- Primer laudo dictado en el TLCAN/NAFTA, decisión de 28 de noviembre de 1997 y laudo de 24 de junio de 1998, entre *Ethyl Corporation y el Gobierno de Canada*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1999,

pp. 211-235; *journal. int. arb.*, 1999, pp. 141-185, esp. pp. 171 ss, las consideraciones relativas al Derecho aplicable en relación con la aplicación del Convenio de Viena y los usos y principios generales del comercio internacional y los principios de la UNCITRAL, *vid.*, también, las consideraciones de J. Werner, "Arbitration of Investment Disputes: The First NAFTA Award, *Introductory comments on the Ethyl Corporation Case*", *journal. int. arb.*, 1999, pp. 105-140.