

Los artículos 35 y 36 establecen un sencillo sistema consistente en una petición de reconocimiento a los tribunales ordinarios a la que se adjuntará una copia autenticada por el país de origen tanto del laudo como del acuerdo arbitral, y una traducción si en los casos en que el laudo aparezca redactado en idioma distinto del español.

SERGIO SERNA (*)

INTERNACIONAL

EL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE UN LAUDO ARBITRAL EXTRANJERO: CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Como es sabido, uno de los motivos tradicionalmente admitidos en las diversas legislaciones nacionales y textos convencionales para denegar el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero es que ese reconocimiento resulte contrario al orden público del Estado en el que se solicita. Así, este motivo figura reflejado en el artículo V.2 del Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante, el “Convenio de Nueva York”) y en el artículo 36 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje internacional (en adelante, la “Ley Modelo UNCITRAL”). En esencia, con la excepción o doctrina de orden público se reconoce el derecho del Estado y de sus tribunales a ejercer un último control sobre determinados extremos de los laudos extranjeros sometidos a su reconocimiento, que pueden resultar contrarios a aspectos esenciales del ordenamiento de ese Estado.

Sin embargo, lo cierto es que el Derecho Internacional Privado no ha sido capaz de acuñar hasta la fecha un concepto claramente definido —y generalmente aceptado— de lo que haya de entenderse por orden público, ni de cuáles sean su extensión y sus límites. Nada tiene de extraño: más que un concepto propiamente dicho, el orden público es una de las llamadas “cláusulas generales del ordenamiento”, y, como tal, carece de un supuesto de hecho fijo, de un contenido propio e independiente; su función —una función “de filtro”, en suma— es simplemente comunicar al sistema de cooperación jurídica internacional principios de otros sectores

del ordenamiento, para asegurar que éstos se respetan también en el ámbito del reconocimiento de laudos y sentencias extranjeros. Y esa natural imprecisión trae consigo una notable incertidumbre a la hora de anticipar el resultado de una solicitud de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero.

Resultaba, pues, perentorio proponer unos criterios comunes que permitieran definir con una cierta uniformidad esa cláusula general del orden público como motivo de denegación del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. El Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional (*Committee on International Commercial Arbitration of the International Law Association*) comprendió esa necesidad y acometió la tarea de elaborar un informe sobre la materia. El Comité presentó su Informe Final (tras la emisión de un Informe Provisional, en el que se analizaba el estado de la cuestión) en la LXIX Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, celebrada en Londres en julio de 2002, donde el Informe Final obtuvo su respaldo definitivo. La versión íntegra de ambos Informes, Provisional y Final, puede encontrarla el lector en las páginas 217 y siguientes del volumen 19 (núm. 2/2003) de la revista trimestral *Arbitration International*, publicada por la *London Court of International Arbitration*.

Confiamos, pues, en que resultará de utilidad presentar, de forma resumida, las propuestas y directrices —las llamadas “Recomendaciones”— contenidas en ese Informe Final (en adelante, el “Informe”) con el propósito de facilitar una aplicación lo más uniforme posible de la figura del orden público —y, en particular, del orden público internacional— como motivo de denegación del reconocimiento de laudos extranjeros.

Nociones generales

Recomendación 1 (a). – *La finalidad de un laudo dictado en un arbitraje comercial internacional debe ser respetada, salvo en el caso de que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan.*

Aun admitiendo la posibilidad de que el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero sea rechazado, tanto el Convenio de Nueva York como la Ley Modelo UNCITRAL parten de la premisa de que ese rechazo debe ser la excepción, y no la regla. En otras palabras: el criterio general debe ser que los laudos extranjeros deben homologarse, y por lo tanto los obstáculos a esa homologación deben ser aplicados restrictivamente (véase la sentencia del

* Abogado del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría & Menéndez (Madrid)

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V.*-as. C-126/97-).

En definitiva, el criterio esencial que ha de tenerse en cuenta a la hora de juzgar sobre el reconocimiento de un laudo arbitral es que solamente bajo circunstancias excepcionales cabe denegar ese reconocimiento. En la práctica arbitral internacional, por lo demás, este principio es respetado de manera casi unánime.

Recomendación 1(b). – *Las anteriores circunstancias excepcionales pueden concurrir en especial cuando el reconocimiento del laudo extranjero resulte contrario al orden público internacional del Estado de que se trate.*

Como se ha anticipado, la posibilidad de rechazar el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero por resultar contrario al orden público del Estado ante el que se solicita se prevé en la gran mayoría de legislaciones nacionales (por ejemplo, en la Ley española de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre), así como en los diversos textos convencionales, reguladores tanto del arbitraje internacional (el Convenio de Nueva York y la Ley Modelo UNCITRAL, principalmente) como del exequátur de sentencias extranjeras (el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, el Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, etc.).

En particular, y cuando se trata de determinar si un laudo dictado en el seno de un arbitraje internacional ha de ser o no reconocido, el Comité —siguiendo el ejemplo de un creciente número de legislaciones nacionales (Francia y Portugal, entre las más cercanas) y la opinión cada vez más mayoritaria de la doctrina internacional (por todos, el Prof. Van den Berg)— apoya y recomienda vivamente la utilización de un nuevo criterio: verificar si el laudo respeta o no el denominado “orden público internacional”. Esta figura nace de la ponderación de dos intereses, en ocasiones contrapuestos: de un lado, el interés del Estado en mantener un sistema de cooperación jurídica internacional solvente y eficaz; de otro, el interés que ese mismo Estado tiene en salvaguardar el respeto de los valores esenciales que lo sostienen. Este conflicto de intereses se resuelve, a través de cesiones mutuas, en un compromiso, del que nace la noción de “orden público internacional”. Se trata, en definitiva, de delimitar, dentro de la idea del orden público, una más estrecha, más liviana, que sería aplicable a aquellos casos en que el laudo haya sido dictado en el extranjero o en el ámbito de un arbitraje internacional.

La definición de orden público internacional parte, así, de las definiciones de orden público interno más aceptadas —entre otras, las clásicas del Juez Smith, en *Parsons v. Whitmore* (“las nociones más básicas de moralidad y justicia de un Estado”), o del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto *Krombach v. Banbersky* (as. C-7/98) (“una regla legal considerada como esencial en el Estado en el que el reconocimiento se solicita”)—, para adaptarlas a su específico ámbito de aplicación. En efecto, puesto que el objeto de examen no es ya una sentencia o laudo interno o puramente doméstico, sino uno internacional, se entiende que sólo debe denegarse su reconocimiento cuando éste llevaría aparejada una violación de principios especialmente esenciales, “esencialísimos”, del Estado del foro. La noción de orden público internacional es, pues, más restringida que la de orden público interno, de forma que *no toda norma perteneciente al orden público interno forma parte necesariamente del orden público internacional.*

El Informe ensaya una definición de orden público internacional en la siguiente Recomendación, la 1(c), que pasamos a consignar.

Recomendación 1(c). – *La expresión orden público internacional se utiliza en estas Recomendaciones para designar el conjunto de principios y reglas reconocidos por un Estado que, por su particular naturaleza, pueden impedir el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral dictado en un arbitraje comercial internacional, cuando ese reconocimiento o ejecución puede implicar la violación de esos principios o reglas, bien como consecuencia del procedimiento seguido en el arbitraje en el cual se ha dictado el laudo (orden público internacional procesal, bien como consecuencia del contenido del propio laudo (orden público internacional sustantivo).*

Esta definición de orden público internacional se basa en dos consideraciones esenciales:

- (i) El concepto de orden público internacional que ha de tenerse en cuenta a la hora de examinar la procedencia o improcedencia de una solicitud de reconocimiento de un laudo extranjero es el del Estado ante el que se solicita el reconocimiento, y no, desde luego, el de aquellos Estados con los cuales el laudo arbitral pueda guardar conexión (tales como el Estado donde se ha dictado el laudo, el Estado o los Estados donde se encuentren domiciliadas las partes, o el Estado donde se deba cumplir la obligación que es objeto de la demanda arbitral);
- (ii) El orden público internacional comprende tanto las normas procesales esenciales que han

de respetarse en toda clase de procedimientos arbitrales como el respeto a las normas esenciales de carácter sustantivo que configuran el orden público del país del foro.

La siguiente Recomendación continúa delimitando este concepto de orden público internacional.

Recomendación 1(d). – *el orden público internacional de cualquier Estado incluye: (i) los principios fundamentales de justicia o moralidad que un Estado desea proteger; (ii) las reglas diseñadas para servir a los intereses esenciales de naturaleza política, social o económica de ese Estado, que se conocen como reglas de orden público; y (iii) el deber de un Estado de respetar sus obligaciones para con otros Estados u organizaciones internacionales.*

En efecto, la Recomendación 1(d) refleja los tres elementos esenciales del orden público internacional:

- (i) los principios esenciales de justicia y moralidad que el Estado busca respetar, aunque no dependa de ello la esencia misma de su orden social y político;
- (ii) las denominadas leyes de policía o, simplemente, de orden público, y, por último;
- (iii) las obligaciones internacionales asumidas por ese Estado frente a otros Estados o frente a organizaciones internacionales.

Como se ha dicho, se pretende, de este modo, seguir precisando —sin perjuicio de los siempre difusos contornos inherentes al concepto— qué ha de entenderse por orden público internacional. Estos tres elementos son analizados en las sucesivas Recomendaciones, como se verá a continuación.

Recomendación 1(e). – *ejemplo de principio fundamental de carácter sustantivo: la interdicción del abuso de derecho. Ejemplo de principio fundamental de carácter procesal: el requisito de imparcialidad del tribunal arbitral. Ejemplo de regla de orden público: la legislación anti-trust. Ejemplo de obligación internacional del Estado: una resolución sancionadora de la Organización de Naciones Unidas. Algunas reglas, tales como las que prohíben la corrupción, caen dentro de varias de las anteriores categorías.*

En esta Recomendación 1(e), el Informe facilita varios ejemplos de obligaciones contrarias al orden público internacional que pueden determinar la denegación del exequátur para el laudo que las infrinja. Se trata, en la mayor parte de los casos, de ejemplos tomados de la práctica arbitral, y como tales ejemplos han de ser considerados, sin excluir

en absoluto la posibilidad de que un laudo arbitral contenga otros pronunciamientos o fundamentos, fácticos o jurídicos, susceptibles de violar el orden público internacional.

Como exponente de principio de orden público de carácter sustantivo se citan expresamente las actividades *contra bonos mores*, tales como —entre otras— la piratería, el terrorismo, el genocidio, la esclavitud, el robo y el tráfico de drogas. En suma: se denegará el exequátur, por resultar contrario a principios elementales del orden público internacional, de cualquier laudo que imponga a las partes obligaciones relacionadas con estas cuestiones. Asimismo —según señala el Informe—, entran dentro de esta categoría la interdicción del abuso de derecho, esto es, el principio de buena fe en el ejercicio de los derechos, recogido en el artículo 7 del Código Civil español (y, en materia contractual, en el 1258 del mismo texto legal), el principio *pacta sunt servanda* y la prohibición del enriquecimiento injusto.

La Recomendación 1(e) pone como ejemplo de laudos contrarios al orden público en su vertiente procesal los dictados por tribunales que no puedan considerarse imparciales. También se incluyen en esta categoría los laudos en cuya emisión haya existido algún género de fraude o actuación corrupta, los dictados en un procedimiento en el que se ha incurrido en alguna forma de desigualdad procesal relevante y los que resulten contrarios a una decisión arbitral o judicial firme —esto es, con efectos de cosa juzgada— emitida con anterioridad.

Entre los laudos que pueden resultar contrarios a las llamadas leyes de policía se citan aquellos cuyo fallo contravenga de algún modo el Derecho de la Competencia. De forma coherente con ello, en efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene declarado que el artículo 81 del Tratado CE ha de considerarse una norma de orden público, cuya infracción imposibilita el reconocimiento del laudo.

Por último, esta Recomendación pone como ejemplo de laudo contrario a las obligaciones internacionales del Estado —y, por tanto, no susceptible de reconocimiento por infracción del orden público internacional— el que contenga pronunciamientos contradictorios con sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a un determinado país, en la medida en que los Estados están obligados a cumplir con esa clase de sanciones. Como es lógico, la misma Recomendación se extiende a las sanciones emanadas de organismos internacionales análogos.

Recomendación 1 (f). – *el hecho de que la sede del arbitraje se halle ubicada en el territorio del foro o en el extranjero no debe tenerse en consideración a la hora de determinar si el laudo respeta el orden público internacional.*

El Informe sugiere, mediante esta Recomendación, que el llamado “*test del orden público internacional*” se lleve a cabo siempre que el laudo cuyo exequátur se solicita se haya dictado en el seno de un arbitraje comercial *internacional*, al margen de que la sede del arbitraje estuviera situada dentro del Estado en el que se pretende la ejecución del laudo. Trasladando esa sugerencia al ordenamiento español: deben someterse a este estándar más limitado del “orden público internacional” tanto los laudos propiamente *extranjeros* como los laudos dictados en arbitrajes que son *internacionales* por reunir alguno de los elementos enumerados en el artículo 3 de la Ley española de Arbitraje; si bien en este último caso el “*test*” se efectuará necesariamente en el seno de la acción de anulación prevista en los artículos 40 y siguientes de la Ley española de Arbitraje. Como es evidente, en fin, los laudos *internos* y carentes de todo elemento de *internacionalidad* no tienen necesidad de ser confrontados con el orden público internacional.

Recomendación 1 (g). – *si un tribunal rechaza el reconocimiento de un laudo extranjero no puede limitarse a invocar genéricamente el artículo V.2 del Convenio de Nueva York o la norma interna reguladora del orden público, sino que debe detallar el razonamiento que ha seguido para rechazar el reconocimiento.*

Señala esta Recomendación la necesidad de consignar cumplidamente la motivación de las resoluciones de denegación de exequátur. Una motivación amplia y precisa contribuirá, sin duda, a que las decisiones de los diversos Tribunales nacionales sobre reconocimiento de laudos extranjeros sean más coherentes y uniformes y a facilitar, por ello, la creación paulatina de un consenso efectivo sobre el contenido del orden público internacional.

Recomendación 1 (h). – *se recomienda otorgar el reconocimiento parcial cuando sólo una parte del laudo es contraria al orden público internacional.*

Esta recomendación ya ha sido puesta en práctica por los tribunales en varias jurisdicciones, y encuentra un fundamento analógico en el artículo V.1(c) del Convenio de Nueva York y en el artículo 36.1(a)(iii) de la Ley Modelo UNCITRAL, que sancionan la posibilidad de un reconocimiento parcial del laudo en los casos en que éste se ha pronunciado sobre materias que excedían los términos del convenio arbitral o

que no eran susceptibles de arbitraje. En efecto: si bien ninguno de los dos textos prevé expresamente la posibilidad de reconocimiento parcial en relación con infracciones del orden público, ese reconocimiento parcial es coherente con el resto de su articulado y con la finalidad que en él se trasluce.

La validez de este reconocimiento parcial es, en fin, reflejo del principio general de conservación de los actos jurídicos, vigente en la mayor parte de ordenamientos jurídicos, tanto los de tradición de *common law* como los de Derecho Civil.

Principios fundamentales

Recomendación 2(a). – *para conceder o denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, debe tenerse en consideración el concepto de orden público vigente en el ordenamiento jurídico del país del exequátur, y no el del ordenamiento jurídico aplicable al contrato, el vigente en la ley del lugar de cumplimiento del contrato o el del lugar del arbitraje.*

Esta recomendación subraya lo que ya se indicó al hilo de la Recomendación 1(c): que el orden público relevante a la hora de otorgar o denegar el reconocimiento del laudo es el del Estado en el que se solicita el exequátur y no el del Estado donde se dictó el laudo o el del ordenamiento jurídico aplicable al contrato. Se entiende, así, que la conformidad del laudo con estos últimos ordenamientos ya ha sido examinada por los propios árbitros, por lo que el tribunal que conoce de la solicitud de exequátur debe confiar en la corrección de ese análisis y centrarse en la aplicación del orden público del foro; ello sin perjuicio de lo dispuesto en la siguiente Recomendación.

Recomendación 2(b). – *A la hora de analizar si un principio general tiene la suficiente importancia como para justificar la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo, el tribunal deberá tener en cuenta el carácter internacional del caso, su conexión con el sistema jurídico del foro y la existencia o inexistencia de consenso internacional sobre el principio cuya aplicación se pretende.*

¿Cuándo un principio es suficientemente “*fundamental*” como para determinar la denegación del exequátur? Esta Recomendación sugiere al tribunal del exequátur que, para responder a esta pregunta, acuda a la práctica de otras jurisdicciones, a la doctrina extranjera y a los diversos textos convencionales que puedan estar relacionados con el principio en cuestión, con la mirada puesta en contribuir a una mayor uniformidad en la aplicación de la doctrina del orden público internacional. Precisamente por ello, el

Informe señala —a título de ejemplo— que el hecho de que ese principio esté contenido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales puede ser indicativo de que efectivamente existe un consenso internacional sobre su naturaleza de “*fundamental*”.

Recomendación 2(c): la parte que se opone al exequátur tiene que haber alegado ya ante el tribunal arbitral la causa de oposición al reconocimiento.

De acuerdo con esta Recomendación, la parte tiene que haber alegado su motivo de oposición al exequátur en el procedimiento arbitral (a salvo de que no pudiera hacerlo ante los árbitros por cualquier razón, como es lógico; por ejemplo, si la infracción del orden público se ha puesto de manifiesto por primera vez en el fallo del laudo). De lo contrario, cabe entender que renunció a plantear esa cuestión, que ha precluido su derecho a hacerlo y, en fin, que su alegación es extemporánea y debe, por tanto, decaer.

Esta recomendación guarda relación —como es fácil comprobar— con un principio elemental de nuestro Derecho Procesal (reflejado, entre otros, en los artículos 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 44.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), conforme al cual la parte que alega un defecto de nulidad debe haber denunciado la infracción —y, en su caso, haber pedido la subsanación— tan pronto haya tenido conocimiento de su existencia.

El ámbito de aplicación de la Recomendación no se extiende, sin embargo —por no ser generalmente aceptado— a la exigencia de que la parte que se opone al exequátur haya agotado todas las instancias a su disposición en la jurisdicción donde tuvo su sede el arbitraje.

Reglas de orden público

Recomendación 3(a). – *La infracción de una regla imperativa (esto es, de una regla no dispositiva, que no se puede excluir por acuerdo de las partes) no lleva aparejada necesariamente la infracción del orden público.*

Esta recomendación pone en guardia al tribunal del foro contra la tentación de equiparar “orden público” y “regla imperativa”. Como es sabido, ambas categorías no coinciden, puesto que el concepto de orden público —sea éste interno o internacional— es siempre notablemente más restringido que el de normas imperativas.

Recomendación 3(b). – *Un Tribunal sólo puede rechazar el reconocimiento de un laudo en virtud de una norma de orden público cuando: (i) esa norma tenga precisamente*

como finalidad aplicarse a la situación en litigio, y (ii) el reconocimiento del laudo desbarataría los intereses económicos, sociales y políticos protegidos por la norma.

Sugiere la Recomendación 3(b) al tribunal que conoce de la solicitud de exequátur que, a la hora de decidir sobre el reconocimiento de un laudo en relación con una norma de orden público, examine cuidadosamente si esa norma tiene precisamente como una de sus finalidades servir como obstáculo para el reconocimiento de laudos extranjeros. Ello requerirá, si fuera necesario, el análisis de los antecedentes históricos y legislativos correspondientes.

En este sentido, el Comité hace también notar que el Derecho de la Unión Europea es una fuente cada vez más abundante de principios de orden público internacional para los países miembros de la Unión, por lo que habrá de rechazarse el reconocimiento de un laudo arbitral que infrinja normas esenciales del extenso ordenamiento comunitario.

Recomendación 3(c). – *Cuando la supuesta infracción de una norma de orden público no resulte evidente de la mera lectura del fallo del laudo, el Tribunal del exequátur podrá entrar a examinar los hechos fundamentales fácticos y jurídicos del asunto.*

Si bien —como es sabido— no es función del tribunal a cargo del reconocimiento examinar el fondo de la controversia resuelta en el laudo, el Comité considera conveniente que, cuando la infracción de una norma de orden público no resulte evidente a la vista de la mera lectura del fallo, el tribunal del exequátur pueda revisar el sustrato fáctico del caso, examinar la prueba practicada e incluso —excepcionalmente— practicar nueva prueba.

Recomendación 3(d). – *Si la fecha de entrada en vigor de la norma considerada de orden público es posterior a la fecha de emisión del laudo, sólo deberá denegarse el exequátur si es claro que la aplicación de esa norma tiene carácter retroactivo.*

En esta Recomendación se reconoce un principio elemental: sólo cabrá aplicar retroactivamente una norma de orden público para denegar el reconocimiento de un laudo cuando el legislador haya establecido expresamente su carácter retroactivo, o cuando ese efecto retroactivo se pueda deducir claramente de la letra o del espíritu de la norma.

Obligaciones internacionales

Recomendación 4: el tribunal del foro puede denegar el reconocimiento del laudo si ese reconocimiento supondría que el Estado infringiera mani-

fiestamente sus obligaciones para con otros Estados u organizaciones internacionales.

El propósito de la Recomendación 4 —concreción de lo indicado en la Recomendación 1(d)— es claro: subrayar la obligación de los Estados de respetar y cumplir las obligaciones derivadas de los tratados internacionales por ellos ratificados.

Conclusión

El Informe concluye con la expresión de un deseo: que los tribunales conozcan y tengan en considera-

ción las anteriores Recomendaciones, de forma que la interpretación y aplicación de la figura del orden público internacional como barrera para el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros sea lo más homogénea posible. Sin duda, las Recomendaciones serán una herramienta muy útil para ello, si —como esperamos— logran alcanzar la difusión que, sin duda alguna, merecen.

ÁLVARO LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO
Y MARCOS DE BENITO LLOPIS-LLOMBART (*)

* Abogados del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría & Menéndez (Madrid).