

LA TENDENCIA A FAVORECER EL DESARROLLO
DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL
MEDIANTE EL DEBILITAMIENTO DE LAS NORMAS
INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS*
*THE TENDENCY TO FAVOR THE DEVELOPMENT
OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION
BY WEAKENING INTERNATIONALLY MANDATORY RULES*

María Mercedes ALBORNOZ**

RESUMEN: En países que promueven ampliamente el desarrollo del arbitraje comercial internacional hay una tendencia a favorecerlo mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas. Este artículo analiza esa tendencia en recientes fallos franceses sobre arbitrabilidad y control de conformidad de laudos arbitrales con el orden público internacional. Luego se plantea la pregunta de si ese puede ser un modelo apropiado para los países latinoamericanos que quieran impulsar el arbitraje sin descuidar intereses fundamentales del Estado y, finalmente, se la responde de manera afirmativa.

ABSTRACT: *In countries that widely promote the development of international commercial arbitration, there is a tendency to favor it by weakening internationally mandatory rules. This article analyzes that tendency in recent French case law on arbitrability and on the international public policy test applied to arbitral awards. It then raises the question of whether that may be an appropriate model for Latin American countries that wish to support arbitration without neglecting the State's fundamental interests. The response to the question is affirmative.*

Palabras clave: arbitraje; normas internacionalmente imperativas; arbitrabilidad; orden público internacional.

Keywords: *Arbitration; Internationally Mandatory Rules; Arbitrability; International Public Policy.*

* Artículo recibido el 25 de junio de 2013 y aceptado para su publicación el 31 de octubre de 2013.

** Doctora en derecho internacional privado, Université Panthéon-Assas, París II. Profesora investigadora en el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado y de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLVII, núm. 139,
enero-abril de 2014, pp. 13-38.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Normas internacionalmente imperativas*. III. *Análisis de la tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas*. IV. *¿Un modelo apropiado para los países latinoamericanos?*

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje comercial internacional constituye, para las partes de una controversia mercantil con elementos de extranjería, una alternativa apropiada frente a la justicia impartida por los tribunales estatales. Si bien se trata de un mecanismo privado de solución de controversias, los ordenamientos jurídicos de los países sede de un determinado procedimiento arbitral y/o donde se pretenda ejecutar coactivamente el laudo, aún conservan una influencia relevante en la factibilidad del arbitraje así como en la efectividad de la resolución tomada por el tribunal arbitral. En este sentido, el contenido de las normas de fuente internacional o de fuente autónoma que se encuentran en vigor en los Estados involucrados puede resultar amigable, o bien más o menos hostil para con el arbitraje.

Cuando un determinado país busca posicionarse como una plaza favorable a la práctica del arbitraje, puede recurrir a distintas herramientas para lograrlo. Así, por ejemplo, podría diseñar un “código” o “reglamento” procesal arbitral preciso y sencillo al que las partes tengan la posibilidad de referirse si lo desean, podría asimismo capacitar a jueces y abogados en materia de arbitraje, favorecer la creación o el asentamiento de instituciones administradoras de arbitraje dentro de su territorio, adoptar un criterio amplio en cuanto a qué litigios son arbitrables, procurar que se respete la voluntad de las partes plasmada en el acuerdo arbitral, limitar las causales de nulidad y de denegación de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

Existe consenso internacional en cuanto a que los Estados están obligados a reconocer la validez del acuerdo arbitral y en cuanto a los motivos que pueden fundar la nulidad de un laudo o la denegación de su reconocimiento y ejecución. En efecto, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958,¹ que ha sido muy exitosa si se toma en cuenta

¹ En adelante, “Convención de Nueva York”.

el número de Estados parte con el que ha logrado contar,² establece la obligación de reconocer la validez del acuerdo arbitral “concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje” (artículo II.1). Asimismo, consagra en el artículo V las causales susceptibles de ser invocadas y probadas por una parte de la controversia (§ 1) y las que el juez puede constatar por sí mismo y aplicar de oficio (§ 2) para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo. A los fines de este artículo, son estas últimas causales las que nos interesan particularmente. El artículo V. 2 de la Convención de Nueva York dispone:

También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

- a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

El orden público está presente tanto en la inarbitrabilidad³ como en la vulneración del orden público internacional. Así, se advierte que la inarbitrabilidad dispuesta por el legislador nacional es la expresión de que el Estado en cuestión considera de interés público que ciertas controversias sean resueltas por sus propios órganos,⁴ sobre todo cuando va acompañada de competencia exclusiva de órganos nacionales. Y la contrariedad con el orden público busca proteger la cultura jurídica del foro en aquellos casos en los cuales el reconocimiento o la ejecución del laudo extranjero

² La Convención de Nueva York tiene 149 Estados parte. Véase Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

³ Sin embargo, es apropiado aclarar que ello no significa que toda materia de orden público sea o deba ser inarbitrable. Acerca de la distinción entre la arbitrabilidad de una materia y las restricciones de orden público, véase Mereminskaya, Elina, “La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada”, *Iuris Dictio*, Legis Editores, 2007, pp. 127-130, http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Orden%20P%C3%BAblico_EMereminskaya.pdf

⁴ “La ventilación de materias no-arbitrables está reservada para tribunales nacionales por tener un contenido de interés público”. Cfr. González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 3a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 195.

implicarían una violación del orden público internacional del país donde se pretende que dicho laudo surta efectos.

Los países que estimulan el arbitraje internacional tienden a abrazar una concepción minimalista del orden público, no dejando totalmente de lado los intereses del Estado pero tampoco obstaculizando el desarrollo del arbitraje internacional.⁵ Desde esta perspectiva, se entiende que “aun en presencia de las leyes de policía o principios de orden público, el control del laudo por el juez de nulidad o ejecución debe ser mínimo y no puede anular o no ejecutar el mismo más que en casos excepcionales”⁶ y que, claro está, tampoco puede llevarse a cabo una revisión judicial del fondo del laudo.⁷

En este contexto, una herramienta que ha venido resultando efectiva para fortalecer el apoyo al arbitraje internacional, consiste en que los jueces de un país permitan el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas de su propio Estado. Tomaremos el ejemplo de Francia, uno de los países que más impulso ha brindado al arbitraje.⁸ En la jurisprudencia de los tribunales franceses de los últimos años se advierte ese debilitamiento de normas dotadas de un carácter internacional que, de hecho, surgió como una propuesta para dar solución a la tensión exis-

⁵ Más adelante veremos ejemplos de la implementación de esta concepción en la jurisprudencia de Francia.

⁶ González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, p. 810.

⁷ “La no revisión del fondo no es expresión de la falta de interés del sistema ante la misión del árbitro, sino del respeto de la voluntad de las partes que han confiado la solución del litigio a un órgano de su elección”, Brogini, Gerardo, “Le contrôle des sentences arbitrales internationales par le juge du siège et par le juge de l’exécution”, Basedow, Jürgen y Siehr, Kurt G. (eds.), *Private Law in the International Arena – Privatrecht in der Internationalen Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2000, p. 99.

⁸ Tanto mediante el movimiento doctrinario como a través de la jurisprudencia y la legislación favorables a la autonomía del arbitraje comercial internacional. Véase la ya clásica obra francesa en materia de arbitraje, Fouchard, Philippe *et al.*, *Traité de l’arbitrage commercial international*, París, Lexis-Nexis, 1996. En cuanto a la jurisprudencia véase, por ejemplo, el fallo Hilmarton: Corte de Casación, Sala 1a. Civil, 23 de marzo de 1994, Société Hilmarton Ltd. c. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV), *Revue de l’arbitrage*, 1994, pp. 327 y 328. La legislación francesa en materia de arbitraje —incluyendo el arbitraje internacional— fue modernizada aún más en 2011, en virtud del Decreto núm. 2011-48 del 13 de enero de 2011, *JORF*, núm. 0011, del 14 de enero de 2011, p. 777, texto núm. 9, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417517&categorieLien=id>

tente entre la política legislativa de fondo en materias estratégicas y una deliberada política legislativa procesal de apoyo al arbitraje.

En América Latina, la cultura del arbitraje todavía tiene ante sí un muy largo camino por andar. En este punto del recorrido, creemos que resulta de gran interés asomarnos al análisis de la tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional a través del debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas, tal como se ha manifestado recientemente en Francia, para valorar si sumarse a dicha tendencia sería conveniente para los países de nuestra región que en la actualidad o en el futuro deseen propiciar el desarrollo del arbitraje comercial internacional en sus respectivos territorios. En otros términos, se procura reflexionar acerca de si la referida tendencia puede ser, para los países latinoamericanos, un modelo a seguir. A fin de alcanzar dicho objetivo, comenzaremos aproximándonos a las normas internacionalmente imperativas (II), continuaremos examinando la inclinación a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas (III) y culminaremos intentando responder la pregunta de si esta tendencia es un modelo apropiado para los países latinoamericanos (IV).

II. NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS

Al principio de esta sección presentaremos las normas internacionalmente imperativas en general 1) y a continuación iremos introduciéndonos en el fenómeno de su incipiente debilitamiento 2).

1. *Acerca de las normas internacionalmente imperativas*

La política legislativa de fondo de los Estados en diversas áreas del espectro normativo se plasma de manera particular en cierta clase de reglas que resultan internacionalmente inderogables. Catherine Kessedjian⁹ alude a una propensión de la doctrina y de la jurisprudencia recientes (sobre todo en el ámbito del arbitraje) a emplear la denominación “normas internacionalmente imperativas” para referirse a ellas. La expresión se utili-

⁹ Kessedjian, C., “Mandatory Rules of Law in International Arbitration: What Are Mandatory Rules?”, *American Review of International Arbitration*, vol. 18, 2007, p. 147.

za en un sentido amplio, susceptible de abarcar cualquier tipo de normas inderogables para las partes, sin importar cuál sea su nombre o su fuente.¹⁰ Asignando este significado a la expresión “normas internacionalmente imperativas” quedarían cubiertas bajo su manto las normas de policía o normas de aplicación inmediata y también cualquier otra norma que pudiera encuadrar dentro de la noción de orden público¹¹ internacional.

Es sabido que el derecho internacional privado se caracteriza por el pluralismo metodológico¹² y que uno de los métodos de los que dispone para dar solución a problemas derivados del tráfico jurídico internacional es el método de autolimitación,¹³ también llamado método de las normas de policía o normas de aplicación inmediata o necesaria.¹⁴ *Las lois de police* someten un caso o un aspecto de un caso iusprivatista multinacional conectado con el territorio del país al que pertenecen, al derecho nacional de ese país. Cuando un caso cae dentro de su ámbito, la norma de policía es aplicada sin pasar por una norma de conflicto bilateral:¹⁵ se lleva a cabo una aplicación inmediata de la norma en cuestión.¹⁶ Si existe una norma de este tipo, debe ser aplicada sin más, excluyendo el recurso a cualquier otro método. Tal exclusivismo se funda en el “carácter insustituible de ciertas normas materiales internas para proteger determinados intereses nacionales”.¹⁷ Dado que la materia regulada involucra intereses fundamentales del país, que son de orden público (como la organización

¹⁰ Trátese de normas internacionalmente imperativas de fuente nacional, acordadas en un instrumento de carácter regional o internacional, o incluso elaboradas en un ámbito transnacional. *Ibidem*, p. 149.

¹¹ *Ibidem*, p. 147.

¹² Batiffol, H., “Le pluralisme des méthodes en droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 139, 1973 II, pp. 75-148.

¹³ Boggiano, A., *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1983, t. I, p. 124.

¹⁴ “Las expresiones normas de aplicación inmediata, o necesaria, y norma de policía generalmente son empleadas en forma indistinta. Si se las quiere distinguir, la primera designaría más bien un mecanismo, susceptible de aplicarse a cualquier disposición que se juzgue aplicable independientemente de una norma de conflicto; la segunda se referiría más bien al contenido”, Audit, B., *Droit international privé*, 2a. ed., París, Económica, 1997, pp. 98-99.

¹⁵ Muir-Watt, H. y Radicati di Brozolo, L. G., “Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World”, *Global Jurist*, núm. 1, vol. 4, 2004, p. 1. Disponible en el sitio de internet de The Berkeley Electronic Press <http://www.bepress.com/gj/2004.html>

¹⁶ Audit, B., *op. cit.*, p. 98.

¹⁷ Boggiano, A., *op. cit.*, p. 125. A ellas conducen las normas de policía.

política, social o económica del país;¹⁸ por ejemplo: control de cambios, defensa de la competencia, prevención y sanción de conductas como “corrupción, fraude, soborno, lavado de dinero, tráfico de personas y de partes del cuerpo humano”,¹⁹ e incluso protección de sujetos típicamente débiles como trabajadores, consumidores, menores, entre otros), se entiende que la aplicación de normas sustantivas nacionales es indispensable para su salvaguardia.

Las normas internacionalmente imperativas están imbuidas de una coercitividad especial, debido justamente a la singular importancia de los intereses que resguardan y, al fin y al cabo, a la política legislativa²⁰ que pretenden implementar. Por ello es dable afirmar que las normas de policía explicitan una cierta política legislativa de fondo o sustantiva, de especial interés para el Estado que las elabora y las sanciona. Esto justifica la particular fuerza que el Estado les imprime.

2. *Acerca del debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas*

Sin embargo, por efecto de la globalización y de la interdependencia de los mercados que ésta ha instalado en el escenario mundial, así como

¹⁸ El artículo 9o., 1o. pfo. del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008) establece: “Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”. Esta definición retoma Francescakis, P., “Quelques précisions sur les ‘lois d’application immédiate’ et leurs rapports avec les règles de conflit de lois”, *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 1, vol. 55, 1966, pp. 1-18, que a su vez fue retomada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso *Arblade* (TJCE, 23 de noviembre de 1999, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Rec. p. I-8453), recientemente reiterada en el caso *Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo* (TJCE, 19 de junio de 2008, asunto C-319/06, Rec. p. I-4323).

¹⁹ Kessedjian, C., *op. cit.*, p. 149.

²⁰ Suele suceder “que el legislador establezca, para regular ciertas situaciones o actividades, una disposición normativa concebida para servir a una política legislativa dirigista o de protección... exigiendo para la plena eficacia de tal política, la demarcación de un radio de acción específico, dentro del cual la disposición en cuestión reclama ser aplicada, incluso si de ello debiese resultar una derogación a la solución retenida por la norma de conflicto de leyes ordinaria”, Vareilles-Sommieres, P. de, “Lois de police et politiques législatives”, *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 2, vol. 100, 2011, p. 212.

de la liberalización del comercio internacional y el realce de la autonomía de la voluntad en la contratación transfronteriza, en algunos países se observa que, de manera gradual, se va produciendo un debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas. Este fenómeno que presentamos puede resultar sorprendente, cuando menos desde la perspectiva *iusprivatista* internacional que considera que las normas de este tipo son rígidas porque atañen al interés público y son excepcionales porque más allá de que el caso que encuadra en su tipo legal sea internacional, importan un límite a la autonomía de los particulares. Como consecuencia del suceso aludido, las oportunidades para que los operadores privados evadan las normas internacionalmente imperativas,²¹ flexibilizando así su —¿otrora?— rígida coercitividad, aumentan considerablemente.

Las normas internacionalmente imperativas están sufriendo un debilitamiento en algunas jurisdicciones al ser aplicadas a casos que presentan elementos de extranjería. Esto se verifica tanto en el supuesto de que las partes en conflicto hayan prorrogado la jurisdicción a favor de un tribunal estatal extranjero, como en el de que hayan celebrado un acuerdo arbitral. En el primer caso, entendemos que sucede a fin de reforzar la confianza que está en los cimientos de la cooperación internacional entre autoridades de diferentes países y esperando a cambio reciprocidad —aunque no se lo declare abiertamente—. En el segundo caso, la motivación pasa más bien por estimular el desarrollo del arbitraje comercial internacional en el país del que se trate, convirtiéndolo en una plaza digna de generar certeza jurídica y, por consiguiente, atraer la confianza de quienes dotan de vida al comercio internacional mediante la celebración de contratos transfronterizos.

En las siguientes secciones de este artículo nos enfocaremos en el análisis del fenómeno del debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas, concentrándonos en cómo se da en el ámbito del arbitraje comercial internacional.

No obstante, consideramos oportuno abrir antes aquí un paréntesis para aclarar que hay jurisdicciones estatales que no han permanecido ajenas a la tendencia al debilitamiento de esta clase de normas, a la hora de resolver el problema de la eficacia de los acuerdos de prórroga de jurisdicción a favor de un tribunal extranjero cuando está en juego la aplica-

²¹ Muir-Watt, H. y Radicati di Brozolo, L. G., *op. cit.*, núms. 1 y 2, p. 1.

ción de normas internacionalmente imperativas del foro, sino que —por el contrario— participan en ella. En efecto, en el caso *Lloyd's*,²² resuelto en los años noventa, los tribunales federales de Estados Unidos hicieron prevalecer las cláusulas de elección del foro inglés por sobre la vocación de aplicación de normas de policía estadounidenses en materia de información a los inversores en mercados financieros. Consideraron lícitas las cláusulas de prórroga de jurisdicción, en la medida en que la finalidad perseguida por las normas de policía nacionales —proteger al inversor—, de todos modos se realizaría adecuadamente si el tribunal inglés aplicaba la ley británica. Asimismo, en un fallo bastante reciente emitido en el caso *Monster Cable*,²³ la Corte de Casación francesa decidió que, aunque fueran aplicables al fondo del litigio disposiciones imperativas francesas que constituyesen normas de policía —artículo L. 442-6 del Código de Comercio—, la cláusula que atribuía jurisdicción a los jueces californianos debía ser respetada. Vareilles-Sommières²⁴ subraya que la respuesta estadounidense al problema representa una vía intermedia entre la solución francesa y la quebequesa. Esta última, la quebequesa, consiste en hacer que las normas de policía de fondo vayan de la mano con normas de competencia directa exclusiva de los tribunales nacionales.²⁵

Damos por cerrado el paréntesis para adentrarnos ahora al examen del fenómeno de debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas en tanto instrumento de una política de apoyo y fortalecimiento del arbitraje comercial internacional.

²² Véase sentencias a las que dio lugar este caso en Estados Unidos, entre las cuales: *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353 (2d Cir. 1993); *Allen v. Lloyd's of London*, 94 F. 3d 923 (4th Cir. 1996); *Lipcon v. Underwriters at Lloyd's*, 148 F 3d 1285 (11th Cir. 1998); *Bonny v. Society of Lloyd's*, 3 F 3d 156 (7th Cir. 1993). Muir-Watt, H., “L'affaire *Lloyd's*: globalisation des marchés et contentieux contractuel”, *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 3, vol. 91, 2002, pp. 509-535.

²³ *Monster Cable Products Inc. c. Société Audio Marketing Service*, Corte de Casación, Sala 1a. civil, 22 de octubre de 2008, 07-15.823. Bureau, D. y Muir-Watt, H., “L'impérativité désactivée?”, *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 1, vol. 98, 2009, pp. 1-27.

²⁴ Vareilles-Sommières, P. de, *op. cit.*, núm. 77, p. 269.

²⁵ Es lo que se prevé en los artículos 3129 y 3151 del Código Civil de Quebec a propósito de las acciones de responsabilidad por daño causado por la exposición a la utilización de una materia prima proveniente de Quebec —se ha pensado especialmente en la producción de amianto—.

III. ANÁLISIS DE LA TENDENCIA A FAVORECER EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL MEDIANTE EL DEBILITAMIENTO DE LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS

Los Estados, sea por acción o por omisión, necesariamente asumen una actitud determinada ante el arbitraje comercial internacional. A esa actitud se la puede denominar “política legislativa procesal en materia de arbitraje” y la misma es susceptible de abarcar un amplio espectro de posturas, en cuyos extremos se encuentran la hostilidad para con la práctica de este modo alternativo de solución de controversias —como ha sido el caso de los países latinoamericanos hasta entrada la década de 1990—²⁶ y una muy amigable apertura hacia el arbitraje comercial internacional —por ejemplo, la del derecho francés—.²⁷

Entre las herramientas de las que se valen los Estados que apoyan de manera decidida la práctica del arbitraje a fin de ubicarse en el plano internacional como potenciales y atractivas sedes de procesos arbitrales, se advierte últimamente una tendencia al debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas. Ciertos tribunales judiciales como los franceses han echado mano de esta herramienta en el intento de generar una solución para el problema de la tensión existente entre, por un lado, la política legislativa de fondo en materias estratégicas para el Estado y, por otro, la política legislativa procesal de deliberado apoyo al arbitraje. Se estima que en el dictado de normas destinadas a regir ciertas actividades, pesan más los motivos de interés público y la necesidad de que el Estado lo defienda, que el beneficio que un puñado de empresas sea capaz de obtener de tales actividades. Adicionalmente, el a veces desmedido ímpetu con

²⁶ Cantuarias Salaverry, Fernando, “Problemática general de la práctica del arbitraje internacional en Latinoamérica”, artículo presentado en el panel “Arbitration Developments in Latin America”, New York State Bar Association, International Law and Practice Section, Santiago, noviembre de 2004, pp. 7 y 8. Disponible en la Biblioteca Virtual del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, <http://www.cejamericas.org/index.php/es/>

²⁷ “Sin duda el derecho francés es, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, un derecho pionero que explora a veces temerariamente nuevas y peligrosas vías de desarrollo”; Ancel, Bertrand, “L’arbitrage commercial international au Pays des Lumières”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Contratación y arbitraje internacionales*, México, UNAM, 2010, p. 187. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/10.pdf>

el que se brinda respaldo al arbitraje, podría generar la sospecha de que algunos intereses particulares en juego —los de tradicionales instituciones administradoras de arbitraje e incluso los de grandes firmas de abogados que participan en procesos arbitrales—²⁸ eventualmente llegan a tener un peso mayor que la derrama económica del arbitraje en la sociedad en su conjunto²⁹ y que la mera convicción académica de las bondades del arbitraje como medio alternativo de solución de controversias comerciales internacionales.

El debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas en el contexto de arbitrajes donde dichas normas podrían o deberían ser aplicadas se advierte tanto en la arbitrabilidad o inarbitrabilidad de la materia 1), como con respecto a la conformidad o inconformidad con el orden público internacional del foro 2). Y ambos temas son susceptibles de plantearse en procedimientos que tengan por finalidad obtener la declaración de nulidad del laudo, o bien su reconocimiento y ejecución.

1. *Arbitrabilidad o inarbitrabilidad*

Para que un acuerdo arbitral sea válido y por lo tanto pueda producir efectos, es preciso que recaiga sobre una materia arbitrable. La arbitrabilidad consiste en “la ausencia de una prohibición del Estado de someter una controversia a un procedimiento arbitral, o de manera positiva, la autorización del Estado de resolver definitivamente una controversia fuera de los tribunales judiciales”.³⁰ La Convención de Nueva York obliga a los Estados parte a reconocer efectos al acuerdo arbitral (artículo II) y les concede un amplio margen de libertad para definir “los confines de la arbitrabilidad”.³¹

Ante materias como las reguladas por normas internacionalmente imperativas, sensibles al interés público del Estado que las crea, la primera y hasta instintiva reacción consistiría en negar su arbitrabilidad objetiva. Una vía adecuada para implementar con un alto nivel de eficacia la po-

²⁸ *Ibidem*, p. 188.

²⁹ Piénsese en el gasto en restaurantes, hoteles, vuelos y otros servicios vinculados con los viajes de negocios.

³⁰ Pereznierto Castro, L. y Graham, J., *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*, México, Limusa, 2009, p. 65.

³¹ Muir-Watt, H. y Radicati di Brozolo, L. G., *op. cit.*, núm. 3, p. 2.

lítica legislativa perseguida mediante una norma internacionalmente imperativa, sería establecer que, siempre que hubiera que aplicar dicha norma, tuviesen competencia directa los tribunales del Estado en cuestión. Más aún, podría tratarse de una competencia directa no concurrente sino exclusiva,³² acompañada de inarbitrabilidad.³³ Una reacción tan rígida como ésta podría hallar justificación en el temor de que el tribunal arbitral no aplique, aplique erróneamente³⁴ o ni siquiera tome en consideración la norma internacionalmente imperativa de la que se trate. Recordemos que al ser un órgano privado y por consiguiente no estar integrado a la estructura institucional de un Estado, el tribunal arbitral carece de foro y no está compelido a salvaguardar el interés público de Estado alguno. En consecuencia, no tendría obligación de aplicar normas internacionalmente imperativas de ningún país.

A pesar de que este temor podría inicialmente parecer fundado, en realidad no lo es, dado que siempre queda el control de compatibilidad con el orden público internacional del foro para evitar el reconocimiento y la ejecución de laudos que lo vulnerarían. La jurisprudencia francesa reciente ha acogido la arbitrabilidad de materias reguladas por normas internacionalmente imperativas.³⁵ La Corte de Casación del país galo admitió: “A título de principio, que lejos de ser exclusiva, la competencia francesa que llegado el caso podría existir en un supuesto en el que una

³² Véase el ilustrativo ejemplo de Quebec referido *supra*.

³³ Véase Vareilles-Sommières, P. de, *op. cit.*, núm. 73, pp. 263 y 264.

³⁴ Adoptando una actitud crítica al respecto, Elina Mereminskaya afirma: “Al declarar inarbitrable una materia sujeta a normas de orden público, se incurre en la presunción incontestable de que el tribunal arbitral necesariamente va a errar en la aplicación de las normas imperativas”, *op. cit.*, p. 128.

³⁵ La Corte Suprema estadounidense lo había hecho con anterioridad en el fallo *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (473 US 614, 105 S.Ct. 3346, 87 L. Ed. 2d 444, 1985), que abrió la puerta a la arbitrabilidad en presencia de normas internacionalmente imperativas (*Sherman Antitrust Act*, 15 U.S.C.); pero basándose en la “*second look doctrine*”, según la cual el Estado siempre tendría la oportunidad de verificar el respeto de tales normas. Muir-Watt, H. y Radicati di Brozolo, L. G., *op. cit.*, núm. 3, p. 2. Para un análisis de este caso y de su importancia en la evolución de la jurisprudencia de los Estados Unidos en materia de arbitraje comercial internacional, véase Martínez-Fraga, Pedro J., “*Wilko v. Swan, Scherk vs. Alberto-Culver, and Mitsubishi vs. Soler: Crafting a Level Playing Field*”, *The American Influence on International Commercial Arbitration. Doctrinal Developments and Discovery Methods*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, pp. 15-37.

norma de policía francesa reclame su aplicación no es imperativa, de manera que las partes pueden sustraerse a ella de común acuerdo”.³⁶

Esta solución fue consagrada tanto para cláusulas atributivas de jurisdicción a favor de tribunales estatales extranjeros³⁷ como para acuerdos arbitrales en dos casos muy similares entre sí, ambos a propósito del artículo L. 442-6 del Código de Comercio francés.

Específicamente en materia de arbitraje, la solución de admitir la arbitrabilidad de una materia regida por normas internacionalmente imperativas fue consagrada en el caso *HTC Sweden AB c. Doga*, resuelto por la primera sala civil de la Corte de Casación de Francia el 8 de julio de 2010.³⁸

Los hechos del caso *Doga* son los siguientes. El 19 de noviembre de 1999, la sociedad sueca HTC celebró con la sociedad francesa Doga un contrato de distribución exclusiva de sus productos en territorio francés. Dicho contrato contenía una cláusula compromisoria para cualquier litigio nacido del contrato o relacionado con éste. El 26 de marzo de 2007, HTC rescindió el contrato. Fue entonces que la sociedad Doga demandó a HTC ante un tribunal de comercio de Francia reclamando el pago de daños y perjuicios, con fundamento en el artículo L. 442-6, I, 5o. del Código de Comercio, por ruptura abusiva del contrato. HTC, por su parte, interpuso excepción de incompetencia alegando la existencia de la cláusula compromisoria y la Corte de Apelaciones de Versalles, en sentencia del 9 de abril de 2009, apoyó su postura. Contra esa decisión, Doga planteó el recurso de casación; pero la Corte no le dio la razón.

La argumentación jurídica de Doga en casación apuntaba a que el caso requería la aplicación del artículo L. 442-6, I, 5o. del Código de Comercio, porque HTC había interrumpido de manera “brutal” las relaciones comerciales establecidas, y a que la norma en cuestión era una norma de policía y requería la competencia imperativa de la jurisdicción estatal francesa. De manera subsidiaria, adujo que la ruptura brutal de la relación comercial establecida, en violación de las disposiciones de orden público del referido artículo de la legislación mercantil, constituía un delito civil, y que incluso si tal acto ilícito fue cometido en ocasión de un con-

³⁶ Vareilles-Sommières, P. de, *op. cit.*, núm. 75, p. 265.

³⁷ Caso *Monster Cable*, *supra*.

³⁸ Núm. 09-67.013.

trato, la acción de responsabilidad entablada por la víctima no tiene en sí misma conexión con el contrato, de modo que la cláusula compromisoria sería manifiestamente inaplicable al litigio.

Como ha quedado dicho, la Corte de Casación no acogió la postura de Doga. Por el contrario, entendió que

la cláusula compromisoria que abarca todo litigio o diferendo nacido del contrato o en relación con éste no es manifiestamente inaplicable, ya que la demanda de Doga presentaba una conexión con el contrato porque se refería especialmente a las condiciones en las cuales se le había puesto fin y a las consecuencias que de ello resultaron para Doga, *importando poco que disposiciones de orden público rigen en el fondo del litigio, puesto que el recurso al arbitraje no queda excluido por el solo hecho de que disposiciones imperativas, así fuesen constitutivas de una norma de policía, sean aplicables.*³⁹

Esta reacción de la Corte de Casación francesa podría parecer incoherente y, por lo tanto, resultar difícil de comprender y valorar. Muir-Watt y Radicati di Brozolo detectan cierto rasgo “esquizofrénico”⁴⁰ en la manera en la que operan los

sistemas jurídicos nacionales que, por un lado, proclaman el carácter internacionalmente imperativo de ciertas normas y profesan no permitir que se las eluda por medio del conflicto de leyes, y por el otro lado adoptan una actitud más indulgente cuando se trata de conflictos de jurisdicción (incluyendo el arbitraje).⁴¹

En efecto, es factible que se perciba como contradictorio instaurar con todo ímpetu una determinada política legislativa mediante una norma internacionalmente imperativa en un área de interés sensible para el Estado; sin embargo, dejar luego su implementación abandonada a mitad de camino, abriendo la puerta para que un caso regulado por dicha norma sea resuelto por un tribunal arbitral. En este esquema se incrementa exponencialmente la posibilidad de que las partes evadan las normas internacionalmente imperativas de un Estado recurriendo al arbitraje. ¿O

³⁹ La cursiva nos pertenece.

⁴⁰ Muir-Watt, H. y Radicati di Brozolo, L. G., *op. cit.*, núm. 4, p. 2.

⁴¹ *Ibidem*, núm. 4, pp. 2 y 3.

será acaso que desde un inicio la materia regulada no era en realidad *tan* relevante para el Estado?

Para valorar la posición de la Corte de Casación de Francia hay que tener en cuenta que el desarrollo del derecho del arbitraje comercial internacional y sus principios fundamentales, así como la concepción transnacional de un arbitraje deslocalizado,⁴² en buena medida independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales, se debe al rumbo que han ido marcando la doctrina, la jurisprudencia y la legislación francesas. Francia es un país amigable con el arbitraje comercial internacional y le conviene seguir siéndolo. En este marco, el debilitamiento de la influencia de las normas internacionalmente imperativas es sólo un escalón más de una decidida política de apoyo al arbitraje. Inclusive hay autores⁴³ que encuentran en el aludido debilitamiento uno de los puntos fuertes del arbitraje y una condición para que el desarrollo del arbitraje continúe.

A lo largo de este apartado hemos visto que esa pérdida de fuerza de las normas internacionalmente imperativas puede apreciarse en la aceptación de que ciertas materias por ellas reguladas sean sometidas a arbitraje cuando exista una controversia. Sin embargo, también se la advierte a la hora de someter el laudo al filtro del orden público internacional.

2. *Conformidad o inconformidad con el orden público internacional*

A fin de que un laudo arbitral pueda ser reconocido y ejecutado, o no anulado, por un juez de un país determinado, es necesario que no viole el orden público internacional de ese país. Es decir, que haya conformidad con el mismo. En caso de inconformidad, el reconocimiento y la ejecución pueden ser denegados, o la nulidad del laudo puede ser declarada. Esto ha sido previsto en el artículo V, 2, b) de la Convención de Nueva York de 1958, que deja librada a la voluntad de los Estados parte la determinación del contenido del orden público:

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

⁴² Para ahondar en este tema, véase Gaillard, E., *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Asunción, La Ley Paraguaya-CEDEP-Thomson Reuters, 2010.

⁴³ Muir-Watt, H. y Radicati di Brozolo, L. G., *op. cit.*, núm. 4, p. 3.

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

En este apartado nos referiremos a laudos arbitrales dictados en litigios que encuadran total o parcialmente en el tipo legal de una norma internacionalmente imperativa. A pesar de que las normas internacionalmente imperativas intervienen cuando se pretende identificar el derecho aplicable al fondo de la controversia sometida a arbitraje —es decir, en un momento anterior al de la interposición del recurso de nulidad o de la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo—, pueden reaparecer al momento de realizar el test de conformidad de la sustancia del laudo con el orden público internacional del foro. Tal reaparición no da actualmente la impresión de ser demasiado ortodoxa⁴⁴ en términos de métodos del derecho internacional privado. Refiere Louis D'Avout que

Sin embargo, no es tan lejana la época en la que “normas de orden público” era considerado sinónimo de “normas de policía”, en la que el orden público, lejos de ser relegado a su rol técnico de evicción, podía también desempeñar un rol positivo o motor de la aplicación de ciertas normas jurídicas.⁴⁵

El mismo autor sugiere que sea desde “esta perspectiva más antigua y menos afectada de especialización técnica”⁴⁶ que se comprenda la reciente sentencia *Daum* de la Corte de Apelaciones de París,⁴⁷ en tanto incluye ciertas normas de policía en la noción de orden público internacional. La Corte dispuso que determinadas disposiciones

... no pueden ser consideradas como constitutivas de una norma de policía aplicable en el orden internacional... sino cuando su desconocimiento chocaría con la concepción francesa del orden público internacional... [por la cual se entiende] el conjunto de reglas y de valores cuyo desconocimiento no puede sufrir el orden jurídico francés, ni siquiera en materia internacional...

⁴⁴ D'Avout, Louis, nota al fallo *Société Michel A. Chalboub Inc. c. Société Daum*, Corte de Apelaciones de París (Polo 1, Cámara 1), 23 de octubre de 2012, *Revue de l'Arbitrage*, núm. 1, 2013, p. 178. D'Avout habla incluso de un “principio de asimilación de las normas de policía al orden público internacional”.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 179.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Supra*.

De manera tal que la no aplicación o la aplicación incorrecta —por parte del tribunal arbitral— de una norma internacionalmente imperativa del foro con vocación de aplicación a un caso concreto, podría llegar a ser considerada una violación al orden público internacional del país en el cual se solicita la anulación o el reconocimiento y la ejecución del laudo. Y fundándose en dicha afectación, el juez debería anular el laudo o denegar su reconocimiento y ejecución.

Pues bien, la tendencia al debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas en el arbitraje comercial internacional se aprecia también en esta instancia como un relajamiento de la evaluación de conformidad del laudo con el orden público internacional del foro. Es más: tratándose de materias reguladas por normas internacionalmente imperativas, es posible trazar una línea de continuidad entre la admisión de su arbitrabilidad y una cierta laxitud a la hora de verificar si el laudo violenta o no el orden público internacional del país donde se pretende anularlo o donde se intenta obtener su reconocimiento y ejecución.

El control de conformidad del laudo con el orden público internacional y su eficacia en el foro son cuestiones que se relacionan directamente con la mayor o menor eficacia que el Estado desee conferirle a la política legislativa perseguida por la norma internacionalmente imperativa que “reclama” su aplicación al caso sometido a arbitraje. Es factible que el tribunal arbitral no haya aplicado esa norma internacionalmente imperativa, que no haya aprehendido su contenido con exactitud, o que la haya aplicado torpemente a los hechos del caso, con el resultado de que el laudo prevea una solución que acabe contraviniendo la política legislativa que dicha norma adopta.⁴⁸ Frente a estos casos, ¿cómo debería actuar el juez a quien se le solicitó la nulidad o bien el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral?

P. de Vareilles-Sommières estima que si bien sería fuerte la tentación “de aprovechar la oportunidad para sancionar con una decisión de ineficacia la violación por el árbitro a la política legislativa localmente en vigor”,⁴⁹ el juez del foro debería intentar no sucumbir a ella. Según este autor, el análisis no debería limitarse al objetivo de favorecer la eficacia de la política legislativa sino, ya que existe un laudo, debería incorporar tam-

⁴⁸ Vareilles-Sommières, P. de, *op. cit.*, núm. 81, p. 271.

⁴⁹ *Ibidem*, núm. 82, p. 272.

bién consideraciones de respeto a los derechos adquiridos y autoridad de cosa juzgada del laudo, así como la prohibición de revisión del mismo,⁵⁰ principios de carácter procesal que gozan de aceptación generalizada en derecho comparado. Si observamos con detenimiento, advertimos que aquí se oponen dos políticas legislativas diferentes de un mismo Estado: por un lado, la política legislativa sustancial o de fondo perseguida por la norma internacionalmente imperativa; por el otro, la política legislativa procesal que inspira la máxima *res judicata pro veritate habetur*.⁵¹ La cuestión se reduce entonces a saber en qué supuestos ha de prevalecer una u otra.⁵²

La jurisprudencia francesa ha intentado hallar un equilibrio entre política sustantiva y política procesal, y lo ha logrado a su manera en dos casos muy similares, resueltos de manera también similar, aunque por tribunales distintos.⁵³ Se trata de *Thalès Air Défense c. GIE Euromissile*, Corte de Apelaciones de París, 18 de noviembre de 2004, y *SNF SAS c. Cytec Industries BV*, Primera Sala Civil de la Corte de Casación, 4 de junio de 2008.⁵⁴ Dada la gran similitud entre ambos, elegimos referirnos al caso *Cytec*, en el que intervino el tribunal de mayor jerarquía.

En 1991, la sociedad francesa SNF celebró con la sociedad holandesa Cytec un contrato de suministro de un producto químico, al que se sumó en 1993 un nuevo contrato que contenía una cláusula compromisoria. Luego de que SNF “denunciara” el contrato, Cytec inició el procedimiento arbitral en Bruselas. En un primer laudo parcial del 5 de noviembre de 2002, el tribunal arbitral estableció que el contrato era nulo desde su origen por aplicación del artículo 81 del Tratado CE (sobre prácticas que restringen la competencia) y que las partes eran corresponsables. En un segundo laudo final del 28 de julio de 2004, condenó a SNF a indemnizar a Cytec. El exequátur de ambos laudos fue acordado en Francia el 15 de septiembre de 2004 y el recurso de apelación interpuesto por SNF fue resuelto 23 de marzo de 2006 por la Corte de Apelaciones de París dándole

⁵⁰ *Ibidem*, núm. 83, p. 273.

⁵¹ “La cosa juzgada se considera como verdad”.

⁵² Vareilles-Sommières, P. de, *op. cit.*, núm. 85, p. 275.

⁵³ Véase Sergalini, C., “Le contrôle de la sentence au regard de l’ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités”, *Gazette du Palais*, núm. 2, vol. 129, 2009, pp. 951-965.

⁵⁴ Núm. 06-15.320.

la razón a *Cytec*. Finalmente, la Corte de Casación rechazó el recurso de SNE.

La Corte de Casación consideró que la violación al derecho europeo de la competencia como norma internacionalmente imperativa sólo implicaba inconformidad con el orden público internacional si la *violación* era “*flagrante, efectiva y concreta*”. Y estimó que en este caso no se reunían los tres caracteres, por lo que quedó confirmada la ejecución de los laudos extranjeros en territorio francés. Este criterio minimalista del control de conformidad con el orden público fue saludado por la doctrina en Francia⁵⁵ y contó “espectacularmente”⁵⁶ con la adhesión de la decimoséptima cámara de la Corte de Apelaciones de Bruselas, al invalidar el 22 de junio de 2009⁵⁷ una decisión de primera instancia⁵⁸ que en el mismo caso *Cytec* había anulado los laudos. Lo entendemos como una derivación lógica de la visión deslocalizadora del arbitraje comercial internacional⁵⁹ que ha cobrado mucha fuerza en Francia.

Otro aspecto del caso *Cytec* que merece ser destacado es el de “qué” es lo que debe ser examinado por el tribunal de control. De la resolución de la Corte de Casación francesa de 2008 surge que la revisión debe limitarse pura y exclusivamente al laudo. Sin embargo, señala Pierre Mayer⁶⁰ que este criterio fue modificado por una sentencia posterior que permite reexaminar también los hechos. Se trata del caso *Linde c. Halypourgiki*, Corte de Apelaciones de París, del 22 de octubre de 2009,⁶¹ a propósito de la anulación de un laudo arbitral dictado en París, igualmente en materia de derecho europeo de la competencia.⁶²

⁵⁵ Véase Vareilles-Sommières, P. de, *op. cit.*, núm. 87, p. 277.

⁵⁶ Clay, T., “Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges”, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2959, section V, A.

⁵⁷ Núm. 2009/4857, *Revue de l'arbitrage*, 2009, núm. 3, p. 574, con nota de A. Mourre.

⁵⁸ Tribunal de primera instancia de Bruselas, 8 de marzo de 2007.

⁵⁹ *Supra*.

⁶⁰ Mayer, P., “The Second Look Doctrine: The European Perspective”, *American Review of International Arbitration*, vol. 21, 2010, p. 204.

⁶¹ Núm. 08/21022.

⁶² El laudo no fue anulado porque no se demostró que la alegada violación de las normas comunitarias de defensa de la competencia fuese “flagrante, efectiva y concreta”. La Corte de Apelaciones concluye que el juez de la anulación no puede, sin desafiar el carácter final de la resolución de los árbitros sobre el fondo del proceso, librarse, en ausencia

A modo de corolario de este apartado, recalcamos la importancia de la tendencia al debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas cuando corresponde analizar la conformidad del laudo arbitral con el orden público internacional del foro. Y coincidimos con la observación de Dominique Bureau y Horatia Muir-Watt⁶³ en cuanto a que, de acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia francesa, sólo podría oponerse a la libre circulación de los laudos la violación de una norma internacionalmente imperativa que genere una ilicitud flagrante, efectiva y concreta, es decir, una ilicitud “que salte a la vista”.⁶⁴

IV. ¿UN MODELO APROPIADO PARA LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS?

Antes de intentar responder esta pregunta (2) creemos conveniente hacer algunos comentarios en torno al interrogante mismo (1).

1. *Acerca de la pregunta*

El impacto de la globalización, la liberalización del comercio internacional y el realce de la autonomía de la voluntad, así como el desarrollo alcanzado por derecho del arbitraje comercial internacional, han ido provocando un mayor grado de autonomía del arbitraje con respecto a las jurisdicciones estatales.⁶⁵ Esta suerte de “emancipación” del arbitraje de los diversos ordenamientos jurídicos no es total y tampoco uniforme. Sin embargo, ha ido progresando con mayor o menor velocidad en unos países o en otros.

Ahora bien, para ciertos casos con elementos de extranjería, en materias consideradas de interés fundamental por los Estados, éstos dictan normas imperativas cuya aplicación resulta ineludible para los órganos del Estado respectivo. No obstante, para las autoridades de los demás paí-

de una violación manifiesta, a un nuevo análisis de las estipulaciones contractuales o de su conformidad con las normas de derecho de la competencia.

⁶³ Bureau, D. y Muir-Watt, H., *op. cit.*, núm. 16, pp. 22 y 23.

⁶⁴ “*Qui crève les yeux*”.

⁶⁵ Véase Fernández Rozas, José Carlos, “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, pp. 605-637. Disponible en http://eprints.ucm.es/6965/1/REDI_ANACIONALIDAD_Y_DESLOCALIZACION.pdf

ses y para los tribunales arbitrales —que no son órganos de Estado alguno—, aplicar aquellas normas no pasa de ser una mera facultad.⁶⁶ Una vez que el interés público en juego ha sido valorado de una entidad suficiente como para justificar el dictado de una norma internacionalmente imperativa, en principio sería esperable que el Estado le acordara gran importancia a la política legislativa instaurada mediante la creación de la referida norma. En este sentido, sería factible que declarara inarbitrables las controversias que surjan en la materia regulada por dicha norma o que, si permitiese su sometimiento a arbitraje internacional, el control de conformidad del laudo con el orden público internacional del foro sea muy estricto. No obstante, la inarbitrabilidad y un estricto control de conformidad con el orden público no constituyen precisamente medidas favorables al arbitraje y que promuevan a un país determinado como sede de procedimientos arbitrales, sino todo lo contrario.

¿Cómo resolver entonces el dilema al que se enfrentan los Estados que desean implementar, por un lado, cierta política legislativa sustantiva —plasmada en normas internacionalmente imperativas— y, por otro, una política legislativa procesal de apoyo al desarrollo del arbitraje comercial internacional que les permita mantenerse como o convertirse en sedes ideales de procedimientos arbitrales de carácter internacional? La tendencia al debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas que se advierte en Francia procura resolver el dilema manteniendo un equilibrio entre ambas políticas mediante la admisión de la arbitrabilidad de materias reguladas por esa clase de normas y el relajamiento de la evaluación de la conformidad del laudo o sentencia arbitral con el orden público internacional del foro. Observando el fenómeno desde América Latina, es conducente preguntarse si esta respuesta al problema constituye un modelo apropiado para los países de nuestra región.

⁶⁶ Un incentivo de peso para el ejercicio de esa facultad debería ser la voluntad de dictar una sentencia o un laudo que resulte efectivo, ya que es altamente probable que la sentencia o el laudo requieran ser ejecutados en el país que dictó la norma internacionalmente imperativa en cuestión. Algunos reglamentos de arbitraje recomiendan al tribunal arbitral esforzarse para que el laudo sea “susceptible de ejecución legal”. Por ejemplo: artículo 41, *in fine*, del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (vigente a partir del 1o. de enero de 2012).

2. *En busca de una respuesta*

Las soluciones liberales propuestas por la jurisprudencia y la doctrina francesas en cuanto a los efectos de las normas internacionalmente imperativas en el arbitraje comercial internacional corresponden, como ya ha quedado dicho, a la concepción del arbitraje deslocalizado. En América Latina, sin embargo, no es esa la representación del arbitraje comercial internacional prevaleciente.

Esta situación no se debería, al menos de modo general para la región, a la falta de un marco jurídico que regule la materia. Los Estados de la región son, masivamente, Estados parte de la Convención de Nueva York⁶⁷ y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 30 de enero de 1975).⁶⁸ Varios de ellos han ratificado también la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Montevideo, 8 de mayo de 1979),⁶⁹ entre otros tratados regionales que contemplan el arbitraje.⁷⁰ Asimismo, de un par de décadas a esta parte ha habido una ola de promulgación de normas jurídicas sobre arbitraje,⁷¹ lo que ha contribui-

⁶⁷ Son Estados parte, entre otros: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Véase Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. La alusión de la Convención de Nueva York a sentencias arbitrales “extranjeras” no ha impedido que en algunos de sus Estados parte —como Francia— se tienda a concebir el arbitraje internacional como un ordenamiento jurídico autónomo con respecto a los ordenamientos jurídicos estatales.

⁶⁸ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Véase Organización de los Estados Americanos (OEA), <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>

⁶⁹ Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Véase OEA, <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html>

⁷⁰ Como los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, o los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur de 1998.

⁷¹ Encontramos las siguientes leyes especiales de relativamente reciente promulgación: Bolivia, Ley de Arbitraje y Conciliación núm. 1770, de 1997; Brasil, Ley de Arbitraje y Mediación núm. 9307, de 1993, cuya reforma se encuentra actualmente en estudio por parte de una Comisión que acaba de ser constituida (abril de 2013); Colombia, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley núm. 1563, de 2012; Costa Rica, Ley sobre Ar-

do a modernizar la regulación de este método alternativo de solución de controversias, en muchos casos⁷² incorporando los lineamientos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, reformada en 2006). Incluso varios de nuestros países⁷³ contemplan el arbitraje a nivel constitucional.⁷⁴

Creemos que el hecho de que, a pesar de una regulación bastante moderna en materia arbitral, los ordenamientos jurídicos nacionales gocen todavía de un estatus relevante en la decisión de algunas cuestiones que

bitraje Comercial Internacional núm. 8937, de 2011; Cuba, Decreto-Ley 250/2007 De la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, de 2007; Chile, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional núm. 19971, de 2004; Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación núm. 145, de 1997; El Salvador, Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, Decreto núm. 914, de 2002; Guatemala, Ley de Arbitraje, Decreto núm. 67-95, de 1995; Honduras, Ley de Conciliación y Arbitraje, Decreto núm. 161-2000, del año 2000; México, título cuarto del libro quinto del Código de Comercio, 1993; Panamá, Decreto Ley núm. 5, de 1999, por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación; Nicaragua, Ley de Mediación y Arbitraje núm. 540, de 2005; Paraguay, Ley de Arbitraje y Mediación núm. 1879/02, de 2002; Perú, Decreto Legislativo núm. 1071 de 2008 que norma el Arbitraje; República Dominicana, Ley núm. 489-08 sobre Arbitraje Comercial, de 2008; Venezuela, Ley de Arbitraje Comercial núm. 36430, de 1998. Por otro lado, en Argentina y Uruguay la normativa de fuente interna ya contemplaba el arbitraje (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, libro VI; Código General del Proceso de Uruguay, título VIII).

⁷² Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Véase CNUDMI, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html Compartimos la percepción de cuando afirma que “...el arbitraje internacional está adquiriendo un gran impulso en América Latina en donde a nivel legislativo se tiende a una mayor uniformidad, gracias sobre todo, en los últimos tiempos, a la influencia que la Ley Modelo CNUDMI ha tenido sobre la conducta de los legisladores. Casi todas las legislaciones la han adoptado con ligeras variantes semánticas”. Briceño Berrú, José, “Teoría y praxis del arbitraje comercial internacional en América Latina”, *Agenda Internacional*, año XVIII, núm. 29, 2011, p. 338, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/3647>

⁷³ Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México —mecanismos alternativos de solución de controversias—, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela.

⁷⁴ Se ha señalado que “La constitucionalización del arbitraje es un fenómeno específicamente latinoamericano”. De Jesús O., Alfredo, “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, <http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/la-autonomia-del-arbitraje-comercial-internacional-a-la-hora-de-la-constitucionalizacion.pdf>, p. 5; Mantilla Espinosa, Fabricio y Pizarro Wilson, Carlos (coords.), *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.

atañen al arbitraje⁷⁵ se debe a que la cultura del arbitraje como el método alternativo por excelencia para la solución de controversias comerciales internacionales, aún no ha permeado completamente en el medio jurídico latinoamericano. Es comprensible que el cambio de actitud de los jueces nacionales hacia el arbitraje se vaya produciendo de manera gradual y que la aceptación judicial del arbitraje no sea totalmente lineal sino que registre avances y a veces retrocesos.

En varios casos planteados en Argentina a raíz de la crisis económica de 2001, la justicia estatal negó que la cuestión de la pesificación regulada por normas de orden público —en particular, el Decreto 214/2002— pudiese ser válidamente sometida a arbitraje.⁷⁶ En otros, los tribunales nacionales no han distinguido, a efectos del control de conformidad del laudo dictado en un arbitraje comercial internacional con el orden público del foro, las nociones de orden público interno y orden público internacional.⁷⁷ A mero título ejemplificativo mencionaremos el caso *Petrocom de Panamá Inc. c. Cable & Wireless Panama*,⁷⁸ en el cual se homologó en Panamá un laudo dictado en México porque se constató que no violaba el orden público nacional. Decisiones de este tipo pueden ser delicadas, pues dan

⁷⁵ Como la determinación de la arbitrabilidad, la validez del acuerdo arbitral, la aplicabilidad de ciertas normas al fondo del diferendo, el contenido del orden público internacional de cada país.

⁷⁶ Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala 2a., 3 de abril de 2005, *La Ley Buenos Aires*, 2005, p. 521. Citados y criticados por Rivera, Julio César, “El orden público en el arbitraje”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año V, núms. 9 y 10, 2008, p. 268; véase <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cont/cnt9.pdf>

⁷⁷ Briceño Berrú refiere que “Numerosa es también la jurisprudencia que se acoge a los principios de orden público interno para rechazar el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros”, y cita dos sentencias antiguas (una brasileña de 1906 y una chilena de 1961). Briceño Berrú, José, *op. cit.*, p. 337.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, 23 de marzo de 2001. Extracto transcrito en González Arrocha, Katherine y Sánchez Ortega, Liliana, “Panamá. Arbitraje comercial internacional en Panamá: marco legal y jurisprudencial”, <http://www.cecap.com.pa/files/ARBITRAJE%20COMERCIAL%20INTERNACIONAL%20EN%20PANAMA.%20MARCO%20LEGAL%20Y%20JURISPRUDENCIAS.pdf>. Hierro, Antonio y Conejero, Cristian (dirs.), *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, 2a. ed., La Ley, 2012. Nótese, sin embargo, que en un caso posterior, la misma Corte declaró ejecutable un laudo mencionando que no violaba el orden público interno ni el orden público internacional: *Curaçao Eximport Enterprises Co. c. Banco DISA, S.A.*, 24 de mayo de 2004, <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Panama%20-%20CURACAO%20EXIMPORT%20Vs.%20BANCO%20DISA.pdf>

pie a considerar como contrarios al orden público internacional —expresión de la cultura jurídica del país, de la organización y los valores fundamentales de la sociedad— laudos en los cuales el árbitro no ha hecho aplicación de ciertas normas que sólo internamente son imperativas.⁷⁹

En otros casos, se advierte sin embargo una mayor claridad en torno a los alcances de la noción de orden público, aunque no siempre se le agregue explícitamente el adjetivo calificativo “internacional”. Por ejemplo, en el caso *Bergesen Worldwide Limited*, recientemente resuelto por un tribunal mexicano,⁸⁰ se declaró:

Como el concepto de “orden público” no se encuentra definido en la Constitución ni en el Código de Comercio, ello deja claro que es preciso determinar su significado en cada caso concreto pues no basta con asimilarlo a las normas imperativas, sino que es necesario proteger nuestra cultura jurídica mexicana de intromisiones que la desvirtúen... [N]o basta con afirmar que en un laudo arbitral se está dejando de aplicar una disposición legal que se autodefine como de “orden público” para que se tenga necesariamente que concluir que se transgrede el mismo...

El arbitraje comercial internacional se ha venido desarrollando con ímpetu en América Latina, donde aún tiene muchísimo espacio para crecer. A fin de que esto suceda se requiere, de parte de las autoridades nacionales, una actitud aún más abierta hacia el arbitraje, sin por ello dejar de lado la protección de los intereses fundamentales de sus respectivos países. La clave está en *dónde* hallar el punto de equilibrio. Permitir el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas es una vía posible para buscar dicho punto.

⁷⁹ Santiago Talero Rueda advierte que eso sucedería si se denegase en Colombia el reconocimiento y la ejecución de un laudo en materia de agencia comercial que no aplique el artículo 1328 del Código de Comercio colombiano, según el cual “Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”. Talero Rueda, Santiago, “La agencia comercial y los sistemas de distribución en el arbitraje internacional”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, núm. 44, 2010, pp. 1-26, http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri71.pdf

⁸⁰ Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo directo 6/2012, 19 de abril de 2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro X, julio de 2012, t. 3, tesis I.7o.C.20 C (10a.), p. 1878, ius.scjn.gob.mx

Ahora bien, partiendo de la realidad latinoamericana actual, nos parece muy idealista abogar por una inmediata y masiva adopción del debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas como herramienta para promover el progreso del arbitraje comercial internacional en la región. Sin embargo, estimamos que esta tendencia tiene credenciales suficientes para ser un modelo que gradualmente comience a inspirar las decisiones de legisladores y jueces de nuestra región, en la medida en la que deseen que sus países se conviertan en plazas atractivas para el arbitraje comercial internacional.