

Club Español del Arbitraje
III Congreso Internacional de Arbitraje
LA CONVENCIÓN DE NY 50 AÑOS DESPUÉS
Madrid, 29 junio al 1 julio de 2008

**“EL ORDEN PÚBLICO SUSTANTIVO, EL ORDEN PÚBLICO PROCESAL Y LA
ARBITRABILIDAD COMO CAUSALES DE DENEGACIÓN DEL LAUDO: ESPECIAL REFERENCIA
A VENEZUELA Y OTROS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA”**

**ANDRÉS A. MEZGRAVIS*

SUMARIO

i) Introducción; ii) Situación actual del arbitraje internacional en Latinoamérica; iii) Arbitrabilidad y su distinción con el orden público: a) Arbitrabilidad subjetiva; b) Arbitrabilidad objetiva; iv) Orden público y sus diferentes nociones: a) orden público interno vs orden público internacional; b) orden público internacional sustantivo; c) orden público internacional procesal; v) El orden público una causal imprecisa e inconveniente en materia de eficacia de los laudos; vi) Conclusiones.

I

INTRODUCCIÓN

Nos corresponde en el marco de la celebración de los 50 años de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York (“Convención de NY”),¹ comentar las tendencias latinoamericanas en lo atinente al orden público sustantivo, el orden público procesal y la arbitrabilidad como causales de denegación del laudo arbitral. Se me ha solicitado que realice este análisis con especial referencia a Venezuela y otros Países de América Latina como Brasil, Colombia y Ecuador, en virtud de que mis compañeros del panel lo harán sobre otros países de la región.

* Profesor de Mecanismos Alternativos de Conflictos en Pregrado y Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Socio de Travieso Evans Arria Rengel & Paz.

¹ La Convención de NY suscrita en 1958 entró en vigencia el 7 junio de 1959.
http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

El gran éxito que ha tenido la Convención de NY a lo largo de su existencia, también ha sido responsable de que la generalidad de los juristas de las diversas culturas jurídicas del mundo, se hayan esforzado en precisar los parámetros con que deben ser interpretadas las nociones de arbitrabilidad y de orden público, existiendo en la actualidad un amplio consenso en la doctrina universal, incluyendo la latinoamericana, respecto a que estos temas deben ser analizados desde una perspectiva internacional. En este sentido, se señala que el concepto de orden público referido en la Convención de NY, mal se puede identificar con el concepto de norma *imperativa* o con el amplio alcance del concepto de orden público interno. Sin embargo, a pesar de los intentos por precisar el contenido del “orden público”, o mejor dicho del “orden público internacional”, todavía no se ha logrado una definición precisa y uniforme, puesto que el concepto en cuestión, por más adjetivo internacional que se le añada, en definitiva se le sigue relacionando, no con el orden público común a la generalidad de los Estados (*orden público transnacional como ahora se le denomina*), sino con los principios esenciales de orden público de cada Estado individualmente considerado.

La realidad nos enseña, que la necesaria distinción entre arbitrabilidad interna e internacional, y orden público interno y su *restricción* en el contexto internacional, muchas veces podría pasar desapercibida en las cortes locales, especialmente latinoamericanas. Ello no sólo por lo impreciso y complejo que pudieran resultar estos conceptos, que tal y como están expuestos en el texto de la Convención de NY, dan cabida a una amplia discrecionalidad, sino porque en la jurisprudencia de ciertos países de la región todavía pareciera prevalecer la idea de que el “elemento internacional” supone una renuncia de la soberanía y un menoscabo de los intereses nacionales o colectivos, especialmente en los casos en que una de las partes del arbitraje es un ente público o estatal. Así, al menos lo han señalado recientemente los gobiernos de Bolivia, Ecuador y Venezuela; mientras que Brasil, que pareciera estar transitando hacia una concepción más moderna, por largas décadas fue el Estado de la región que impuso mayores trabas al desarrollo del arbitraje. De allí, que luce como un gran logro que las jurisprudencias de esos Estados comiencen por reconocer que las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo, son exclusivamente aquellas establecidas en la Convención de NY o Panamá y no las

establecidas en las leyes locales, si éstas son menos favorables al reconocimiento y ejecución de los laudos; y sólo en caso contrario, es decir, en caso de que las leyes locales sean más favorables, es que, a tenor de lo establecido en el artículo VII.1 de la propia Convención de NY, éstas podrán aplicarse con preferencia.²

En nuestra modesta opinión, la noción de orden público, lejos de contribuir con el objetivo de la Convención de NY que es facilitar la circulación internacional de los laudos arbitrales extranjeros, ha sido siempre el flanco más vulnerable de este exitoso tratado internacional. En este sentido, hay muchos logros y avances que justifican el júbilo de estos 50 años de la Convención de NY. No obstante, en lo relativo al orden público no nos engañemos, hay muy poco que celebrar. En nuestro criterio, un análisis de esta problemática debe centrarse, no en si son “muy pocos” los laudos que han sido denegados por razones de orden público. Tampoco el problema radica en saber ¿cuántas veces se ha utilizado esta causal como excusa para demorar la ejecución? -aparentemente muchas veces-. El verdadero problema que en nuestra opinión se debe enfrentar es ¿cuántas veces la parte vencedora se ha visto en la necesidad de acudir a otras jurisdicciones, incluso donde existen menos bienes que ejecutar, por la convicción de que el laudo será denegado en la jurisdicción de la parte perdedora, especialmente si ésta es una entidad estatal? Ese es el mayor problema que enfrenta la ejecución del laudo internacional en Latinoamérica.

Cincuenta años de esfuerzo por parte de la doctrina internacional, no han sido suficientes para lograr la uniformidad del significado de orden público. Y luego de cincuenta años, la causal del orden público continua siendo hoy la excusa preferida y el aliado perfecto de aquellas partes perdedoras que sólo están dispuestas a respetar las reglas y resultados del arbitraje internacional cuando les son favorables.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convenio CIADI”), no contempla la arbitrabilidad ni el

² Véase Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de NY adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones.
http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

orden público como una causal de denegación del laudo ¿No será entonces ése el ejemplo a seguir? Por nuestra parte creemos que sí.

II

SITUACIÓN ACTUAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LATINOAMÉRICA

La Convención de NY junto al Convenio CIADI, ratificados hasta enero de 2008, por 142³ y 143⁴ países respectivamente, son los tratados en materia de arbitraje de mayor éxito en la historia. No obstante, en América Latina podría decirse que, hasta el presente, la Convención de NY ha tenido mayor acogida que el Convenio CIADI. Dos argumentos de peso así lo demuestran: i) El Convenio CIADI, a pesar de tener más de 40 años de vigencia,⁵ sólo en esta última década, es que ha tenido un importante auge como consecuencia de la proliferación en los años 90 de los Tratados Bilaterales de Inversión que remiten a dicho mecanismo, mientras que la Convención de NY ha tenido casi 50 años de intensa aplicación, ii) Del Convenio CIADI no forman parte Brasil ni México⁶; Bolivia se retiró recientemente⁷ y Ecuador retiró su consentimiento de someter a la jurisdicción del CIADI las controversias relativas al aprovechamiento de recursos naturales, tales como petróleo, gas, minerales y otros.⁸ Venezuela también amenazó con denunciar el Convenio CIADI, pero hasta la presente fecha, no ha formalizado dicha denuncia.⁹

³ http://www.uncitral.org/pdf/07-87406_Ebook_ALL.pdf

⁴ <http://icsid.worldbank.org>

⁵ El Convenio CIADI entró en vigencia el 14 de octubre de 1966.

⁶ Aunque México es parte de 33 tratados de inversión, contando Tratados de Libre Comercio e Instrumentos Afines, y en todos se contempla el arbitraje CIADI como una opción. Cfr. GONZÁLEZ de COSSÍO Francisco; México ante el Arbitraje CIADI ¿Prudente o Rebelde?

<http://www.gdca.com.mx/english/publications/arbitration/PDF/Mexico%20y%20el%20CIADI%20Canaco%20Final.pdf>

⁷ El 2 de Mayo de 2007, Bolivia presentó su denuncia la cual, conforme al artículo 71 de la Convención, se hizo efectiva seis meses después.

⁸ Ecuador hizo tal notificación conforme al artículo 25(4) del Convenio CIADI, el 4 de diciembre de 2007.

⁹ El gobierno venezolano, a través del Ministro de Energía y Petróleo, igualmente anunció que revisaría el tratado bilateral de inversiones con el Reino de los Países Bajos, en virtud de su alto uso por parte de transnacionales que a su juicio tienen otra nacionalidad. Por otra parte, Venezuela bajo el gobierno del Presidente Chávez se ha retirado de tratados multilaterales como el Grupo de Los Tres y de la Comunidad Andina. En fecha 4 de julio de 2006, Venezuela firmó el "Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR". Según el referido Protocolo, Venezuela ingresa como miembro pleno del MERCOSUR adhiriéndose al Tratado de Asunción (constitutivo del MERCOSUR), al Protocolo de Ouro Preto (que establece la estructura institucional del MERCOSUR) y al Protocolo de Olivos (para Solución de Controversias del MERCOSUR). El referido Protocolo de Adhesión entrará en vigencia 30 días después de la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación que deben consignar los cinco países signatarios.

Otro tratado que ha tenido mucho éxito en América es la Convención de Panamá (1975),¹⁰ suscrita por todos los países de la Organización de Estados Americanos¹¹, la cual sigue muy de cerca las disposiciones de la Convención de NY, al punto que reproduce casi de manera idéntica lo relativo a la arbitrabilidad y la denegación del laudo por razones de orden público.¹²

La Convención de NY y de Panamá, han sido simultáneamente ratificadas por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Sobre la vigencia simultánea de la Convención de NY y de Panamá, existe consenso en que ambas convenciones deben aplicarse en forma concomitante y complementaria.¹³

En realidad, en las últimas décadas, Latinoamérica ha experimentado grandes avances en materia de arbitraje, pero también lamentables retrocesos, especialmente en lo

Hasta la fecha no se ha completado totalmente ese proceso de ratificación, pero Venezuela participa con derecho a voz y sin derecho a voto en la mayoría de las decisiones del MERCOSUR. En todo caso, el Protocolo de Adhesión establece un sistema de entrada en vigencia progresiva de la normativa del MERCOSUR para Venezuela y establece plazos que van desde el año 2010 hasta el año 2013 para la entrada en vigencia del mercado común entre Venezuela y cada uno de los países miembros del MERCOSUR.

¹⁰ Cfr: <http://www.ciac-iacac.org/documentos>.

¹¹ Hasta la fecha, sólo República Dominicana no ha ratificado la Convención de Panamá.

<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>

¹² Convención Interamericana sobre arbitraje comercial, aprobada en el marco de la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, celebrada en Panamá en 1975. Otros tratados de antigua data todavía vigentes en Latinoamérica sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales son: i) La Convención Bolivariana para la Ejecución de Actos Extranjeros (1911) vigente entre Bolivia, Colombia, Ecuador Perú y Venezuela; ii) Código de Bustamante (1928); iii) Convención Interamericana de Montevideo sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (1979), que expresamente establece que es subsidiaria a la Convención de Panamá; iv) Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los países del MERCOSUR (Protocolo de Las Lenas-1992).

¹³ Así lo confirmó la extinta Corte Suprema de Justicia Venezolana, en sentencia del 9 de octubre de 1997 (Caso Pepsi Cola Panamericana). Estados Unidos de América manifestó en una de sus reservas, que en caso de aplicación de ambos textos, debía aplicarse la Convención de Panamá si la mayoría de las partes eran miembros de la Organización de Estados Americanos. Para un análisis comparativo y aplicación concurrente de ambas convenciones, véase ALIJURE SALAME Antonio; “Ámbito de aplicación de las convenciones de Nueva Cork y de Panamá sobre arbitraje internacional. Revista Internacional de Arbitraje, Junio-Diciembre 2004, N° 1, p. 105 y ss.

relativo al arbitraje internacional. Las razones no están vinculadas tanto a sus leyes, que en general son bastantes modernas, sino a las interpretaciones que hacen de éstas sus jueces.¹⁴

Así, por ejemplo, Brasil, que hasta mediados de los años noventa tenía quizá la legislación arbitral con mayores trabas del continente, promulgó en 1996 su Ley de Arbitraje que representaría un importante avance en la materia.¹⁵ Sin embargo, inmediatamente después fue cuestionada ante el Supremo Tribunal Federal, la constitucionalidad de uno de sus más fundamentales principios: el de la fuerza vinculante de la cláusula compromisoria. Durante el largo período en que el recurso por inconstitucionalidad estuvo pendiente ante la Corte Suprema brasileña, prácticamente, no se adoptó el arbitraje en dicho país.

Fue tan sólo en diciembre de 2001, que el Supremo Tribunal Federal finalmente ratificó la constitucionalidad de todos los términos de la Ley Brasileña de Arbitraje y fue a partir de ese momento que la institución del arbitraje comenzó a desarrollarse con fuerza en dicho país. Asimismo, no es sino hasta el año 2002, que Brasil ratifica la Convención de NY.¹⁶

Actualmente, se puede decir que el éxito que el arbitraje está logrando en Brasil se debe, en gran parte, al reconocimiento e importancia que los jueces le están dando a la institución arbitral, y principalmente, al creciente número de decisiones judiciales que han acordado medidas cautelares y otras decisiones que han consolidado la eficacia de los procedimientos arbitrales.¹⁷

¹⁴ Esta misma observación la hacía en el año 1994 Horacio GRIGERA NAON en la XIII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial, en Cali, Colombia. Cfr. “Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales en América Latina”, en Libro El Arbitraje en los Conflictos Económicos Internacionales, Cámara de Comercio de Bogotá, 1995.

¹⁵ Sin embargo, la legislación brasileña sigue exigiendo la consolidación de la cláusula compromisoria en un compromiso arbitral, y en caso de no perfeccionarse de manera voluntaria, se impone la necesidad de formalizarlo ante el Juez competente, lo que sin duda sigue siendo un importante obstáculo para el desarrollo del arbitraje en ese país.

¹⁶ Brasil al ser parte integrante del MERCOSUR, se adhiere a los diversos instrumentos que lo regulan, dentro de los cuales se establecen diversas normas arbitrales, tanto en el ámbito estatal como privado.

¹⁷ GIUSTI Gilberto; “El Arbitraje y el Poder Judicial, la intervención de las Cortes Judiciales en el arbitraje” Ponencia presentada en el Latin American Forum of the IBA, Caracas, 2008.

En Colombia, el arbitraje, de igual manera con algunos tropiezos como el celebre caso Termorío que más adelante comentaremos, ha tenido un desarrollo progresivo y en la actualidad su balance es positivo. En los años 90, la institución arbitral colombiana experimentó diversas reformas, pasando por un periodo de incertidumbre que se generó con un Decreto “transitorio” que estuvo vigente desde 1991 hasta que la Ley de 1998 lo reemplazó. Una de las críticas que se le hace a la legislación arbitral colombiana, es que a pesar del intento de compilar las distintas modalidades arbitrales, esa compilación no ha sido todavía exitosa.¹⁸ En términos generales, y naturalmente con algunas excepciones, la jurisprudencia colombiana ha sido un factor clave en el desarrollo del arbitraje en ese país, tanto por medio de las sentencias cada vez más numerosas con que se han resuelto demandas formuladas mediante la acción pública de inconstitucionalidad de diversas normas legales, como las proferidas con ocasión de los recursos de nulidad intentados contra los laudos arbitrales. Actualmente se discute un proyecto de reforma de la legislación arbitral.

No se puede decir lo mismo de Ecuador. A pesar de que una moderna Ley de Arbitraje y Mediación rige en el Ecuador desde el 4 de Septiembre de 1997, el arbitraje internacional pareciera estar atravesando un mal momento en dicho país. El 25 de febrero del 2005, se promulgó una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación en la que entre otras cosas, modifica los requisitos del arbitraje internacional estableciendo que el objeto de litigio debe referirse a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción, “*y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad*”.

Lo que pareciera ser más grave es que según ciertos artículos aprobados el 20 de mayo de 2008 por la Asamblea Constituyente que se lleva a cabo en dicho país, el Estado ecuatoriano no aceptará arbitrajes internacionales con particulares a menos que el arbitraje sea en Latinoamérica y a instancias arbitrales regionales, o verse sobre la deuda externa. En efecto, la Asamblea Constituyente aprobó siete artículos constitucionales que posiblemente constituirán el nuevo capítulo sobre política internacional de la nueva Carta Magna Ecuatoriana. Sin duda, el de mayor impacto es el séptimo que establece textualmente: “*No*

¹⁸ Cfr. BENETTI SALGAR Julio; El Arbitraje en el Derecho Colombiano, Segunda Edición, Temis, Bogotá 2001.

se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancia del arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica, por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y siguiendo los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.”

Por su parte, Venezuela cuenta con una base legislativa y hasta constitucional privilegiada. En efecto, Venezuela es parte de las Convenciones de NY, Panamá, del Convenio CIADI, y desde 1998 cuenta con una Ley de Arbitraje Comercial inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL, que no exige la reciprocidad ni el engorroso trámite de exequátur para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales.¹⁹ Venezuela, además de ser parte de más de 20 Tratados Bilaterales de Inversión en los que ofrece el arbitraje internacional como mecanismo para la resolución de las controversias con los inversionistas, también cuenta con un marco constitucional que promueve el desarrollo del arbitraje. En este sentido, establece la Constitución venezolana vigente en su artículo 258 que: “*La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos*”. En otras palabras, en la actualidad una ley venezolana que restrinja el uso del arbitraje, debería ser declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano.

Ahora bien, la tendencia jurisprudencial venezolana, claro está con algunas excepciones, ha sido la de impulsar el desarrollo del *arbitraje doméstico*. Así lo revelan

¹⁹ En Venezuela, para que las sentencias judiciales extranjeras sean reconocidas y ejecutas deben cumplir con el proceso de exequátur ante el Tribunal Supremo de Justicia, mientras que los laudos arbitrales internacionales son presentados directamente ante los tribunales ordinarios para su reconocimiento y ejecución. Establece textualmente el artículo 48 de la LAC que “*tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequátur*”. Conforme al artículo 49 de la LAC, los tribunales ordinarios sólo pueden denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo por causales taxativas similares a las previstas en la Convención de NY.

numerosas sentencias y hasta recientes leyes. Al menos dos Centros de Arbitraje nacionales se han establecido desde 1998 con bastante éxito y reportan un aumento significativo de casos. Sin duda alguna, los arbitrajes domésticos son cada vez más comunes en el ámbito comercial venezolano.

Lamentablemente, el campo del arbitraje internacional, y especialmente cuando están empresas del Estado involucradas, la situación venezolana refleja un tratamiento distinto y una tendencia similar a la de Ecuador y Bolivia. A principios del año 2006 declaraciones, e incluso propagandas de TV del Ministerio de Energía y Petróleo, indicaban que eliminar el arbitraje de los contratos petroleros representaría un gran triunfo de la “revolución” y un rescate de la soberanía. Probablemente entiende dicho Ministerio, que el arbitraje implica una especie de renuncia al privilegio que debe tener la estatal petrolera venezolana “PDVSA”, de ser juzgada sólo por los tribunales de la República Bolivariana de Venezuela. Pareciera que esa percepción del Ministerio, aparece luego de que PDVSA y otras empresas del Estado venezolano sufrieran importantes derrotas en el campo del arbitraje internacional. Casualidad o no, también aparecen, luego de que varios inversionistas asomaron la posibilidad de acudir al arbitraje internacional para resolver ciertas situaciones que consideraban violatorias de sus derechos internacionales.

No obstante, tenemos la percepción de que, salvo algunas excepciones, la mayoría de los países latinoamericanos entiende hoy que sus empresas estatales también realizan proyectos y negocios en el exterior,²⁰ de manera que la soberanía de ambas partes estaría salvaguardada si un órgano imparcial, y no los tribunales de uno de los Estados vinculados, es el que decide las eventuales controversias. La mayoría de los Estados latinoamericanos comprende que, precisamente, porque ninguna empresa se siente cómoda sometándose a los tribunales de la otra parte, es que el arbitraje internacional se ha convertido en el mecanismo por excelencia de resolución de conflictos en el comercio internacional. Y precisamente por ello, la generalidad de los países ha ratificado la Convención de NY.

²⁰ Un caso representativo fue el de las diferencias surgidas entre el gobierno de Bolivia y la petrolera brasileña Petrobras, por la nacionalización decretada por el presidente Evo Morales

III

LA ARBITRABILIDAD Y SU DISTINCIÓN CON EL ORDEN PÚBLICO

Ante todo, cabe advertir que los siguientes comentarios no están referidos a los complejos problemas que las nociones de arbitrabilidad y orden público pueden suscitar en el curso del proceso arbitral, y que pueden ocasionar la declinación de competencia del tribunal arbitral.²¹ Sólo están orientados a las problemáticas que plantean dichas causales ante la autoridad judicial en la que se solicita el reconocimiento o ejecución del laudo.

El numeral 2 del artículo V de la Convención de NY, distingue la arbitrabilidad y orden público como las dos únicas causales por las cuales se puede negar de *oficio* el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral si se comprueba:

- a) Que, según la ley del país en donde se pide el reconocimiento y ejecución, el objeto de la diferencia no sea susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia arbitral serían contrarios al orden público del país en donde se pide el reconocimiento y ejecución.

Como puede observarse, en ambos casos la ley aplicable para determinar la *arbitrabilidad*, o si el reconocimiento o la ejecución de la sentencia arbitral serían contrarios al *orden público*, es la del país en donde se pide el correspondiente exequátur. De allí que, un laudo puede ser válido a la luz de la legislación aplicable al arbitraje o al acuerdo de arbitraje, y ser luego negado su reconocimiento y ejecución por razones de inarbitrabilidad conforme a la legislación del Estado ante el cual se solicita.

²¹ El problema es complejo porque al menos tres distintos ordenamientos jurídicos podrían estar involucrados en determinar si una disputa es o no arbitrable, y no necesariamente aportan la misma conclusión. Todo ello como consecuencia de: i) la aplicación de la ley que gobierna al acuerdo de arbitraje (Art. II.1 de la Convención de NY), ii) la aplicación de la ley del lugar del arbitraje, (Art. V.1 (a) de la Convención de NY; y iii) la aplicación de la ley del lugar de la ejecución (Art. V.2(a) de la Convención de NY. Cfr. REDFERN Alan and HUNTER Martin; Law and Practice of International Commercial Arbitration, Second Edition, 1991, p. 146. Asimismo, CRAIG W. Laurence, PARK William W., PAULSSON Jan; International Chamber of Commerce Arbitration, Third Edition, Oceana, 2000, p. 60 y ss.

A menudo, y especialmente en la jurisprudencia Latinoamérica, la noción de arbitrabilidad y orden público van de la mano. Y es que, en *algunos* casos, la inarbitrabilidad responde a que la respectiva materia está relacionada con un asunto de orden público. A pesar de la estrecha vinculación, ambas nociones son distintas. Hay materias que algunos Estados excluyen del arbitraje, no por verdaderas razones de orden público, sino por simple política legislativa. Hay otras materias que no son arbitrables y que también son de orden público. Y finalmente, hay materias que son de orden público que son arbitrables, porque son susceptibles de transacción, y el eventual laudo que se dicte, sólo sería objeto de anulación si desconoce o viola ese orden público.²²

De manera que, tal distinción entre arbitrabilidad y orden público en la Convención de NY no se produjo por azar, sino por convicción de sus redactores, al punto que durante su discusión se planteó la conveniencia de eliminar la causal de arbitrabilidad y referir todo el análisis a la violación del orden público, lo cual fue negado.²³

Por otra parte, cabe señalar que en el derecho comparado las nociones de arbitrabilidad y orden público, responden a dinámicas completamente inversas: mientras, por un lado, existe una corriente expansiva de la arbitrabilidad, existe simultáneamente otra corriente restrictiva o minimalista en materia de orden público.²⁴

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derechos Mercantil Internacional (CNUDMI) en el Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 48° periodo de sesiones (NY 4 al 8 de Febrero de 2008), *“mencionó la importancia de determinar el ámbito de la “arbitrabilidad”, estimándose que también debería darse prioridad a esta cuestión. Se estimó asimismo que correspondería al Grupo de Trabajo determinar si procedía dar una definición genérica de los tipos de controversias que cabría dirimir por arbitraje, complementándola tal vez con una lista*

²² Véase infra Capítulo iv.a)

²³ Cfr. FOUCHARD, Ph; GAILLARD, E., Y GOLDMAN, B. *Traté de l' arbitrage commercial international*. Editorial Litec, París, p. 1011, citado por CARDENAS MEJÍA Juan Pablo; “Las Causales que pueden ser Declaradas de Oficio para Negar el Reconocimiento de un Laudo”, *Revista Internacional de Arbitraje*, Enero-Junio 2007, No 6, p. 62.

²⁴ Cfr. GONZALES DE COSSIO Francisco; *Orden Público y Arbitrabilidad: Dúo dinámico del arbitraje*. México 2008, p. 15.

ilustrativa de las mismas, o si sería preferible que se definieran en una disposición de rango legislativo las cuestiones o tipos de controversias que no cabría dirimir por la vía arbitral. Se sugirió que tal vez fuera útil para los Estados que se estudiara la cuestión de la arbitrabilidad de las controversias concernientes a la propiedad inmobiliaria, a la competencia desleal y a la insolvencia. No obstante, se expresó cierto reparo al respecto dado que esa delimitación de las controversias dirimibles o no por arbitraje suscitaba cuestiones de orden público legal interno que eran notoriamente difíciles de definir en términos uniformes por lo que toda tentativa de facilitar una lista predefinida de materias susceptibles o no de arbitraje pudiera restringir innecesariamente los márgenes de cada Estado para responder a ciertas inquietudes de orden público de su derecho interno que tal vez evolucionaran con el tiempo.”²⁵

Al igual que ocurre en otras legislaciones del mundo, en Latinoamérica cabe hacer la distinción entre inarbitrabilidad subjetiva y la objetiva:

a) Inarbitrabilidad subjetiva:

Esta se presenta cuando no se permite someter al arbitraje una determinada controversia, por razón del carácter, naturaleza o calidad de las partes en conflicto. Normalmente, la inarbitrabilidad subjetiva existe respecto de los Estados o las entidades estatales o de derecho público, que en virtud de normas legales no se les permite acudir al arbitraje o se les permite bajo ciertas y estrictas condiciones.²⁶ Precisamente, en las legislaciones y jurisprudencias latinoamericanas, uno de los principales problemas de inarbitrabilidad gira en torno al arbitraje con entes públicos.

En ese sentido, Brasil promulgó una ley sobre el contrato de consorcio en el 2004. Esta normativa permite el uso del arbitraje para la resolución de los conflictos que puedan surgir de estos contratos, siempre y cuando la sede del arbitraje esté situada en ese país, se aplique su derecho interno y la lengua que se utilice en el procedimiento arbitral sea el

²⁵ http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

²⁶ Cfr. CARDENAS MEJÍA Juan Pablo; “Las Causales que pueden ser Declaradas de Oficio para Negar el Reconocimiento de un Laudo”, Revista Internacional de Arbitraje, Enero-Junio 2007, No 6, pp. 63-64.

portugués. El Tribunal Superior de Justicia de Brasil, con competencia en todo el territorio nacional, reconoció que las sociedades pertenecientes al Estado, ya sean empresas públicas o sociedades de economía mixta, efectivamente pueden someterse al arbitraje, sin que eso represente ninguna ofensa a la soberanía nacional o al orden público.”²⁷

Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial venezolana (Art. 4) se apartó en este sentido de la Ley Modelo UNCITRAL e introdujo una novedosa norma en la que establece que las empresas estatales para poder celebrar acuerdos de arbitraje, deben contar con la autorización por escrito del Ministro de tutela de dicho organismo; la controversia debe ser resuelta por al menos tres árbitros, y el acuerdo debe indicar el tipo de arbitraje. Asimismo, según la Ley de la Procuraduría General de la República, el gobierno venezolano debe solicitar antes de celebrar acuerdos de arbitraje la opinión del Procurador General de la República.²⁸

Lamentablemente y contrariando los principios consagrados en la legislación venezolana, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en sentencia del 05 de abril de 2006, en un caso que involucraba a la principal televisora del Estado (caso VTV vs Eletrónica Industriale S.P.A,) anuló un laudo arbitral dictado en Venezuela por árbitros venezolanos, conforme a las reglas de la CCI, destacándose “*especiales razones de orden constitucional*” y “*que en los contratos donde existe una finalidad pública no pueden ser objeto de arbitraje*”. Como puede observarse, esta sentencia anula el laudo tanto por razones de orden público (orden constitucional) como por

²⁷ Recurso Especial n° 606.345/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça em 17.5.2007. GIUSTI Gilberto; “El Arbitraje y el Poder Judicial, la intervención de las Cortes Judiciales en el arbitraje” Ponencia presentada en el Latin American Forum of the IBA, Caracas, 2008.

²⁸ Cfr. Decreto 1.556 del 13 de noviembre de 2001. Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinario.

Artículo 12. Los contratos a ser suscritos por la República que establezcan cláusulas de arbitraje, tanto nacional como internacional, deben ser sometidos a la opinión previa y expresa de la Procuraduría General de la República.

Artículo 13. A los fines previstos en el artículo anterior, las máximas autoridades de los órganos del Poder Público Nacional, deben remitir a la Procuraduría General de la República los proyectos de contratos a suscribirse, conjuntamente con sus soportes y la opinión de la respectiva Consultoría Jurídica, la cual debe hacer pronunciamiento expreso, de ser el caso, sobre la procedencia de las cláusulas de arbitraje nacional e internacional.

inarbitrabilidad (finalidad pública), a pesar de que no existe en el ordenamiento jurídico venezolano norma alguna que contemple semejante prohibición.

En el caso de Colombia, y según reseña la doctrina colombiana, la Ley 315 limitó a las entidades públicas la posibilidad de pactar arbitraje internacional, autorizándolo sólo en los convenios que requieren financiación. Por tanto, a las entidades públicas colombianas en los demás casos, no les está permitido acudir al arbitraje internacional.²⁹

Desde un punto de vista conceptual, se podría plantear si en estos casos se trata en realidad de un problema de *capacidad* para suscribir el pacto arbitral (Numeral 1(a) del Artículo V de la Convención de NY) o de *arbitrabilidad* (Numeral 2 (a) del artículo V de la Convención de NY). Y es que esta distinción podría tener importantes efectos, ya que la capacidad se determina conforme a la ley personal, mientras que la arbitrabilidad se determina conforme a las normas del Estado en donde se pretende el reconocimiento y ejecución del laudo. En cualquier caso, la doctrina moderna se orienta en el sentido de considerar que *“desde el punto de vista internacional no es posible aceptar que el Estado, que tiene la capacidad de administrar los asuntos públicos, se encuentre en una situación de incapacidad. En efecto, conceptualmente la incapacidad corresponde más bien al hecho de que es necesario proteger a una persona porque carece de la posibilidad de formar adecuadamente su consentimiento o de la experiencia y ponderación para hacerlo”*.³⁰ De allí que se ha arraigado el principio internacional relativo a que los Estados o las entidades públicas pueden someter al arbitraje las controversias en las cuales son parte, sin que puedan luego invocar las limitaciones (de capacidad o de arbitrabilidad) de su propio derecho interno que, se supone, deberían conocer mejor que los particulares o inversionistas.³¹

b) Inarbitrabilidad objetiva:

²⁹ CARDENAS MEJÍA, ob., cit., p. 77.

³⁰ Idem, p. 64.

³¹ Para un análisis de la arbitrabilidad subjetiva en Francia véase SILVA ROMERO Eduardo; Crónica sobre jurisprudencia en materia de arbitraje. Revista Internacional de Arbitraje No 3, Julio-Diciembre 2005, quien en conclusión señala que el tratamiento a la arbitrabilidad subjetiva es mucho más claro en América Latina que en Francia.

Se da cuando el conflicto en sí mismo no es susceptible de ser sometido a arbitraje. En definitiva, se circunscribe a las materias que el legislador ha querido reservar a los jueces estatales. Las soluciones tradicionales en el Derecho Comparado hacen referencia a que son arbitrables las controversias transigibles, como es el caso de la ley colombiana, ecuatoriana o venezolana;³² o aquellos asuntos patrimoniales en los cuales las partes tienen poder de disposición, como es el caso de la legislación brasilera.³³

Concretamente, la Ley de Arbitraje Comercial venezolana exceptúa las controversias:

- a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
- c) Que versen sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
- d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y
- e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

Aparte de la propia Constitución de 1999, la Ley de Arbitraje Comercial, la Ley de Derecho Internacional Privado y el Código de Procedimiento Civil, existen diversas leyes venezolanas que establecen expresamente la posibilidad de acudir al arbitraje o lo regulan de manera especial, aunque a veces, inadecuadamente. A saber: i) Ley Orgánica de Hidrocarburos; ii) Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos; iii) Ley de Minas; iv) Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; v) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; vi) Ley de Concesiones ; vii) Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana; viii) Ley de Promoción y Protección de Inversiones; ix) Código Orgánico Tributario; x)

³² Así como de la legislación belga e italiana.

³³ También es el caso de la Ley española y francesa.

Ley sobre el Derecho de Autor; xi) Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; xii) Ley de Protección al Consumidor y al Usuario; xiii) Ley de Reforma Agraria , xiv) Ley Orgánica del Trabajo, Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y xv) el Código de Comercio en materia de quiebra.

A pesar de la claridad de la norma sobre arbitrabilidad establecida en de la Ley de Arbitraje Comercial, y de la corriente legislativa moderna, la jurisprudencia venezolana ha cuestionado la posibilidad de arbitraje en materia de arrendamientos inmobiliarios, y cierta doctrina y jurisprudencia también han planteado dudas en cuanto a la posibilidad de arbitraje institucional en materia laboral o contratos individuales de trabajo. Sin embargo, en lo que respecta a la materia arrendaticia, los confusos razonamientos expuestos por el máximo tribunal venezolano, más que estar referidos a la inarbitrabilidad objetiva, se sustentaron en razones de *orden público* que comentaremos más adelante, por lo que sólo en este espacio nos limitaremos a analizar lo relativo a la materia laboral.

Tal y como sostiene un sector de la doctrina venezolana, ni la legislación laboral, ni alguna otra, establece limitaciones que impidan el arbitraje en Venezuela en materia laboral.³⁴ Por el contrario, se admite y con carácter forzoso en los conflictos colectivos del trabajo, y a partir del 2002 se regula expresamente en los conflictos laborales individuales cuando las partes, ya en juicio laboral, se lo solicitan al Juez.³⁵

El sector de la Doctrina venezolana que ha rechazado la figura del arbitraje en materia laboral, lo hace argumentando que la transacción sólo es factible en dicho campo, una vez terminada la relación laboral y formulada la pretensión por el trabajador de los derechos laborales que afirma le corresponden; y por ende, sólo en dicho momento, y no antes, es que resulta factible el acuerdo arbitral.³⁶

³⁴ VILLASMIL PRIETO Humberto; Apuntamientos de Derecho Colectivo de Trabajo: Negociaciones y Conflictos, Caracas 1995, pp 67-70. HUNG VAILLANT Francisco, Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano, Caracas 2001, p. 96 y ss. Asimismo, MEZGRAVIS Andrés A., “La promoción del arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia. Revista de Derecho Constitucional N° 5, Julio-Diciembre 2001, p. 141 y ss.

³⁵ Art. 138 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

³⁶ Cfr. MATTHIES Roland: “Arbitrariedad y arbitraje”, OT Editores, Caracas 1996, p. 134.

En nuestro criterio, si bien es cierto que la transacción sólo es factible en el campo laboral una vez terminada la relación laboral y luego de que el trabajador haya reclamado los derechos laborales que a su juicio le corresponden, no hay que confundir arbitraje con acuerdo arbitral, ni los efectos de éste con los que resultan aplicables a la transacción. En efecto, la cláusula arbitral es anterior al arbitraje propiamente dicho y no supone renuncia a derecho alguno. La cláusula arbitral, contrariamente a lo que pudieran pensar algunos, implica el ejercicio de un derecho reconocido en la Constitución venezolana; el de escoger voluntariamente una vía expedita consagrada en el sistema de justicia para solucionar una eventual controversia. Es importante tener claro que cuando las partes renuncian a través del acuerdo de arbitraje a hacer valer sus pretensiones ante la justicia ordinaria, no están renunciando a un derecho (acceso a la justicia), simplemente se están comprometiendo a ejercerlo a través de otra vía distinta, igualmente legítima y efectiva.

El arbitraje, por su parte, configuraría la materialización de la reclamación de los derechos que se alegan tener, a través de un proceso que surgiría luego de terminada la relación laboral. De manera que, bien a través de la celebración de una cláusula arbitral, o bien con la realización de un arbitraje propiamente dicho, se cumplirían en principio todos los extremos exigidos por la legislación laboral venezolana vigente. Sin embargo, en una sentencia del 19-2-02, publicada antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo,³⁷ (caso Texeira de Miguel vs. Shell Venezuela Productos C.A.), la Sala Político Administrativa, con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, da un nuevo golpe al arbitraje al establecer:

“...la Sala como promotora de los medios alternativos de conflictos atendiendo a lo dispuesto en el artículo 258 de nuestra Carta Magna que revela el interés del constituyente en promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de una controversia, ha reconocido el que se pueda alegar la existencia de un compromiso arbitral, como una razón para que la parte interesada solicite que el tribunal declare su falta de jurisdicción para conocer la causa, pudiendo ser satisfecho su planteamiento, de acuerdo a su carácter, cuando, el asunto se pueda resolver por dicha vía.

³⁷ Cfr. Gaceta Oficial N° 37.50 del 13 de Agosto de 2002.

(...) Atendiendo a la pretensión procesal del demandante, debe determinarse si la misma puede ser satisfecha, como afirman las partes solicitantes de la regulación de jurisdicción, a través de un tribunal arbitral siguiendo el procedimiento establecido en el Reglamento del Centro de Conciliación y de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, según lo indicado en la cláusula vigésima segunda del contrato de operación.

Al respecto, observa la Sala que quienes alegan la falta de jurisdicción pretenden que la controversia sea resuelta a través del arbitraje comercial, el cual ha sido creado con el fin de resolver conflictos en los cuales se discutan derechos de naturaleza comercial, mercantil o industrial; por lo que al estar la parte accionante argumentando la existencia de un vínculo laboral con las sociedades mercantiles demandadas, manifestando que se ha querido simular otro tipo de relación, son los tribunales laborales los llamados a verificar si en efecto entre el demandante y las sociedades mercantiles accionadas, existe o existió un vínculo laboral que genere como consecuencia la serie de pasivos laborales que él demanda.

Conforme a lo expuesto, considera esta Sala que la pretensión procesal del demandante no puede ser resuelta por un tribunal arbitral que se rija por las regulaciones de la Cámara de Comercio de Caracas, ya que son los tribunales del trabajo, conforme lo dispone el artículo 1° del la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo, los que deben determinar si el asunto contencioso cuyo conocimiento le ha sido sometido por el demandante, quien lo ha calificado como de naturaleza laboral, responde a tal carácter. Así se decide”.

Como puede observarse, el primer argumento del Tribunal Supremo venezolano para objetar la validez del acuerdo arbitral, es que éste contempla que el procedimiento a seguir es el establecido en el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, lo cual a juicio de la Sala implica un arbitraje comercial. Siendo así, considera que por estar la parte actora argumentando la existencia de un vínculo laboral, dicho arbitraje institucional no es apto para verificar si en efecto existe o no dicho vínculo. Nótese que la Sala no dice que en materia laboral no sea factible el arbitraje. Se limita simplemente a señalar que el acuerdo de arbitraje es de naturaleza comercial, por el simple hecho de remitir el acuerdo de arbitraje al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas.

Pensamos que la Sala está en lo cierto cuando afirma que dicho asunto no corresponde a un arbitraje de naturaleza comercial. Ciertamente pensamos que en la actualidad el arbitraje laboral en Venezuela que se solicita *iniciado* el juicio laboral está regulado por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y por el Código de Procedimiento Civil (“CPC”), y no por la Ley de Arbitraje Comercial. No obstante, olvida la Sala que conforme al CPC las partes pueden indicar *a los árbitros* las formas y reglas de procedimiento.³⁸ Lo que no pueden las partes en Venezuela es indicarle *al Juez* que está en conocimiento de un juicio laboral, otras normas de procedimiento distintas a las previstas en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. De manera que, aun tratándose de un arbitraje civil o laboral, las partes, *antes* de iniciar un juicio laboral, podrían perfectamente convenir en aplicar las reglas contenidas en un determinado reglamento, independientemente de que éste pertenezca a una Cámara de Comercio. Dicha indicación, en modo alguno, transforma o altera la naturaleza de la controversia.³⁹ De allí, que en nuestra opinión, resulta factible el arbitraje institucional en materia laboral.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha aceptado la posibilidad de acudir al arbitraje en materia laboral.⁴⁰

IV

ORDEN PÚBLICO Y SUS DIFERENTES NOCIONES

La doctrina mayoritaria coincide en limitar la noción de orden público a los principios fundamentales atinentes a la *justicia y la moral*⁴¹, o a los intereses esenciales del Estado requeridos en materia política, social y económica. Dichos principios e intereses esenciales

³⁸ Cfr. Parágrafo primero del art. 618 del CPC.

³⁹ Cabe advertir que las normas contenidas en los Reglamentos de los distintos centros de arbitraje, aunque pueden tener efecto de ley entre las partes y frente al árbitro, no son en realidad leyes en sentido formal, y por ende, no tienen nacionalidad ni se circunscriben en principio a una jurisdicción o materia determinada.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sent. C-330, mar. 22/2000. Cita por CARDENAS MEJÍA, ob., cit., p.

79. Para un estudio general sobre los problemas de arbitrabilidad véase BERNARDINI Piero; *The Problem of Arbitrability in General. Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Edited by Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro, Cameron May, 2008.

⁴¹ O de “natural justice” como se le denomina en la jurisprudencia anglosajona. La jurisprudencia más citada en este sentido es la del juez Joseph Smith en el caso *Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc., v Societ  Generale de l’Industrie du Papier Rakta and Bank of America* (1974).

no pueden ser violados por la sentencia arbitral, sea por el procedimiento según el cual la última fue dictada, sea por su contenido sustantivo.

La Resolución 2/2002 adoptada por la Asociación de Derecho Internacional durante su LXX Conferencia Bienal celebrada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de abril de 2002, contribuye con sus recomendaciones a despejar algunas dudas sobre lo que debe interpretarse como "orden público" como causal para denegar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales de carácter internacional.

En el precitado informe, la Asociación de Derecho Internacional señaló que el orden público internacional de cualquier Estado puede tener un triple origen:

- (i) El primer origen está relacionado con los *principios fundamentales*, relativos a justicia y moralidad, que el Estado desee proteger aun cuando no le atañan directamente, y estos principios fundamentales pueden ser tanto sustantivos como procesales.
- (ii) En segundo lugar, se mencionan las normas diseñadas para servir a los intereses políticos, sociales o económicos fundamentales del Estado, siendo éstas conocidas como "*lois de police*", como sería el caso de las Leyes antimonopolios, y
- (iii) Finalmente, está el deber del Estado de respetar sus obligaciones con otros Estados u organizaciones internacionales, como por ejemplo sería el caso de una resolución de las Naciones Unidas.⁴²

Se señala en el referido informe, que las normas que prohíben la corrupción, pertenecen a más de una categoría.⁴³

⁴² Recomendación 1 (d) y 1 (e). El texto original puede consultarse en www.ila-hq.org Para un análisis de este informe véase MAYER Pierre y SHEPARD Audley; "Informe final de la Asociación de Derecho Internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales". Revista Internacional de Arbitraje, Junio-Diciembre de 2004, No 1, p. 220

⁴³ Ver recomendación 1(e) del informe final.

Al discutirse en el seno de la CNUDMI (UNCITRAL) la redacción de los artículos 34 (2)(b)(ii) y 36 (1)(b)(2) de la Ley Modelo, algunos de sus autores sugirieron que se excluyera la expresión "orden público" por ser demasiado vaga y no constituir una causal justificada. Al examinar dicho concepto previsto en la Convención de NY, quedó entendido que éste no equivalía a la posición política o a la política internacional de un Estado, sino que abarcaba los conceptos y *principios fundamentales de justicia*. Se señaló que en algunos ordenamientos de tradición anglosajona, ese término podría ser interpretado en el sentido de no incluir los principios de justicia procesal.

Sin embargo, la Comisión estuvo de acuerdo en que debía conservarse ese apartado, ya que todos los sistemas de tradición de "derecho civil" están inspirados en el concepto francés de "*ordre public*", en el que se consideran contenidos los principios de justicia procesal; igualmente que su inserción en muchos tratados abarca los principios de legislación y justicia, tanto sustantivos como de procedimiento. Finalmente, en el Reporte de la Comisión "se entendió que el término 'orden público', el cual es usado en la Convención de Nueva Cork de 1958 y en otros tratados, cubre principios fundamentales de derecho y justicia, tanto en materias sustantivas como procesales".

Aclara el informe final de la Asociación de Derecho Internacional, que la "*expresión 'orden público internacional' se usa en estas Recomendaciones para indicar el conjunto de principios y reglas reconocidas por un determinado Estado, que por su naturaleza podrían impedir el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral dictado en el contexto del arbitraje comercial internacional, cuando el reconocimiento o la ejecución de dicho laudo pudiera implicar su violación, en razón ya fuese del procedimiento conforme al cual se dictó -orden público internacional procesal- o de su contenido -orden público internacional sustantivo-*".⁴⁴

a) Orden público interno vs. orden público internacional

⁴⁴ MAYER y SHEPPARD, ob cit., p. 217. Para un reciente estudio del tema del orden público véase HANOTIAU Bernard & CAPRASSE Olivier; "Public Policy in Internacional Arbitration". Enforcement of Arbitration Agreements and Internacional Arbitral Awards: The New York Convention in Practice, Edited by Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro, Cameron May, 2008, p. 787 y ss.

Ante todo, es importante resaltar que una cosa es la denegación del reconocimiento o ejecución de aquellos laudos que **afecten** o sean **contrarios** al orden público, y otra, es la posibilidad de someter a arbitraje materias, en las que si bien pudiera estar interesado el orden público, pueden ser objeto de transacción y por ende de arbitraje. En este sentido, “la jurisprudencia francesa ha ido liberalizando la intocable cuestión del orden público, y en L’Arret de la Cour de Cassation de 17 de abril de 1974, y otros posteriores de 22 de marzo de 1983 y 31 de junio de 1986, han declarado que no es nulo el acuerdo arbitral o laudo que tenga por objeto una controversia que se refiera al orden público, sino cuando el orden público haya sido directamente violado.”⁴⁵

Al analizar las dos acepciones del concepto de orden público (interno e internacional), tenemos que, por una parte, atendiendo al Derecho positivo interno, el orden público es, como acertadamente ha escrito el jurista español Martín Retortillo, un límite impreciso y creciente al ejercicio de los derechos, que cuando se aplica a la esfera del Derecho administrativo, funciona como un instrumento del poder para limitar el ejercicio de los derechos. Por otro lado, en el Derecho privado internacional, el concepto de orden público se maneja dentro del complejo sistema del conflicto de leyes. No obstante, muchas críticas se han hecho en cuanto a que el *orden público internacional* sólo tiene en realidad de “internacional” su adjetivo, pues sólo está relacionado con el rigor o amplitud con que se aplica el propio derecho interno o nacional.⁴⁶

Algunos autores hablan de un paralelismo entre las dos clases del orden público. Esta idea para el recordado jurista venezolano Herrera Mendoza no es exacta: “*no se trata de dos conceptos distintos: hay entre ellos la relación de continente a contenido. El llamado “orden público internacional” sólo es una parte del orden público interno; su*

⁴⁵ Cfr. CHILLÓN MEDINA, José M. y MERINO MERCHAN, José Fdo.: “Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional”, Segunda Edición, 1991, p. 189. Asimismo, CÁRDENAS MEJÍA, ob., cit., p. 67 y ss, quien además de fundamentarse en la doctrina de FOUCHARD, GAILLARD Y GODLMAN, hace una recopilación de la jurisprudencia francesa y suiza sobre este tema.

⁴⁶ Para un análisis del caos terminológico que ha generado el concepto de orden público, véase MORENO RODRÍGUEZ José Antonio: “Orden Público y Arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR.” Lima Arbitration N° 2, 2007, disponible en Internet: http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf

parte más enérgica, más enfática, más rigurosa". Asimismo, enseña este notable jurista venezolano que, *"no basta que la ley extranjera sea distinta del precepto propio de orden público; es preciso que sea adversa, incompatible"*.⁴⁷

Afortunadamente en esta materia la legislación venezolana ha dado importantes pasos siguiendo la más avanzada corriente del Derecho Comparado. Primero, con la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana (1998) y luego con la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana (1999), que es la normativa vigente sobre la materia. Ambos textos legales, a diferencia de lo establecido en el derogado artículo 2 del Código de Procedimiento Civil Venezolano (1987)⁴⁸, ya no se refieren a la imposibilidad de arbitraje, denegación de laudos arbitrales o prohibición de la derogación de la jurisdicción en materias que **interesen** al orden público. Ahora es necesario que dichas materias sean **contrarias** al orden público o **afecten principios esenciales de éste**.⁴⁹

Cabe destacar que en materia de eficacia de las *sentencias* (judiciales) extranjeras la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana *elimina*, como causal para la denegación

⁴⁷ HERRERA MENDOZA, Lorenzo; "Estudios sobre Derecho Internacional Privado y otros temas conexos", Editorial El Cojo, Caracas, 1960, p. 36. En este mismo sentido: SANCHEZ-COVISA, "Orden público internacional y divorcio vincular", p. 445, en "Obra jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa". Para un concepto de orden público por parte de la jurisprudencia venezolana véase Sent, del 29-9-99, SCC, (Caso Club Oricao). Asimismo, Sent., del 23-09-99, SPA (Caso exequátur Armando José Duran).

⁴⁸ Establece textualmente el artículo 2 del CPC: "La jurisdicción venezolana no puede derogarse convencionalmente en favor de una jurisdicción extranjera, *ni de árbitros* que resuelvan en el exterior cuando se trate de controversias sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República o sobre *materias que interesen al orden público* o a las buenas costumbres. En todos los demás casos, se aplicarán los Tratados y Convenciones Internacionales suscritos por Venezuela". (Énfasis nuestro).

⁴⁹ El literal a, del art 3 de la LAC exceptúa el arbitraje en materias que: a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme. ...". Asimismo, el artículo 44, literal f, eiusdem, establece que la nulidad del laudo se podrá declarar: cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público". Igualmente, el art. 49 de la LAC establece que sólo el reconocimiento o ejecución se podrá denegar... Cuando el tribunal ante el cual se plantea el reconocimiento o la ejecución del laudo compruebe que según la ley... la materia sobre la cual versa es *contraria* al orden público. Por su parte, establece el artículo 47 de la LDIP: "La jurisdicción que corresponde a los Tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de Tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que *afecten los principios esenciales del orden público venezolano*".

del exequátur la tradicional causal de *orden público internacional sustantivo* que de inmediato comentaremos.

b) Orden Público Internacional sustantivo

En la aludida Resolución 2/2002 adoptada por la Asociación de Derecho Internacional, el Comité recomienda que el criterio para denegar la ejecución de laudos arbitrales internacionales sea el del “orden público internacional”, el cual incluye tanto violaciones a principios fundamentales sustantivos como procesales del ordenamiento jurídico en que se pretende reconocer o ejecutar el laudo arbitral. Como ejemplo de orden público internacional sustantivo se señalan:

- a) El principio del no abuso de los derechos.
- b) El principio de la buena fe.
- c) El principio de la fuerza obligatoria del contrato.
- d) La prohibición de discriminación y expropiación sin indemnización.
- e) La prohibición de actividades contrarias a las buenas costumbres, como la proscripción de la piratería, el terrorismo, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, el tráfico de drogas y la pedofilia.⁵⁰

En fin, el orden público internacional sustantivo se refiere a que la sentencia extranjera o laudo internacional, no contenga declaraciones que vulneren *principios fundamentales* del ordenamiento jurídico *sustantivo* (no procesal) del Estado en que se solicita el exequátur.

Tradicionalmente, en Venezuela se había incluido, entre los requisitos del exequátur, la no violación del *orden público internacional sustantivo*. Así estaba establecido en el artículo 851, ordinal 6° del Código de Procedimiento Civil (1987), y en la vigente Ley de Arbitraje Comercial de 1998 también se contempló para el laudo. Sin embargo, la Ley de

⁵⁰ Cfr. Informe Provisional del Comité presentado en la Conferencia de Londres en junio de 2000. Disponible en www.ila-hg-org Report of the Sixty-ninth conference, London. Asimismo, véase MAYER Pierre y SHEPARD Audley; ob., cit., p. 221.

Derecho Internacional Privado Venezolana que entró en vigencia en 1999, derogó expresamente dicho artículo 851 del Código de Procedimiento Civil y eliminó, léase bien, el requisito del *orden público sustantivo* de vasta y reiterada tradición.⁵¹ En cambio, sí mantuvo ciertos requisitos relativos al *orden público internacional procesal* que más adelante comentaremos.

Como quiera que la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana estableció que, salvo lo dispuesto en el artículo 47 relativo a la derogatoria convencional de jurisdicción, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia, se plantea entonces la duda de si la eliminación del requisito del *orden público sustantivo* puede ser extendido a los laudos arbitrales. Por nuestra parte, nos inclinamos por una respuesta afirmativa, puesto que tratándose de una materia comercial y esencialmente disponible, no hay razones para que los laudos arbitrales comerciales extranjeros sean objeto de una regulación más rígida que aquella que se le da a las sentencias judiciales extranjeras que pueden versar sobre materias que no admiten transacción. Además, en atención a lo dispuesto en el artículo VII de la Convención de NY, las *normas más favorables* deberían ser las aplicables en esta materia.

c) Orden Público Internacional procesal

En términos generales, el *orden público internacional procesal* está relacionado con las garantías fundamentales procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa y un juicio imparcial. En este sentido, se ha señalado que debe negarse la ejecución de un laudo cuando éste es producto de corrupción, soborno, fraude o casos similares.⁵²

Otros ejemplos de principios fundamentales en materia procesal que citan tanto la doctrina como jurisprudencia internacionales son:

⁵¹ Cfr. MAEKELT Tatiana B. de; Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado, Tres años de su vigencia. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002, pp. 124 y 125.

⁵² Así se señaló en el Reporte de la Comisión CNUDMI relativo a la Ley Modelo UNCITRAL.

- a) Los principios de justicia natural que incluye el derecho a: (i) recibir una notificación debida y adecuada; (ii) una oportunidad razonable de defensa; (iii) igualdad entre las partes, y (iv) un juicio justo ante un tribunal imparcial.
- b) El respeto de la cosa juzgada en la jurisdicción de ejecución.⁵³

El Convenio CIADI, que como antes mencionamos, no contempla el orden público como causal para la denegación del reconocimiento o ejecución del laudo, sí contempla causales vinculadas al *orden público procesal*,⁵⁴ para determinar la nulidad o suspensión del laudo.

IV

AVANCES LEGISLATIVOS Y RETROCESOS JURISPRUDENCIALES

A pesar de los importantes y modernos avances legislativos que como antes indicamos realizó Venezuela en los últimos años, su jurisprudencia ha ido en sentido contrario. Desde el año 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha venido sosteniendo que los laudos arbitrales internacionales, incluso los del CIADI, se harían *inejecutables* cuando violaran la Constitución. En criterio del Tribunal Supremo ello involucraría “*la independencia y soberanía de la nación*”. Esta cuestión, salvo el tono hostil hacia el arbitraje, en realidad está en armonía con lo que establecen la Convención de NY y Panamá sobre orden público. Lo que sí es motivo de alarma son otras jurisprudencias que ha dictado el máximo tribunal venezolano en la última década. En este sentido, la más criticable de todas es la del 5 de abril de 2006, caso *VTV vs Elettónica Industriale S.P.A*, que, como antes indicamos, anuló un laudo arbitral dictado en Venezuela por árbitros venezolanos, conforme a las reglas de la CCI, fundamentándose tanto en “*especiales razones de orden constitucional*” (orden público), como en otras relativas a una supuesta inarbitrabilidad que ya antes comentamos.⁵⁵

⁵³ Cfr. MAYER Pierre y SHEPARD Audley; ob., cit., p. 222.

⁵⁴ Como que el tribunal arbitral no estuvo debidamente constituido, o se violó una regla fundamental de procedimiento, o hubo corrupción por parte de algún miembro del tribunal. Cfr. Regla de Arbitraje 50, (c), iii), del Convenio CIADI.

⁵⁵ Ver supra Arbitrabilidad subjetiva Capítulo III a)

Asimismo, en una anterior sentencia, referida a un arbitraje doméstico, el máximo tribunal venezolano mezcló razones de orden público interno con la arbitrabilidad al declarar (Caso La Media Manzana, Sent., del 11-2-01) improcedente el arbitraje en materia de arrendamiento inmobiliario.⁵⁶

Por otra parte, el 14 de febrero de 2006, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela dictó otra lamentable sentencia al declarar (*caso HAAGEN-DAZ INTERNATIONAL vs. Corporación Todosabor*), que los tribunales venezolanos tienen competencia para conocer recursos de amparo contra laudos extranjeros

Afortunadamente, la Presidente de la propia Sala Constitucional salvó su voto y acertadamente señaló que *no se trataba de una verdadera “oposición” a la ejecución del laudo sobre bienes ubicados en Venezuela; sino más bien, de un “amparo constitucional” que busca –veladamente- la “nulidad” del Laudo Arbitral. En virtud de que dicho laudo fue dictado en la ciudad de Miami, USA, conforme a las reglas de la AAA, la nulidad por ende no podía ser conocida por el foro venezolano.*

Colombia, a pesar de tener una legislación menos moderna que la venezolana, nos parece que ha tenido, sin embargo, un mejor desarrollo jurisprudencial, aunque también con

⁵⁶ MEZGRAVIS, ob., cit, p. 140. La sentencia, además de ser un tanto confusa al no establecer con claridad si se refiere a todo tipo de arbitraje (incluyendo el de derecho e internacional) o sólo al arbitraje de equidad doméstico, no analiza el punto de si en dicha materia cabe o no transacción. Se limita a establecer que por estar involucrado el orden público no es válido el acuerdo de arbitraje de equidad en el que el árbitro puede dirimir el conflicto con entera libertad, sin tener que observar las disposiciones de derecho. No considera la Sala que al tratarse de derechos disponibles, el árbitro, e incluso el Juez, (art 13 del CPC), pueden decidir el fondo de la causa con arreglo a la equidad. El hecho de que una Ley contenga disposiciones de orden público no impide que esa misma Ley contenga otras disposiciones relativas a derechos disponibles. Más aún, tal y como antes apuntamos, lo relevante no es que el asunto se refiera a una materia en la que esté interesado el orden público, lo importante es que ese asunto (acuerdo de arbitraje o el propio laudo arbitral) no resulte contrario a ese orden público. El árbitro al igual que el juez no sólo puede, sino que debe, observar una disposición imperativa o de orden público. Lo que no puede hacer ni el árbitro ni el juez, es dejar de aplicar o relajar dicha disposición legal. Si la materia es susceptible de transacción, independientemente de que en ella esté interesado el orden público, entonces también será susceptible de arbitraje. Es claro que una demanda por resolución de contrato o cobro de cánones de arrendamiento vencidos de un inmueble, no afecta principios esenciales ni es contraria en forma alguna al orden público, y si las partes pueden celebrar una transacción en tales eventos, es porque sencillamente se trata de una materia que es disponible. Sin perjuicio de lo anterior, llama poderosamente la atención el hecho de que la Sala elabora la referida tesis argumentando que lo hace para salvaguardar “los derechos de los arrendatarios”, cuando en realidad, en el caso sentenciado, es precisamente el propio arrendatario quien intentó hacer valer el acuerdo arbitral. Paradójicamente se le cercena al arrendatario su derecho de someter la controversia a arbitraje y se le da la razón al arrendador, quien luego de haber suscrito tal acuerdo arbitral, niega su eficacia.

algunas contradicciones y retrocesos. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de este país ha establecido:

*"La noción de orden público, por lo tanto, solo debe usarse para evitar que una sentencia o ley extranjera tenga que ser acogida cuando contradice principios fundamentales. Por esto la doctrina ha enseñado que 'no existe inconveniente para un país en aplicar leyes extranjeras que, aunque difieran de sus propias leyes, no chocan con los principios básicos de sus instituciones. Sin embargo, cuando una ley extranjera o la sentencia que la aplica se basan en principios no solo diferentes, sino contrarios a las instituciones fundamentales del país en que aquellas pretenden aplicarse, los jueces del Estado pueden, excepcionalmente, negarse a aplicar la ley o el fallo extranjero que se aparta de esa comunidad de principios".*⁵⁷

Sin embargo, el caso Termorío, es un caso emblemático y duramente criticado por la doctrina. En su decisión, y según reporta la doctrina, el Consejo de Estado colombiano hizo una amalgama entre proceso arbitral, proceso judicial, función pública de administrar justicia y orden público, para concluir que las partes no podían derogar el procedimiento previsto en el Decreto 2279 de 1989, porque consagraba normas de orden público.⁵⁸

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia, S. Civil, Sent. 11001-0203-000-2001-0190-01, ago. 6/2004. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Cfr. CARDENAS MEJÍA Juan Pablo; "Las Causales que pueden ser Declaradas de Oficio para Negar el Reconocimiento de un Laudo", Revista Internacional de Arbitraje, Enero-Junio 2007, No 6, p. 86.

⁵⁸ Así lo indica MANTILLA SERRANO Fernando; "Termorío: un duro golpe al arbitraje". Revista Internacional de Arbitraje No 1, p. 201. Un resumen de este célebre caso es el siguiente: La demandada, Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. (Electranta), era una sociedad controlada por el Estado colombiano. La actora, Termorío S.A. E.S.P. (Termorío) y Electranta habían celebrado en junio de 1997 un contrato en virtud del cual Termorío se comprometió a generar electricidad y Electranta a comprarla por un lapso de 20 años. El contrato contenía una cláusula en virtud de la cual cualquier controversia sería resuelta por arbitraje a realizarse en Colombia bajo las reglas de la CCI. En marzo de 1998 Colombia anunció un plan de privatización y creó una nueva sociedad – ElectroCaribe – a la que transfirió todos los activos de Electranta, pero no las obligaciones derivadas del acuerdo celebrado con Termorío. Electranta, entonces, continuaba obligada a adquirir la electricidad generada por Termorío, pero, como consecuencia de la transferencia de activos realizada, carecía de recursos y en consecuencia incumplió el contrato. El proyecto finalmente fue abandonado y la planta generadora de electricidad no se construyó, pero para ese entonces Termorío ya había realizado una inversión de alrededor de U\$S 7 millones. Termorío demandó en arbitraje el resarcimiento de los daños sufridos. El tribunal arbitral condenó a Electranta a pagar U\$S 60.3 millones. La parte vencida Electranta interpuso, dos días después de dictado el laudo, un recurso extraordinario ante el Consejo de Estado quien decretó la nulidad del acuerdo arbitral y, consecuentemente, del laudo. Conocida la sentencia del Consejo de Estado, Termorío y Lease Co Group, LLC, un inversor en Termorío, iniciaron una acción en los tribunales de EUA contra Electranta y la República de Colombia pidiendo la ejecución del laudo. Señalaron los actores que los tribunales de EUA tienen facultades discrecionales, de conformidad con el art. V(1)e de la Convención (enforcement may be refused...), para ordenar la ejecución de un laudo a pesar de que éste haya sido anulado previamente. La Corte de Distrito de Columbia rechazó la demanda, sentencia que fue luego

V

**EL ORDEN PÚBLICO UNA CAUSAL IMPRECISA E INCONVENIENTE EN MATERIA DE EFICACIA
DE LOS LAUDOS**

Los intentos por precisar el contenido del “orden público” y el “orden público internacional” no han logrado una definición precisa y uniforme, puesto que en definitiva el concepto está relacionado, no con el orden público común a la generalidad de los Estados (orden público transnacional), sino con los principios esenciales de orden público de cada Estado individualmente considerado, que en caso de violarse impedirían invocar los efectos de un laudo internacional.⁵⁹ Similar situación ocurre con la arbitrabilidad, pues, los esfuerzos no se han concentrado en precisar el contenido de una “arbitrabilidad transnacional”, o en circunscribirla a la *lex fori*, sino en persuadir a las autoridades del Estado en que se solicita el reconocimiento o ejecución del laudo de que el tema de la inarbitrabilidad debe ser interpretado de manera restrictiva.⁶⁰ Por las circunstancias antes indicadas, nos luce que es una tarea notoriamente difícil, por no decir imposible, definir en términos uniformes un concepto de orden público y de arbitrabilidad.

Si bien es cierto que estudios recientes demuestran que la mayoría de los tribunales nacionales, especialmente de países desarrollados, favorecen una interpretación y aplicación restrictiva del concepto de orden público, lo cual ha dado como resultado una

confirmada el 25 de mayo de 2007 por la Corte de Apelaciones. La Corte de Apelaciones concluyó que el laudo había sido dictado en Colombia y el Consejo de Estado era la autoridad competente de dicho país para resolver la nulidad del laudo de conformidad con las leyes colombianas. Fundamentó su posición el art. V(1) de la Convención de NY, y señaló que nada indicaba la presencia de corrupción en los procedimientos seguidos ante los tribunales colombianos, y por tanto, era obligatorio respetar dicha decisión. Invocó como precedente la sentencia de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en el caso *Baker Marine v. Chevron*. Cfr. DEUTSH Richard D., *Importance of Choice of the Seat*. The Institute for Transnational Arbitration, Vol. 22, Winter 2008. http://www.cailaw.org/ita/publications/NN_Current.pdf

⁵⁹ Para un análisis más profundo sobre las nociones de orden público vs orden público internacional, leyes de policía, y orden público transnacional véase HANOTIAU Bernard and CAPRASSE Olivier; “Public Policy in Internacional Comercial Arbitration”, HANOTIAU Bernard & CAPRASSE Olivier; “Public Policy in Internacional Arbitration”. *Enforcement of Arbitration Agreements and Internacional Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Edited by Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro, Cameron May, 2008, p. 788 y ss.

⁶⁰ Dicho de otra forma, el tema de la arbitrabilidad debe ser interpretado de manera extensiva, o la inarbitrabilidad de manera restrictiva.

notable uniformidad en las decisiones entre tribunales de diversos países y tradiciones jurídicas, la noción de orden público sigue siendo el aspecto más significativo de la Convención de NY respecto del cual podrían continuar las discrepancias entre las leyes de los diferentes países.⁶¹ Y lo que es más importante, si bien “*los intentos por denegar la ejecución de un laudo por razones de orden público rara vez han tenido éxito, la incertidumbre e incongruencia percibidas con relación a la interpretación y la aplicación del orden público por parte de los tribunales nacionales ha alentado a las partes perdedoras a recurrir al orden público para oponerse, o al menos demorar, la ejecución*”.⁶²

La ejecución de un laudo normalmente es solicitada por el *demandante vencedor*, quien por lo general persigue embargar ejecutivamente bienes del demandado que se niega a cumplir voluntariamente lo establecido en el laudo. En cambio, el demandado vencedor podría solicitar el reconocimiento del laudo para obtener los efectos de la cosa juzgada, y evitar así que el demandante vencido presente nuevamente su pretensión ante otra jurisdicción ignorando lo establecido en el laudo. En el contexto internacional, el demandante vencedor también podría estar interesado en el reconocimiento del laudo aún cuando no haya logrado todavía ubicar bienes del demandado, pues algunas jurisdicciones como la norteamericana establecen un periodo en el cual debe ser reconocido el laudo so pena de caducidad.⁶³ Como señalan algunos reconocidos autores, mientras el *reconocimiento* funciona como un “escudo” para frenar un nuevo proceso sobre el mismo asunto, la *ejecución* funciona como una “espada”.⁶⁴

Si dicha ejecución, que configura un proceso distinto y de naturaleza judicial, tiene por objeto bienes o derechos disponibles, incluso, y muy frecuentemente, ajenos o extraños a la controversia resuelta en el arbitraje, ¿cómo entonces podría ser esa ejecución sobre

⁶¹ MAYER Pierre y SHEPARD Audley; Informe final de la Asociación de Derecho Internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales. Revista Internacional de Arbitraje, Junio-Diciembre de 2004, No 1, p. 219.

⁶² MAYER y SHEPARD, ob cit., pp. 219-220.

⁶³ Las partes tienen tres años desde la fecha de publicación del laudo para obtener su reconocimiento. Cfr. PARK William W. and YANOS Alexander A.; Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts in International Arbitration. Hastings Law Journal, University of California, Vol. 58, No 2, December 2006, p. 260.

⁶⁴ REDFERN and HUNTER, Ob., cit., 449

bienes patrimoniales contraria al orden público incluso en su concepción más amplia? Pareciera entonces que el reconocimiento del laudo, y no una ejecución limitada al campo patrimonial, es el que en realidad determina el controversial asunto del orden público. En efecto, la ejecución en realidad no reconoce nada. La ejecución generalmente tiene por fin embargar ejecutivamente el patrimonio del demandado hasta por una cantidad que haga efectiva el cumplimiento del laudo. Esto nos hace plantearnos la posibilidad de que una futura reforma de la Convención de NY divida la fase de reconocimiento de la fase de ejecución. En este sentido, se ha dicho que puede haber reconocimiento sin ejecución pero no viceversa.⁶⁵

Es nuestra opinión que el quid del asunto radica en que el “reconocimiento”, que implica admitir la validez del laudo, es algo que en realidad no necesariamente le atañe a la autoridad o tribunal ejecutor del laudo, sino que podría ser en *gran medida* atribuida al tribunal de la jurisdicción escogida por las partes para velar por el cumplimiento de las reglas procesales, es decir, al tribunal del lugar del arbitraje que es en definitiva el competente para conocer el recurso de nulidad. Bajo esta tesis las funciones de reconocimiento del Estado de la ejecución se reducirían substancialmente, ya que dejarían de existir la gran mayoría de las causales para denegar el *reconocimiento* de un laudo. Algunas de dichas causales, o bien se eliminarían por completo como el orden público, o pasarían a ser causales de nulidad, o bien de suspensión. Obviamente, esas causales serían precisadas en la propia Convención conforme a los estándares internacionales y no locales. Aún más, siguiendo la discutida tesis de Jan Paulsson,⁶⁶ podría contemplarse que el juez de la ejecución de manera discrecional puede resolver ejecutar un laudo que haya sido anulado

⁶⁵ PARK and YANOS, ob cit., p. 260.

⁶⁶ PAULSSON Jan; The impact of treaties on ICC arbitration, en Libro Arbitraje Comercial Internacional, Leonel Pereznieta Castro Compilador, DJC; 2002, p. 177 y ss. Para un análisis y resumen del debate entre Jan PAULSSON y el reconocido experto en arbitraje internacional Albert VAN DEN BERG sobre la posibilidad de reconocer o ejecutar un laudo aún cuando éste haya sido anulado véase: JIMÉNEZ FIGUERES Dyalá; La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales. Revista Internacional de Arbitraje N° 4, p. 179 y ss. Asimismo, FREYER Dana; “The Enforcement of Awards by Judicial Orders of Annulment at the Place of Arbitration”, en Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice, Edited by Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro, Cameron May, 2008, p. 757 y ss.

o suspendido por razones legales *locales*, si a su juicio no se han infringido los estándares internacionales establecidos en la Convención.

Una de las principales diferencias entre el Convenio CIADI, por un lado, y la Convención de NY y de Panamá por el otro, es que el Convenio CIADI no tiene entre sus causales de denegación del laudo la arbitrabilidad y el *orden público*, mientras que bajo la Convención de NY esas causales pueden ser declaradas incluso de *oficio* por la autoridad o tribunal del país en que se pide el reconocimiento y ejecución. Algunos señalan⁶⁷ que esa es una de las principales ventajas del Convenio CIADI, pues el *orden público* se ha convertido en una de las principales excusas utilizadas por quienes luego de perder un arbitraje se resisten a cumplir lo decidido por los árbitros. Y cuando la parte que pierde el arbitraje es un ente o empresa estatal, estas causales de arbitrabilidad y orden público parecieran convertirse, especialmente en América Latina, en verdaderos e insuperables obstáculos para el reconocimiento y ejecución del laudo en el Estado al que pertenecen dichas empresas y en el que se encuentran generalmente la mayoría de sus bienes. Eso, pues, obliga a la parte vencedora a tener que acudir a otras jurisdicciones en las que paradójicamente la parte perdedora tiene menor cantidad de bienes y menores vinculaciones. De allí que no nos parece satisfactorio conformarnos con esas estadísticas que señalan que, como las cortes locales han comenzado a unificar la noción de orden público internacional, rara vez la defensa de orden público encuentra receptividad en dichas cortes.⁶⁸ En realidad no se conocen estadísticas que demuestren cuántas veces los demandantes vencedores se han abstenido de siquiera iniciar en la jurisdicción a la que pertenece la empresa estatal vencida el respectivo exequátur.

Es por ello que nos preguntamos si hacia un modelo similar al establecido en el Convenio CIADI debería apuntar una futura reforma o protocolo adicional de la Convención de NY. Es decir, hacia un sistema en el que en lugar de listarse unas causales de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo, se establezcan las causales

⁶⁷ REED Lucy, PAULSSON Jan, BLACKABY Nigel; Guide To ICSID Arbitration, Kluwer Law Internacional, 2004, p. 96.

⁶⁸ MAYER Pierre y SHEPARD Audley; Informe final de la Asociación de Derecho Internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales. Revista Internacional de Arbitraje, Junio-Diciembre de 2004, No 1, p. 219.

taxativas y fundadas en estándares verdaderamente internacionales o transnacionales por las cuales las autoridades o tribunales del lugar del arbitraje,⁶⁹ y sólo estos exclusivamente, puedan declarar la suspensión y nulidad del laudo, y salvo estas excepciones todos los demás Estados parte de la Convención estén obligados a ejecutar el laudo como si se tratara de una sentencia judicial dictada por sus propios tribunales judiciales.

¿No existe acaso ya la prueba (Convenio CIADI) de que 143 Estados ratificaron un tratado internacional en el que se excluye la arbitrabilidad y el orden público de las causales de denegación del laudo? Más aún, ya existen ordenamientos jurídicos como el de Venezuela en los que se ha logrado erradicar el orden público sustantivo de su legislación como causal de denegación de la sentencia extranjera. Pensamos que la arbitrabilidad y el orden público deberían ser temas limitados a la *lex fori* y al arbitraje doméstico,⁷⁰ para determinar, o bien la competencia del Tribunal Arbitral, o bien para determinar la validez o nulidad del laudo, pero no para denegar su reconocimiento o ejecución en otros Estados.

Tenemos la percepción de que pocos esfuerzos se están haciendo en ese sentido. Pareciera que la polémica que ha generado el concepto de orden público durante los últimos 50 años y que muchos académicos todavía encuentran fascinante, es tan apasionada que se hace difícil prescindir de ella; y que al menos, por el momento, no queda otra opción que resignarse.

Sin embargo, no debe olvidarse que cuando los gerentes de negocios acuerdan someter las eventuales disputas a arbitraje bajo el marco de la Convención de NY,

⁶⁹ Las partes seleccionan, entre todas las jurisdicciones posibles del planeta, el lugar del arbitraje; y ello tiene importantes implicaciones, pues, dicha elección va mucho más allá de seleccionar un sitio geográfico en el que se desarrollarán las audiencias, puesto que como ha dicho la doctrina, al escoger el lugar del arbitraje las partes eligen la sede jurídica o legal del asunto, cuya ley sustentará y gobernará el procedimiento. De allí que, por lo general se busquen lugares cuyas jurisdicciones no sean hostiles al arbitraje y así poder garantizar la eficacia del laudo según las normas y consecuencias pactadas. Para un estudio de las implicaciones de la escogencia del lugar del arbitraje véase ALVAREZ Henri C., *La Escogencia del Lugar del Arbitraje*; *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 3, Julio-Diciembre 2005, p. 15 y ss. Asimismo, REDFERN and HUNTER, ob., cit., p. 8.

⁷⁰ REDFERN and HUNTER, ob., cit., p. 448. Quizá en el pasado, cuando no había mucha experiencia en arbitrajes internacionales, la sede se escogía se escogía por razones de geografía o neutralidad política, pero hoy son notorias las importantes implicaciones de la selección del lugar del arbitraje.

precisamente lo hacen con la esperanza de que a la hora de tener que ejecutar el laudo, dicha ejecución en otro Estado miembro de la Convención de NY puede llevarse a cabo bajo la menor cantidad posible de obstáculos.⁷¹ Todo el propósito de la Convención de NY es hacer de los laudos arbitrales un instrumento internacional de pago que los haga transportables desde un país a otro sin tener que depender de las idiosincrasias del lugar en que se solicita su reconocimiento y ejecución.⁷² Precisamente por el objetivo principal que tiene la Convención de NY, y por las enormes dificultades que presenta el concepto de orden público, nacional, internacional, sustantivo, procesal, etc., no solamente en el campo de la doctrina internacional, sino especialmente en el campo de la jurisprudencia, tanto de países desarrollados como de los países en vías de desarrollo, es que nos inclinamos por abogar por una reforma de esas magnitudes.

V

Conclusiones

América Latina en general cuenta con modernos instrumentos que favorecen de manera clara la circulación internacional de los laudos. Lo que todavía sigue faltando es que estos instrumentos modernos sean interpretados por la jurisprudencia latinoamericana con criterios internacionales, especialmente en los casos en que entes estatales son condenados por laudos.

Indiscutiblemente la Convención es uno de los tratados internacionales de mayor éxito en la historia, pero el orden público sigue siendo su talón de Aquiles. El hecho de que sean pocos los casos en que la causal referente al orden público se ha opuesto con éxito, no es motivo de celebración ni de triunfo. Por el contrario, nos hace cuestionarnos su verdadera importancia ¿Realmente se justifica la existencia de este concepto tan impreciso como causal de denegación de los laudos arbitrales internacionales?

⁷¹ PARK William W. and YANOS Alexander A.; Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts in International Arbitration. Hastings Law Journal, University of California, Vol. 58, No 2, December 2006, p. 287.

⁷² *Ibidem*.

Tenemos la impresión de que por el hecho de haber lidiado la doctrina durante 50 años con este concepto tan impreciso, se pretende justificar su permanencia en virtud de los avances logrados hacia su uniformidad. Sin embargo, ello en nada evita la continua invitación a que en el futuro se siga utilizando como mera excusa para retrasar o impedir la ejecución del laudo arbitral cuya validez, no sólo procuró el tribunal arbitral escogido de acuerdo con la voluntad de las partes, sino que también quedó sometida al control de las autoridades de la jurisdicción que las partes, directa o indirectamente, escogieron como lugar del arbitraje.

Si los Estados aceptan la ausencia de dicho concepto en el Convenio CIADI que es de fecha posterior y cuyos arbitrajes siempre involucran como parte al Estado, y si Venezuela pudo excluir de la Ley de Derecho Internacional Privado el *orden público sustantivo* como causal de denegación del exequátur de la sentencia judicial ¿por qué sería tan difícil lograrlo con la Convención de NY?

Ni los 50 años de éxito de la Convención de NY, ni la uniformidad alcanzada en cuanto a la noción de orden público en el contexto internacional pueden servir de excusa o justificación para resignarnos y dejar de modificar lo que corresponde.