

ARBITRABILIDAD Y ORDEN PÚBLICO

Por Roque J. Caivano

Revista de Derecho Foro Jurídico, Universidad Católica del Perú, N° 12, Lima, 2011, ps. 62 y ss.

1. INTRODUCCIÓN

Es sabido que el arbitraje, como método “alternativo” de resolución de conflictos, ha tenido en las últimas décadas, una formidable evolución, especialmente en materia internacional. Esa evolución es claramente perceptible en varios aspectos: el convenio arbitral instrumentado como una cláusula dentro del contrato principal, originariamente apenas un antecedente para la ulterior celebración del necesario compromiso arbitral, ha pasado a ser autosuficiente, y relativamente inmune a los vicios que puedan afectar al contrato;¹ la ejecución extraterritorial de los laudos arbitrales se ha facilitado de manera extraordinaria, gracias a la Convención de Nueva York de 1958;² el arbitraje ha ganado en autonomía, limitándose cada vez las facultades de control del Poder Judicial sobre las decisiones de los árbitros;³ es generalmente admitido que los árbitros pueden dictar medidas cautelares,⁴ y que inclusive ellas pueden ejecutarse extraterritorialmente al amparo de la Convención de Nueva York.⁵

Con todo, uno de los mayores avances se ha registrado en materia de “arbitrabilidad”: cuestiones que hace algunas décadas eran consideradas insusceptibles de resolverse por la vía del arbitraje, van siendo paulatinamente admitidas como materias “arbitrables”. A raíz de ello, el elenco de materias que pueden someterse válidamente a arbitraje ha sufrido una notoria expansión, de la que procuraremos dar cuenta en este trabajo.

1.1. *La jurisdicción arbitral: concepto y origen*

Históricamente negado o relativizado, hoy es uniformemente admitido que las funciones que recaen en los árbitros revisten naturaleza jurisdiccional. Tanto la

¹ Lo primero, merced a la adopción del concepto de “acuerdo” o “convenio” arbitral único, en reemplazo del doble juego de “cláusula compromisoria” y “compromiso arbitral”; lo segundo, por la generalizada recepción legislativa del principio de “separabilidad” del acuerdo arbitral. Hemos desarrollado el tema, *in extenso*, en CAIVANO, Roque J.: *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*, ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

² Se dice que, gracias a esta Convención, un laudo arbitral es, internacionalmente, más fácil de ejecutar que una sentencia judicial (HASCHEER, Dominique: “Les recours judiciaires concernant les sentences (reconnaissance, exécution, annulation)”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, año 4, N° 12, enero-marzo de 2007, ps. 136 y ss.).

³ Sobre el tema puede verse, CAIVANO, Roque J.: “El control judicial en el arbitraje. Apuntes para una futura reforma de la legislación argentina”, *Rev. La Ley*, 2008-D, ps. 1274 y siguientes.

⁴ Ver, CAIVANO, Roque J.: “Sistemas cautelares en arbitraje”, *Revista de Derecho Procesal*, ed. Rubinzal-Culzoni, vol. 2010-1, abril de 2010, ps. 255 y siguientes.

⁵ Ver, CAIVANO, Roque J.: “La Convención de Nueva York y la ejecución de las medidas cautelares”, en la *Colección Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*, ed. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2009, ps. 25 y siguientes.

doctrina,⁶ como la jurisprudencia,⁷ reconocen sin rodeos que los árbitros (sean de derecho o de equidad) también ejercen jurisdicción. Ello a partir de razonar que, aunque no formen parte del Poder Judicial, los árbitros cumplen una función sustancialmente idéntica a la de los jueces estatales: administran justicia, “dicen o declaran el derecho”, juzgan y resuelven de manera vinculante y definitiva una situación de conflicto, mediante un acto revestido de autoridad. Como se ha dicho, “la situación jurídica que expresa el árbitro es una especie de la jurisdicción; porque ésta, por definición, es un poder-deber atribuido a órganos estructural y funcionalmente imparciales, apta para producir la máxima certeza oficial sobre el objeto del proceso”.⁸

El punto de partida para ese reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional de la función de los árbitros es que sus decisiones están dotadas del efecto de la cosa juzgada. Cuando un tercero tiene la atribución de resolver, sea un magistrado judicial o un árbitro, los efectos que origina su decisión son los mismos. La sentencia, con independencia de la naturaleza pública o privada del juzgador, adquiere –por imperio de la ley– la calidad de un acto de autoridad, susceptible de ser ejecutado forzosamente. En el caso de un laudo arbitral, si bien quien lo dicta no puede –por sí mismo– hacerlo cumplir de manera compulsiva, existe el remedio en la propia norma, que impone a los jueces la obligación de prestar el auxilio de su *imperium* para obligar al reuente a observar lo decidido por el árbitro, siguiendo el mismo mecanismo que para las sentencias judiciales.⁹ En otras palabras: no importa si la decisión ha emanado de un juez que tiene el poder que le confiere su condición de órgano del Estado o de un particular que ha obtenido esas atribuciones por su designación como árbitro. El origen –privado y convencional– de la función jurisdiccional que ejercen los árbitros no constituye argumento suficiente para restarle eficacia a sus decisiones porque, en última instancia, la jurisdicción que estos detentan está sostenida por el ordenamiento legal que respalda la institución del arbitraje. Este respaldo se observa en el reconocimiento de la facultad de los

⁶ Ver, por ejemplo, CAIVANO, Roque J.: *Arbitraje*, ed. Ad Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2000, p. 100; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURU YZAGA, Manuel Diego: *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, ed. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1994, ps. 42 y siguientes (aunque destacan la esterilidad de la discusión); CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 119; FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: *Traité de l'arbitrage commercial international*, ed. Litec, París, 1996, p. 792; OPPETIT, Bruno: *Teoría del arbitraje*, ed. Legis, Bogotá, 2006, p. 57; REDFERN, Alan y HUNTER, Martin: *Law and practice of international commercial arbitration*, ed. Sweet & Maxwell, 4ª edición, Londres, 2004, p. 10; RIVERA, Julio César: *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 62 y siguientes.

⁷ En Argentina: CNCom., Sala D, 20/04/1992, *in re* Blanco, Guillermo y otros c. Petroquímica Bahía Blanca S.A., LexisNexis on line, N° 70003765; CSJN, 27/12/1974, *in re* Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Sargo S.A., Rev. Fallos, 290: 458; CSJN, 11/11/1997, *in re* Yacimientos Carboníferos Fiscales, Rev. Fallos, 320: 2379; CSJN, 31/05/1999, *in re* Rocca, J. C. c. Consultara S.A., Rev. Fallos, 322: 1100. En Colombia: Corte Constitucional, 14/03/2007, Sentencia SU-174/2007, Expte. T-980.611. En España: Tribunal Constitucional, 28/10/1993, Auto 36/1993. En Perú: Tribunal Constitucional, 28/02/2006, *in re* Cantuarias Salaverry, Fernando, Expte. 6167-2005-PHC/TC.

⁸ BARRIOS DE ANGELIS, Dante: “Sistema y estructuras del arbitraje comercial internacional”, en PERRET, Louis y MONTOYA ALBERTI, Ulises (coords.): *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español, Liber Amicorum en homenaje a Ludwick Kos Rabcewicz Zubkowski*, ed. Cultural Cuzco, Lima, 1989, ps. 569 y siguientes.

⁹ GIUSTI, Gilberto: “O Arbitro e o juiz: da função jurisdiccional do árbitro e do juiz”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, N° 5, enero-marzo de 2005, ps. 7 y siguientes.

particulares de sustraer determinadas contiendas de la jurisdicción de los jueces estatales para otorgarlas a otros particulares y, especialmente, en el otorgamiento a la decisión arbitral del mismo *status* jurídico que a las sentencias judiciales, poniendo a su disposición el aparato estatal de coerción para perseguir su cumplimiento forzado.¹⁰

Sin embargo, la fuente de la que los árbitros obtienen ese poder de juzgar no es la misma de donde proviene la jurisdicción de los jueces estatales. Como se ha explicado, “el juez obtiene su poder de la ley. Ese poder es institucional. No necesita justificar frente a las partes de dónde proviene su *imperium*. El juez decide en nombre del Pueblo o del Rey o de la República, pero en todo caso, a nombre de una soberanía para la cual la Justicia es un atributo esencial. Su autoridad le es delegada en forma permanente (...) El árbitro, al contrario, no está investido más que de una competencia atribuida; del carácter mixto de su naturaleza deriva una ambigüedad en cuanto al origen de sus poderes: la ley, de una parte, y la voluntad de las partes, de la otra”.¹¹

Usualmente, el arbitraje tiene una génesis convencional: las atribuciones de los árbitros nacen, en la mayoría de los casos, de un acuerdo de voluntades, conocido como acuerdo, cláusula o convenio arbitral. Esta estipulación implica el sometimiento de las partes a la decisión de árbitros respecto de aquellas cuestiones que ellas mismas han identificado, generalmente por su vinculación con una relación jurídica sustantiva. Las partes convienen allí que ciertas controversias serán resueltas por árbitros, lo que significa que renuncian a que esas cuestiones sean decididas por los tribunales de justicia,¹² y le asignan funciones y facultades jurisdiccionales a particulares (los árbitros). La suscripción de dicho acuerdo, en consecuencia, acarrea dos efectos principales: uno “negativo” y otro “positivo”.¹³ En virtud del primero, los jueces estatales devienen incompetentes para intervenir en la resolución de aquellos conflictos que hayan sido sometidos a arbitraje;¹⁴ en virtud del segundo, se atribuye jurisdicción a los árbitros a fin de que ellos resuelvan las controversias que se les someten, incluyendo la facultad de decidir sobre su propia competencia.¹⁵

1.2. *Los límites de la jurisdicción arbitral. La noción de “arbitrabilidad”*

Aun cuando, como dijimos, los árbitros ejercen una función esencialmente jurisdiccional, su jurisdicción no es exactamente igual a la de los jueces. Entre otras

¹⁰ MORELLO, Augusto M.: *El arbitraje. Sus desafíos*, ed. Lajouane, Buenos Aires, 2005, p. 30.

¹¹ LAZAREFF, Serge: “L’arbitre est-il un juge?”, en *Liber Amicorum Claude Reymond*, ed. Litec, París, 2004, ps. 173 y siguientes. [Traducción libre del autor]

¹² CARBONNEAU, Thomas E.: “The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreements”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, N° 4, 2003, ps. 1189 y siguientes.

¹³ El acuerdo arbitral es un contrato bilateral en el que las partes son, al mismo tiempo, acreedoras y deudoras de Odos obligaciones principales: una de “no hacer”, consistente en no someter los conflictos a los tribunales estatales, y otra de “hacer”, consistente en someter la controversia presente o futura a la solución mediante arbitraje. SILVA ROMERO, Eduardo (dir.): *El contrato de arbitraje*, ed. Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, ps. 525 y 695.

¹⁴ FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: *Traité de l’arbitrage commercial international*, ed. Litec, París, 1996, p. 416.

¹⁵ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle: “Qui contrôle l’arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d’efficacité” en *Liber Amicorum Claude Reymond*, ed. Litec, París, 2004, ps. 153 y siguientes.

Igualmente, FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN: op. cit., p. 395.

diferencias –que, sin embargo, no alteran la similitud sustancial entre ellos, consistente en resolver de manera vinculante y obligatoria– interesa aquí destacar que la jurisdicción judicial tiene carácter imperativo y amplio (no depende de un acto voluntario de adhesión ni tiene límites respecto de las materias que pueden someterse a su decisión), mientras que la jurisdicción arbitral es generalmente voluntaria y limitada. Los límites de la jurisdicción arbitral son de dos órdenes: algunos provienen de su condición de jurisdicción privada; otros, de su origen voluntario. Las primeras son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, están dirigidas a las partes e implican una restricción a su autonomía de la voluntad: no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen. Las segundas son las limitaciones que las propias partes imponen, están dirigidas a los árbitros y se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias.¹⁶

Es por ello que, para determinar el alcance de la jurisdicción arbitral en un caso dado, es necesario efectuar un doble análisis sucesivo: en primer lugar, sobre la validez de la cláusula arbitral; en segundo lugar –y en caso afirmativo respecto de la anterior– sobre el alcance de esa estipulación. En ambos casos, el análisis debe hacerse tanto en el aspecto subjetivo como material. En otras palabras: para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, deben verificarse varios presupuestos. El acuerdo arbitral debe ser: (i) Válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva); (ii) Válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva); (iii) Obligatorio en sentido material: debe haber identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo); y (iv) Obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser partes en el arbitraje y quienes han sido partes en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo).

En relación con el tema que nos ocupa en este trabajo, la primera de las cuatro condiciones mencionadas es la cuestión principal a analizar: ¿en qué consiste la arbitrabilidad y cómo se determina?

La noción de arbitrabilidad apunta a definir, teniendo en cuenta el carácter limitado de la jurisdicción arbitral, respecto de qué cuestiones puede pactarse el desplazamiento de la jurisdicción judicial hacia árbitros y quiénes están legalmente habilitados para hacerlo. Arbitrabilidad es una cualidad de lo que es arbitrable, lo que significa “que es susceptible de ser arbitrado”, término aplicable a las materias (arbitrabilidad objetiva) y a las personas (arbitrabilidad subjetiva).¹⁷ La arbitrabilidad objetiva es, en sustancia, la condición de una disputa que la hace susceptible de ser sometida a decisión de árbitros, lo cual implica, en otras palabras, que no se trate de

¹⁶ Como principio, la renuncia o el desplazamiento de la jurisdicción judicial a favor de los árbitros alcanza – subjetivamente– a quienes fueron parte de esa estipulación y –objetivamente– a todas las cuestiones que acordaron someter a juicio de los árbitros.

¹⁷ JARROSSON, Charles: “L’arbitrabilité: présentation méthodologique”, *Revue de jurisprudence commerciale*, enero 1996, p. 1. El autor aclara que, en su opinión, la única y verdadera arbitrabilidad es la objetiva (es la aptitud de un litigio de formar parte del objeto de un arbitraje) y que la arbitrabilidad “subjetiva” es un abuso del lenguaje. No obstante, lo utilizamos por razones de “comodidad gramatical”.

aquellas sujetas a jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales.¹⁸ Es el concepto que permite ubicar la frontera que divide la autonomía de la voluntad de las partes para pactar el sometimiento de sus controversias a arbitraje y la imperativa e irrenunciable jurisdicción del Estado o, como se ha dicho, “el punto donde finaliza la autonomía de la voluntad y comienza la misión adjudicatoria pública”.¹⁹

La primera conclusión que emana de lo dicho es que no cualquier cuestión litigiosa puede ser resuelta por árbitros. Hay algunas que son reservadas al conocimiento exclusivo de los tribunales judiciales.

La arbitrabilidad o no de una determinada materia depende, fundamentalmente, de la legislación de cada país. Hay en ello una cuestión de política legislativa: cada legislador define qué materias pueden resolverse por arbitraje y cuáles son de competencia judicial exclusiva.²⁰

Lo cierto es que no existe ningún país –al menos que nosotros conozcamos– en el cual sea arbitrable cualquier controversia. Existe un entendimiento generalizado acerca de que cierto tipo de conflictos deben quedar reservados a los tribunales judiciales y que, respecto de ellos, no es lícito que las partes los sometan a decisión de árbitros.²¹ Por ejemplo, se reconoce casi universalmente que las cuestiones relativas a derechos personalísimos nacidos del Derecho de familia (por ejemplo, divorcio o filiación), o las penales (entendidas como las derivadas de la prosecución y punición de los delitos), entre otras, no pueden ser decididas por árbitros.²²

Las legislaciones suelen definir el elenco de materias arbitrables estableciendo un criterio general,²³ sobre la base de la naturaleza de los derechos involucrados en la controversia. Para ello, recurren a distintas calificaciones: algunas aluden al carácter

¹⁸ NAKAMURA, Tatsuya: “Arbitrability and the *lex arbitri*”, Mealey’s International Arbitration Report, vol. 17, N° 3, marzo de 2002, ps. 29 y siguientes.

¹⁹ CARBONNEAU, Thomas E. y JANSON, François: “Cartesian logic and frontier politics: French and American concepts of arbitrability”, Tulane Journal of International and Comparative Law, vol. 2, N° 1, 1994, ps. 193 y siguientes. [Traducción libre del autor]

²⁰ “[L]a arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae* se refiere a la facultad de los árbitros de decidir una diferencia en razón de la materia (...) [T]odos los derechos nacionales consagran limitaciones a las materias que pueden arbitrarse pero los Estados difieren en el concepto de lo que puede ser arbitrable de acuerdo con sus políticas económicas y sociales, su orden público o su consideración sobre el arbitraje, que incluso varían en el tiempo. Así, cada Estado reserva temas sensitivos a su ordenamiento para los jueces”. MARZORATI, Osvaldo: “Los límites del acuerdo arbitral”, Rev. La Ley, 17/03/2010, ps. 1 y siguientes.

²¹ Aun dentro del campo de las materias patrimoniales, hay algunas que se consideran “sensibles”, respecto de las que la disponibilidad de los derechos es incierta y donde el orden público tiene una cierta tendencia a intervenir. LEE, João Bosco: *Arbitragem Comercial Internacional nos países do Mercosul*, ed. Juruá, Curitiba, 2002, p. 66.

²² Algunos autores, como Idot, aluden a estas como “cuestiones no-arbitrables *per se*” (IDOT, Laurence: nota al fallo “Ganz”, Revue de l’arbitrage, 1991, N° 3, ps. 481 y siguientes). En rigor de verdad, parece más bien que se trata de materias en las que la no-arbitrabilidad aparece más evidente que en otras (HANOTIAU, Bernard: “L’arbitrabilité et la faveur arbitrandum: un réexamen”, Journal du Droit international, N° 4, 1994, p. 940).

²³ En la exposición de motivos de la nueva ley española de arbitraje (N° 60 de 2003) se explica que se ha considerado “innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales”.

patrimonial;²⁴ otras se refieren a derechos de contenido económico;²⁵ otras toman el concepto de la transigibilidad;²⁶ y finalmente otras condicionan la arbitrabilidad a la disponibilidad de los derechos, sea bajo la fórmula de derechos “patrimoniales disponibles”,²⁷ o con la sola referencia a su carácter disponible.²⁸

2. ARBITRABILIDAD Y ORDEN PÚBLICO

En la práctica, suele objetarse la arbitrabilidad de determinadas cuestiones por invocarse, como aplicables al caso, normas “de orden público”. Se argumenta que la naturaleza de orden público de una norma implica que su interpretación y aplicación están fuera del alcance de la jurisdicción de los árbitros y que sus disposiciones sólo pueden ser interpretadas y aplicadas por los magistrados judiciales.

Luego de intentar precisar el alcance de la expresión “orden público”, estudiaremos el tratamiento que este tema ha tenido en el derecho comparado, principalmente en Francia y en los EE.UU., donde ha sido objeto de un meduloso análisis jurisprudencial y doctrinario. De ese análisis, anticipamos, se concluirá que la afirmación del párrafo precedente es errónea.

2.1. *La escurridiza noción de “orden público”*

La noción de orden público es, reconocidamente, una de las más difíciles de definir.²⁹ Se ha dicho que se trata de un concepto “camaleónico”, susceptible de promover interpretaciones equivocadas;³⁰ que se presenta como una noción muy difusa, amplia e imprecisa, que varía de un momento histórico a otro y de una nación a otra;³¹ inasible y ligado a las ideas que predominan en la sociedad, variable, por

²⁴ Tal es el caso de la legislación suiza (Ley Federal de Derecho Internacional Privado, de 1987), artículo 177.1.

²⁵ La legislación alemana (Código Procesal Civil, según ley de 1997) indica que puede ser sometido a arbitraje cualquier reclamo que involucre un interés económico o, en caso de no reunir esta condición, si se trata de derechos respecto de los cuales las partes pueden transigir. Luego excluye expresamente del arbitraje a litigios sobre la existencia del arrendamiento de una vivienda situada en el territorio alemán, y finalmente aclara que estas disposiciones no afectan a ninguna otra norma legal en virtud de la cual ciertas diferencias no pueden, o puedan solamente bajo ciertas condiciones, ser sometidas a arbitraje (artículo 1030).

²⁶ Código Procesal Civil austríaco, artículo 577, inciso 1; Código Judicial belga, artículo 1676, inciso 1º; Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano (Decreto N° 1818 de 1998), artículo 115; Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador de 1997, artículo 1º; Código Procesal civil italiano, artículo 806; Ley de Arbitraje de Paraguay (N° 1879 de 2002), artículo 2; Ley sueca de arbitraje de 1999, artículo 1º; Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela (de 1998), artículo 3º.

²⁷ Ley de Arbitraje de Brasil (N° 9307 de 1996), artículo 1º; Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica (N° 7727 de 1997), artículos 2 y 18.

²⁸ Ley boliviana de Arbitraje y Conciliación N° 1770/96, artículo 3; Ley española de arbitraje (N° 60 de 2003), artículo 2º, inciso 1; Código Civil francés, artículo 2059; Ley de Arbitraje de Guatemala (Decreto N° 67 de 1995), artículo 3, inciso 1; Código de Procedimiento Civil holandés (según ley de arbitraje de 1986), artículo 1020, inciso 3; Ley de Arbitraje, Conciliación y Mediación de Panamá (Decreto-Ley N° 5 de 1999), artículo 2; Ley de Arbitraje de Perú (Decreto Legislativo N° 1071/2008), artículo 2.1.

²⁹ MORENO RODRÍGUEZ, José A.: “Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur”, Rev. Lima Arbitration, N° 2, 2007, ps. 63 y siguientes.

³⁰ PARK, William W.: “Por que os tribunais revisam decisões arbitrais”, Revista de Arbitragem e Mediação, septiembre-diciembre de 2004, p. 174.

³¹ JIMÉNEZ LARRAIN, Fernando: “La noción de orden público en la Constitución Política”, Rev. de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 63, 2001, tomo I, p. 105.

tanto, en el espacio y en el tiempo.³² La dificultad en definir y precisar el concepto de orden público “ha desesperado a los juriconsultos que se han ocupado del tema” y las definiciones que se han intentando “adolecen de una vaguedad desconcertante”,³³ por lo que su significado sigue estando en una “oscuridad desalentadora”.³⁴

Una dificultad adicional para intentar una definición de orden público se presenta a partir de que todas las ramas del Derecho se refieren a él, desde perspectivas diferentes, en atención a su alcance y a los valores que se intenta proteger en cada una de ellas. Y de un tiempo a esta parte –quizá por la dificultad en hallar una definición que englobe todo lo que en él se pretende hacer entrar– la noción de orden público ha comenzado a adjetivarse, de modo que ya no se habla de orden público “a secas”. Así se alude a orden público del Derecho Privado, diferenciándolo del orden público del Derecho Público; orden público interno, contrastante con el orden público internacional; orden público político, social o económico; orden público sustantivo o material versus orden público procesal, etcétera.³⁵ Ello sin contar con la distorsionada utilización gramatical del concepto: “orden público” es utilizado a veces como sustantivo, convertido en el núcleo desde el punto de vista sintáctico, mientras que en otras ocasiones se recurre a esa expresión para adjetivar a otro sujeto.³⁶

Para complicar aun más el panorama, hoy se admite una categoría diferente de orden público, conocida en doctrina como “orden público de protección”, en contraposición con la que se denomina usualmente “orden público de dirección”. A diferencia de este último –que tiende a preservar las reglas y principios fundamentales sobre los cuales reposa la sociedad, ya sean morales, políticos, económicos o sociales– el orden público de protección está enderezado a proteger, en el ámbito de las relaciones contractuales, a una categoría de personas que, en razón de una situación de inferioridad a la hora de negociar las cláusulas del contrato, son merecedoras de una tutela legal que las ponga a cubierto de imposiciones abusivas o arbitrarias.³⁷ La diferencia, aun siendo una cuestión de graduación, es importante. En el primer caso, se trata de la intención de preservar ciertos principios que se consideran esenciales pues afectan el interés general, entendido como el interés de toda la sociedad. En el segundo, se buscan proteger intereses puramente individuales, aunque la protección no se otorga a una persona en particular sino a todos los que se encuentren en esa categoría –trabajador, consumidor, jubilado, etcétera– en atención a razones de equidad, lo que implica

³² BELLUSCIO, Augusto C. y ZANNONI, Eduardo A. (dirs.): *Código Civil anotado*, ed. Astrea, 4ª reimpresión, Buenos Aires, 1993, p. 103, con cita de AUBRY et RAU.

³³ BORDA, Guillermo A.: “Concepto de ley de orden público”, *Rev. La Ley*, 58, ps. 997 y siguientes.

³⁴ OCTAVIO, Rodrigo: *Direito Internacional Privado*, ed. Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1942, p. 145.

³⁵ GONZALO QUIROGA, Marta: “Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional”, Memoria para optar al grado de Doctor, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2001, p. 51.

³⁶ Por un lado, se dice que “el orden público ha sido violado” o que mediante tal o cual medida “se intenta proteger el orden público”; por el otro, se habla de “norma de orden público”. Algunos distinguen entre orden público-institución y orden público-objeto (DE LA FUENTE, Horacio H.: *Orden Público*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 16). De cualquier manera, el entendimiento común es que en ambos casos estamos hablando del bien jurídico que se está protegiendo, que en definitiva no es otra cosa que el interés general.

³⁷ GHESTIN, Jacques: *Traité de Droit Civil. Les Obligations. Le Contrat: Formation*, ed. LGDJ, París, 1988, N° 778 y siguientes.

que detrás de las reglas de protección de intereses individuales muchas veces se encuentra un interés social.³⁸

En definitiva, podemos señalar que el orden público –en general– traduce la preeminencia del interés general (público o social) por encima del interés puramente individual.³⁹ Y utiliza, como herramienta para lograr la tutela de ese interés general, la imperatividad de ciertas normas.⁴⁰ Coincidentemente, se señala que por orden público se entiende un conjunto de principios, implícita o explícitamente reconocidos en el ordenamiento jurídico, que por ser considerados fundamentales, se imponen imperativamente, excluyendo cualquier validez a las relaciones jurídicas voluntarias que sean contrarias a ellos.⁴¹ En el contexto de las causales que autorizan a denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, el orden público ha sido definido como la noción de moralidad y justicia de un Estado.⁴²

El orden público sería, así, la institución de la cual se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar la vigencia y la preeminencia de los intereses colectivos o generales de la sociedad, objetivo que se logra limitando la autonomía de la voluntad.⁴³

En una primera aproximación, son claramente identificables en la noción de orden público –como calificativo aplicado a una norma–, dos componentes. Por un lado, una situación de base que inspira, motiva o justifica la norma; por el otro, el efecto que esa norma produce. El primer componente, como es obvio, es la existencia de un interés general o público, que el legislador interpreta –en tanto representante del conjunto de la sociedad– y que considera necesario atender de alguna manera, sea corrigiendo o preservando la situación existente.⁴⁴ El segundo, en cambio, es el

³⁸ GHESTIN, Jacques: op. y loc. cit. Asimismo, se ha dicho que “el orden público de protección es aquel que tiende a resguardar a una de las partes, pero también –y principalmente– el equilibrio interno de los contratos [y] está constituido por normas que tutelan ciertos intereses particulares cuando la sociedad les concede especial y fundamental trascendencia”. ZAGO, Jorge A.: “Orden público de protección. Alcance y sentido. Su correcta aplicación respecto del artículo 29 bis ley 23091”, Rev. Jurisprudencia Argentina, 2004-III, ps. 440 y siguientes.

³⁹ CARABIBER, Charles: *L'arbitrage international de Droit Privé*, ed. LGDJ, París, 1960, p. 119. En la doctrina argentina se ha dicho que “una cuestión es de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las cuales sólo juega un interés particular”. BORDA, Guillermo A.: “Concepto de ley de orden público”, Rev. La Ley 58, ps. 997 y siguientes.

⁴⁰ “En las leyes de orden público el legislador declara, expresa o implícitamente, que en la norma que dicta está comprometido el orden público –esto es, el interés general–, lo que significa atribuirle, en especial, la nota de imperatividad que permitirá que la ley prevalezca sobre la voluntad de los particulares”. DE LA FUENTE, Horacio H.: *Orden Público*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 28.

⁴¹ STRENGER, Irineu: *Comentários á ley brasileira de arbitragem*, ed. LTR, San Pablo, 1998, p. 23.

⁴² US Court of Appeal for the Second Circuit, 23/12/1974, *in re* Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Generale de l'industrie du Papier (Rakta), 508 F.2d 969 (2nd Cir. 1974).

⁴³ “Para cumplir con la finalidad de proteger y hacer prevalecer el interés general de la sociedad, ante el peligro de que los particulares puedan afectarlo o impedir su efectiva vigencia, el orden público produce efectos jurídicos predeterminados por el sistema, que actúan como limitativos de la autonomía de la voluntad, como por ejemplo, la imperatividad de las normas, la irrenunciabilidad de los derechos o la nulidad de los actos infractores”. DE LA FUENTE, Horacio H.: *Orden Público*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 23.

⁴⁴ Se ha dicho que, como las disposiciones de policía imponen una traba a la actividad libre y al ejercicio de un derecho, deben ser muy justificadas, fundadas y necesarias, puesto que “imponer limitación a un derecho reconocido por la Constitución es, al menos, una lesión potencial, que sólo se concilia con la Constitución misma cuando no desnaturaliza ese derecho (...) Debe fundarse en un interés general evidente que imponga por necesidad la restricción”. BIELSA, Rafael: *Régimen jurídico de policía*, ed. La Ley, Buenos Aires, 1957, ps. 36 y 37.

mecanismo instrumental destinado a obtener el resultado que se pretende, consistente en hacer que las normas legales que atienden ese interés general no puedan ser dejadas de lado mediante una declaración de voluntad. Si se prefiere, el primer componente es la causa y el segundo el efecto.⁴⁵ El problema es que, en ocasiones, ambos conceptos se desdibujan, calificándose a una norma como “de orden público” sólo porque el legislador ha prohibido el pacto en contrario, confundiendo el medio instrumental –la imperativa observancia de las normas– con la razón que lo inspira –el interés general–, pasando el efecto o la consecuencia, a ser tomado como la misma esencia de la noción de orden público.⁴⁶ Por ello, desde un punto de vista conceptual, no es lo mismo “norma de orden público” que “norma imperativa”, pues la imperatividad puede no haber tenido como objeto la protección de un interés general.⁴⁷ De donde se sigue que si bien todas las normas de orden público son imperativas, no todas las normas imperativas son de orden público.⁴⁸

2.2. *El impacto del orden público sobre la arbitrabilidad*

El orden público tiene, en general, dos efectos sobre el arbitraje. En una primera fase, plantea un problema de arbitrabilidad, es decir, pone en tela de juicio la validez o ejecutabilidad del acuerdo arbitral celebrado por las partes.⁴⁹ En la fase final del arbitraje, opera como uno de los elementos que los tribunales judiciales están autorizados –y obligados– a controlar para reconocer plenos efectos a lo decidido por los árbitros: la violación al orden público es, en muchas legislaciones, tanto una causal de nulidad de los laudos,⁵⁰ como una causal que impide el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.⁵¹ Ciertamente, nos ocuparemos aquí sólo del primer supuesto.⁵²

De manera directa o mediante la utilización de expresiones que lo comprenden o lo presuponen, el orden público aparece como un concepto susceptible de afectar la

⁴⁵ “Los intereses generales no se identifican con el orden público-institución, sino que constituyen su objeto, son el bien jurídico protegido”. DE LA FUENTE: op. cit., p. 24.

⁴⁶ MAYER, Pierre: “La sentence contraire a l’ordre public au fond”, *Revue de l’arbitrage*, 1994, ps. 615 y siguientes.

⁴⁷ En contra, DE LA FUENTE: op. cit., ps. 34 y siguientes.

⁴⁸ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz: “Public Policy and arbitrability”, en *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*, International Council for Commercial Arbitration (ICCA) Congress Series, N° 3, ed. Kluwer, La Haya, 1987, p. 183.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Ley Modelo de UNCITRAL, artículo 34.2.b.ii: 2. “El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6° cuando (...) el tribunal compruebe (...) que el laudo es contrario al orden público de este Estado”. Esta norma se encuentra replicada en la mayoría de las leyes nacionales que han seguido la legislación modelo.

⁵¹ Ley Modelo de UNCITRAL, artículo 36.1.b.ii: “Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado (...) cuando el tribunal compruebe (...) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado”. En el mismo sentido, Convención de Nueva York de 1958, artículo V.2.b: “[S]e 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 (...) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”. Con idéntica redacción, Convención de Panamá de 1975, artículo 5.2.b.

⁵² Respecto del segundo, remitimos a CAIVANO, Roque J.: “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, en *Arbitragem Comercial Internacional*, ed. LTR, San Pablo, 1998, ps. 138 y siguientes. Asimismo, con mayor profundidad, CAMPBELL, Andrew M.: “Refusal to enforce foreign arbitration awards on public policy grounds”, *American Law Reports Federal*, ed. West Group, 1998, ps. 481 y siguientes.

arbitrabilidad. O al menos para justificar –al amparo de su ambigüedad– planteos de incompetencia o falta de jurisdicción de los árbitros. Sin embargo, es posible establecer algunas pautas que podrán servir para analizar con mayor rigor la incidencia del orden público sobre la arbitrabilidad y evitar que se convierta en el “fantasma” del arbitraje.⁵³

Una arraigada creencia de muchos abogados y jueces es suponer que las cuestiones que afecten el orden público o que se relacionen con él, no pueden ser sometidas a juicio arbitral.⁵⁴ Como veremos en los párrafos siguientes, esta proposición, así expresada, es incorrecta. En sí mismo, el orden público –entendido como el interés general que subyace como fundamento de una norma legal– nada predica sobre la arbitrabilidad de la cuestión.

3. ARBITRABILIDAD Y ORDEN PÚBLICO, A LA LUZ DE LA INTERPRETACIÓN PREVALECIENTE EN EL DERECHO COMPARADO

La interpretación que los tribunales y la doctrina de varios países –principalmente, EE.UU. y Francia– han efectuado en las últimas décadas acerca de la incidencia del orden público sobre la arbitrabilidad es un ejemplo de la evolución que comentamos al inicio de este trabajo.

3.1. Las soluciones propiciadas por la jurisprudencia y la doctrina francesas

El Código Civil francés determina la arbitrabilidad en términos semejantes a los que hemos señalado: en el artículo 2059 sienta el principio general: “Todas las personas pueden establecer compromiso sobre los derechos que se encuentran bajo su libre disposición”; y en el siguiente establece las excepciones: “no se pueden comprometer en árbitros las cuestiones de estado y de capacidad de personas, las relativas al divorcio y la separación de cuerpos o las que interesen a las colectividades públicas y los establecimientos públicos y, más generalmente, todas las materias que interesen al orden público” (artículo 2060).

La opinión prevaleciente de los tribunales franceses hasta mediados del siglo XX fue que no eran arbitrables las disputas que “involucraran” el orden público. Ejemplo de esta tendencia es el caso “Société Anonyme Agricole”, de 1954, en el cual la Corte de Apelaciones de París anuló un laudo que había resuelto una cuestión vinculada con la venta de cebada, con fundamento en que su precio estaba regulado legalmente y que, por tanto la controversia estaba vinculada a una cuestión que “interesa” al orden público. La Corte no analizó si la regulación legal había sido violada, juzgando que el arbitraje estaba prohibido por el solo hecho de que la controversia implicara el examen de una norma de orden público, y que las cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de esas disposiciones no podían ser resueltas por árbitros.⁵⁵

⁵³ La expresión, acuñada por Stempel, alude a la variabilidad y a la utilización caprichosa del concepto de orden público por los jueces, en función de su mayor o menor simpatía hacia el arbitraje. STEMPEL, Jeffrey W.: “Pitfalls of public policy: The case of arbitration agreements”, St. Mary’s Law Journal, vol. 22, 1990, ps. 259 y siguientes.

⁵⁴ Ver, por ejemplo, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, del año 1937, *in re* Cía. Ítalo Argentina de Electricidad c. Nación Argentina, Rev. Fallos 178: 293.

⁵⁵ Cour d’appel de Paris, 9/02/1954, *in re* Société Anonyme Agricole c. Torris, Revue de l’arbitrage, 1955, p. 2.

En esa misma época, con la sentencia dictada en el caso “Tissot”,⁵⁶ la Corte de Casación inició un cambio en la jurisprudencia, al dejar sin efecto una sentencia que había anulado un laudo por haberse pronunciado los árbitros sobre una cuestión de orden público. Se trataba, también, de un contrato de compraventa de cebada, adquirida a un precio superior al que luego fue, retroactivamente, fijado como máximo por el Estado. Al negarse el comprador a pagar el precio estipulado, el vendedor sometió la cuestión a arbitraje y los árbitros condenaron a aquel a pagar el precio pactado. En recurso ante los tribunales judiciales, la Corte de Apelaciones de París hizo lugar al planteo del demandado y anuló el laudo. La Corte de Casación, sin embargo, dejó sin efecto la sentencia de la Corte de Apelaciones, asumiendo que la cuestión –si el precio de venta era o no contrario a la legislación de emergencia– encuadraba dentro de aquellas que debían resolver los árbitros y que la Corte de Apelaciones no pudo haber anulado el laudo sin comprobar que, efectivamente, el precio pactado era superior al “tasado” legalmente. La interpretación de este precedente fue que los tribunales judiciales no deben atender a la mera invocación de una norma de orden público, sino analizar si la norma en cuestión ha sido efectivamente vulnerada.⁵⁷

Con esa misma línea argumental, la Corte de Apelaciones de París, en dos casos resueltos el 15 de junio de 1956, interpretó que, aunque en principio está prohibido someter a arbitraje cualquier conflicto que involucre el orden público, esta regla no significa que todas las controversias relativas a un contrato regido en algunos aspectos por normas de orden público estén, por esa razón, excluidas del juicio de árbitros. La regla tiene un alcance mucho más limitado y apunta a invalidar únicamente el acuerdo arbitral cuando éste está contenido en un contrato que se considera ilegal o nulo por contravenir el orden público. El acuerdo arbitral no es nulo porque la controversia simplemente “roce” cuestiones de orden público, sino solamente cuando el orden público haya sido efectivamente violado.⁵⁸

En este proceso de evolución, la jurisprudencia francesa reconoció la arbitrabilidad de una controversia, aunque concierna al orden público, siempre que no se refiera a la legalidad o ilegalidad de la transacción en cuestión, pudiendo los árbitros resolver disputas relativas al incumplimiento de contratos que se reputaban ilegales y a la determinación de los daños, pero no sobre la validez del contrato. Esta es la doctrina general de tres casos, conocidos como “Impex”, referidos a la exportación de cebada, que fueron resueltos por la Corte de Casación en 1971.⁵⁹ En una de esas decisiones, la Corte de Casación confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones que había declinado su jurisdicción para resolver sobre la validez del contrato y reenviado el caso al tribunal arbitral. Hizo notar que se trataba de un contrato internacional, al que no resultaban aplicables las restricciones a la arbitrabilidad basadas en el orden público contenidas en la legislación interna, y que el principio

⁵⁶ La referencia al fallo (Cour de Cassation, 29/11/1950, *in re* Tissot c. Neff) está tomada de ROBERT, Jean: *L'Arbitrage. Droit interne et droit international privé*, 6ª edición, ed. Dalloz, París, 1993, p. 28.

⁵⁷ HEBRAUD, Pierre: nota al fallo “Tissot”, *Revue Trimestrale du Droit Civile*, 1951, p. 106.

⁵⁸ Cour d’appel de Paris, 15/06/1956, *in re* Sigma c. Bezard; *idem*, *in re* Totaliment c. Comptoir Agricole du Pays Bas Normand. Años más tarde este mismo criterio fue aplicado por la Corte, en sentencia del 21 de febrero de 1964, *in re* Meulemans et Cie. c. Robert.

⁵⁹ Cour de cassation, sala Civil 1ª, 18/05/1971, *in re* Impex c. P.A.Z. Produzione Lavorazione, *Revue de l’arbitrage*, 1972, N° 1, p. 2.

de la autonomía del acuerdo arbitral y la exclusividad de la jurisdicción arbitral hacían conveniente derivar la cuestión a decisión de los árbitros, sujeto a la revisión judicial del laudo si se demostrara luego que contravino el orden público.⁶⁰

En otro caso, la Corte de Apelaciones de París declaró válido un laudo que, aunque referido a una cuestión relativa a la legislación sobre competencia, no violaba sus postulados. Una de las partes recurrió judicialmente un laudo arbitral, argumentando que, al estar en juego las leyes sobre competencia, los árbitros carecían de jurisdicción por involucrar la controversia una cuestión de orden público. La Corte de Apelaciones de París sostuvo que cuando, por el objeto de la cuestión, se invoca una violación del orden público, los árbitros deben indagar si esa violación existe y, si ella efectivamente existiera, deben declararse incompetentes y negarse a sancionarla. Por aplicación de esa regla, la Corte confirmó el laudo, al juzgar que el tribunal arbitral había estimado correctamente que la ley no había sido violada.⁶¹

La Corte de Apelaciones de Rennes confirmó este criterio en el caso “Auvinet”, también relativo al derecho de la competencia. Juzgó que el criterio para la determinación de la jurisdicción arbitral debe hallarse en el objeto del litigio y no en la naturaleza de las normas aplicables y que la cuestión era arbitrable por tratarse, en el caso, de un litigio cuyo objeto era la reparación de los perjuicios derivados de la violación de una cláusula contractual.⁶²

Más tarde, en el caso “Ganz”,⁶³ la Corte de Apelaciones de París admitió también que, en arbitrajes internacionales, los árbitros tienen competencia para juzgar su propia competencia y la arbitrabilidad de las cuestiones que se le someten – incluyendo la legalidad de las conductas de las partes– aun cuando se hubiese invocado la existencia de un fraude. Frente a un planteo de nulidad de un laudo fundado en la nulidad del acuerdo arbitral en razón de la no-arbitrabilidad de la cuestión por encontrarse involucrado el orden público, la Corte de Apelaciones de París recordó que los árbitros tienen competencia para resolver los cuestionamientos efectuados a su propia competencia y, por tanto, para resolver sobre la arbitrabilidad de la materia sometida a su decisión, inclusive si está en juego el orden público internacional. En tal sentido, dijo la Corte, los árbitros tienen facultades para aplicar las reglas de derecho relevantes de orden público, así como para sancionar su eventual violación, sujeto al control posterior del juez de la anulación. Asimismo, juzgó que, salvo supuestos de nulidad del acuerdo arbitral que inhiban de manera absoluta la competencia de los árbitros, los árbitros internacionales, cuya misión consiste en asegurar el respeto al orden público internacional, tienen el poder de sancionar los comportamientos contrarios a la buena fe. En el caso concreto, la

⁶⁰ Cour de cassation, sala Civil 1^a, 18/05/1971, *in re* Impex, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile, N° 161, p. 134.

⁶¹ Cour d’appel de Paris, 20/01/1989, *in re* Société Phocéenne de Dépôt c. Société des Dépôts pétroliers de FOS, Revue de l’arbitrage, 1989, p. 280.

⁶² Cour d’appel de Rennes, 26/09/1984, *in re* Auvinet S.A. c. S.A. Sacomi et Poirier, Revue de l’arbitrage, 1986, p. 442.

⁶³ Cour d’appel de Paris, 29/03/1991, *in re* Ganz c. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens, Revue de l’arbitrage, 1991, N° 3, p. 478.

Corte consideró que la imputación de fraude no es suficiente, en sí misma, para excluir la jurisdicción de los árbitros.⁶⁴

En comentario doctrinario a esta sentencia, Idot resalta tres afirmaciones relevantes de la Corte de Apelaciones: en primer lugar, que los árbitros tienen competencia para apreciar su propia competencia; en segundo lugar, que tienen la facultad de aplicar los principios y reglas de orden público; y, en tercer lugar, que tienen también facultades para sancionar su violación. En cuanto a la primera, no es sino una ratificación del principio *kompetenz-kompetenz* reconocido por la jurisprudencia francesa y actualmente incorporado en casi todas las legislaciones sobre arbitraje. La segunda es también la ratificación del criterio según el cual la no-arbitrabilidad no resulta del solo hecho de estar en juego disposiciones imperativas. La tercera, en cambio, es innovadora y avanza sobre el precedente “Société des Dépôts pétroliers de FOS”, donde se había negado a los árbitros la atribución de sancionar la violación al orden público. Elogiando la decisión, Idot concluye que los árbitros no tienen menos poder que los jueces y deben, como ellos, tener la posibilidad de anular un contrato o alguna de sus cláusulas si se viola el orden público o, inclusive, imponer los daños y perjuicios a la parte afectada. Su importancia radica en que, de mantenerse esta tendencia jurisprudencial, la no-arbitrabilidad será excepcional y el hecho de resultar aplicables normas imperativas o de orden público no será un obstáculo para reconocer la arbitrabilidad de la controversia, por lo que, salvo circunstancias de excepción, la arbitrabilidad de ciertos litigios dejará de ser un problema en Francia.⁶⁵

Unos años más tarde, la Corte de Apelaciones de París volvió a considerar el tema, en el caso “Labinal”.⁶⁶ Suscitada una divergencia entre las partes de un contrato de *joint venture*, una de las partes promovió demanda ante los tribunales judiciales de París, por violación a las normas que castigan la competencia desleal. La demandada opuso excepción de incompetencia, haciendo valer la cláusula arbitral contenida en el contrato. El tribunal judicial de primera instancia rechazó la excepción de incompetencia por considerar que las normas sobre competencia desleal son de orden público y, entrando al fondo de la controversia, constató la existencia de un acuerdo ilícito, violatorio de la legislación sobre competencia. La Corte de Apelaciones, en cambio, revocó esa decisión y declaró la incompetencia de los tribunales judiciales, reenviando el caso para ser resuelto por el tribunal arbitral. Sostuvo que la arbitrabilidad de una controversia no queda excluida por el solo hecho de que resulte aplicable una normativa de orden público, ya que los árbitros internacionales pueden juzgar su propia competencia y la arbitrabilidad del caso y disponen de facultades para aplicar esas normas y eventualmente sancionar su violación, sujeto al control del juez de la anulación. Afirmó igualmente que si bien la legislación sobre competencia tiene el carácter de ley de policía económica del derecho comunitario y que ello impide a los árbitros dictar medidas conminatorias o aplicar multas, éstos pueden, no obstante, juzgar las consecuencias civiles de un

⁶⁴ Este precedente, con reproducción parcial de sus términos, fue reiterado por el Tribunal el 12/01/1993, *in re* République de Cote d’Ivoire c. Norbert Beyrard, *Revue de l’arbitrage*, 1994, N° 4, ps. 685 y siguientes.

⁶⁵ IDOT, Laurence: nota al fallo “Ganz”, *Revue de l’arbitrage*, 1991, N° 3, ps. 481 y siguientes.

⁶⁶ Cour d’appel de Paris, 19/05/1993, *in re* Société Labinal c. Sociétés Mors et Wetland Aerospace, *Revue de l’arbitrage*, 1993, N° 4, p. 645.

comportamiento juzgado ilícito a la luz de leyes de orden público, aun si no todas las partes involucradas pueden ser llevadas al juicio arbitral.

Esta sentencia fue considerada como una “contribución decisiva al derecho del arbitraje” y la culminación de una jurisprudencia –que comenzó con el caso “Tissot” y siguió con el caso “Ganz”– que reconoce la arbitrabilidad de litigios en los que se invocan normas de orden público y la facultad de los árbitros de aplicar, y eventualmente sancionar, las violaciones a ellas. Estas facultades se basan en la propia naturaleza de los árbitros, que deben juzgar y aplicar las normas concernientes al caso, aunque sean de orden público, normas que, por revestir ese carácter, no pueden dejar de aplicar. Si bien el fallo se refiere al arbitraje internacional, es igualmente aplicable al arbitraje interno, porque el árbitro, sea local o internacional, debe solucionar el conflicto de conformidad con las reglas de derecho aplicable y aplicar las que sean de orden público. El árbitro procede en dos tiempos: aprecia en primer lugar su competencia verificando si el litigio es arbitrable según las reglas de orden público y, en caso afirmativo, aplica esas reglas de orden público y puede decretar todas las sanciones que no sean incompatibles con la naturaleza de sus poderes, estando en todos los casos su decisión sujeta al control del juez de la anulación.⁶⁷

El mismo año, la Corte de Apelaciones de París ratificó este criterio en el caso “Aplix”,⁶⁸ precisando los límites de la jurisdicción de los árbitros en relación con las normas y autoridades de la Comunidad Europea. En un caso vinculado al régimen de patentes industriales y al derecho de la competencia, la parte que resultó condenada en el laudo planteó un recurso de nulidad, invocando la no-arbitrabilidad del conflicto por versar sobre una cuestión de orden público comunitario e internacional. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso, recordando que la arbitrabilidad de un litigio no queda excluida por el solo hecho de ser aplicable una norma de orden público y que los árbitros tienen facultades para pronunciarse sobre su propia competencia y sobre la arbitrabilidad, y ratificando las atribuciones del tribunal arbitral de aplicar las normas de orden público y sancionar las eventuales contravenciones, sujeto a la revisión judicial ulterior. La Corte definió con mayor precisión el límite de las materias arbitrables en relación con las normas sobre defensa de la competencia. Por un lado, subrayó que el árbitro solamente puede aplicar las normas comunitarias que gozan de un efecto directo pleno y que la jurisdicción de los árbitros encuentra un límite en las atribuciones exclusivas de la Comisión de la Comunidad Europea sobre derecho de la competencia, ya que el carácter de ley de policía comunitaria no permite a los árbitros, frente a comportamientos contrarios a las normas contenidas en el Tratado, aplicar sanciones pecuniarias ni reconocer a una parte las excepciones particulares que las mismas normas admiten. Pero, por el otro, aclaró que los árbitros sí pueden, en cambio, determinar las consecuencias civiles de tales conductas. Aplicando al caso esos principios generales, concluyó que lo resuelto por los árbitros en el laudo no invadía la jurisdicción exclusiva de la Comisión, pues mientras ésta había declarado que el contrato celebrado entre las partes violaba ciertas normas comunitarias y

⁶⁷ JARROSSON, Charles: nota al fallo “Labinal”, *Revue de l'arbitrage*, 1993, N° 4, ps. 653 y siguientes.

⁶⁸ Cour d'appel de Paris, 14/10/1993, *in re* Société Aplix c. Société Velcro, *Revue de l'arbitrage*, 1994, N° 1, p. 164.

sancionó esas conductas, el tribunal arbitral había decidido sobre las consecuencias de esas conductas en el ámbito estrictamente contractual.

También en 1994, en el caso “Deko”,⁶⁹ la Corte de Apelaciones de París juzgó que una cuestión relativa a un contrato de explotación de patentes de invención era arbitrable, no obstante que la legislación sobre patentes atribuía jurisdicción exclusiva a la justicia estatal. Al rechazar el recurso de nulidad intentado contra el laudo, la Corte sostuvo que si bien la Ley de Patentes prevé que las controversias relativas a ellas son de jurisdicción de los tribunales judiciales, ello no obsta al recurso al arbitraje en los términos del Código Civil para ciertas cuestiones: sólo está prohibido para las materias que interesan al orden público, no siendo tales las controversias nacidas de un contrato de explotación, que se refieren a la interpretación o ejecución del contrato y que, por lo tanto, son arbitrables.

En nota al fallo, la doctrina explica que, siguiendo la línea de los precedentes ya comentados, la justicia francesa reiteró aquí su opinión de considerar arbitrables los conflictos que se relacionan con disposiciones de orden público, como lo son las normas sobre patentes de invención. Destaca la importante distinción efectuada por la Corte respecto de cuándo una cuestión relativa a una patente es arbitrable, aportando la justificación que subyace en esa distinción: la fuente convencional de la jurisdicción de los árbitros. Así, explica Jarrosson, como los árbitros obtienen su jurisdicción de una convención entre partes, sólo pueden juzgar las cuestiones que afectan sólo a esas partes y no las que afectan al público en general. De allí que los árbitros pueden resolver válidamente sobre el contrato relativo a la explotación de la patente, porque decidir una divergencia relativa al alcance de la concesión otorgada por el contrato no tiene efectos sino entre las mismas partes del contrato. Pero no pueden decidir sobre la patente en sí misma, porque decisiones sobre la validez o la extensión de ella trascienden la esfera del contrato y tienen efectos *erga omnes*.⁷⁰

En otros casos, se resolvió idénticamente que corresponde a los árbitros juzgar sobre su propia competencia en cuanto a la arbitrabilidad del litigio por invocación del orden público, no pudiendo excluirse esta atribución por el solo hecho de que una norma imperativa sea aplicable, ya que ellos disponen del poder de aplicar los principios y normas de orden público y de sancionar –sujeto al control del juez de la anulación– las eventuales violaciones a ese orden público.⁷¹

Como corolario de esa línea jurisprudencial, la conclusión es que los árbitros están habilitados, al menos inicialmente, para decidir tanto sobre el incumplimiento como sobre la validez de contratos que contravengan el orden público y, en general, sobre la legalidad de la conducta de las partes. Se explica que una interpretación razonable de la legislación permite distinguir dos tipos de situaciones: aquellas en las que la materia en sí misma es suficiente para considerar no-arbitrable a la controversia (como el divorcio) y aquellas (como las cuestiones relativas al fraude o a la ley anti-monopolio) que no pueden ser consideradas no-arbitrables *per se* o como cuestión de principio, y que deben ser decididas inicialmente por los árbitros, sin perjuicio de la ulterior revisión judicial para verificar la conformidad del laudo con

⁶⁹ Cour d’appel de Paris, 24/03/1994, *in re Deko c. G. Dingler et Meva*, Revue de l’arbitrage, 1994, N° 3, p. 515.

⁷⁰ JARROSSON, Charles: nota a la sentencia “Deko”, Revue de l’arbitrage, 1994, N° 3, ps. 519 y siguientes.

⁷¹ Cour d’appel de Paris, 10/09/1997, *in re Chambon c. Thomson CSF*, Revue de l’arbitrage, 1999, p. 121.

el orden público.⁷² La justificación que inspira esta solución es clara: impedir que el procedimiento arbitral sea interrumpido por cuestiones prejudiciales cada vez que una parte plantee una materia en que esté interesado el orden público.⁷³

3.2. *Las soluciones adoptadas por los tribunales norteamericanos, y un intento de regresión legislativa*

En los EE.UU., el concepto de arbitrabilidad ha sufrido también una extraordinaria evolución a favor del arbitraje,⁷⁴ aunque un proyecto de ley modificatoria de la Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act*) que está siendo tratado en el Congreso norteamericano, de sancionarse,⁷⁵ podría arrojar algunas dudas sobre la continuidad futura de esta tendencia.

En términos amplios, la Ley Federal de Arbitraje establece que un acuerdo arbitral incluido en contratos referidos a cuestiones marítimas o comerciales es válido, irrevocable y exigible, excepto cuando existan causales legales o de equidad para la anulación de los contratos en general.

La ley, en general, y esta disposición en particular, han sido interpretadas como un mandato legislativo en favor del arbitraje. Así se ha dicho que con esta norma se han revertido siglos de hostilidad judicial hacia el arbitraje, criterio originariamente impuesto por los tribunales ingleses y seguido luego por los tribunales norteamericanos como parte del *common law*.⁷⁶ La génesis de la ley permite confirmar que el Congreso quiso establecer en una norma legal la “hospitalidad” hacia el arbitraje y una preferencia general de este método por sobre el litigio judicial, al surgir del trámite parlamentario la clara intención de los legisladores de hallar una vía alternativa a las demoras y costos del juicio.⁷⁷ Ello, claro está, no implica que el legislador haya querido imponer el arbitraje de manera genérica e indiscriminada, sino que pretendió otorgar la posibilidad de obtener, a través del Poder Judicial, el cumplimiento coactivo de los acuerdos arbitrales contenidos en estipulaciones privadas, propósito que se logra reconociendo a un acuerdo arbitral el mismo *status* que cualquier otro contrato, evitando de ese modo la tradicional resistencia judicial a ejecutarlos e imponiendo a los tribunales una interpretación que, como mínimo, no sea contraria al acuerdo arbitral o restrictiva de su alcance.⁷⁸ Más aún, se ha dicho que el artículo 2 de la Ley Federal de Arbitraje traduce una política favorable al acuerdo arbitral y su principal efecto es crear una regla sustantiva aplicable a los acuerdos arbitrales que se encuentren dentro del ámbito

⁷² GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (eds.): *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, ed. Kluwer, La Haya, 1999, ps. 336, 337 y 339.

⁷³ MAYER, Pierre: “La sentence contraire a l’ordre public au fond”, *Revue de l’arbitrage*, 1994, ps. 615 y siguientes. En el mismo sentido, HÖELLERLING, Michael F.: “Arbitrability”, en *Commercial Arbitration for the 1990’s*, ed. American Bar Association, Chicago, 1991, ps. 1 y siguientes.

⁷⁴ Ver, en general, McLAUGHLIN, Joseph T.: “Arbitrability: Current trends in the United States”, *Arbitration International*, vol. 12, N° 2, 1996, ps. 113 y siguientes.

⁷⁵ Según la información que hemos podido obtener de los círculos académicos norteamericanos, esta norma tendría escasas chances de convertirse en ley.

⁷⁶ STURGES, Wesley A. y MURPHY, Irving O: “Some confusing matters relating to arbitration under the United States Arbitration Act”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 17, N° 3, 1952, ps. 580 y siguientes.

⁷⁷ US Supreme Court, 7/12/1953, *in re Wilko v. Swan et al.*, 346 U.S. 427 (1953), entre muchos otros.

⁷⁸ US Supreme Court, 4/03/1985, *in re Dean Witter Reynolds Inc. v. Byrd*, 470 U.S. 213 (1985).

de aplicación de la ley, consistente en interpretar las dudas sobre la arbitrabilidad de una materia en favor del arbitraje.⁷⁹

Dentro de la extensa casuística tratada por los tribunales norteamericanos, nos ha parecido interesante resaltar aquellos que, en alguna medida, pueden considerarse hitos jurisprudenciales en la determinación de las materias que se consideran arbitrables, enfocando de manera particular la cuestión tratada en este trabajo: la invocación de normas de orden público.

Uno de los puntos de partida de lo que se conoce como la doctrina del *favor arbitrandi* es el fallo que dictó la Corte Suprema de Justicia en el caso “Scherk v. Alberto-Culver Co”.⁸⁰ En el caso, una de las partes, que había obtenido de la otra ciertos derechos relativos a marcas sobre determinados productos, alegó que esos derechos eran cuestionables y que su contraparte, al haber asegurado fraudulentamente su firmeza, había violado la ley sobre transacciones de crédito (*Securities Exchange Act*). La Corte Suprema consideró que una cláusula arbitral incluida en un contrato internacional debe ser respetada en los términos de la Ley Federal de Arbitraje, si no existe alguna de las razones de las que pueda derivar la nulidad de cualquier otro contrato. La Corte comenzó recordando que las cláusulas de selección del foro son casi una condición necesaria en contratos internacionales, como única forma de evitar la incertidumbre nacida de las múltiples normas de conflicto que puedan ser aplicables y el peligro de que la controversia sea dirimida en un foro hostil a una de las partes o poco familiarizado con el tema a resolver. En ese contexto, añadió, la negativa de los tribunales a reconocer una cláusula arbitral internacional no sólo frustraría esos propósitos, sino que también invitaría a maniobras indecentes y mutuamente destructivas de las partes para obtener ventajas tácticas, perjudicando el comercio internacional y haciendo peligrar la voluntad de los hombres de negocios de involucrarse en transacciones internacionales. De lo que derivó que las cláusulas de selección de foro –como lo son las cláusulas arbitrales– deben ser respetadas, salvo cuando su invalidez sea evidente. Lo contrario, dijo la Corte, no sólo permitiría a una de las partes desconocer su solemne promesa (de resolver los conflictos por la vía del arbitraje) sino que reflejaría un concepto “parroquial” de los tribunales, pues implicaría que los conflictos internacionales deben ser resueltos conforme sus propias reglas.

En “Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth”,⁸¹ la Corte Suprema declaró arbitrables las cuestiones relativas a la legislación que protege la competencia (*Antitrust Act*). Sostuvo que la primera misión que cabe a un tribunal judicial al que se le pide una orden de remisión de las partes al arbitraje es verificar que las partes lo hayan pactado, determinación que debe hacerse aplicando los parámetros de interpretación previstos para los contratos en general. Sobre esa base, consideró que la Ley Federal de Arbitraje no contiene ninguna norma que pueda ser interpretada como un obstáculo al uso del arbitraje para resolver controversias fundadas en normas imperativas y que las cuestiones fundadas en la legislación antimonopolio son arbitrables. La fuerte presunción en favor de las cláusulas

⁷⁹ US Supreme Court, 23/02/1983, *in re* Moses H. Cone Hospital v. Mercury Constr. Corp., N° 81-1203, 460 U.S. 1.

⁸⁰ US Supreme Court, 17/06/1974, *in re* Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506.

⁸¹ US Supreme Court, 2/07/1985, *in re* Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth Inc., 473 U.S. 614.

libremente pactadas de elección del foro es reforzada por la política federal favorable al arbitraje, política que se aplica con especial énfasis en el ámbito del comercio internacional. La mera circunstancia de que el conflicto involucre esa clase de cuestiones, o la complejidad que ellas conllevan, no invalidan la cláusula arbitral ni puede asumirse que los árbitros pongan en peligro las normas contenidas en esa legislación. Tampoco puede derivarse de ello que los remedios que la ley establece deban ser inexorablemente aplicados por tribunales judiciales. Con todo, la Corte fue cuidadosa en señalar que no todas las controversias que se funden en normas imperativas son arbitrables, pues existen supuestos en que la intención del legislador de reservar en exclusividad el juzgamiento a tribunales judiciales es evidente. Pero no consideró que este fuese el caso. Puso de manifiesto que al acordar el sometimiento a arbitraje, las partes no están renunciando a los derechos sustantivos reconocidos por la ley: simplemente están sometiéndose, para la resolución de los conflictos que las involucren, a un tribunal arbitral en lugar de hacerlo a un tribunal judicial, lo que cambia los procedimientos usuales de los tribunales ordinarios por otros más sencillos, informales y rápidos. Aun reconociendo que la legislación antimonopolio reviste una importancia fundamental para el sistema legal norteamericano y no es una mera cuestión entre particulares, admitió que las acciones privadas juegan un importante papel en el cumplimiento de esos objetivos, convirtiéndose cada una de las partes en defensoras del sistema en protección del interés general: las penalidades agravadas que la legislación prevé constituyen una herramienta clave del sistema, por su efecto fuertemente disuasorio de potenciales violaciones, al mismo tiempo que compensan al particular afectado. Y esas penalidades pueden perfectamente ser aplicadas por árbitros, con lo que el interés público en juego está suficientemente resguardado.⁸²

En “*Shearson v. McMahon*”,⁸³ la Corte Suprema declaró arbitrables las acciones basadas en derechos contenidos en la legislación sobre transacciones bursátiles (*securities claims*), a pesar de que estas normas prohíben la renuncia de las obligaciones contenidas en la ley y establecen la jurisdicción judicial exclusiva para entender en las acciones derivadas de las violaciones a ella. Volvió a recordar la Corte que la Ley Federal de Arbitraje establece una política favorable al arbitraje y exige que los tribunales hagan cumplir rigurosamente los acuerdos arbitrales, obligación que no se ve disminuida en casos que involucran reclamos basados en normas imperativas. Si bien el mandato legal admite excepciones, corresponde a quien se opone al arbitraje demostrar que el legislador ha querido imponer la jurisdicción de los tribunales judiciales prohibiendo su renuncia. En particular, afirmó que los reclamos basados en la ley bursátil (*Exchange Act*) son arbitrables, separándose de su propio precedente, emanado del caso “*Wilko v. Swan*” de 1953,⁸⁴ en el que había declarado no sujetas a arbitraje las cuestiones litigiosas derivadas de la legislación sobre transacciones bursátil de 1933 (semejante a la actual). Aclaró que lo resuelto en “*Wilko v. Swan*” debía ser leído como prohibiendo la renuncia al fuero judicial solamente cuando el arbitraje fuese inadecuado para proteger los derechos sustantivos en juego, situación que no se da en los casos de arbitrajes

⁸² Un comentario a este fallo puede verse en SMITH, Laurence M.: “Determining the arbitrability of international antitrust disputes”, *Journal of Comparative Business and Capital Market Law*, vol. 8, 1986, ps. 197 y siguientes. Asimismo, JARVIN, Sigvard: “Arbitrability of anti-trust disputes: The Mitsubishi v. Soler Case”, *Journal of International Arbitration*, vol. 2, N° 3, 1985, ps. 69 y siguientes.

⁸³ US Supreme Court, 8/06/1987, *in re Shearson/American Express Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220.

⁸⁴ US Supreme Court, 7/12/1953, *in re Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427.

administrados por entidades supervisadas por la autoridad de aplicación de la legislación bursátil (*Securities and Exchange Commission*). La Corte también resolvió que las reclamaciones basadas en la violación a la legislación anti-fraude (*RICO Act*) son arbitrables, toda vez que no puede interpretarse del texto –ni tampoco de la historia legislativa de esa ley o de los propósitos que la inspiran– que el Congreso haya pretendido reservar su aplicación en exclusividad a la jurisdicción estatal: ni la coexistencia en dicha ley de disposiciones civiles y criminales, ni su complejidad, ni el interés público en la aplicación de la ley, impiden su sometimiento a arbitraje.

Un par de años más tarde, en “Rodríguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc.”,⁸⁵ la Corte ratificó este criterio al reinterpretar la ley de 1933 (*Securities Act of 1933*) y dejar expresamente de lado su propio precedente en el caso “Wilko v. Swan”, decisión que la propia Corte calificó de incorrecta e inconsistente con la prevaleciente interpretación de la legislación sobre arbitraje.

En “Perry v. Thomas”,⁸⁶ la Corte Suprema declaró arbitrables, en los términos de la Ley Federal de Arbitraje, las controversias nacidas de un contrato de trabajo, a pesar de la existencia de una norma contenida en la legislación laboral local que reservaba la posibilidad del empleado de accionar judicialmente por ciertos reclamos, aun habiendo pactado el arbitraje con su empleador. Y en “Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.”,⁸⁷ declaró arbitrables los reclamos fundados en una norma de orden público como lo es la ley que previene la discriminación por edad en el empleo, no obstante reconocer que dicha legislación protege un evidente interés público y que cumple una no menos evidente función social. Sostuvo la Corte que no existe inconsistencia entre esa función social y el arbitraje, desde que el arbitraje es igualmente adecuado para tutelar los intereses públicos en juego: los árbitros son capaces de resguardarlos apropiadamente –tanto como lo harían los jueces– y pueden aplicar todos los remedios previstos en la ley, sin perjuicio de las atribuciones que corresponden a la agencia estatal encargada de velar por la aplicación de esta ley.

En “Green Tree v. Randolph”,⁸⁸ la Corte Suprema declaró arbitrables las acciones nacidas de supuestas violaciones a la legislación sobre préstamos y créditos al público, consideradas imperativas. Luego de recordar que uno de los propósitos de la Ley Federal de Arbitraje fue que los tribunales judiciales interpretaran los acuerdos arbitrales como cualquier otra cláusula del contrato, revirtiendo de ese modo la tradicional hostilidad judicial hacia el arbitraje, ratificó que aun las acciones basadas en normas imperativas dictadas en miras al interés general y destinadas a proteger derechos basados en importantes políticas públicas podían ser sometidas a arbitraje, cumpliéndose igualmente la finalidad perseguida por el legislador. Citando los precedentes “Gilmer” y “Shearson v. McMahon”, afirmó que la parte que resiste el arbitraje tiene la carga de acreditar que los reclamos no son arbitrables, prueba que requiere la demostración de que el Congreso quiso privar de eficacia a los acuerdos arbitrales referidos a ellos.

⁸⁵ US Supreme Court, 15/05/1989, *in re* Rodríguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc., 490 U.S. 477.

⁸⁶ US Supreme Court, 15/06/1987, *in re* Thomas, Kenneth v. Perry, Barclay, N° 86-566, 482 U.S. 483 (1987).

⁸⁷ US Supreme Court, 13/05/1991, *in re* Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp., 500 U.S. 20.

⁸⁸ US Supreme Court, 11/12/2000, *in re* Green Tree Financial Corp. Alabama et al. v. Randolph, N° 99-1235, 531 U.S. 79.

De resultas de la jurisprudencia referida –y de mucha otra que, por razones de espacio, hemos omitido– es posible concluir que los tribunales norteamericanos consideran arbitrables una amplia gama de cuestiones, que incluyen las que versan sobre derechos creados por normas imperativas, reduciéndose de ese modo la posibilidad de evitar o demorar un proceso arbitral por la mera invocación de normas de orden público.⁸⁹ Históricamente, el arbitraje había sido considerado como un sistema en el que sólo podían resolverse conflictos que involucraran intereses privados. Sin embargo, aquellos que se vincularan con normas imperativas o de orden público, antiguamente reservados a los tribunales judiciales, han sido paulatinamente admitidos como cuestiones arbitrables.⁹⁰

Como cuestión de principio, la existencia de una norma de orden público que reconozca la jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales o impida la celebración de acuerdos arbitrales en relación con determinadas materias, plantea una duda sobre la arbitrabilidad de esas cuestiones, es decir, sobre la validez del acuerdo arbitral que las partes hubiesen celebrado respecto de ellas. Es cierto que el orden público puede ser invocado como motivo para evitar el arbitraje. Pero los tribunales norteamericanos han señalado que esta defensa es absolutamente excepcional y debe ser interpretada restrictivamente, aplicándose sólo cuando se advierta que existe una definida política fundada en razones de tipo constitucional o legal destinada a prohibir a las partes someterse a arbitraje para resolver determinadas cuestiones o a los árbitros adoptar ciertos remedios.⁹¹ Además, debe recordarse que la carga de la prueba de la no-arbitrabilidad le corresponde a quien resiste el arbitraje.⁹²

En consecuencia, el ámbito del orden público como excepción a la arbitrabilidad pasó a ser restrictivo: no sólo porque uno de los propósitos de la Ley Federal de Arbitraje fue establecer una fuerte presunción a favor de la arbitrabilidad,⁹³ sino también porque las partes tienen, en general, un amplio poder para someterse a arbitraje y se ha ido ensanchando el reconocimiento a las facultades de los árbitros para determinar los derechos y aplicar los remedios que correspondan.⁹⁴ Pero aun si no existiera esa presunción favorable a la arbitrabilidad, la conclusión sería la misma: si la cláusula arbitral debe interpretarse por los principios inherentes a los contratos, sería de aplicación la jurisprudencia conforme la cual, en el ámbito contractual, las cuestiones de orden público que impiden a un tribunal ordenar la ejecución de un contrato deben ser juzgadas en forma restrictiva, cuando exista un

⁸⁹ HÖELLERING, Michael F.: “Arbitrability”, en *Commercial Arbitration for the 1990's*, ed. American Bar Association, Chicago, 1991, p. 13.

⁹⁰ GUZMAN, Andrew T.: “Arbitrator liability: reconciling arbitration and mandatory rules”, *Duke Law Journal*, Vol. 49, N° 5, marzo de 2000, p. 1287.

⁹¹ Supreme Court, New York County, 27/09/2006, *in re* McKim Capital Inc. et. al. v. Joseph T.J. Stewart II, 2006 NY Slip Op 52462(U).

⁹² US Supreme Court, 13/05/1991, *in re* Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp., 500 U.S. 20; US Supreme Court, 8/06/1987, *in re* Shearson/American Express Inc. v. McMahon, 482 U.S. 220; US Supreme Court, 11/12/2000, *in re* Green Tree Financial Corp. Alabama et al. v. Randolph, N° 99-1235, 531 U.S. 79.

⁹³ US Supreme Court, 23/02/1983, *in re* Moses H. Cone Hospital v. Mercury Construction Corp., 460 U.S. 1.

⁹⁴ New York Court of Appeals, 20/11/2003, *in re* In the matter of The United Federation of Teachers, Local 2, AFT, AFL-CIO v. The Board of Education of the City School District of the City of New York.

interés público explícito, definido y prevaleciente, que se observe de normas o principios jurídicos y no de meras conjeturas.⁹⁵

Con todo, debe señalarse que existe en tratamiento ante el Congreso norteamericano un proyecto de ley modificatoria de la Ley Federal de Arbitraje, identificada como *Arbitration Fairness Act 2009*. Aunque los expertos que hemos consultado asignan muy pocas chances de que esta norma termine convirtiéndose en ley, lo cierto es que –de aprobarse– restringiría los efectos de un acuerdo arbitral respecto de ciertas controversias. Concretamente, se propone que “ningún acuerdo arbitral previo a la controversia será válido o ejecutable si se refiere a disputas relativas a relaciones laborales, de consumo o de un contrato de franquicia, o surgidas de normas imperativas tendientes a proteger los derechos civiles”.

Entre las razones que sustentan este proyecto, se explica que la Ley Federal de Arbitraje fue concebida para aplicar a controversias entre comerciantes con similar grado de sofisticación y poder de negociación, pero que una serie de decisiones de la Corte Suprema interpretaron que también se aplicaba a disputas entre partes separadas por un gran diferencia de poder económico, como consumidores o empleados. Ello, dicen los autores del proyecto, dio como resultado que las empresas comenzaran a imponer cláusulas arbitrales a consumidores y trabajadores, muchos de los cuales no sólo carecen de la opción de negarse a suscribirlas, sino también de la posibilidad de comprender o tomar conciencia de la trascendencia de lo que están aceptando. En términos ciertamente críticos, el proyecto cuestiona la aptitud de los árbitros para proteger los derechos civiles y de los consumidores, producto del limitado alcance de la revisión judicial sobre los laudos y de lo que califica como “falta de transparencia” del arbitraje. En abierta oposición a la interpretación que venían haciendo los tribunales judiciales –la cual, ostensiblemente, la norma propuesta pretende modificar– el proyecto justifica la restricción que impondría, señalando que mientras algunos tribunales han protegido a los individuos, demasiados han convalidado cláusulas arbitrales injustas en aras a mantener una “supuesta” política federal favorable al arbitraje, por encima de los derechos individuales o constitucionales.

El impacto que una norma como esta tendría sobre la arbitrabilidad no dejaría de ser significativo. Por lo pronto, quitaría buena parte de la base de apoyo de dos argumentos que sustentan las decisiones judiciales que hemos venido comentando. Por un lado, si el proyecto se convierte en ley, ya no será tan fácil argumentar que un acuerdo arbitral debe interpretarse en forma favorable al arbitraje, pues el Congreso habría desautorizado la afirmación, tantas veces repetida en los fallos de la Corte Suprema, de que la intención legislativa detrás de la Ley Federal de Arbitraje había sido favorecer la ejecutabilidad y eficacia de los acuerdos arbitrales. Por el otro, el proyecto pone en duda la vocación –y la aptitud– de los árbitros de respetar la ley y los derechos individuales y tomar en consideración los objetivos de interés general que inspiran a las leyes que consagran derechos irrenunciables.

Sin duda, si el actual proyecto de *Arbitration Fairness Act* fuese aprobado por el Congreso, estaríamos en presencia de una ostensible regresión en la evolución que

⁹⁵ US Supreme Court, 31/05/1983, *in re* W. R. Grace & Co. v. Local Union 759, International Union Of The United Rubber, Cork, Linoleum & Plastic Workers Of America, N° 81-1314, 461 U.S. 757.

señalamos, pues las restricciones que impondría reducirían el ámbito de materias arbitrables en el derecho norteamericano. Aun así, la conversión en ley de este proyecto no necesariamente invalidaría nuestro análisis. En principio, su objeto es bastante más limitado: por un lado, sólo se aplicaría al arbitraje doméstico y no al arbitraje internacional; por el otro, pretende restringir la arbitrabilidad de cuestiones laborales o vinculadas a las relaciones de consumo o a contratos de franquicia, en los cuales la libertad contractual de una de las partes se ve notoriamente restringida. Por lo cual es dable suponer que, aun si esta norma estuviese vigente, en las restantes relaciones jurídicas, las típicamente comerciales y las internacionales, seguirían siendo válidos los precedentes y principios que hemos mencionado.

3.3. *Algunos otros ejemplos que ofrece el derecho comparado*

Citando fallos de los tribunales italianos y suizos, un autor puntualiza que la que venimos comentando es, en general, la tendencia predominante en Europa: al menos en cuanto concierne a contratos comerciales internacionales, subsisten pocas áreas en las cuales no es posible resolver las disputas por la vía del arbitraje.⁹⁶

Aunque no se haya referido estrictamente al objeto de nuestro análisis, es útil referir la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia Europea en el conocido caso “Eco Swiss c. Benetton”.⁹⁷ Vinculadas por un contrato de licencia para la fabricación de relojes con la marca “Benetton by Bulova”, contrato que contenía una cláusula arbitral, las partes entraron en una disputa cuando el concedente (Benetton) resolvió el contrato tres años antes de que concluyera la vigencia inicialmente acordada. Las licenciatarias (Eco Swiss y Bulova) iniciaron un procedimiento arbitral en Holanda, de conformidad con lo estipulado en el contrato. El tribunal arbitral hizo lugar al reclamo y condenó a Benetton a indemnizar los perjuicios ocasionados por la resolución del contrato. Benetton pidió la nulidad del laudo, con fundamento en que el contrato de licencia era nulo por ser violatorio del orden público e infringir las normas comunitarias sobre competencia. El tribunal holandés suspendió el trámite del recurso y planteó la cuestión al Tribunal de Justicia de la Comunidad. Este juzgó que la norma comunitaria invocada (el entonces artículo 85 del Tratado, que resguarda la libre competencia y sanciona con la nulidad “de pleno derecho” de los acuerdos que violen sus postulados) constituye “una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad”, en tanto procura mantener un adecuado funcionamiento del mercado. Y, a consecuencia de ello, interpretó que cuando un tribunal judicial nacional deba conocer de un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe examinar si los árbitros violaron las normas comunitarias, aunque ello no esté previsto como causal de nulidad del laudo en su legislación interna ni en la Convención de Nueva York. Sin embargo, y en esto radica la importancia que tiene esta decisión sobre el tema que analizamos en este trabajo, el Tribunal comunitario no consideró que las controversias nacidas de contratos que pudieran estar

⁹⁶ KIRRY, Antoine: “Arbitrability: Current trends in Europe”, *Arbitration International*, vol. 12, N° 4, 1996, ps. 373 y siguientes.

⁹⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 1º/06/1999, *in re* Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV, Caso C-126/97. Comentarios a esta decisión pueden verse en ZEKOS, Georgios I.: “Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV - Courts' involvement in arbitration”, *Journal of International Arbitration*, vol. 17, N° 2, 2000, ps. 91 y siguientes;

afectando la libertad de mercado dejen de ser, por ello, susceptibles de resolverse por la vía del arbitraje. Lo que, en alguna medida, ratifica la línea de pensamiento que venimos explicando: el laudo podrá ser revisado –y eventualmente anulado– si la decisión viola el interés general protegido por leyes de orden público; pero ello no obsta a la posibilidad que los árbitros tienen de conocer y resolver controversias en que dichas leyes son aplicables.

En la Argentina, la jurisprudencia sobre el tema es, en alguna medida, desconcertante. Por un lado, se ha restringido la arbitrabilidad en materia societaria, resolviéndose que no son arbitrables, y deben ser decididas judicialmente, las acciones tendientes a obtener la declaración de nulidad de una asamblea societaria,⁹⁸ o de contratos para-societarios que se vinculan con el desenvolvimiento del control societario.⁹⁹ Ciertamente, esta interpretación nos parece desafortunada y carente de todo sustento legal, por lo cual la hemos criticado.¹⁰⁰ Pero por el otro, se consideran arbitrables las cuestiones constitucionales, habiéndose resuelto que los árbitros conservan su competencia frente a planteos de inconstitucionalidad y, llegado el caso, pueden declarar la inconstitucionalidad de normas legales.¹⁰¹ Solución ésta, debe señalarse, que ha sido unánimemente compartida por la doctrina.¹⁰²

El concepto que surge de los casos comentados –especialmente de los tribunales norteamericanos y franceses– ha recibido expresa recepción legislativa en Quebec: luego de señalar que las controversias relativas al *status* y capacidad de las personas, a cuestiones de familia u otras materias de orden público no pueden someterse a arbitraje, el artículo 2639 del Código Civil de Quebec dispone que “un acuerdo arbitral no puede ser cuestionado sobre la base de que las normas aplicables a la controversia tengan la naturaleza de reglas de orden público”.¹⁰³

⁹⁸ CNCom., sala D, 22/12/1997, *in re* Atorrasagasti, María C. c. Atorrasagasti, Bargués, Piazza y Compañía S.R.L., Rev. El Derecho, 181, p. 155.

⁹⁹ CNCom., sala E, 28/04/2000, *in re* Nova Pharma Corporation S.A. c. 3M Argentina S.A., Rev. El Derecho, 194, ps. 151 y siguiente.

¹⁰⁰ Ver, ZAMENFELD, Víctor y CAIVANO, Roque J.: “El arbitraje en materia societaria”, Rev. El Derecho, 194, ps. 152 y ss. Asimismo, CAIVANO, Roque J.: “Jurisdicción arbitral y control judicial, con referencia al arbitraje societario”, en LLORENTE, Sara P. y BARREIRO, Marcelo G. (coords.): *Cuestiones Actuales de Derecho Empresario, Homenaje al profesor consulto Víctor Zamenfeld*, ed. Errepar, 2005, ps. 121 y ss.

¹⁰¹ CNCom., sala E, 11/06/2003, *in re* Otondo, César A. c. Cortina Beruatto S.A., Rev. Jurisprudencia Argentina, 2003-IV, ps. 73 y siguientes; CNCom., sala A, 28/07/2005, *in re* KCK Tissue S.A. c. Citibank N.A. Nassau, LexisNexis *on line*, N° 11/39943.

¹⁰² Ver CAIVANO, Roque J.: “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”, Revista Peruana de Arbitraje, N° 2, junio de 2006, ps. 107 y siguientes; BIANCHI, Roberto A.: “Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad”, Rev. Jurisprudencia Argentina, 2003-IV, ps. 75 y siguientes; MORELLO, Augusto M.: “¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?”, Rev. El Derecho, 198, ps. 467 y siguientes; CAPUTO, Leandro J.: “Reflexiones en torno a la competencia arbitral para resolver cuestiones constitucionales”, Rev. Jurisprudencia Argentina, 2003-II, ps. 954 y siguientes; PALACIO, Lino E.: “Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario”, Rev. La Ley, 2003-F, ps. 1184 y siguientes; PALACIO, Lino E.: “Otra vez sobre el arbitraje y el control de constitucionalidad”, Rev. La Ley, 2004-D, ps. 19 y siguientes.

¹⁰³ Como explicó la Corte Suprema de Justicia canadiense, esta norma tuvo el ostensible propósito de erradicar la tendencia que, con anterioridad, tenían los tribunales a excluir del arbitraje ciertas materias “relacionadas” con el orden público. De modo que, salvo respecto de ciertas materias fundamentales, las cuestiones relativas a normas de orden público pueden ser objeto de arbitraje. El orden público surge, principalmente, cuando debe juzgarse sobre la validez de un laudo arbitral, en cuyo caso el tribunal judicial debe determinar si la decisión contenida en

4. CONCLUSIÓN

No es discutible que el orden público puede afectar la arbitrabilidad de una materia. Tampoco lo es que el legislador tenga, en abstracto, la potestad de señalar determinados contenidos imperativos a las normas que dicta. Pero como se ha visto, ni las razones de orden público que subyacen en una norma ni la imperatividad –que es su consecuencia– ocasionan, necesariamente, la no-arbitrabilidad de las controversias que a ella se refieran.¹⁰⁴

Hay materias que no son arbitrables y hay derechos que no son disponibles y, en general, el fundamento de unas y otras es el orden público. Esos dos caracteres (indisponibilidad del derecho e inarbitrabilidad) tienen una vinculación innegable, desde que se trata de dos instrumentos que el legislador utiliza para lograr la tutela del interés general que persigue como finalidad de la norma. Pero son dos instrumentos distintos, que no siempre van de la mano ni coexisten siempre sobre los mismos derechos. Si bien los derechos que no son arbitrables regularmente tampoco son disponibles, no es lo mismo a la inversa. No todas las normas de orden público que consagran derechos indisponibles impiden el sometimiento a arbitraje de las cuestiones vinculadas a ellas.

Basta analizar el alcance de las normas de orden público para advertir que puede haber –y de hecho hay– distintos grados de incidencia del orden público sobre la arbitrabilidad. Hay supuestos en que el orden público acarrea la imposibilidad absoluta de que los árbitros conozcan de las cuestiones que se vinculan, y otros en que no se impide que los árbitros intervengan, aunque se condiciona su decisión. En el primer caso, orden público y no-arbitrabilidad coinciden, pues la norma produce efectos *ab initio* y obliga al árbitro a declinar su competencia. Esto sucede cuando, además de la indisponibilidad del derecho sustantivo, el legislador establece la indisponibilidad del derecho a recurrir a los tribunales judiciales para dirimir las disputas que afecten a aquel. En estos casos, la imperatividad recae tanto sobre el derecho cuya tutela es exigida por razones de orden público, como sobre la exclusividad de la jurisdicción judicial; es imperativo el reconocimiento del derecho sustantivo y la vía por la que ese reconocimiento debe procurarse. En el segundo caso, el orden público no produce la no-arbitrabilidad sino, más bien una arbitrabilidad relativa, pues los árbitros pueden intervenir y conocer de ellas, a condición de que, al resolverlas, no vulneren el interés general que se intenta proteger. En rigor de verdad, no podemos hablar, en este último caso, de cuestiones no-arbitrables, pues de hecho son susceptibles de someterse a decisión de los árbitros. En ellos, la norma de orden público no es obstáculo para que los árbitros intervengan, produciéndose sus efectos *ex post*, al autorizar al juez de la nulidad a dejar sin efecto el laudo si aquella ha sido violada.

el laudo viola normas imperativas o principios de orden público. Supreme Court of Canada, 21/03/2003, *in re* Desputeaux v. Éditions Chouette inc., [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17.

¹⁰⁴ “[N]o resulta dudoso que la sola circunstancia de que al conflicto resulten aplicables leyes de orden público no excluye la arbitrabilidad”. RIVERA, Julio César: “Arbitrabilidad: cuestiones regidas por leyes de orden público”, *Rev. La Ley*, 28/02/2011, ps. 8 y siguientes.

Con distintas aproximaciones pero idéntico enfoque conceptual, algunos autores hablan de “excepciones” y “cuasi excepciones” a la arbitrabilidad. Las primeras serían aquellas materias no-arbitrables por su naturaleza, aquellas en las que no existe contenido económico o patrimonial directo, aunque indirectamente pueda haberlo. En general, se identifican como tales las relativas a cuestiones penales,¹⁰⁵ y las derivadas de derechos familiares personalísimos.¹⁰⁶ Las “cuasi-excepciones”, por oposición, serían aquellas que, teniendo contenido patrimonial, han sido objeto de una regulación legal que sustrae determinados derechos del ámbito de la autonomía de la voluntad (por ejemplo, derecho de la competencia).¹⁰⁷ Se vinculan con cuestiones de “política económica” u “orden público económico”, es decir, cuestiones que afecten a determinados temas que el legislador ha considerado especialmente relevantes o sensibles para la economía o el interés nacional. Pero, a diferencia de las primeras, que quedan excluidas de la posibilidad de resolverse por arbitraje, estas últimas son arbitrables, aunque el laudo arbitral quedará sometido al escrutinio de los tribunales judiciales a fin de verificar que el orden público haya sido resguardado.¹⁰⁸

No está en discusión la atribución que tiene el legislador de prohibir el sometimiento a árbitros de ciertas cuestiones. Pero inferir ese propósito sólo del carácter imperativo de una norma que consagra un derecho sustantivo, es una demasía. Lo que ha querido el legislador es que el titular del derecho reconocido en la ley no pueda ser privado de él, ni siquiera mediante un acto de renuncia voluntaria. En modo alguno puede derivarse de ello que los conflictos que versan sobre ese derecho están sometidos a la jurisdicción irrenunciable del Poder Judicial, pues la condición de judicial o arbitral del tribunal que habrá de juzgar el caso no tiene –en abstracto– incidencia alguna sobre la suerte de ese derecho.

El hecho de que exista un interés público que el legislador se propone tutelar mediante una ley no es razón suficiente para excluir la materia del elenco de las que pueden resolverse por la vía del arbitraje. Al calificar una norma como de orden

¹⁰⁵ El Derecho Penal es una rama del Derecho Público, carácter que resulta de regular las relaciones entre el poder sancionador del Estado (*ius puniendi*) y los individuos sometidos a él, en la más típicamente pública de las relaciones que pueden darse entre ambos. Como resultado de su naturaleza pública, las consecuencias impuestas por el Derecho Penal no son disponibles por los particulares. Sólo el Estado, por medio de sus órganos judiciales, impone sus decisiones. Si bien la total identificación entre Derecho Público y Orden Público han quedado atrás en el tiempo (en el sentido que hay normas de Derecho Privado que son igualmente de orden público), lo que parece incuestionable es que las normas de Derecho Público son de orden público. FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal (Parte General)*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, LexisNexis on line, N° 1502/000103.

¹⁰⁶ El Derecho de Familia es una de las áreas donde existe una mayor restricción a la autonomía de la voluntad. BELLUSCIO, Augusto C.: *Manual de Derecho de Familia*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, tomo I, p. 29. Estas restricciones se justifican por el carácter institucional de la familia y por la necesidad de realizar los fines éticos de la organización legal del núcleo familiar. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique: “El interés familiar como fórmula propia del orden público en materia de Derecho de Familia”, *Rev. Jurisprudencia Argentina*, 1952-II, ps. 435 y siguientes.

¹⁰⁷ STEMPEL, Jeffrey W.: “Pitfalls of public policy: The case of arbitration agreements”, *St. Mary’s Law Journal*, vol. 22, 1990, ps. 259 y siguientes.

¹⁰⁸ En la misma línea, otros autores utilizan, para aludir a esta última categoría, a la expresión “arbitraje condicionado” o “arbitrabilidad condicionada”, pues si bien está permitido al árbitro intervenir, queda obligado a aplicar la norma legal. GONZALO QUIROGA, Marta: “Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional”, *Memoria para optar al grado de Doctor, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid*, 2001, p. 325.

público, el legislador no está diciendo –ni puede inferirse que quiera decir– que las controversias que se refieran a ella sólo pueden ser juzgadas por los tribunales judiciales y que no pueden ser válidamente sometidas a arbitraje. Lo que el legislador pretende es que el contenido de los derechos consagrados o reconocidos en esa norma no pueda ser alterado por las partes mediante un acto de disposición. De allí que, usualmente, a causa del interés general involucrado, asigna a esa norma el carácter de imperativa, privando a los titulares de tales derechos de la facultad de transigirlos o renunciarlos. Lo que debe cuidarse, en defensa del interés general que se quiere tutelar, es que la intención legislativa sea respetada. Y ello conduce a mirar más el resultado que el medio a través del cual ese resultado se obtiene, pues es este último –y no aquel– lo que puede resultar lesivo de los principios fundamentales que se quieren tutelar.¹⁰⁹ En otras palabras: mientras que la finalidad perseguida por el legislador sea alcanzada, el interés público que inspiró la norma se verá satisfecho y, contrariamente, si el resultado es opuesto a aquel, se habrá violado el orden público, no importa cómo ese resultado se haya alcanzado.

Ello permite afirmar que, en definitiva, la arbitrabilidad de una controversia no queda automáticamente excluida por el solo hecho de que la controversia esté regida por una norma de orden público. El árbitro mantiene su competencia, aunque para respetar la intención legislativa deberá, en el laudo, aplicar los principios y las normas de orden público. El árbitro se encuentra en la misma posición que el juez: tiene las mismas posibilidades que éste para aplicar la norma, y también los mismos límites, debiendo preservar los derechos protegidos por el orden público.¹¹⁰ Así, “el orden público no es una materia en sí misma a incluir o excluir de la arbitrabilidad objetiva o competencia de los árbitros en razón de la materia, sino una característica de ciertas normas cuya constatación debe hacer el intérprete que debe aplicarlas”.¹¹¹ Lo que lleva a concluir que, con independencia del concepto que se adopte, el orden público no opera en todas las situaciones como fundamento de la inarbitrabilidad de ciertas materias, sino como un límite para el poder decisorio de los árbitros, pues deben respetar y aplicar las normas que tengan ese carácter y vigilar que el laudo no sea ineficaz por violar el orden público.¹¹²

¹⁰⁹ La función del orden público es finalista, pues no tutela normas jurídicas abstractas sino resultados. JAYME, Erik: “Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional Privado”, Trad. de Eugenio Hernández Bretón, Rev. de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Caracas, N° 82, 1991, p. 21.

¹¹⁰ GONZALO QUIROGA, Marta: “Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional”, Memoria para optar al grado de Doctor, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2001, p. 736.

¹¹¹ BIANCHI, Roberto A.: “Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad”, Rev. Jurisprudencia Argentina, 2003-IV, ps. 75 y siguientes.

¹¹² PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: “Algunos problemas en torno a la arbitrabilidad mercantil: insolvencia y contrato de agencia”, Rev. Foro de Derecho Mercantil, ed. Legis, N° 5, octubre-diciembre de 2004, ps. 7 y siguientes. Ver, asimismo, GRIGERA NAÓN, Horacio A.: “Los árbitros internacionales, pueden o deben aplicar las leyes de policía?”, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, octubre de 2001, ps. 101 y siguientes.

Aun sin reconocer a los árbitros el carácter de custodios del orden público, otros autores opinan que no pueden mantenerse ajenos a esas normas, ni indiferentes a los intereses generales protegidos por el Estado. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio: “Los límites al consentimiento en el pacto arbitral”, en SILVA ROMERO, Eduardo (dir.): *El contrato de arbitraje*, ed. Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, ps. 237 y siguientes. En igual sentido, MAYER, Pierre: “L'arbitre et la loi”, en *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, ed. Litec, París, 2001, ps. 225 y siguientes.

Tampoco debería ser obstáculo para la arbitrabilidad de una determinada materia el hecho de que esté regida por normas imperativas. La imperatividad de una norma no trae directamente aparejada la prohibición de someter a arbitraje los derechos que ella consagra, ni aun cuando esa imperatividad haya tenido como causa la intención legislativa de tutelar un interés general. Así como no es sinónimo de orden público, “imperatividad” tampoco es sinónimo directo de “no-arbitrabilidad”. Del mismo modo que no siempre tiene como propósito atender un interés general, la imperatividad tampoco tiene siempre el mismo alcance: puede referirse al derecho sustantivo que la norma reconoce o al derecho de acudir a los tribunales judiciales. En otras palabras, cuando el legislador califica de imperativa una norma, algunas veces prohíbe la renuncia del derecho de fondo reconocido por ella y otras prohíbe la renuncia del derecho a accionar ante los jueces estatales.

En el primer caso, cuando el legislador reconoce un derecho sustantivo y le otorga carácter imperativo a la norma que lo consagra, lo que desea es impedir su renuncia por parte del titular. Aunque –como se vio– puede no ser así, en la mayoría de estas situaciones, lo que subyace es el orden público como fundamento: el mecanismo instrumental de quitar ese derecho del ámbito de los derechos disponibles suele tener como base la consideración del legislador, que reconoce un derecho no tanto en miras a satisfacer un interés propio, sino un interés colectivo, lo que justifica que se prive al titular de ese derecho de la potestad de disponer de él a su antojo. Pero ello, conforme la más moderna tendencia en la materia, no impide –al menos no necesariamente– su arbitrabilidad, pues el hecho de someterlo a arbitraje no implica que lo esté resignando, sino simplemente sometiéndolo a la decisión de un juez diferente de los estatales. En el segundo caso, en cambio, la incidencia sobre la arbitrabilidad es directa, pues lo que el legislador impone es la intervención de los tribunales del Estado, a quienes les otorga jurisdicción exclusiva e irrenunciable, prohibiendo todo pacto de prórroga de esa jurisdicción.

En resumen: como cuestión de principio, el hecho de que en una controversia estén en juego derechos sustantivos indisponibles, o que su solución exija interpretar o aplicar normas de orden público, no constituye un impedimento al ejercicio de la jurisdicción arbitral. No es correcto postular genéricamente que las cuestiones que afecten el orden público no pueden ser sometidas a juicio arbitral. O al menos, no siempre es correcto. Esas cuestiones pueden ser decididas por árbitros. El límite que el orden público impone a la jurisdicción arbitral no es la invocación de una norma de ese carácter sino, en todo caso, la violación del orden público; violación que no podrá nunca surgir de la cláusula contractual que le atribuye jurisdicción a los árbitros sino, eventualmente, de lo que éstos resuelvan en el laudo. Lo que significa que no puede privarse a los árbitros de juzgar y resolver las cuestiones que se le someten, sin perjuicio del ejercicio de las facultades de revisión y control que el ordenamiento reserva al Poder Judicial, por medio de las cuales podrá dejar sin efecto un laudo que contravenga el orden público.¹¹³ Más que un supuesto de no-

¹¹³ “[A] escoger esta vía de solución de las controversias, las partes no renuncian a sus derechos sustantivos. Al mismo tiempo, el pronunciamiento del laudo arbitral no impide el ejercicio de facultades de fiscalización por parte de los órganos estatales encargados de velar por la libre competencia. Adoptar una visión contraria, especialmente, aquella basada en el esquema ‘orden público – inarbitrabilidad – nulidad del acuerdo arbitral’, significaría extender una invitación a los deudores de mala fe para que, de forma habitual, aleguen la interferencia del derecho de libre competencia y, con ello, induzcan al tribunal ordinario a entrar en el fondo de la controversia. (...) [S]e debe situar el orden público en el contexto que a él le corresponde: un recurso

arbitrabilidad, el carácter de orden público de la norma involucrada puede ser un argumento suficiente para provocar la revisión judicial de un laudo si éste se apartó de la solución propiciada por ella.

* * * * *

excepcional aplicable a una sentencia arbitral en forma posterior”. MEREMINSKAYA, Elina: “La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada”, Revista Foro de Derecho Mercantil, ed. Legis, N° 17, Octubre-diciembre de 2007, ps. 121 y siguientes.