

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

 INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0590
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de noviembre de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:

JUAN CARLOS CASSAGNE

SUBDIRECTORES:

Pablo Esteban Perrino

David Andrés Halperin

Estela B. Sacristán

Noviembre - Diciembre 2021 | 138

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

ABELEDOPERROT

Consejo de Redacción

Pedro Aberastury (h.) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Alberto Biglieri - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Roberto E. Luqui - Jorge Muratorio - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

Secretarios de Redacción

Juan Cruz Azzarri - Ernesto Nicolás Bustelo - Alfonso Buteler - Ariel Cardaci Méndez - Ezequiel Cassagne - Santiago Castro Videla - Karina Cicero - Juan Gustavo Corvalán - Julio Durand - Martín Renato Espinoza Molla - Ana Patricia Guglielminetti - Mariano Palacios - Marisa Panetta - Gustavo E. Silva Tamayo

Coordinador

Nicolás R. Acerbi Valderrama

Consejo Consultivo Internacional

Hermann-Josef Blanke (Alemania)
Christian Pielow (Alemania)
Karl-Peter Sommermann (Alemania)
Odete Medauar (Brasil)
Fabio Medina Osorio (Brasil)
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)
Vitor Rhein Schirato (Brasil)
Felipe de Vivero (Colombia)
Jorge Enrique Ibáñez Najar (Colombia)
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)
Consuelo Sarria (Colombia)
Alejandro Vergara Blanco (Chile)
Tomás Ramón Fernández (España)
José Luis Martínez López-Muñiz (España)
Santiago Muñoz Machado (España)
Luis Martín Rebollo (España)
Franck Moderne (Francia)
Pierre Subra de Bieusses (Francia)
Carlo Marzuoli (Italia)
Domenico Sorace (Italia)
Aldo Travi (Italia)
Luciano Vandelli (Italia)
Luis José Bejar Rivera (México)
Jorge Danós Ordóñez (Perú)
Richard Martin Tirado (Perú)
Lino Torgal (Portugal)
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Víctor Hernández Mendible (Venezuela)

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ESTUDIOS

Prescripción y caducidad en el derecho administrativo sancionador. Especial referencia a los artículos 55 y 243 de la ley 19.924 <i>Augusto Durán Martínez</i>	3
Ciencias del comportamiento, regulación o cómo pensamos que pensamos <i>Iván Budassi</i>	12
Las personas en situación de vulnerabilidad y el derecho a la protección de la salud <i>Luciano Enrici</i>	22
Estado nacional, orden público y arbitraje. Tercera parte <i>Jimena Vega Olmos</i>	36
Aproximaciones en torno a la figura de los Tribunales Administrativos de Contrataciones <i>Álvaro Bautista Flores</i>	56
El principio de territorialidad en la designación de agentes de recaudación del impuesto sobre los ingresos brutos. Excesos en los ordenamientos locales y criterios jurisprudenciales aplicables <i>Federico R. Sánchez Almeyra</i>	90
Los límites de la facultad discrecional de la Administración. A propósito del decreto supremo 057-2020-PCM que restringe el tránsito de personas derivadas de la emergencia sanitaria en el Perú <i>Víctor Hugo Chávez Moya</i>	118
Acceso a la justicia: legitimación de nuevos actores <i>Rosario Mendoza Peña</i>	123
El acceso a la justicia y la legitimación activa en los procesos colectivos <i>Ana Carolina Geist</i>	129
Impacto del derecho administrativo global en el sistema de fuentes del derecho administrativo argentino. Incorporación al SIDH y reglamentaciones de la UIT sobre telecomunicaciones de satélites ubicados en la órbita geostacionaria <i>Pablo J. Majul</i>	152

Breve reseña de los modelos de Estado y de Administración pública. Perspectivas para un nuevo modelo <i>María Lucía Martínez</i>	161
Alcances del principio de legalidad en el régimen de policía de la Unidad de Información Financiera. Perspectiva actual y desafíos pendientes <i>Tomás Mendy</i>	180
El papel de la Administración pública en los siglos XX y XXI <i>Carlos A. Herrera</i>	260
Contratos administrativos en la provincia de Buenos Aires. El abuso de los regímenes de excepción <i>Claudia McCormack</i>	279
La seguridad social en tiempos de pandemia. La Administración pública y los desafíos de la no presencialidad <i>Jerónimo de la Arena - Ezequiel Boeris</i>	292
Responsabilidad del Estado por actividad legítima. Los lineamientos de la Corte de Justicia de la provincia de Salta <i>María Pía Moreno Fleming</i>	298

ESTUDIOS

Estado nacional, orden público y arbitraje (*)

Tercera parte

Jimena Vega Olmos

Sumario: I. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y orden público.— II. Conclusiones.

I. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y orden público

1.1. Fuentes normativas

Hasta 2018, el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros se encontraba regulado en nuestro país, principalmente, por los arts. 517 y ss. y concs. del Cód. Proc. Civ. y Com. y, en su caso, por las disposiciones de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”) (1). Con la sanción de

la ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional y la derogación del art. 519 bis Cód. Proc. Civ. y Com., las disposiciones del art. 517 y concordantes han perdido vigencia respecto de los laudos arbitrales extranjeros.

La Argentina también ha ratificado numerosos tratados internacionales que regulan la cuestión, como ser, entre otros, (i) la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (2), que regula la cuestión atinente al reconocimiento de laudos arbitrales en su art. 5º, (ii) la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, que hace lo propio en el art. 2º (3), (iii) el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940

(*) Este trabajo es una versión ampliada y actualizada de la tesina sobre “El rol del orden público en los arbitrajes en que el Estado Nacional es parte”, presentada en el año 2014 para la Carrera de Especialización de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina. Por ello, se incluye un agradecimiento especial al Dr. Oscar Aguilar Valdez, tutor de la tesina, por todo el tiempo, conocimiento y consejos dedicados. Dada su extensión, dicha tesina se publica dividida en cuatro. En esta tercera parte trataremos la relación entre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y el orden público, con referencia a los distintos enfoques, la manera en que este tema se trata en el derecho comparado y ciertos fallos de los tribunales locales con relevancia en la materia.

(1) Suscripta por la Argentina con fecha 26 de agosto de 1958, aprobada por ley 23.619, entrando en vigencia para el país el 12 de junio de 1989. A los fines que interesan a este trabajo, y si bien se refiere más a cuestiones vinculadas con la arbitrabilidad de las controversias, vale la pena resaltar que la ratificación de la Convención de Nueva York por parte de la República Argentina estuvo sujeta a la declaración de que (i) la Convención sería aplicada únicamente a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no con-

tractuales, consideradas comerciales por su derecho interno; y (ii) que la Convención sería interpretada de conformidad con los principios y disposiciones de la Constitución Nacional (Instrumento de ratificación suscripto por el entonces presidente Raúl Alfonsín con fecha 18 de noviembre de 1988).

(2) La Convención fue suscripta por Argentina el 15 de marzo de 1991, aprobada por ley 24.322, entrando en vigencia para el país el 5 de enero de 1995. Si bien la Convención sigue los lineamientos de la Convención de Nueva York, existen algunas diferencias. Así puede destacarse que la Convención Interamericana sólo se refiere al arbitraje comercial y no se refiere a laudos extranjeros sino a laudos dictados en el marco de un arbitraje internacional

(3) La Convención fue firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979, ratificada el 1 de diciembre de 1983, aprobada por ley 22.921, entrando en vigencia para el país el 31 de diciembre de 1983.

(art. 5°) **(4)**, (iv) el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (art. 23); **(5)** y (v) el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del Mercosur (arts. 18 y concordantes) **(6)**.

En materia de sentencias extranjeras, el Cód. Proc. Civ. y Com. **(7)** dispone (y hasta 2018 disponía también con relación a los laudos extranjeros) que se reconocerá a estos fuerza ejecutoria, en los términos de los tratados internacionales suscriptos por la República Argentina y el país de dictado del laudo o sentencia. En caso de no existir tratado sobre esta materia, y en lo que interesa a este trabajo, su reconocimiento y ejecución queda sujeta —según el Cód. Proc. Civ. y Com.— a que, entre otras condiciones, el laudo o la sentencia no afecte “los principios de orden público del derecho argentino”. En la actualidad, el art. 104 de la ley 27.449 establece que deberá rechazarse el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en el marco de un arbitraje comercial internacional cuando el tribunal compruebe que el reconocimiento o la ejecución del laudo “serían contrarios al orden público internacional argentino”.

Por su parte, y con respecto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, la Convención de Nueva York establece requisitos similares a los mencionados en el Cód. Proc. Civ. y Com. Así, y con relación al orden público, su art. V[2](b) establece que el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero queda sometido a que el reconocimiento o ejecución del laudo no sean contrarios al orden público del país de ejecución.

Asimismo, de acuerdo con las disposiciones del art. 5° de la Convención Interamericana de

(4) El Tratado fue suscripto por Argentina el 19 de marzo de 1940, aprobado por ley 7.771, entrando en vigencia para el país el 18 de junio de 1956.

(5) El Acuerdo fue suscripto por Argentina el 23/07/1998, aprobado por ley 25.223, entrando en vigencia para el país en 2002.

(6) El Protocolo fue suscripto por Argentina el 27 de junio de 1992, aprobada por ley 24.578, entrando en vigencia para el país el 3/07/1996.

(7) Art. 517 del Cód. Proc. Civ. y Com.

Arbitraje Comercial Internacional un Estado parte podrá rechazar el reconocimiento de un laudo arbitral dictado en otro Estado parte, entre otros supuestos, en caso de que el reconocimiento o la ejecución del laudo sea contrario al orden público del Estado en que se solicita el reconocimiento. A su vez, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros dispone en su art. 2° que los laudos y sentencias arbitrales extranjeras dictadas en un Estado contratante tendrán eficacia en otro Estado contratante siempre que, entre otras condiciones, no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución. Disposiciones similares pueden encontrarse en los demás instrumentos internacionales suscriptos por la Argentina y citados al comienzo de este capítulo.

Del repaso anterior surge que el orden público actúa como un límite significativo en esta materia. Ello por cuanto, de conformidad con el art. 104 de la ley 27.449, el art. V [2] (b) de la Convención de Nueva York y demás convenciones internacionales de las que la Argentina es parte, podrá rechazarse en la Argentina el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero si se interpreta que el laudo afecta los “principios de orden público” del derecho argentino o que el reconocimiento o ejecución son “contrarios al orden público internacional” del país.

Como se adelantó en la introducción, la noción de orden público adquiere, entonces, una relevancia sustancial pues de la amplitud con la cual se interprete su alcance dependerá la efectividad del procedimiento arbitral como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Este análisis cobra mayor importancia en las controversias en las cuales interviene el Estado nacional por cuanto, en general, en la actuación estatal la presencia de “lo público” juega un rol muy importante.

Ahora bien, antes de entrar en el análisis de ciertos precedentes recientes con gravitación en el tema aquí tratado, corresponde volver a remarcar que en lo que hace al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, el concepto relevante de orden público es el de orden público internacional (es decir,

los principios fundamentales que subyacen a nuestro ordenamiento jurídico y organización social) y no el de orden público interno. Hemos visto que, en general, la doctrina local y extranjera mayoritaria es uniforme sobre el punto y que nuestros tribunales han aplicado este criterio en los asuntos internacionales que les han sido traídos para su resolución.

1.2. La excepción de orden público en el derecho comparado (8)

Como comentario general inicial cabe resaltar que, salvo por contadas excepciones, no existe en la legislación de la mayoría de los países, una definición de orden público. Como excepción puede citarse, en primer lugar, el caso de Australia. De conformidad con la Ley de Arbitraje Internacional de 1974, "la ejecución de un laudo arbitral extranjero sería contrario al orden público si: (a) el dictado del laudo fue inducido o afectado por fraude o corrupción o (b) un incumplimiento de las reglas de la justicia natural ha ocurrido con relación al dictado del laudo" (art. 8º[7A], traducción libre). Otra excepción es el caso de los Emiratos Árabes Unidos, cuya Ley de Transacciones Civiles establece que el orden público "incluye materias vinculadas con el estado civil como el matrimonio, herencias, linaje y cuestiones vinculadas con los sistemas de gobierno, libertad de comercio, circulación de riqueza, reglas de propiedad privada y las demás reglas y fundamentos sobre los que se asienta la sociedad, de manera tal de no entrar en conflicto con las reglas definitivas y principios fundamentales de la Sharia Islámica" (art. 3º, traducción libre).

(8) En este capítulo se abordará brevemente la aplicación que de la excepción comentada se ha hecho en distintos países del mundo. Dado que excedería el objeto de este trabajo, no se tratará aquí el régimen de reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros vigentes en tales países sino, exclusivamente y de manera resumida, la interpretación que del concepto de orden público han realizado diversos tribunales foráneos y la manera en que dichos tribunales han aplicado la excepción en cuestión. Esta sección no pretende ser una descripción abarcativa de todas las tendencias internacionales en la materia, ni tampoco comprende la totalidad de las decisiones dictadas en los distintos países analizados. La descripción muestra, en general y con algunas salvedades, una tendencia favorable al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y sentencias extranjeras como resultado de una aplicación restrictiva del concepto de orden público.

En la mayoría de los países, sin embargo, no existe una definición legal del concepto estudiado, siendo su alcance y contenido generalmente definido pretorianamente y en cada caso particular.

Estados Unidos. En los Estados Unidos, el principio general es que los tribunales locales podrán rechazar el reconocimiento de una sentencia o laudo extranjero sobre la base de la afectación del orden público en la medida en que tal reconocimiento "afecte la salud pública, la moral pública, la confianza pública en la pureza de la administración de la ley o... si socava el sentido de seguridad de los derechos individuales que todo ciudadano debería sentir" (9). En otras palabras, no alcanza con que la decisión judicial o arbitral foránea contravenga las disposiciones del derecho local; la posibilidad de rechazar el reconocimiento dependerá de que la decisión cuyo reconocimiento se solicita contravenga un principio claro y crucial de orden público afectando un interés fundamental del foro. En palabras de un *leading case* en la materia, la excepción de orden público debe ser interpretada de manera muy restrictiva a fin de abarcar solo aquellas circunstancias en que la ejecución de la decisión violara "las nociones más básicas de moralidad y justicia" (10).

La jurisprudencia norteamericana brinda muchos ejemplos de aplicación de estos principios. Así, por ejemplo, se han reconocido y ejecutado decisiones que condenaban al pago de deudas de juego (11) o que adjudicaban interés previo a la decisión (12), a pesar de que el derecho norteamericano no lo permitía o que admi-

(9) "Somportex Ltd. c. Phila. Chewing Gum Corp.", 453 F.2d 435, 443 (Tercer Circuito, 1971) citando "Goodyear c. Brown", 26 A. 665, 666 (Pa. 1893), citados em MINEHAN, Karen, "The Public Policy Exception to the Enforcement of Foreign Judgments: Necessary or Nemesis", 18 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 795 (1996).

(10) "Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. c. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA)", 508 F. 2d, 975. También, "Telnor Mobil Communs", 584, F.3d, 396; "Yukos Capital S.A.R.L. c. Oao Samaraneftgaz", 10Civ.6147 (PAC), 6 de agosto de 2013.

(11) "Intercontinental Hotels Corp. (Puerto Rico) c. Golden", 203 N.E. 2d 210 (NY 1964).

(12) "Ingersoll Milling Machine Co. c. Granger", 833 F.2d 680 (7º Circuito, 1987).

tían cursos de acción no previstos en el derecho local (13). Para así resolver se tuvo en cuenta que el solo hecho de que la ley local no admitiera tales reclamos o adjudicaciones, o que ciertos aspectos de la ley foránea difirieran con el derecho local no constituían, *per se*, una violación del orden público o marcaban la suerte del laudo, siendo lo importante verificar si la decisión violaba las buenas costumbres, la justicia natural o los intereses generales de los ciudadanos del estado en el cual se solicitaba el reconocimiento (14).

Incluso se ha dicho, en un caso en cual habían existido alegaciones de corrupción, que aun cuando en los Estados Unidos existe una estricta política contra la corrupción extranjera, también hay una política federal “empática” en favor del arbitraje que aplica especialmente en el campo del comercio internacional. En este caso se destacó que, al analizar políticas conflictivas, una en favor del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral y otra en contra, los tribunales han fallado de manera consistente en favor del reconocimiento y ejecución del laudo (15).

Otro ejemplo del carácter restrictivo del análisis efectuado en los Estados Unidos se encuentra en el caso “Ameropa”. El caso involucraba un contrato de compraventa de ácido sulfúrico originario de Irán y cuyo destinatario final era Venezuela. Ante la falta de entrega de un cargamento, se inicia un arbitraje que es resuelto en favor del comprador. En el marco del procedimiento de *exequatur*, el vendedor alegó que el laudo violaba el orden público de los Estados Unidos, ya que una subsidiaria americana del comprador había participado de la operación. El tribunal rechazó el argumento al sostener que, a efectos de denegar el reconocimiento, el laudo debería ofender las “nociones más básicas de moralidad y justicia” y que si bien existía

en el país una clara política nacional para desalentar el comercio con Irán, política y orden público no era sinónimos (16).

Una solución similar fue aplicada en el caso “Cubic” en el cual los hechos también se vinculaban con el comercio y relaciones entre Estados Unidos e Irán (17). En este caso, al igual que en “Ameropa”, se rechazó la defensa de orden público invocada por la parte demandada, quien había alegado que el laudo que se intentaba ejecutar en territorio norteamericano era violatorio del orden público de ese país en lo que hace a las restricciones y prohibiciones respecto del comercio con Irán. Para ello, el tribunal expresó que el objetivo de la Convención de Nueva York y el principio fundamental que subyacía a la decisión de los Estados Unidos de adoptar esta convención internacional, era fomentar el reconocimiento y respeto de los acuerdos para someter a arbitraje comercial incluidos en contratos internacionales y unificar los estándares de respeto de tales acuerdos y de ejecución de los laudos arbitrales resultantes. Sostuvo asimismo que, si bien era cierto que las relaciones comerciales con Irán se encontraban seriamente reguladas, las sanciones comerciales aplicadas a dicho país no impedían la confirmación del laudo arbitral.

Estos, entre muchos otros fallos en igual sentido, demuestran que, si bien la excepción de orden público —prevista en el art. V.2 de la Convención de Nueva York— es frecuentemente invocada en los Estados Unidos, esta “es raramente aceptada por los tribunales de los Estados Unidos. Esto refleja la fuerte política de los Estados Unidos a favor de la ejecución de laudos arbitrales internacionales” (18).

(16) United States District Court for the District of Nueva York, “Ameropa AG c. Hani Ocean Co. Llc.”, 16 de febrero de 2011, Kluwer Arbitration Online.

(17) United States Court for the 9th Circuit, “Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran c. Cubic Defense Systems, Inc.”, Yearbook Commercial Arbitration XXXVII (2012), ps. 350-354.

(18) REED, Lucy - FRED, James, “Narrow Exceptions: A Review of Recent US Precedents Regarding the Due Process and Public Policy Defenses of the New York Convention”, Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 649-656. Traducción libre.

(13) “Gutiérrez c. Collins”, 583 S.W.2d 312 (Tex. 1979).

(14) MINEHAN, Karen, “The Public Policy Exception to the Enforcement of Foreign Judgments: Necessary or Nemesis”, 18 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 795 (1996).

(15) United States District Court for the District of Columbia, “Belize Social Development Ltd. c. The Government of Belize”, Caso Civil nro. 092170, 11 de diciembre de 2013, Kluwer Arbitration Online.

Inglaterra. Un estándar similar es aplicado en Inglaterra. Allí, por ejemplo, a fin de denegar el reconocimiento de un laudo extranjero con base en la excepción comentada se exige que tal reconocimiento sea "claramente injurioso al bien público o, posiblemente, que el reconocimiento sea completamente ofensivo para un miembro ordinariamente razonable y bien informado del público en nombre de quien se ejercen los poderes del estado" (19). En la misma línea y conceptualizando el alcance del principio, se ha resuelto que a menos que exista un hallazgo de prácticas de corrupción, lo que sí daría a objeciones vinculadas con el orden público, el mero hecho que la ley inglesa hubiera llevado (o pudiera llevar) a una solución distinta es irrelevante a los fines de la viabilidad de la excepción (20).

Francia y Bélgica. Tal como explica Hanotiau, solo las nociones fundamentales del derecho francés y belga pueden ser consideradas orden público (21). Asimismo, el derecho francés expresamente determina que, a los fines del reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros, el concepto determinante es si la decisión cuyo reconocimiento y ejecución se solicitan se en-

cuentra en línea con el orden público internacional francés (22).

Sin embargo, existen algunos autores que han recomendado que el control del orden público se extienda a las llamadas "leyes de policía" (*lois de police*), es decir, aquellas normas de aplicación inmediata generalmente establecidas en protección de partes débiles (ej. normas laborales o de protección del consumo), el orden económico (normas en materia de defensa de la competencia o controles cambiarios) o intereses vitales del estado (normas anticorrupción, normas migratorias, etc.) (23). Por ejemplo, Mayer entiende que con relación al reconocimiento de laudos extranjeros la violación de una norma de policía determina la ineficacia del laudo (24). Seraglini, a su vez, explica que un laudo que viola una norma de policía del foro no superará la excepción del orden público pues dicha violación indudablemente constituye una violación de un interés fundamental del estado del foro. Este autor también expresa que, aun cuando la norma de policía proteja un interés individual, protege un elemento de la organización política, social y económica que el país desea proteger y que, por ende, es fundamental a sus ojos (25).

(19) "Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbH c. Ras Al Kaimah National Oil Co.", 2 Lloyd's Rep. 246, 254 (1987), citado en GIBSON, Christopher S., "Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law", 113 Penn St. L. Rev. 1227. Traducción del original: "enforcement of the award would be clearly injurious to the public good or, possibly, that enforcement would be wholly offensive to the ordinary reasonable and fully informed member of public on whose behalf the powers of the state are exercised". En el mismo caso se sostuvo que las cuestiones de orden público nunca pueden ser exhaustivamente definidas, pero deben ser abordadas con "extrema cautela".

(20) "Omnium de Traitement et de valorization S.A. c. Hilmarton", 1999, 2 Lloyd's Rep. 222 citado en GIBSON, Christopher S., "Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law", 113 Penn St. L. Rev. 1227.

(21) HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention", Belgian and French Perspectives, Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 721-741.

(22) Art. 1502 [5] del Código de Procedimientos en Materia Civil de Francia: "el recurso contra la decisión que reconoce o ejecuta [un laudo internacional] es admisible... cuando el reconocimiento o la ejecución son contrarios al orden público internacional". Traducción libre.

(23) HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention", Belgian and French Perspectives, Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 721-741.

(24) MAYER, Pierre, "La sentence contraire à l'ordre public au fond", Rev. Arb. 643 (1994). Ver también, SERAGLINI, "Lois de police et justice arbitrale internationale" (tesis, 2001); RACINE, J. B., "L'arbitrage commercial international et l'ordre public", 505 (1999), citados en HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention. Belgian and French Perspectives", Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6.

(25) SERAGLINI, Ch., ob. cit. citado en HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention", Belgian and French Perspectives, Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 721-741.

Sin perjuicio de lo anterior, puede decirse que en general los tribunales franceses han hecho una aplicación restrictiva de la excepción de orden público. Así, por ejemplo, en un caso en el que se encontraban en juego las normas europeas de defensa de la competencia, se admitió el reconocimiento al verificar que los árbitros habían abordado la cuestión y resuelto que no existía violación a dicha normativa. Es decir, sin perjuicio de si la aplicación de la norma era correcta o no, lo esencial era que los árbitros no habían ignorado esta norma y la habían aplicado (26). Por otra parte, y como pauta de revisión, la jurisprudencia francesa requiere que el control del orden público se limite a la concreta solución del caso adoptada en la decisión arbitral extranjera, no así a la interpretación efectuada por el tribunal arbitral acerca de los derechos de las partes con relación al orden público (27). Asimismo, más recientemente se ha resuelto que la excepción comentada debe ser aplicada muy restrictivamente a casos de flagrante violación del orden público. En efecto, en el caso "Thales c. Euromissile", la Corte de Apelaciones de París resolvió que de conformidad con el art. 1502[5] del Código de Procedimientos en Materia Penal el rechazo al reconocimiento o ejecución de un lado solo es aplicable cuando "la ejecución del laudo fuera contraria al orden legal francés en una manera inaceptable, la ofensa debe constituir una violación manifiesta a un regla de derecho considerada esencial o un principio fundamental... la violación del orden público debe ser flagrante, efectiva y concreta..." (28). Un criterio similar fue aplicado por la

(26) Corte de Apelaciones de París, "Gallay c. Fabricated Metals", 16 de abril de 1996; decisión confirmada por la Cámara de Casación el 5 de enero de 1999. El mismo tribunal ha resuelto, además, que, a los fines de la excepción, el orden público internacional es "el sistema de reglas y valores cuya violación no puede tolerar el régimen legal francés aun en situaciones con características internacionales" (traducción libre). Cfr. "Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar c. M.N' Doye Issakha", 16 de octubre de 1997.

(27) Corte de Apelaciones de París, "Leroy", 23 de febrero de 1996, Rev. Arb. 816 (2001), "Compagnie André", 14 de junio de 2001, Rev. Arb. 800 (2001) y "Matra", 28 de abril de 1988, Rev. Arb. 280 (1989).

(28) Corte de Apelaciones de París, "Thales c. Euro-missile", J.D.I. 357 (2005). Traducción libre.

Corte de Apelaciones de París al revisar el laudo dictado en el caso "SNF c. Cytec Industrie" (29).

En el caso de Bélgica, el control efectuado por los tribunales es más amplio. Así, por ejemplo, con relación al mismo laudo dictado en el caso "SNF c. Cytec Industrie" y que también fuera revisado por los tribunales franceses (ver párrafo anterior) (30), la jurisprudencia belga resolvió que el control del orden público requiere que, además de la decisión, se analice también —desde lo fáctico y lo legal— el razonamiento del laudo, su contenido. En tal contexto cualquier violación del orden público debe ser sancionada y no únicamente aquellas consideradas flagrantes, reales y concretas (31).

En general, la doctrina belga y francesa se inclina a favor de una revisión amplia del laudo, como la postulada por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas en el fallo antes comentado. Así, Hanotiau, Mayer, Racine, Fouchard, Gaillard y Goldman (32) entienden que, en ma-

(29) Corte de Apelaciones de París, "SNF c. Cytec Industrie", 23 de marzo de 2006. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Casación el 4 de junio de 2008.

(30) Una vez emitidos los laudos parcial y final respectivos, Cytec procuró su reconocimiento y ejecución tanto en Francia como en Bélgica. En el primer caso, el laudo fue reconocido, en el segundo, rechazado. Ver, HEITZMANN, Pierre - GRIERSON, Jacob, "SNF c. Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC", Stockholm International Arbitration Review, 2007:2.

(31) Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, "SNF c. Cytec Industrie", 8 de marzo de 2007. En una decisión dictada el 22 de junio de 2009, la Corte de Apelaciones de Bruselas revocó la sentencia de primera instancia al entender que el laudo no violaba el orden público. Sin embargo, no se expidió ni a favor ni en contra de los mecanismos de revisión adoptados por los tribunales franceses y el tribunal de primera instancia belga respecto del laudo. Adoptando una interpretación más pragmática examinó la motivación del laudo y consideró que el tribunal había aplicado correctamente las normas en materia de competencia de la Unión Europea y que no existía violación al orden público.

(32) HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention", Belgian and French Perspectives, Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 721-741, y MAYER, Pierre, ob. cit.; FOUCHARD - GAILLARD - GOLDMAN, ob. cit. y RACINE, J. B., ob. cit.,

teria de aplicación de la excepción de orden público, el control debería ser total permitiendo a los jueces examinar todas las circunstancias (fácticas y legales) del caso. Estos autores explican, sin embargo, que el hecho de que el control sea total no significa que cualquier violación del orden público deba llevar al rechazo del reconocimiento del laudo, sino que debieran tratarse de una violación efectiva y seria (33).

China. Respecto de la aplicación de la excepción de orden público en China, según Fei esta cuestión suele ser una gran preocupación de los inversores internacionales por cuanto se critica a los tribunales chinos que suelen socavar la finalidad de los laudos arbitrales bajo el pretexto de una afectación al orden público (34).

China adhirió al sistema de la Convención de Nueva York en 1987. Asimismo, la Ley de Procedimientos Civiles de 1991 establece una excepción basada, no en el orden público, sino en el “interés social y político”. El control que deben hacer los tribunales es de oficio y, por ende, independiente de si la objeción ha sido planteada o no por las partes y comprende también a los laudos dictados en Hong Kong y Macau que son considerados “extranjeros” a los fines de su reconocimiento y ejecución.

El concepto de “interés social y político” no es claro. A fin de brindar ciertas precisiones sobre el concepto, en 2004 la Corte Suprema del Pueblo de China emitió un documento denominado “Explicaciones y Respuestas a Preguntas Prácticas en el Juicio de Disputas Comerciales y Marítimas Extranjeras N.º 1” en el cual se explica que la aplicación de la excepción fundada

citados en HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention", *Belgian and French Perspectives*, Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 721-741.

(33) HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention", *Belgian and French Perspectives*, Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 721-741.

(34) FEI, Langfang, "Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards: A Review of the Chinese Approach", *Kluwer Law International*, 2010, vol. 26, edición 2, ps. 301-311.

en el interés social y político se justifica únicamente en casos de violación de principios fundamentales del derecho chino, la soberanía, la seguridad del país o sus costumbres, tradiciones y estándares morales fundamentales (35).

En otro documento titulado “Notificación de la Suprema Corte del Pueblo sobre distintas cuestiones vinculadas con la tramitación, por los tribunales del pueblo, de asuntos extranjeros y de arbitraje internacional” (36), la Suprema Corte del Pueblo estableció que el rechazo del reconocimiento o ejecución de laudo extranjero o laudo vinculados con asuntos extranjeros, cualesquiera sean las causales invocadas para ello, estaba sujeta a la aprobación previa del tribunal superior de la jurisdicción de que se trate.

Respecto de su aplicación, en general la excepción de orden público es invocada en China en cuatro casos: (i) violación de un interés estatal; (ii) violación de una norma obligatoria; (iii) violación de las nociones básicas de sociedad y (iv) violación de la soberanía china y la jurisdicción de los tribunales chinos. Con relación a los dos primeros supuestos los tribunales inferiores han mostrado una gran predisposición a interpretar ampliamente el concepto de orden público o interés social y político rechazando el reconocimiento y la ejecución de un sinnúmero de laudos.

Sin embargo, la Suprema Corte del Pueblo ha revisado y corregido esta tendencia de manera continua al entender que: (i) la violación del interés público implica la violación de los intereses fundamentales de China, y (ii) la violación del derecho local obligatorio (ej., normas en materia de control de exportaciones e importaciones, controles de cambio, controles de precios, defensa de la competencia, etc.) o la pérdida de activos estatales, no implican necesariamente la violación del orden público en las relaciones internacionales.

Distinta ha sido la situación cuando se ha alegado la violación de las nociones básicas de la sociedad y la violación de la soberanía judicial china. Así, por ejemplo, en el caso conocido

(35) 8 de abril de 2004. Traducción libre.

(36) 28 de agosto de 1995.

como "Heavy Metal Music" (37) se rechazó la ejecución de un laudo extranjero al considerar que tal ejecución afectaría el interés público y social. Dos empresas americanas celebraron un contrato con la Agencia de Turismo Femenino de China por el cual ciertos artistas americanos realizarían recitales en dicho país. En el contrato se preveía que China tendría el derecho de examinar previamente el contenido de las presentaciones. Durante el tour, la banda americana incluyó ciertas canciones consideradas ofensivas y que no fueron sometidas a la aprobación previa del Ministerio de Cultura chino, razón por la cual dicho ministerio prohibió las presentaciones restantes. Las empresas americanas iniciaron un arbitraje reclamando daños y perjuicios y obtuvieron un laudo favorable. La Suprema Corte del Pueblo rechazó la ejecución del laudo al considerar que las empresas americanas habían violado los términos de sus contratos y que las canciones en cuestión (del género *heavy metal*) no eran convenientes para las condiciones nacionales del país y que violaban el interés social y político chino.

Por su parte, en el caso "Hemofarm" (38), se rechazó el reconocimiento y ejecución de un laudo dictado por un tribunal arbitral de la CCI al considerar que dicho laudo violaba la soberanía judicial de los tribunales chinos. Las actoras celebraron con el demandado (Yongnin) un acuerdo de *joint venture*, para el establecimiento de una empresa farmacéutica en China. El acuerdo preveía que cualquier disputa que pudiera surgir con relación a sus disposiciones se resolvería por negociaciones amistosas y, de no arribarse a un acuerdo, se someterían a arbitraje de conformidad con las reglas de la CCI. En 2002 Yongnin inició diversas acciones judiciales

contra la empresa farmacéutica creada como consecuencia el acuerdo de *joint venture*, reclamando el pago de alquileres y otros conceptos. La empresa rechazó la jurisdicción de los tribunales chinos invocando la cláusula de resolución de disputas del acuerdo de *joint venture*. Los tribunales chinos rechazaron la excepción de falta de jurisdicción considerando que la empresa demandada no era parte del acuerdo de *joint venture* y, por ende, no podía beneficiarse de la cláusula de resolución de disputas previsto en tal contrato. Las actoras iniciaron, luego, un procedimiento arbitral contra Yongnin alegando que dicha empresa había violado el acuerdo de *joint venture* al someter las disputas mencionadas a los tribunales chinos y que las acciones judiciales habían afectado las operaciones del vehículo generando daños a sus accionistas. El laudo arbitral fue favorable a las actoras quienes solicitaron el reconocimiento y ejecución de la decisión ante los tribunales chinos. Los tribunales inferiores rechazaron la solicitud al considerar que el laudo arbitral excedía el alcance del acuerdo arbitral y que violaba el orden público al abordar cuestiones vinculadas con la preservación de la propiedad y la carga de las costas judiciales respecto de las cuales los tribunales chinos tenían jurisdicción exclusiva. La Suprema Corte del Pueblo confirmó la decisión de los tribunales inferiores. Consideró que el laudo del tribunal ICC había excedido el marco del acuerdo arbitral pues el acuerdo solo cubría las disputas entre los inversores, no así las controversias en un inversor y el vehículo societario. Sostuvo también que al decidir sobre cuestiones respecto de las cuales ya existían decisiones judiciales firmes de los tribunales locales, el laudo violó la soberanía judicial del país y la jurisdicción de los tribunales chinos.

Brasil. Antes del dictado de la Ley de Arbitraje en 1996, la regla general para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales estaba dada por el art. 17 de la Ley Introductoria a las Reglas de Derecho Brasileiro que establecía que las leyes, actos y decisiones judiciales de otro país no tendrían efecto en Brasil en la medida que ofendieran la soberanía nacional, el orden público o la buena conducta. Si bien esta disposición no lo aclaraba expresamente, la doctrina brasilera en-

(37) Suprema Corte del Pueblo de China, "American Production Co., y Tom Flight Co., c. Chinese Women's Travel Agency", 26 de diciembre de 1997, citado en FEI, Langfang, "Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards: A Review of the Chinese Approach", Kluwer Law International, 2010, vol. 26, edición 2, ps. 301-311.

(38) Suprema Corte del Pueblo de China, "Hemofarm DD, MAG International Trade Company, Liechtenstein Suramo Media Co., c. Jinan Yongnin Pharmaceutical Co., Ltd.", 2 de junio de 2008, citado en FEI, Langfang, "Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards: A Review of the Chinese Approach", Kluwer Law International, 2010, vol. 26, edición 2, ps. 301-311.

tendía que la mención al orden público se refería al orden público internacional (39).

En 1996 se dicta la Ley de Arbitraje cuyo art. 39 dispone, a lo que aquí interesa, que la solicitud de reconocimiento de un laudo extranjero será denegada si la Corte Suprema Federal considera que el laudo es ofensivo a la noción del orden público (40). Inicialmente se debatió la constitucionalidad de esta disposición ante una posible contradicción con el art. 5º, XXXV de la Constitución de Brasil que, entre los derechos de los habitantes de Brasil, incluye el derecho a que la ley no excluya de la apreciación del Poder Judicial la lesión o amenaza a un derecho (41). Esta discusión fue zanjada con una decisión de la Corte Suprema Federal en el caso "MBV Commercial & Export Management Establishment c. Resil Indústria e Comércio Ltda.", en 2001, en la cual el tribunal sostuvo que el sometimiento de una cuestión a arbitraje no constituía una violación al art. 5º de la Constitución de Brasil.

A la fecha, la excepción de orden público para el reconocimiento de laudos extranjeros casi no ha debido ser considerada por los tribunales brasileños. Sin perjuicio de ello, existen algunas decisiones que dan cuenta de ciertos principios

(39) DOLINGER, Jacob, "Direito Internacional Privado", 399-400, Editor Forense 2012; ESPINOLA, Eduardo - ESPINOLA, Eduardo Filho, "A Lei de Introducao aoCodigo Civil Brasileiro", Editorial Freitas Bastos, 1944; TIBURCIO, Carmen - BARROSO, Luis R., "Homologacao de Sentenca Extranjeira", en TIBURCIO, Carmen, Temas de Direito Internacional, Editor Renovar, 2006, citados en de OLIVEIRA, Leonardo V. P. - MIRANDA, Isabel, "International Public Policy and Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil", Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2013, vol. 30, edición 1, ps. 49-70.

(40) En 2004, la competencia para entender en las solicitudes de reconocimiento y ejecución de laudo fue transferida de la Corte Suprema Federal al Tribunal Superior de Justicia.

(41) El art. 5º, XXXV de la Constitución brasilera establece: "Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros que residan en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad en los siguientes términos: ... XXXV. La ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial cualquier lesión o amenaza a un derecho" (traducción libre del original en portugués).

que podrían ser aplicados en el futuro por parte de los tribunales de Brasil.

En el caso "Orentsein" (42), se consideró el exhorto enviado por un tribunal de Nueva Jersey, Estados Unidos, para notificar al Sr. Orentsein (residente de Río de Janeiro) de una acción judicial por la cual se reclamaba el pago de una deuda de juego. Si bien el art. 1477 del Código Civil brasileño preveía que las deudas de juego no generan una obligación de pago, uno de los jueces de la Corte Suprema Federal consideró que no existía violación al orden público y que la conducta del demandado podía calificarse como un enriquecimiento ilícito en tanto habría viajado a un país en el cual el juego es legal para sobreendeudarse y volver a Brasil, tal vez pensando que allí tendría impunidad atento las disposiciones del Código Civil local. La decisión ni fue unánime y como consecuencia de la reforma constitucional de 2004, el caso fue remitido al Tribunal Superior de Justicia quien, en línea con el fallo anterior, resolvió que el acto de notificar a una persona acerca de una disputa referida al juego no era contrario a los valores fundamentales de Brasil.

Puede citarse también el caso "AESU c. CEEE". AES Uruguiana Empreendimentos Ltda. suscribió un contrato de compraventa de energía eléctrica con Compañía Estadual de Energía Eléctrica (CEEE, una empresa estatal), contrato que preveía el arbitraje bajo las reglas de la CCI como mecanismo de solución de controversias entre las partes. Ante supuestos incumplimientos de AESU, CEEE inició acciones legales ante los tribunales de Brasil, jurisdicción que fue cuestionada por AESU. En primera instancia se rechazaron las objeciones de AESU al considerar que CEEE era una empresa estatal y, por ende, no podía renunciar a la jurisdicción exclusiva de los tribunales locales sin autorización del Poder Legislativo. El Tribunal Superior

(42) Suprema Corte Federal, "Tribunal Superior de Nova Jersey c. Abraham Orenstein", voto del ministro Marco Aurelio, 15 de diciembre de 2001, Tribunal Superior de Justicia, "Tribunal Superior de Nova Jersey c. Abraham Orenstein", 30 de junio de 2008, citados en de OLIVEIRA, Leonardo V. P. - MIRANDA, Isabel, "International Public Policy and Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil", Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2013, vol. 30, edición 1, ps. 49-70.

de Justicia revocó esta decisión. Para ello, consideró que cuando una empresa de capitales mixtos celebra un contrato referido a una actividad estrictamente comercial, sus derechos y obligaciones son disponibles y, por lo tanto, susceptibles de resolución por arbitraje y que otra hubiera sido la solución si la controversia se relacionara con los poderes regulatorios de CEEE, pues en tanto ello es inherente a la administración pública y el interés público primario, la prórroga de jurisdicción en favor del tribunal arbitral no hubiera sido válida.

Principios similares fueron aplicados en el caso “TMC” (43), en el cual el Tribunal Superior de Justicia consideró que no obstante tratarse de una empresa estatal, en la medida en que esta opere como una empresa privada, la elección de un mecanismo privado de solución de controversias era válido.

La excepción de orden público también fue analizada en el caso “Key Trade AG”, en el cual el Superior Tribunal de Justicia de Brasil reconoció un laudo extranjero rechazando las alegaciones de violación de orden público efectuada por la parte perdedora. Entre otras cosas. Se alegó que el laudo (dictado en función de la ley inglesa aplicable al pleito) había reconocido interés compensatorio y que ello afectaba el orden público brasilero desde que la legislación de dicho país prohibía la usura. El Superior Tribunal de Justicia consideró que si bien el derecho brasilero prohibía la usura también admitía el interés compuesto en algunos casos. Por ende, no podía sostenerse que esa parte del laudo violara “los valores fundamentales de la cultura legal brasilera” o violara “la soberanía nacional, el orden público y las buenas costumbres”. El Superior Tribunal de Justicia expresó que el orden público reflejaba los valores fundamentales de la cultura jurídica del país, la “estructura moral” y que el análisis a realizar no era verificar la corrección del laudo con el sistema legal brasilero sino verificar si la decisión está en línea con los

(43) Tribunal Superior de Justicia, Primera Sección, “TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A c. Ministro de Estado de Ciência e Tecnologia”, 19 de mayo de 2007.

principios y reglas que se consideran esenciales para la cohesión nacional (44).

I.3. Ciertos precedentes judiciales locales relevantes

En los últimos años, algunos tribunales locales adoptaron una interpretación expansiva del concepto de orden público para rechazar distintas demandas de *exequatur*. En esta sección se describen los puntos más sobresalientes de estas decisiones judiciales.

I.3.a. “Milantic Trans. c. Ministerio de Producción - Astillero Río Santiago y otro” (45)

En el caso, la actora —Milantic Trans— solicitó el reconocimiento de un laudo extranjero dictado contra una entidad perteneciente al gobierno de la Provincia de Buenos Aires. La demanda de reconocimiento fue iniciada contra el Ente Administrador del Astillero Río Santiago y la Provincia de Buenos Aires. La disputa se relacionaba con un reclamo por los daños y perjuicios derivados de ciertos incumplimientos contractuales por parte del astillero mencionado bajo un contrato de construcción de un buque.

En lo que hace al objeto de este trabajo, la demandada planteó, en primer lugar, la inaplicabilidad de la Convención de Nueva York atento a que, en su opinión, el objeto de la disputa no sería una cuestión meramente patrimonial. Para ello afirmó que el contrato de construcción de la embarcación perseguía un fin administrativo de interés público tendiente a mantener la capacidad productiva del astillero, dar cumplimiento a los objetivos del Ente administrador, generar fuentes de trabajo e impulsar el desarrollo productivo de la zona. Subsidiariamente, afirmó que el laudo era violatorio del orden público

(44) Superior Tribunal de Justicia, “Keytrade AG c. Ferticitrus Industria e Comércio de Fertilizantes Ltda.”, SEC nro. 4024, 7 de agosto de 2013, Kluwer Arbitration.

(45) Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo nro. 2 de La Plata, “Milantic Trans S.A. c. Ministerio de Producción, Astillero Río Santiago y otro”, 17 de noviembre de 2006, LA LEY 2008-A-59; CNCont. Adm. La Plata, “Milantic Trans SA c. Ministerio de Producción, Astillero Río Santiago y otro”, 30 de agosto de 2007, LA LEY 2008-A-72, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sentencia del 30 de marzo de 2016.

argentino atento a que reconocía una indemnización por rubros mutuamente excluyentes, duplicando la compensación a pagar a la actora y, además, al reconocer la capitalización de intereses, contrariaba las disposiciones del art. 623 el Cód. Civil.

La jueza de primera instancia rechazó las objeciones planteadas por la demandada y resolvió acoger la solicitud de reconocimiento. Con relación a la presunta inaplicabilidad de la Convención de Nueva York expresó que, considerando los términos del contrato de construcción, este constituía un acto de comercio y, por ende, la disputa calificaba bajo el tratado referido. En la sentencia se tuvo en cuenta que Astillero Río Santiago tenía competencia para suscribir el acuerdo de construcción, en tanto el contrato habría sido aprobado por la Provincia de Buenos Aires a través de la ley 11.837 (1996). Por otra parte, confirmó la posibilidad de someter la disputa a arbitraje y expresó que el laudo versaba sobre cuestiones patrimoniales que, de acuerdo con el derecho argentino, pueden ser objeto de prórroga y transacción.

Tuvo en consideración que el laudo arbitral había quedado firme por falta de impugnación y, finalmente, en lo que respecta a la excepción de orden público planteada por la Provincia, la jueza expresó que, a fin de rechazar la validez de un laudo extranjero, este debe estar fundado "...en normas que resulten incompatibles con el espíritu de la legislación a que se refiere el art. 14 inc. 2º del Código Civil, circunstancia que se configura cuando aquellas impliquen la lesión de algún principio general inferido de las normas vigentes en el derecho argentino".

Respecto de la alegación de que el laudo duplicaba los daños indemnizables, la jueza rechazó el planteo al considerar que el laudo no hizo más que reflejar las disposiciones acordadas por las partes en el contrato de construcción. Por ello, no se observaba que el laudo fuera incompatible con el "espíritu de la legislación local" desde que para el derecho argentino las convenciones hechas en los contratos son para las partes como la ley misma.

También descartó los argumentos relativos a que la capitalización de intereses, reconocida en el laudo, constituiría una violación del orden

público. Para ello indicó que la tasa de interés aplicada no "trasciend[e] los límites de la moral y las buenas costumbres" y que la capitalización de intereses compromete el orden público solo cuando "conduce a un resultado que quiebra el principio de razonabilidad (art. 28, Const. Nac.) prescindiendo de la realidad económica del pleito con menoscabo del derecho de propiedad del deudor... y el correlativo enriquecimiento indebido del acreedor..."

A pesar de que los demandados habían limitado su apelación de la sentencia de primera instancia exclusivamente respecto de las costas impuestas, la sentencia fue revocada en su totalidad en la instancia de apelación por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata (46).

La Cámara consideró que, independientemente de que los agravios planteados por la demanda se referían exclusivamente a la imposición de costas, la manera en que había sido planteada la impugnación forzaba a ingresar en el fondo de la pretensión principal puesto que se encontraban en debate cuestiones de naturaleza iuspublicista. La Cámara sostuvo que dicho análisis era viable, ya que, con prescindencia de los alcances del recurso, de conformidad con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Corte Suprema"), la renuncia a impugnar un laudo no puede ser interpretada como una renuncia a atacar las decisiones arbitrales que violaran el orden público.

En lo que aquí interesa, en el fallo de Cámara se expresó que no era posible interpretar al contrato de construcción como un acto de comercio pues este había sido celebrado por los demandados en ejercicio de funciones administrativas y persiguiendo la satisfacción del interés público. Además, atento al régimen de derecho público que regía la relación entre el Estado y los particulares no era posible considerar que los actos analizados fueran actos de comercio. Sobre el punto sostuvo la Cámara que "...huelga abundar en las razones de orden público que impiden detraer de la jurisdicción de los tribu-

(46) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, "Milantic Trans S.A. c. Ministerio de Producción - Astillero Río Santiago y otro", 30 de agosto de 2007, LA LEY 2008-A-72.

nales locales el conocimiento y decisión de actos u otras conductas de poder con origen en el ámbito de actuación del órgano a cargo de la función administrativa". Asimismo, se puntualizó que no habría existido ley de la legislatura provincial que aprobara el contrato de construcción y que no era posible detraer del conocimiento y decisión de los tribunales locales aquellas controversias suscitadas por la actuación de los órganos del Estado provincial (47).

El rechazo del *exequatur* fue confirmado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en un fallo de fecha 30 de marzo de 2016. En su sentencia, la Suprema Corte provincial consideró que al suscribir la Convención de Nueva York, la Argentina se comprometió a reconocer y ejecutar sentencias arbitrales extranjeras referidas a relaciones consideradas comerciales según nuestro derecho interno y en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución nacional. Sin embargo, dicho compromiso tiene algunas excepciones, básicamente aquellas previstas en el art. V de la Convención. A diferencia de lo fallado en segunda instancia, el tribunal consideró que la Convención de Nueva York resultaba aplicable al caso, pero que de acuerdo al compromiso asumido por la Argentina, los laudos debían cumplir, entre otros, con la exigencia de no desconocer ni violentar "el orden público interno".

El tribunal también entendió que, independientemente de su falta de planteo por las partes, existían algunas cuestiones de fondo que debían ser analizadas igualmente, como la validez del contrato o la eventual afectación de normas de orden público locales. Por ello, con-

sideró parte del deber de los jueces controlar si a los fines de la contratación siguieron los carriles debidos, verificar que en el proceso se hubieran garantizados principios como el de representación y debido proceso y analizar si se encontraban afectados preceptos de orden público. Para la Suprema Corte provincial, los tribunales se encuentran autorizados a analizar de oficio las actuaciones y confirmar que no se hubieran afectado derechos, garantías y principios fundamentales especialmente protegidos por el ordenamiento legal local, lo que, en opinión del tribunal, no sería otra cosa que el orden público.

La Suprema Corte expresó, además, que el contrato analizado era un contrato de derecho privado y, dada su naturaleza, su sometimiento a arbitraje no constituía una afectación del orden público ni menoscababa reglas constitucionales. Sin embargo, ello no excluía la verificación de la compatibilidad de lo actuado y resuelto con los principios y leyes de orden público del Estado de reconocimiento pues los principios constitucionales que integran el orden público argentino (entre los cuales se incluye el principio del debido proceso) no podrían verse afectados. En otras palabras, sostuvo el tribunal, "la validez y aplicación de convenios y tratados internacionales se lleva a cabo en nuestro país si la resolución que se ejecuta (en este caso, el laudo) ha sido fruto de un proceso donde se han respetado los principios, garantías, directrices o cánones que se establecen expresamente en nuestra Constitución nacional o que puedan ser indudablemente derivados de sus disposiciones".

Con cita a Rivera, el tribunal expresó que los árbitros están obligados a aplicar la normativa de orden público que corresponda al caso y que, si las cuestiones que hacen al orden público internacional no han sido expresamente tratadas por los árbitros, los tribunales del país de reconocimiento y ejecución podrían rechazarlos.

Justificado el análisis de cuestiones que hacían al fondo de la disputa, el tribunal ingresó en la evaluación del contrato subyacente para concluir que, si bien la normativa local exigía aprobación por ley especial de la legislatura de la Provincia de Buenos Aires, tal autorización no había tenido lugar. En consecuencia, en opinión del tribunal, no existían pruebas de

(47) Este fallo ha sido severamente criticado. Así, por ejemplo, se sostuvo que no existen otros antecedentes de un desconocimiento tan flagrante de un laudo ni de revisión de este al ejecutarse, debiendo recordarse que los países firmantes de la Convención de Nueva York admiten y reconocen como sentencias definitivas aquellas dictadas en todos los países signatarios de la misma. El desconocimiento de un laudo arbitral y la pretensión de revisar judicialmente el fondo de lo decidido en sede arbitral, en un laudo que además quedó firme y consentido en la instancia judicial de ejecución (atento a que, como vimos, la demanda sólo apeló la imposición de costos del fallo de primera instancia) constituye una violación flagrante de un tratado internacional (CRUCHAGA, Hernán, "Ejecución de un laudo extranjero", LA LEY 2008-D-248).

que la Provincia de Buenos Aires hubiera dado su consentimiento para que Astillero Río Santiago celebrara el contrato ni para que pactara el sometimiento al arbitraje. Por ello, cualquier intento de ejecutar un laudo pronunciado en ese marco resultaba violatorio del orden público (48).

Contra esta decisión, Milantic Trans interpuso recurso extraordinario federal. En ese marco, la Corte Suprema admitió el recurso extraordinario y revocó la sentencia de la Suprema Corte Provincial (49).

En el fallo, la Corte Suprema no abordó el debate acerca de cuál es el alcance que debe asignarse a la noción de orden público bajo el art. V.2 de la Convención de Nueva York, sino que indicó que, más allá del alcance de dicha noción, la interpretación de la norma referida debía hacerse, como con todos los tratados internacionales, de acuerdo con los principios de derecho público establecido en la Constitución nacional (conforme art. 27, CN) y que por ende, la facultad de los jueces de denegar el reconocimiento de un laudo con fundamento en la excepción de orden público debía ejercerse sobre la base de tales principios, entre los cuales se incluye el debido proceso adjetivo.

La Corte Suprema expresó que, de acuerdo con el principio de congruencia, sustentado en los arts. 17 y 18 de la CN, la jurisdicción de los tribunales de apelación está limitada por los términos de la litis y el alcance de los recursos concedidos. Recordó, además, que la cosa juzgada constituye uno de los “pilares fundamentales sobre los cuales se asienta nuestro régimen constitucional” y que, a menos que se den los supuestos excepcionales admitidos, la cosa juzgada no puede ser alterada invocando el orden público “pues la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de se-

(48) El tribunal identificó, además, otras presuntas violaciones de los requisitos de validez del arbitraje, como ser la intervención del fiscal de estado provincial en la negociación con la actora.

(49) Corte Suprema, "Milantic Trans SA c. Ministerio de la Producción (Astillero Río Santiago y ot.) s/ ejecución de sentencia - recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley y nulidad", 5 de agosto de 2021.

guridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior”.

Concluyó que, dado que las razones esgrimidas por la Cámara y la Suprema Corte no eran suficientes para desconocer la cosa juzgada, la revisión de oficio efectuada por dichos tribunales —con fundamento en una supuesta violación del orden público— constituyó un desconocimiento del principio de congruencia y de la cosa juzgada, “cuya raigambre constitucional ha sido reconocida por [la] Corte y su respeto se ha entendido como una exigencia del orden público con jerarquía superior”.

Independientemente de que la Corte Suprema no se abocó a analizar o definir el alcance del concepto de orden público, los principios que surgen de la decisión —incluyendo el hecho de que el principio de congruencia, la cosa juzgada y la seguridad jurídica forman parte del orden público internacional argentina con jerarquía superior a otros principios— ratifican los límites de la revisión que pueden realizar los jueces locales al entender en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y refuerza la idea de que la invocación del orden público no puede constituir un fundamento válido para justificar el desconocimiento de principios y derechos de raigambre constitucional.

I.3.b. “Claren Corporation c. Estado Nacional” (50)

En el caso, la actora solicitó el reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada por un juez de Nueva York, Estados Unidos de América, mediante la cual se condenó al Estado nacional a abonar a la actora aproximadamente USD 7.5 millones con relación a los Bonos Externos Globales 2017.

La acción de *exequatur* fue rechazada en primera instancia por entender el juez interviniente que la sentencia cuyo reconocimiento se solicitaba estaba en pugna con el orden público argentino, no cumpliéndose, por tanto, el requi-

(50) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nro. 9, "Claren Corporation c. Estado Nacional - Arts. 517/518 Cód. Proc. Civ. y Com. Exequátur", 2 de marzo de 2010. La sentencia de primera instancia fue confirmada por decisión de la CN-Fed. Cont. Adm., sala V, 30/12/2010.

sito previsto en el art. 517, inc. 4º del Cód. Proc. Civ. y Com. Para así resolver el juez expresó que el principal fundamento de la acción de *exequatur* es la defensa del orden público y que este concepto se identifica con el espíritu que subyace a la legislación civil y a los principios generales que se infieren de las normas del derecho argentino (51). En el fallo también se menciona: “cabe identificar al concepto enunciado con el conjunto de principios establecidos en defensa de la política legislativa local, que se encuentra en estado subyacente y surge como freno al derecho extranjero que puede distorsionarlo”.

En particular, el juez entendió que entre los principios de orden público del derecho argentino se encuentra la inmunidad de jurisdicción del Estado nacional y que los actos que el Estado nacional ejecute regidos por el derecho público gozan de dicha prerrogativa. Si bien la emisión de títulos públicos puede calificar como un acto regido por el derecho privado tal como tiene dicho la Procuración de Tesoro de la Nación en numerosos dictámenes (incluyendo el que correspondía a la emisión de bonos en cuestión), el juez entendió que los hechos del caso versaban sobre actos de naturaleza pública, como ser la suspensión del pago de la deuda pública y su reestructuración. Con cita a la Corte Suprema se expresó que el acto del diferimiento de pagos de la deuda pública es una emanación de la soberanía nacional, respecto de la cual el Estado nacional no había prorrogado su jurisdicción. Concluyó entonces que, atento a que la sentencia extranjera desconoció el principio de inmunidad de jurisdicción del Estado nacional, violaba principios de orden público argentinos y, por ende, no correspondía su reconocimiento y ejecución.

La sentencia fue apelada por la sociedad actora y, con el voto de dos de sus miembros, la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

(51) Sobre el punto, el juez expresó "...el fundamento principal de la acción de exequátur es, precisamente, la defensa del orden público, razón por la que, resulta de toda evidencia la imposibilidad de acordar eficacia a una sentencia extranjera si ella se funda en normas que resultan incompatibles con el espíritu de la legislación a que se refiere el art. 14, inc. 2º del Código Civil... circunstancia que se configura cuando aquellas implique una lesión de algún principio general inferido de las normas vigentes en el derecho argentino...".

Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia apelada y rechazó la acción de *exequatur*.

El Dr. Gallegos Fedriani, en minoría, reconoció la existencia de la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales extranjeros efectuada por la República Argentina en la documentación correspondiente a la emisión de los bonos, así como la existencia de una renuncia del Estado nacional a invocar la inmunidad de jurisdicción. El hecho de que el Estado nacional no hubiera invocado la defensa de inmunidad de jurisdicción en la demanda tramitada en el extranjero, sostuvo, impedía reconocer ese principio en la etapa de reconocimiento y ejecución. Asimismo, y atento a que la emisión de los bonos constituye un acto de gestión, el Dr. Gallegos Fedriani resolvió que no se encontraba amparado por la garantía de inmunidad referida. El juez descartó además que el reconocimiento y ejecución de la sentencia pudiera afectar el orden público en miras de la crisis económica, política y social experimentada por la Argentina pues el eventual reconocimiento y ejecución de la sentencia estaría sujeto a la inembargabilidad de recursos del Estado nacional (art. 19, ley 24.624) y al régimen de ejecución de sentencias contra el Estado nacional previsto en el art. 20 de la ley 24.624 y el art. 22 de la ley 23.982.

El Dr. Treacy coincidió con el Dr. Gallegos Fedriani respecto de la inaplicabilidad del principio de inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, votó por el rechazo de la demanda al entender que el orden público argentino incluye un principio del “derecho de gentes” por el cual puede exceptuarse de responsabilidad internacional a un Estado por la suspensión o modificación de los servicios de la deuda pública cuando sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergable. Indicó que la legislación de emergencia por la cual se suspendió y difirió el pago de la deuda pública constituía “un reflejo del principio del derecho de gentes al que se hizo referencia... como integrante de los principios del orden público del derecho argentino”. Asimismo, aplicó analógicamente el principio de la *pars conditio creditorum* del sistema concursal argentino, principio al que también calificó de orden público, y entendió que, en tanto la sentencia colocaba a algunos acreedores en una

posición más ventajosa que otros, esta era contraria al principio referido.

Finalmente, el Dr. Alemany, por fundamentos análogos a los del Dr. Treacy, expresó que las normas de emergencia por las cuales se ordenó la suspensión y diferimiento del pago de la deuda formaban parte del orden público argentino y que, por ende, la acción debía ser rechazada en tanto la sentencia cuyo reconocimiento se solicitaba contrariaba las disposiciones de tal normativa.

Por su parte, y en el marco del recurso extraordinario planteado por la actora, con fecha 5 de abril de 2013 la procuradora general de la Nación emitió su dictamen proponiendo la confirmación de la sentencia de segunda instancia (52). En el dictamen se sostuvo que el *exequatur* solicitado no cumplía con los requisitos previstos en el ordenamiento procesal local por cuanto “obstruye el ejercicio de atribuciones elementales por parte del gobierno argentino, sin las cuales no podría ser considerado un estado soberano”.

Se expresó que a fin de poder considerar que un estado es soberano este debe poder decidir por sí mismo qué medidas adoptar en una situación de emergencia y que ello es lo que fundamenta el carácter de orden público de la atribución de redefinir sus obligaciones de manera unilateral. En el dictamen se califica al proceso de reestructuración como un *acto jure imperii* definiéndolo como un acto de gobierno realizado a fin de garantizar la continuidad de un estado soberano, recomponer sus colapsadas instituciones, afianzar el crecimiento, recobrar el sistema financiero y el comercio exterior y atender necesidades fundamentales de su población. Finalmente, se indicó que la pretensión de los actores afectaba “el orden público local” pues interfería con las facultades del gobierno de redefinir unilateralmente sus obligaciones en una situación de emergencia a fin de asegurar su subsistencia y garantizar la provisión de bienes públicos esenciales.

(52) S.C. C. 462 L.XLVII, "Claren Corporation c. Estado Nacional (arts. 517/518 Cód. Proc. Civ. y Com. Exequátur s/ varios".

Siguiendo el criterio expresado en el dictamen de la Procuración —que la Corte Suprema hizo suyo (53)— el Máximo Tribunal resolvió confirmar la sentencia de segunda instancia y rechazar el *exequatur* al entender que la sentencia cuyo reconocimiento y ejecución se solicitaba no cumplía con el requisito previsto en el art. 517 [4] CPPCN en tanto admitir la pretensión “implicaría convalidar que este [el actor] a través de una acción individual promovida ante un tribunal extranjero, eluda el proceso de reestructuración de la deuda pública dispuesto por el Estado Argentino mediante las normas de emergencia dictadas por las autoridades competentes...”, normas que consideró integrantes del “orden público del derecho argentino”.

I.3.c. “Crostelli, Fernando y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Economía” (54)

En el caso, los actores solicitaron el reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada en el exterior (Nueva York, Estados Unidos de América) que hacía lugar a sus planteos de cobro con relación a ciertos títulos públicos emitidos por el Estado nacional.

La demanda de *exequatur* fue rechazada en primera instancia. El juez interviniente entendió que los bonos públicos objeto de la sentencia extranjera estaban alcanzados por la legislación de emergencia dictada por el Congreso nacional y que, por ende, el juez del exterior carecía de competencia para emitir la sentencia cuyo reconocimiento se pretendía en tanto la actuación estatal involucrada constituía actos de imperio. El juez entendió que la sentencia había sido dictada desconociendo el principio de inmunidad soberana por un tribunal incompetente.

La Cámara, por unanimidad, confirmó el pronunciamiento de primera instancia al considerar que la sentencia extranjera afectaba principios de orden público argentino. Puntualizó que, de admitirse la acción de reconocimiento, se estarían dejando de lado “normas de orden público” como eran las normas en materia de reestructuración de la deuda soberana.

(53) CS, sentencia del 6 de marzo de 2014.

(54) CNFed. Cont. Adm., sala II, "Crostelli, Fernando y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Economía", 20 de diciembre de 2011.

Indicó que el tratamiento de la crisis vivida en la Argentina y en particular, lo relativo a los mecanismos implementados para el tratamiento de la deuda pública, representaron el “ejercicio de prerrogativas estatales a través de normas que integran de manera indiscutible el orden público interno, cuyo acatamiento constituye ciertamente un recaudo de estricta observancia a la hora de la homologación de la sentencia extranjera”. Asimismo, y sin fundamentar esta conclusión la Cámara expresó que era indiscutible que el bloque normativo que reguló la reestructuración de la deuda pública integraba el “orden público del derecho argentino”. En función de lo anterior, la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia rechazando el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera.

Con fecha 28 de mayo de 2013, la Procuradora General de la Nación se expidió remitiendo al dictamen emitido en el caso “Claren Corporation”, antes comentado (55). Por su parte, la Corte Suprema confirmó el rechazo del *exequatur* en un fallo dictado el 11 de noviembre de 2014, con remisión al caso “Claren Corporation”.

I.3.d. “Deutsche Ruckversicherung AG c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro” (56)

La actora solicitó el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral y la sentencia extranjera que lo confirmó (ambos dictados en Nueva York) mediante los que se condenó a la Caja Nacional de Ahorro y Seguro (en liquidación) al pago de ciertos montos (capital e intereses) originados en contratos de retrocesión suscriptos entre ambas partes.

El juzgado rechazó la solicitud de reconocimiento y ejecución de las decisiones dictadas en el extranjero al considerar que los intereses adjudicados no se ajustaban a lo previsto en el art. 6° de la ley 23.982 de Consolidación de Deudas, una ley declarada de orden público por el legislador. Por esta razón, en el fallo se expresó que “admitir la conversión en título ejecutorio

del laudo arbitral afectaría el orden público, por ir en contra de lo establecido en la ley de consolidación de deuda pública”.

La sentencia referida fue revocada por la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en una decisión dictada el 23 de septiembre de 2014 (que no se encuentra firme). La Cámara resolvió revocar la sentencia y admitir el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y de la sentencia extranjera de acuerdo con el régimen de consolidación de deudas aplicable al caso (leyes 23.982 y 25.565) por la suma que surja de la liquidación a practicarse en primera instancia.

Para así resolver la Cámara abordó, en primer lugar, la discusión entre las partes acerca de cuál era el concepto de orden público a la luz del cual debía medirse o evaluarse el laudo y la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se solicitaba. En ese marco afirmó la dificultad del definir el concepto de orden público y destacó que la ambigüedad de este concepto también es destacada en el ámbito internacional como una de las principales dificultades que presenta como requisito para admitir el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Por ello y por sus implicancias, remarcó que “determinar la extensión de la noción de orden público como limitación a la aplicación de la ley extranjera, constituye uno de los puntos más intrincados y difíciles, pues además de la vaguedad del concepto 'es la soberanía territorial la que se encuentra en juego, es la defensa de los intereses primordiales de la sociedad lo que se defiende, y, en consecuencia, las disposiciones legales que tienden a salvaguardar esos intereses son susceptibles de recibir extensiones o restricciones muy variadas' (Carlos M. Vico, 'Curso de Derecho Internacional Privado', T. I, Buenos Aires, 1926, ps. 185/89)”.

En lo que a este trabajo interesa, la Cámara expresó que en la noción de orden público se han identificado dos componentes: el interés general que el legislador interpreta como representante de la sociedad y que considera necesario atender; y el mecanismo instrumental consistente en hacer que las normas legales que atienden a ese interés general no puedan ser dejadas de lado por las partes. De esta manera, el tribunal trazó la distinción entre el orden público en

(55) S.C., C. 115, L. XLVIII, "Crostelli, Fernando y otros c. EN - M° Economía s/ exequátur", 28 de mayo de 2013.

(56) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal nro. 2, Secretaría nro. 4, "Deutsche Ruckversicherung AG c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro", 15 de noviembre de 2013 (sentencia no firme).

sí mismo, y las normas imperativas. Luego, abordó la segunda distinción que la doctrina realiza al abordar esta temática: la diferencia entre “norma de orden público interno” y “principio de orden público internacional” y puntualizó que es esta última noción a la que hace referencia la Convención de Nueva York a los fines de impedir que un laudo extranjero viole el sentido de justicia del país, los principios fundamentales o básicos del ordenamiento jurídico, y no las normas imperativas que lo integran. Por ello, explicó, el orden público internacional no se compone de normas sino de principios básicos del ordenamiento normativo patrio. Por lo anterior, la Cámara concluyó que el art. V[2](b) de la Convención de Nueva York no se refiere al orden público como sinónimo de norma interna imperativa sino al orden público internacional.

Por otra parte, la Cámara remarcó la necesidad de realizar una interpretación prudente del concepto de orden público “ya que una utilización irrestricta de la excepción del 'orden público internacional' llevaría inexorablemente a la negación del derecho internacional privado, mientras que el exceso opuesto conduciría a la corrosión del sistema jurídico interno al contravenir sus principios rectores”.

Con relación a la invocación que de las leyes de consolidación había efectuado el Estado nacional, la Cámara analizó el origen y propósitos que llevaron al dictado de estas leyes para concluir que estas buscaban preservar intereses vitales de la sociedad y, por ende, integraban el orden público del país en los términos del art. V de la Convención de Nueva York. En este sentido, remarcó que el orden público internacional de cualquier estado “incluye los principios fundamentales, atinentes a la justicia y a la moral, que el Estado desea proteger aun cuando no esté directamente involucrado; y las reglas diseñadas para servir a intereses políticos, sociales o económicos esenciales de ese Estado” y que el régimen de consolidación de la deuda pública se asienta en forma directa sobre principios fundamentales de nuestra Constitución nacional. Citó, en su apoyo, las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema en los casos “Brunicardi” y “Claren Corporation” en el sentido de que existe un principio de derecho de gentes que autoriza excepcionar al Estado de responsabilidad internacional por la suspensión o modi-

ficación total o parcial del servicio de su deuda externa en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergradable.

El tribunal entendió, además, que de no aplicar al caso las disposiciones de las leyes de consolidación, se estaría afectando el derecho constitucional de igualdad que también integra el orden público internacional argentino. En este sentido, tratándose de acreedores estatales por obligaciones alcanzadas por la consolidación si se autorizara la ejecución del laudo en los términos en que fue dictado y se lo excluyera de las leyes de consolidación sin una causa que lo justifique existiría una discriminación contraria a la garantía de la igualdad, “elemento troncal derivado del concepto de dignidad humana [que] es un elemento determinante del orden público constitucional”.

Sin perjuicio de lo anterior, la Cámara expresó que no se advertían vicios en el laudo —o en el procedimiento previo a su dictado— que impidieran en forma absoluta su reconocimiento y ejecución siempre que el acreedor se ajuste al régimen de consolidación para la percepción de su crédito. Consideró, sobre el punto, que si una sentencia local era dictada en violación de las normas de consolidación, la solución no era su nulidad sino su adecuación a dicho régimen legal y que dicho principio debía aplicarse también a una sentencia extranjera puesto que lo contrario implicaría una discriminación y que el rechazo del reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero por violar el orden público era una excepción al principio de respetar las sentencias emanadas de tribunales judiciales o arbitrales extranjeros que se justifica solo cuando la ejecución repugne principios fundamentales del orden público, estableciendo la Convención de Nueva York el principio “favor arbitraje”. Este principio representaría, en los hechos, un principio general del derecho que persigue preservar la validez de los actos jurídicos que integra el orden público internacional argentino. Asimismo, remarcó, no sería contrario a la Convención que un laudo no se reconozca y ejecute con el alcance total otorgado por el tribunal arbitral pues la ejecución parcial del laudo extranjero, cuando una parte que resulte violatoria del orden público puede ser separada de las demás, ha sido una de las mencionadas recomendaciones de la International Law Association.

Por ello, la Cámara concluyó que no existía norma interna ni de derecho internacional que excluyera del régimen de consolidación de deudas a la ejecución de un laudo extranjero y que la solución propuesta (adecuación de la ejecución del laudo a los postulados y procedimientos del régimen de consolidación) compatibilizaba razonablemente los fines de la Convención de Nueva York y los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico sobre ejecución de sentencias dictadas contra el Estado.

El Estado nacional apeló la decisión, y la cuestión fue finalmente dirimida por la Corte Suprema en una decisión de fecha 24 de septiembre de 2019. La Corte Suprema rechazó el recurso por entender que solo traducía una disconformidad con los fundamentación y decisión de la Cámara. En sus votos, los Dres. Rosenkrantz y Rosatti admitieron ciertos argumentos procesales efectuados por el Estado nacional, pero rechazaron igualmente el recurso.

El Dr. Rosenkrantz rechazó el recurso al considerar que, en su planteo, el Estado nacional descansaba sobre normas inaplicables (57), no había demostrado la configuración de ninguna de las causales de nulidad de laudos arbitrales previsto en el art. V de la Convención de Nueva York para la denegatoria del reconocimiento y ejecución, e implicaba reeditar cuestiones sobre el fondo de la disputa, cuestión ajena al procedimiento local de exequatur. A los fines que interesan a este trabajo, en el voto comentado se concluyó que no se advertía de qué manera la aplicación de ciertas normas holandesas en materia de poderes y prescripción (58) podía constituir una afectación del orden público argentino.

(57) Mientras que el Estado Nacional había invocado el art. 517 del Cód. Proc. Civ. y Com., entonces aplicable a la ejecución de laudos arbitrales cuando no existiera un tratado que regulara su reconocimiento y ejecución, en el caso eran aplicables las disposiciones de la Convención de Nueva York.

(58) El Dr. Rosenkrantz sostuvo que las circunstancias de que, bajo el derecho argentino, la prescripción no fuera aplicable de oficio y que la prescripción ganada puede ser renunciada eran evidencia de que, en principio, la prescripción no era una cuestión que interesaba al orden público.

Por su parte, el Dr. Rosatti, se refirió primero a que en el procedimiento de exequatur debe verificarse la adecuación del laudo al orden público argentino. Al referirse al alcance de esta revisión, cuando el Estado es parte del pleito, expresó que ello conlleva la necesidad de verificar que el laudo es acorde a “los principios de derecho público establecido en [la] Constitución nacional a los cuales alude su art. 27 y entre los cuales se encuentra: a) la forma representativa, republicana y federal de gobierno... b) el principio de juridicidad... c) el principio de igualdad... d) el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación... e) el debido proceso legal... y f) las medidas de emergencia adoptadas para garantizar la existencia misma de la Nación...”. Según el Dr. Rosatti, el art. 27 citado establece una “esfera de reserva soberana (denominada margen de apreciación nacional)” en función de la cual no es posible hacer prevalecer automáticamente el derecho internacional sobre el ordenamiento constitucional. Este examen, sin embargo, no permite revisar o alterar las decisiones de fondo adoptadas por el tribunal arbitral, debiendo únicamente verificarse el cumplimiento de los requisitos previstos para el reconocimiento y ejecución del laudo.

I.3.e. “José A. Cartellone Construcciones Civiles c. Hidronor” (59)

Si bien la sentencia en el caso “Cartellone” no fue dictada en el marco de un procedimiento de *exequatur* cabe hacer referencia a sus consideraciones atento las derivaciones que en las cuestiones abordadas en este trabajo puede tener la decisión. En el caso se analizaba el recurso de nulidad interpuesto por la parte demandada (Hidroeléctrica Norpatagónica SA - Hidronor) contra el laudo arbitral dictado en favor de José Cartellone Construcciones Civiles S.A. por el cual se le reconocieron a mayores costos y otras sumas en el marco del contrato de obra pública que vinculaba a las partes. De acuerdo con dicho contrato, en el cual las partes se comprometían a someter sus disputas a jurisdicción arbitral, el laudo a dictarse era inapelable. El laudo dictado, favorable a la empresa José A. Cartellone Construcciones Civiles SA, hizo lugar a la de-

(59) CS, “José A. Cartellone Construcciones Civiles SA c. Hidronor”, 1 de junio de 2004, Fallos 327:1881.

manda respecto de varias de las pretensiones propuestas reconociendo en su favor diversas sumas más los intereses previstos en el art. 48 de la ley 13.064 de Obras Públicas.

La demandada interpuso recurso de nulidad contra esta decisión. La Corte Suprema hizo lugar al recurso y declaró la nulidad del laudo arbitral. Para ello consideró que el laudo contradecía el orden público en tantos los intereses adjudicados —al ser exorbitantes— habrían constituido un despojo. Sostuvo que debía analizarse el alcance de la renuncia de las partes a apelar el laudo arbitral y que, si bien en principio ello constituía una cuestión disponible el derecho argentino prohibía la renuncia de derechos concedidos en mira del interés público siendo, además, la renuncia un instituto de interpretación restrictiva. Asimismo, habiéndose configurado en su opinión una violación al orden público, la Corte Suprema expresó que no podía “lícitamente interpretarse” que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contrarían el orden público y expresó que la decisión arbitral puede impugnarse judicialmente “cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable”.

De esta sentencia se derivan dos consideraciones muy peligrosas para la supervivencia del arbitraje. La primera, que —de mantenerse esta doctrina— para la Corte Suprema será revisable el laudo (siempre e independientemente de la renuncia de las partes) si este es considerado violatorio del orden público. La segunda es la posibilidad de revisar el laudo considerado inconstitucional, ilegal o irrazonable (60). Respecto de la primera de las consideraciones referidas *supra*, los Dres. Nazareno y Boggiano habían anticipado ese principio en su voto en el fallo “Meller” (61). La segunda consideración

(60) Cfr. RIVERA, Julio César, "Arbitraje comercial, internacional y doméstico", Abeledo Perrot, 2014, p. 906.

(61) CS, "Meller Comunicaciones SA UTE c. ENTEL", 5 de noviembre de 2002, LA LEY 2003-B-906. En su voto, los ministros Nazareno y Boggiano expresaron: "Las partes pueden siempre, en asuntos disponibles para ellas, llegar hasta la renuncia de un derecho si esta alternativa conviene a sus intereses. Y si pueden abdicar de un derecho de modo directo, nada impide que lo sometan al azar acudiendo al vestido arbitral, que puede ser de un

también había sido planteada por la Corte Suprema muchos años antes, en el caso “Cooperativa Eléctrica” de 1975 (62).

El fallo “Cartellone” fue criticado por una gran parte de la doctrina argentina (63). Más allá de las críticas al razonamiento del tribunal sobre el alcance de la renuncia al recurso de nulidad, se criticó también el alcance de la revisión pactada. Ello por cuanto el hecho de que un laudo pudiera afectar el orden público no autoriza al tribunal a actuar como un tribunal de apelaciones y revisar el fondo de la disputa. El tribunal debería ceñir su revisión a verificar que el tribunal arbitral hubiera considerado cualquier norma imperativa aplicable y fundado razonablemente su aplicación o no a la controversia, pues “la causal de orden público no habilita la revisión de fon-

juego, apuesta o un echar suertes de modo que las partes disponen también renunciar a los recursos judiciales aun pactando duras penas de multa para quien quisiera abandonar aquel camino. Y no es dable afirmar con arrogancia que un proceso judicial pueda hacer más equidad que aquellos métodos, pues la crisis actual de la seguridad jurídica conduce a las partes a elegir alternativas de solución de controversias prescindientes de la jurisdicción estatal cuando el ordenamiento les permite hacer tal elección. Si el laudo al fin afectase el orden público estatal sus jueces no podrían reconocerlo pero en este caso nadie ha invocado la gravedad del orden público ni aparece manifiesta a los ojos de esta Corte...”.

(62) CS, "Cooperativa Eléctrica y Anexos de General Acha Ltda. s/ expediente administrativo", 7/07/1975, Fallos 292:223. En esta decisión, el Máximo Tribunal expresó que independientemente de lo que se establezca en la cláusula arbitral, "el ejercicio que en cada caso se haga de la jurisdicción arbitral no comporta más atribución que la de juzgar legal y razonablemente dentro de los términos del conflicto; y que si bien la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho es función del árbitro, no excluye que pueda ser impugnada judicialmente la inconstitucionalidad, la ilegalidad o la irrazonabilidad en que se hubiese incurrido al laudar...”.

(63) RIVERA, Julio César, "Arbitraje comercial, internacional y doméstico", Abeledo Perrot, 2014, p. 908; RIVERA, Julio César, "Orden público y arbitraje comercial", LA LEY del 30/11/2015; RIVERA, Julio César, "Relaciones peligrosas entre los jueces y el arbitraje", Revista Institucional, nro. 1504 de la Bolsa de Comercio de Rosario, 9 de abril de 2008; MÉNDEZ, H., "Impugnación judicial de laudos arbitrales. El caso 'Cartellone'. Un lamentable retroceso", JA 2005-I-1312; ESTOUP, "La universalización del orden público interno en el arbitraje internacional. ¿Una defensa legítima?", LA LEY del 11/11/2004.

do del laudo" (64) sino que únicamente autoriza a verificar que la solución aplicada por los árbitros no sea "inaceptable desde el punto de vista de las concepciones fundamentales del foro" por existir una violación efectiva y flagrante del orden público internacional (65).

De lo contrario, el acuerdo de prórroga de jurisdicción al que pudieran haber arribado las partes en un contrato carecería de efecto útil. En otras palabras, ninguna eficacia, y por ello utilidad, tendría un acuerdo de prórroga de jurisdicción si la jurisdicción pactada por las partes pudiera ser suplantada por los jueces al ejercer un control amplísimo en oportunidad de analizar un recurso interpuesto contra el laudo. Es que, como expone Caivano: "[A] someterse a arbitraje, las partes han querido que sean los árbitros —y no los jueces— quienes las resuelvan. Este objetivo se perdería si el laudo fuera revisable en cuanto a los méritos o al fondo de lo resuelto, pues en este caso la controversia, finalmente, terminará siendo resuelta por un tribunal judicial" (66).

Obviamente se trata de una cuestión compleja cuyo debate sigue abierto tanto a nivel local como también en el derecho comparado (67).

II. Conclusiones

Confrontando los conceptos y principios descriptos en la primera y segunda parte de este trabajo con las conclusiones a las que se arribaron en las decisiones comentadas más arriba, puede observarse que, en líneas generales, existe una importante confusión de los criterios aplicados.

En primer lugar, muchos de los tribunales que intervinieron en los casos comentados aplicaron la noción de orden público interno a casos de reconocimiento de sentencias

o laudos extranjeros cuando deberían haber analizado la viabilidad del reconocimiento y ejecución a la luz del criterio del orden público internacional.

En segundo lugar, y más allá del grave error conceptual referido en el párrafo anterior, incluso admitiendo (solo por hipótesis) la aplicación del orden público interno a cuestiones internacionales, los tribunales en cuestión han hecho una interpretación muy expansiva del criterio de orden público (interno) que no se condice tampoco con el criterio que debería aplicarse en esta materia.

Finalmente, a partir de la invocación de supuestas vulneraciones del orden público, los tribunales han entrado en el fondo de las disputas, reanalizando los méritos del caso, a pesar de que, como reconoce la Corte Suprema en su jurisprudencia: "...la comprobación de los recaudos exigidos... para la ejecución del laudo arbitral, no autoriza a revisar o alterar las decisiones de fondo adoptadas en el pronunciamiento, debiendo circunscribirse el tribunal a la verificación de la concurrencia de los requisitos indicados" (Fallos 334:552) (68).

Estas circunstancias, como veremos en la última parte del trabajo, ponen en serios riesgos la supervivencia y eficacia del arbitraje como un mecanismo de solución de controversias en el país, particularmente en aquellos casos que involucran al Estado nacional o alguna de sus reparticiones en tanto en dichos casos suelen encontrarse presentes muchos elementos (como ser normas imperativas, cuestiones de derecho público, cuestiones vinculadas con el interés general) que son peligrosamente confundidos con el concepto de orden público que debiera aplicarse al analizar el reconocimiento y ejecución de laudos en procedimientos con intervención del Estado nacional.

(64) RIVERA, Julio César, "Arbitraje comercial, internacional y doméstico", Abeledo Perrot, 2014, p. 908.

(65) RIVERA, Julio César, "Arbitraje comercial, internacional y doméstico", Abeledo Perrot, 2014, ps. 972-973.

(66) CAIVANO, Roque J., "El control judicial en el arbitraje. Apuntes para una futura reforma de la legislación argentina", LA LEY 2008-D-1274.

(67) RIVERA, Julio César, "Orden público en el arbitraje comercial", LA LEY del 30/11/2015, p. 4.

(68) Esta es la misma solución que se adopta, en general, en el plano internacional, habiendo muchos tribunales reconocidos que el orden público no brinda una oportunidad a la parte que resiste el reconocimiento y ejecución del laudo para reargumentar la cuestión de fondo o méritos del caso. Cfr. GAILLARD, Emmanuel - BERMANN, George, "Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", UNCITRAL, 2016.