

# EL ORDEN PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN AL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS

Gonzalo Jiménez-Blanco  
Ashurst  
Socio

## ABSTRACT

It is generally accepted that the recognition and enforcement of arbitral awards may be declined on public policy grounds. However, the concept of public policy is a wide concept which varies in time and from State to State.

Since such concept is difficult to apprehend, it could have a strong undermining effect on the credibility of arbitration courts in the international arena, should it be excessively used to counter arbitral decisions.

To avoid such detrimental effect, some international organisations have attempted to harmonise the concept of public policy in international arbitration, it being understood that «public policy» refers to the public policy of the forum, i.e. the State in which the recognition and enforcement of the relevant arbitral award are sought.

In any case, in Spain and other civilized countries, the frequently—used concept of public policy, as a ground to resist international arbitral awards, has been restrictively accepted by courts, in order not to allow misuse of the public policy concept as a pretext to try the review of the legal grounds of arbitral awards, which would be highly detrimental to arbitral institutions.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LOS DISTINTOS SIGNIFICADOS DE ORDEN PÚBLICO
- II. ORDEN PÚBLICO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE ARBITRAJE
- III. ORDEN PÚBLICO Y CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958
- IV. ORDEN PÚBLICO Y LEY MODELO UNCITRAL
- V. INFORME FINAL Y RECOMENDACIONES DEL COMITÉ DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LA ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
- VI. EL ORDEN PÚBLICO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA
- VII. EL ORDEN PÚBLICO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS EN OTROS PAÍSES DISTINTOS DE ESPAÑA
- VIII. CONSIDERACIONES FINALES
- IX. ANEXO

*«El orden público es un potro indomable y, una vez que lo logras montar, no sabes adónde te llevará. Podría conducirte lejos de la Ley sensata» (1)*

## I. INTRODUCCIÓN: LOS DISTINTOS SIGNIFICADOS DE ORDEN PÚBLICO

La expresión «orden público» es un concepto que presenta diversas significaciones.

Quizá en su acepción más común, orden público se asocia a la idea de seguridad o policía (2), concepto éste al que también se refieren algunas normas jurídicas (3).

En un ámbito más específico, el concepto de orden público hace referencia más bien a las bases de la convivencia, esto es, a los principios jurídicos, e incluso éticos, que todos —incluido el legislador— deben respetar. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 54/2002 de 5 de febrero de 2002 señala:

*«(...) esta Sala tiene declarado, respecto al orden público, que está constituido por los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en una época determinada (SSTS de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979), y de otra, una notable concepción de la doctrina científica aprecia como tal los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas; asimismo, una moderna posición de la ciencia jurídica señala que el orden público constituye la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera, y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución».*

En el ámbito penal, el vigente Código Penal de 1995 contiene un Título XXII, con la rúbrica «de los Delitos contra el orden público», en el que regula el delito de sedición, los delitos contra la autoridad y funcionarios, los delitos de resistencia y desobediencia, los de desórdenes públicos y los de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y los delitos de terrorismo. Como puede apreciarse, tal referencia penal al concepto de orden público se acerca más al concepto común que hemos mencionado (el relacionado con la paz pública) que al específico (bases de la convivencia), aunque también parece contener elementos de éste.

También el Código Civil se refiere al concepto de orden público en diversas ocasiones, en este caso más en referencia a las normas básicas de convivencia:

- (1) Decisión de un Juez inglés en el caso *Richardson v. Melish*, 1824.
- (2) El Diccionario de la RAE lo define como «Situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta».
- (3) Como las Leyes de 28 de julio de 1933 y de 30 de julio de 1959, de Orden Público. A este sentido se refiere el artículo 21.2 CE, que se refiere a la posibilidad de prohibir reuniones y manifestaciones cuando existan razones fundadas de alteración del orden público.

## El orden público como excepción al reconocimiento...

— el art. 3 establece que la costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada;

— el art. 6 dispone que la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros;

— el art. 13.3 declara que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público;

— el art. 21 establece que la nacionalidad española también se adquiere por residencias en España, en las condiciones que señala el artículo siguiente y mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional;

— el art. 107, después de señalar que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges y en su defecto por la ley de residencia habitual común o última común, dispone que en todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España si, entre otros supuestos, la ley aplicable conforme a aquella regla no reconociera la separación o el divorcio o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público;

— el art. 594, por su parte, establece que todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público;

— y, por último el art. 1255 dispone que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

Parece que en tales menciones, o al menos en la mayor parte de ellas, del Código Civil se está haciendo referencia al concepto que hemos llamado más específico, es decir, al que se vincula a las «normas básicas de la convivencia» en el sentido de que tales preceptos del Código Civil tienden a permitir toda actuación como regla general siempre que no afecte negativamente a los principios básicos, comúnmente aceptados, de convivencia.

Ya en la práctica del arbitraje se habla también de orden público e incluso de distintos conceptos de orden público, a los que después nos referiremos con mayor detalle (4):

— orden público, como conjunto de principios fundamentales morales, sociales o económicos cuya vulneración puede fundamentar la denegación del reconocimiento de un laudo, nacional (5) o extranjero;

(4) Vid. SHEPARD, A., Clifford Chance, en «Public Policy and the enforcement of Arbitral Awards: Should there be a Global Standard? Transnational Dispute Management. Volume 1 issue 01. Febrero 2004. Vid. También WIRRES, J. en «The public policy sword and the New York Convention».

(5) En este caso, como motivo de anulación de un laudo nacional.

— orden público internacional, como concepto algo más restringido que el de orden público interno o nacional, y que estaría referido a los principios del Estado del foro que pueden fundar la denegación del reconocimiento de un laudo extranjero;

— orden público transnacional, como conjunto de principios que representan un consenso internacional sobre estándares y normas de conducta universales que deben ser respetadas en todos los países civilizados;

— orden público comunitario (6), que sería un concepto de orden público válido para todos los Estados parte de la Unión Europea.

Existen, por tanto, incluso en el ámbito del arbitraje, diferentes conceptos de orden público, que además pueden variar de un Estado a otro e incluso de un momento a otro en el tiempo (7). Como señala GIBSON (8), la expresión orden público es un concepto dinámico que evoluciona continuamente con las necesidades cambiantes de la sociedad en sus aspectos políticos, sociales, culturales, morales y económicos.

## II. ORDEN PÚBLICO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE ARBITRAJE

La normativa española de arbitraje (y sin perjuicio de lo que después se dirá en relación al convenio de Nueva York de 1958) ha contenido, ya desde la Ley de arbitrajes de derecho privado de 22 de diciembre de 1953, referencias al concepto de orden público. Esa Ley, sin embargo, solo se aludía al orden público en su Exposición de Motivos, que textualmente declaraba que el procedimiento tenía «en sí, carácter de orden público, según establece, llenando una laguna en este punto de derecho positivo, el art. 26».

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, introdujo la posibilidad de anular el laudo cuando éste fuese contrario al orden público, concepto que no llegaba a definirse en la propia Ley y que, según decía su Exposición de Motivos, habría de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución.

Para entonces, ya había dicho el Tribunal Constitucional en Sentencia 43/1986, de 15 de abril:

*«Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza solo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido*

(6) Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Arbitraje Comercial Internacional, orden público y derecho comunitario de la competencia». *Diario La Ley*. Sección Doctrina, 1999, Ref. D-235, Tomo 5. Ed. La Ley.

(7) Vid. WIRES, J., ob. cit.

(8) Vid. GIBSON, Ch. En «Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law». *Legal Studies Research Paper Series*. Research Paper 09-26. April 24, 2009. Suffolk University.

## El orden público como excepción al reconocimiento...

*así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución».*

La nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre ha mantenido como motivo de anulación del laudo que el mismo sea contrario al orden público, dejando también dicho concepto, de nuevo, huérfano de definición.

Han tenido que ser las Audiencias Provinciales, competentes en materia de acciones de anulación de laudos, las que hayan delimitado el concepto de «orden público» a efectos de la referida acción de anulación. Como ha declarado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 270/2008, de 4 de junio:

*«(...) la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 señala que la posibilidad de anular el laudo arbitral, cuando éste fuere contrario al orden público, deberá hacerse interpretando dicho concepto a la luz de los principios de nuestra Constitución. A este respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia 43/1986 de 15 de abril, tiene declarado "que el orden público adquiere un contenido básicamente inspirado en la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través del art. 24, por lo que dicho concepto, en su nueva dimensión, se habrá de entender infringido por los árbitros cuando pronuncien el laudo con clara violación de los derechos fundamentales". La doctrina mayoritaria se ha decantado por indicar, que el concepto de orden público se refiere al orden público constitucional y no al amplio de ordenamiento jurídico español. De hecho, cualquier infracción de una norma legal o de la jurisprudencia no justifica el recurso de anulación, sino solamente aquella que tenga entidad suficiente para constituir infracción del orden público, es decir, los principios y valores constitucionales inderogables ante la autonomía de la voluntad, la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles a través, fundamentalmente, del art. 24. Y en Sentencia 43/1986, de 15 de abril, señala que el orden público "ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978... impregnado en particular por las exigencias del art. 24". Más concretamente, se ha señalado por la doctrina, que el orden público tendrá dos vertientes una material y otra procesal. En la primera se incluirían los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad de un pueblo y en una época determinada (STS 31 diciembre de 1979) aunque en la práctica el único que podrá darse será el quebrantamiento del principio de igualdad; en la segunda, las formalidades y principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal que gira en torno a las garantías procesales fundamentales, esto es, las recogidas en el texto constitucional (tutela judicial efectiva, derecho a árbitro "ordinario", y predeterminado; y denegación de acceso a la jurisdicción)».*

### III. ORDEN PÚBLICO Y CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1958

En materia de arbitraje comercial internacional, tiene especial importancia la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales (9) Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958.

(9) La Convención llama «sentencia arbitral» a la decisión de los árbitros, que en la legislación española recibe el nombre de «laudo». Dice su artículo 1.2 que la expresión «sentencia arbitral» no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también

Como es sabido, esta Convención se aplica al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichos laudos, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplica también a los laudos arbitrales que no sean considerados como laudos nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

España se adhirió sin reserva alguna a lo dispuesto en su art. 1, lo que hizo por Instrumento de 12 de mayo de 1977 (BOE 12 de julio del mismo año), entrando en vigor para España el 10 de agosto del mismo año (10).

El artículo V del Convenio contiene (i) los supuestos en que se podrá denegar el reconocimiento y ejecución del laudo, a instancia de la parte contra la cual es invocado (apartado 1), y (ii) aquellos otros en que se puede denegar ese reconocimiento y ejecución y la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de ese país (apartado 2).

Por tanto, una de las posibles causas de denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero en un tercer país, conforme a la Convención de Nueva York, consiste precisamente en que el reconocimiento o la ejecución del laudo sean contrarios al orden público del país en que se pretende el reconocimiento y ejecución.

Lo primero que cabe decir al respecto es que, de acuerdo con lo que se contempla en ese apartado 2 del artículo V de la Convención, este motivo de denegación puede ser apreciado de oficio (11) por el órgano judicial del que se solicita el reconocimiento y ejecución. Ello resulta con claridad de la redacción del apartado 2 en contraste con la del apartado primero, que menciona supuestos en los que esa denegación debe producirse «a instancia de la parte contra la cual es invocado el laudo que se pretende ejecutar», mientras que en el apartado segundo solo exige que el correspondiente motivo de denegación (el orden público, en lo que aquí interesa) sea comprobado por el referido órgano de reconocimiento y

---

las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.

- (10) Conforme al artículo 46.2 de la vigente Ley de Arbitraje, el exequátur de laudos extranjeros se registrará por el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. El artículo 46.1 define al laudo extranjero como el pronunciado fuera del territorio español.
- (11) Vid. MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA J. M.ª en «Tratado de Derecho Arbitral», 3.ª edición, Thomson Civitas, 2006, págs. 1830 y ss.

## El orden público como excepción al reconocimiento...

ejecución (12). Ello es conforme con la excepción al principio dispositivo que, en materia de orden público, rige en nuestro ordenamiento procesal (13).

Una segunda precisión que ha de hacerse, a la luz de lo dispuesto en el artículo V.2.b) es que el concepto de orden público —que tampoco aquí se define— está en todo caso referido al del país en que se pide el reconocimiento y ejecución del laudo y no, por tanto, al del país en que se haya dictado el laudo ni al del país de la ley que, en cuanto al fondo, haya regido la controversia sometida al arbitraje.

### IV. ORDEN PÚBLICO Y LEY MODELO UNCITRAL

La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL/CNUDMI), de 1985 y modificada en 2006, está formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral, a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional. Regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del Tribunal arbitral y el alcance de la intervención del Tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.

Como es conocido, la Ley española de arbitraje actualmente vigente está precisamente basada en la Ley Modelo de UNCITRAL/CNUDMI, según reconoce su propia Exposición de Motivos.

En términos muy similares a los contenidos en la Convención de Nueva York, la Ley Modelo contempla en su art. 36 los motivos de denegación del reconocimiento o ejecución de laudos, distinguiendo asimismo supuestos en que se exige instancia de parte de otros entre los que se incluye que el Tribunal competente

- (12) Vid. VIRGOS, M. en «El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros», *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje* n.º 5/2009, págs. 79 y ss. El Auto del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2000 señala que la conformidad del laudo con el orden público ha de ser examinada de oficio.
- (13) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 549/2006, de 7 de junio, conforme a la cual: «Sobre esta materia resulta igualmente de interés citar la sentencia del TS la de 23-4-1997 (núm. 342/1996, rec. 1509/1993 Pte.: Villagómez Rodil, Alfonso) que entre otras consideraciones contiene las de que «La jurisprudencia civil admite la posibilidad de declarar de oficio, la nulidad radical o absoluta de las relaciones contractuales, pero ha precisado de forma bien delimitada los supuestos en los que procede y justifica, para evitar el peligro de proliferación de nulidades excesivas en aquellas cuestiones que entran en el ámbito de la autonomía de la voluntad y que deben de dejarse a la iniciativa e interés de las partes». En esta línea jurisprudencial (S 15 diciembre 1993, que cita SS. 29 marzo 1932, 15 enero 1949, 20 y 29 octubre 1949 y 28 abril 1963), el precepto procesal 359 no impide a los Tribunales decidir "ex officio", como base a un fallo desestimatorio, la ineficacia o inexistencia de los negocios radicalmente nulos, en los supuestos en los que sus cláusulas puedan amparar hechos delictivos o ser manifiesta y notoriamente ilegales, contrarias a la moral, al orden público, ilícitas o constituciones de débito y hacen que los Tribunales constaten la ineficacia más radical de determinada relación obligatoria».

compruebe que el reconocimiento o ejecución del laudo sean contrarios al orden público de su Estado.

Las mismas consideraciones generales que hemos hecho respecto de la Convención de Nueva York pueden hacerse de la Ley Modelo: esa posible denegación puede hacerse de oficio y el concepto de orden público —que no se define— está referido al del país en que se pretenda el reconocimiento o ejecución del laudo.

#### V. INFORME FINAL Y RECOMENDACIONES DEL COMITÉ DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LA ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

Como se ha dicho, ni la normativa española ni los Convenios internacionales en materia de arbitraje han sido capaces de definir el concepto de orden público, a pesar de la enorme trascendencia de dicho concepto para la institución misma del arbitraje, en cuanto que la acción de anulación frente a los laudos puede basarse en infracción de dicho orden público y el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros puede ser impedido si los mismos resultan contrarios al orden público del país en el que se solicita dicho reconocimiento y ejecución.

A este efecto, el Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la Internacional Law Association elaboró en 2002 un Informe Final y unas Recomendaciones sobre el orden público como motivo de denegación del reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales internacionales.

Y es que, como reconocía el Informe Final, a pesar de que el objetivo de la Convención de Nueva York era establecer procedimientos uniformes para la ejecución de laudos extranjeros, al tiempo que minimizar los efectos de las discrepancias entre las leyes de los diferentes Estados, cincuenta años más tarde de su firma el concepto de orden público seguía siendo el aspecto de la Convención en el que más discrepancias continuaban existiendo. Por esa razón, considero aconsejable aprobar unas reglas interpretativas de referencia.

Según señalan dicho Informe Final y las Recomendaciones:

— El carácter definitivo de los laudos emitidos en el contexto de un arbitraje comercial internacional debe ser respetado salvo en circunstancias excepcionales (14), categoría esta en la que entraría que el laudo correspondiente fuere contrario al orden público internacional del país de reconocimiento o ejecución.

— La expresión «orden público internacional» (15) se utiliza en las Recomendaciones para designar el conjunto de principios y reglas reconocido por un

(14) Se cita al efecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International NV* (Caso C-126/1997), que señaló que «es en interés de eficientes procedimientos arbitrales que la revisión de los laudos sea limitada en cuanto a su alcance y que la anulación o la denegación de su reconocimiento sea posible solo en circunstancias excepcionales».

(15) El concepto de «orden público internacional» es, según el propio Informe Final, un concepto aún más restringido que el de «orden público», y estaría restringido a los principios «esencialísimos» del Estado del foro. También se distingue del de orden público transnacional, ya comentado.



## El orden público como excepción al reconocimiento...

Estado que, por su naturaleza, pueden fundar la denegación del reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral emitido en un arbitraje comercial internacional cuando el reconocimiento o ejecución de dicho laudo conllevaría su vulneración, en materia de procedimiento (orden público internacional procesal) o de fondo (orden público internacional sustantivo o material).

— Según resulta de lo anterior, el concepto de orden público internacional se refiere tanto a vulneraciones de carácter sustantivo como procesal.

— El conjunto de principios y reglas que constituyen el orden público internacional deben ser los del país en que se pretende el reconocimiento o ejecución del laudo extranjero y no, por tanto, los del país en que se dictó el laudo, o el de la ley aplicable a la controversia ni la del lugar de cumplimiento de la obligación en cuestión.

— El «orden público internacional» de cualquier Estado incluye:

- i. los principios fundamentales (16), pertenecientes a la justicia o la moralidad (17), que el Estado quiere proteger incluso cuando no está directamente afectado;
- ii. las reglas diseñadas para servir a los intereses esenciales políticos, sociales o económicos del Estado, conocidas como «reglas de orden público» (18), y
- iii. los deberes del Estado respecto de sus obligaciones hacia otros Estados u organismos internacionales.

(16) Como ejemplos de principios fundamentales de carácter sustantivo, el Informe Final cita el principio de buena fe y la prohibición del abuso de derecho, así como los principios de *pacta sunt servanda*, la prohibición de expropiación sin justa compensación y la prohibición de discriminación. También la prohibición de actividades «contra bonos mores», como la prohibición de piratería, terrorismo, genocidio, esclavitud, contrabando, tráfico de drogas y pedofilia. Ejemplos de principios fundamentales de carácter procesal son la imparcialidad de los Tribunales y la prohibición de conductas fraudulentas o corruptas en el arbitraje, la prohibición de infracción de reglas de justicia natural (concepto en el que incluye el derecho a ser notificado, el de tener la oportunidad de presentar su caso, el principio de igualdad de las partes y el derecho a ser oídos por un Tribunal imparcial), y la prohibición de desigualdad de las partes en cuanto al nombramiento de los árbitros, así como que el laudo sea contrario a una resolución judicial o arbitral que produzca efecto de cosa juzgada.

También parecen encajar ahí las normas contra la corrupción (en el ámbito general, no nos referimos a la corrupción en el seno del arbitraje, a la que se ha hecho especial referencia), aunque también podrían encajar en la categoría siguiente. Sobre estas conductas, *vid.* CREMADES, B. y CAIRNS, D. en «Orden público transnacional en el arbitraje internacional (cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable)», *Diario La Ley* n.º 5798. Sección doctrina 9 junio 2003. Año XXIV. Ref. D-136.

(17) Este es el concepto más clásico de orden público, conforme a la decisión del Juez Joseph Smith en el caso *Parsons & Whittimore* (Corte norteamericana de apelación, 1974), según la cual la ejecución de un laudo extranjero debía ser denegada «sólo cuando dicha ejecución violaría las más básicas nociones de moralidad y justicia del Estado del foro».

(18) Ejemplo de estas reglas de orden público son las leyes «anti-trust», las reglas de control de cambios, las de precios, las de medio ambiente, las de embargo, bloqueo o boicot, las fiscales, y las de protección de partes en inferioridad de condiciones, como las de protección de consumidores. Debe aquí hacerse mención, nuevamente, a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de junio de 1999 (asunto C-126/97, asunto *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International N.V.*), que contempla la posibilidad de que un laudo que infrinja el artículo 81 del Tratado (normas de competencia) pueda ser considerado contrario al orden público.

— Debe destacarse el carácter singular de las reglas de orden público, en el sentido de que no toda vulneración de una norma imperativa (incluso aunque esa regla imperativa lo sea conforme a la ley del foro de ejecución, la ley que gobierne el contrato, la del lugar de cumplimiento del mismo o la de la sede del arbitraje) debe ser suficiente para denegar el reconocimiento y ejecución sino solo aquellas que integren ese concepto más restringido de «orden público» (19).

## VI. EL ORDEN PÚBLICO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

En coherencia con el Convenio de Nueva York, ratificado por España sin reserva alguna, el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en España se rige por el citado Convenio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 46 de la Ley de Arbitraje.

### A. Carácter meramente homologador del procedimiento de exequátur

Los distintos Autos del Tribunal Supremo (20) que se han dictado en la materia han reconocido el carácter normalmente «formal» o meramente homologador de estos procedimientos, estando vedada como regla general la revisión de fondo del asunto.

Así lo reconocen los Autos del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1998, 1 de febrero y 11 de abril de 2000, según los cuales:

*«(...) la naturaleza de este procedimiento, meramente homologador de los efectos de las decisiones extranjeras, en el que está vetada la revisión del fondo del asunto, ya sea del derecho que se aplica como de la determinación del "factum" que sirve de base a la Resolución (cfr. 132/1991 y AATS 3 de diciembre de 1996, 21 de abril de 1998, 5 de mayo de 1998 y 8 de septiembre de 1998, 19 de enero de 1999 y 16 de noviembre de 1999, entre otros)».*

También el Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998 (y en similares términos el de 8 de febrero de 2000) afirma que:

*«(...) no puede desconocerse que el Alto Tribunal ha insistido en el carácter meramente homologador del procedimiento de exequátur, que veta cualquier examen sobre el fondo del asunto sin más excepciones que las impuestas por el necesario respeto al orden público interno».*

En el mismo sentido se manifiesta el Auto del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1998, cuando afirma que:

(19) En el mismo sentido, *vid.* PAULSSON, J. en «El orden público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales» en «El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario», dirigido por TAWIL, G. y ZULETA, E., Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

(20) Hasta 2003, el conocimiento de estas materias estaba atribuido al Tribunal Supremo correspondiendo en este momento a los Juzgados de 1.ª Instancia y, en las materias indicadas en el apartado 2 del artículo 86 de la LOPJ a los Juzgados de lo Mercantil. *Vid.* CREMADES, J. A. en «El exequátur de los laudos extranjeros», en *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 1/2008. La anunciada (febrero de 2010) reforma de la Ley de Arbitraje pretende residenciar esta competencia en las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia.

## El orden público como excepción al reconocimiento...

«obliga a recordar, en primer término, la naturaleza estrictamente procesal de este procedimiento, encaminado al desarrollo de una función meramente homologadora de los efectos de la decisión por reconocer, sin que esté permitido en su seno —tal y como parece pretender la mercantil oponente— la revisión del fondo del asunto más que en la medida indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento que conforman el concepto de orden público en sentido internacional, criterio éste consagrado por el Tribunal Constitucional (SSTC 54/1989 y 132/1991). Y, en fin, la misma doctrina constitucional añade que el examen de los requisitos estatuidos por el ordenamiento del foro para la declaración de ejecutoriedad de las resoluciones extranjeras, la homologación del cumplimiento de tales requisitos y la interpretación de las normas que los establecen son cuestiones de legalidad ordinaria y función jurisdiccional estricta que incumbe a este Tribunal y, singularmente a esta Sala 1.» (cfr. SSTC 98/1984 y 132/1991)».

Y, por último, el Auto de 4 de marzo de 2004:

«La causa de oposición ha de encuadrarse en el art. V.2-b) del Convenio de Nueva York y ha de resultar rechazada con base en la naturaleza meramente homologadora de este procedimiento y que resulta desconocida por la oponente. Al respecto se ha de indicar que esta Sala ha declarado con reiteración, como ya hiciese el Tribunal Constitucional en su ámbito de competencias (cfr. SSTC 132/1991), que el procedimiento de exequátur tiene una naturaleza meramente homologadora en la medida en que con él se obtiene una resolución declarativa de la eficacia de la decisión extranjera en España, en principio con el alcance y contenido propio de los efectos que el ordenamiento de origen dispensa a dicha decisión, que de este modo pueden hacerse valer en España con dicha extensión, alcance y contenido, sin más correcciones que las impuestas por el respeto al orden público del foro. Dicha naturaleza impide, ante todo, el examen del fondo del asunto, también sin otra excepción que la que representa la salvaguardia del orden público».

### B. Concepto de orden público

Por cuanto toca al concepto de «orden público» a estos efectos, el Tribunal Supremo ha venido haciendo referencia al marcado carácter excepcional del mismo y su vinculación con un contenido netamente constitucional (21), referido a los derechos y principios constitucionales.

En este sentido, los Autos del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1998 y de 1 de febrero de 2000 señalan que:

«es sabido que el concepto de orden público en sentido internacional ha derivado hacia un contenido netamente constitucional, que se identifica fundamentalmente con los principios, derechos y garantías consagradas constitucionalmente (cfr. SSTC 43/1986 y 132/1991)».

El Auto del propio Tribunal Supremo de 29 de abril de 2003 señala que:

«el orden público (...) constituye un obstáculo al exequátur en la medida en que es expresión de los principios esenciales del ordenamiento jurídico, identificados, en esencia, con los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, y que deben ser respetados por la decisión foránea cuya eficacia en el foro se impetra».

(21) Para VIRGOS, M. (obra citada, pág. 90), considera que el orden público se limita al orden público constitucional es una idea completamente errada.

Por su parte, el Auto del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2004 señala que:

*«debiendo precisarse que el Alto Tribunal ha precisado que el concepto del orden público del foro, como límite al reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, en el que, sin discusión, penetra el conjunto de principios que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y entre ellos, muy especialmente, los derechos fundamentales y libertades públicas, adquiriendo así un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular, por las exigencias que impone el art. 24 CE (SSTC 54/1998 y 132/1991; AATC276/1983 y 795/1988), de tal forma que, en el plano internacional, tal concepto se identifica, esencialmente, con los derechos y garantías constitucionalmente consagradas en relación con la proscripción de la indefensión impuesta por el art. 24.2 CE, que ha de ser material, real y efectiva, no meramente formal, siendo relevante tan solo aquella en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreado tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos e intereses (SSTC 290/1993, 185/1994, 1/1996, 89/1994 y 44/1998, entre otras), integrándose la interpretación del Tribunal Constitucional, de forma mediana y en la medida que resulte aplicable al arbitraje, por la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del art. 6 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, el cual, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, se erige en canon hermenéutico integrador del contenido de los derechos fundamentales y libertades públicas, conforme establece el art. 11. 2 de la CE».*

Finalmente, el Auto del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2004 afirma que:

*«debe tenerse en cuenta también que el examen de la adecuación de la resolución extranjera al orden público, entendido en sentido internacional, significa analizar la compatibilidad de ésta —propriadamente, de sus efectos— con los principios esenciales del orden jurídico y, más en concreto, con los que han merecido plasmación constitucional, y solo en el marco de dicho análisis cabe entrar a examinar el fondo del asunto resuelto por la resolución foránea. Estas precisiones obligan a desestimar las causas de oposición que encierran las alegaciones expuestas, pues tanto la sedicente incongruencia del laudo, por falta de relación con las cuestiones sometidas al juicio del árbitro, como la supuesta infracción de las normas de procedimiento, de los principios de igualdad y contradicción, y la supuesta indefensión de la parte que soporta el exequátur, se comprenden únicamente desde su rechazo al modo en que el árbitro entendió la cuestión de fondo de la controversia, (...); de modo que las aludidas causas de denegación del exequátur encierran la pretensión de un reexamen de la corrección de las conclusiones fácticas y jurídicas de la resolución arbitral, sobre las que esta Sala no puede pronunciarse bajo el pretexto de una supuesta incongruencia y de una vulneración del orden público procesal que, en rigor, no evidencian más que la disconformidad de la parte oponente con aquéllas, pues entonces estaría excediendo el ámbito objetivo propio de este cauce procesal».*

### C. Manifestaciones del concepto de orden público

En cuanto a las concretas manifestaciones de dicho concepto, el Tribunal Supremo ha analizado un conjunto de ellas en relación a los muy diversos procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (22). Como

(22) Vid. MORENILLA ALLARD, F. en «El reconocimiento del laudo extranjero en España: el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958», *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje* n.º 4/2008, págs. 5 y ss.

## El orden público como excepción al reconocimiento...

seguidamente expondremos, la inmensa mayoría se refiere a eventuales vulneraciones de derechos fundamentales en el seno del procedimiento arbitral, habiendo sido rechazada como regla general (con escasas excepciones) (23) la existencia de tales vulneraciones y dando, por tanto, curso al reconocimiento y ejecución del correspondiente laudo extranjero:

### *a) Derecho al juez predeterminado por la Ley*

El Auto del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2000 ha señalado que no cabe apreciar vulneración alguna del derecho al juez legalmente predeterminado por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero pues, elegida dicha vía, en la misma se ha de alcanzar el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro, de modo que, en tal caso, el acceso a la jurisdicción legalmente establecido será solo el recurso de nulidad del laudo arbitral.

### *b) Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho*

El Auto del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998, en relación con una denegación de recurso de apelación contra el laudo, hace referencia, como parte integrante del orden público procesal, al derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

### *c) Orden público y derecho de prueba*

Los Autos del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1998 y de 1 de febrero y de 11 de abril de 2000, se refieren a un supuesto posible de vulneración del orden público procesal por haberse dictado pretendidamente la resolución que se quiere reconocer prescindiendo de suficiente prueba, con menoscabo del derecho de defensa del demandado, rechazando la alegación por entender que resultaba inadmisibles que por esa vía y semejante causa de oposición se quisiera hacer valer un desacuerdo con la apreciación de los elementos de prueba realizada por el Tribunal arbitral.

Como señala el Auto de 29 de septiembre de 1998, en materia de vulneración del derecho de prueba, solo vulneran el orden público los supuestos en que la denegación produce indefensión material, en el claro entendido de que no existe un derecho a la prueba ilimitado, y de que, en cualquier caso, la limitación de la prueba, para ser considerada a los efectos del control de orden público, ha de tener una clara incidencia en el derecho de defensa, sumiendo a quien afecta en verdadera indefensión (cfr. SSTC 100/1998 y 190/1998, entre las más recientes).

### *d) Orden público e indefensión. Indefensión formal y material: notificaciones e idioma del arbitraje*

Los Autos de 29 de septiembre de 1998 y de 11 de abril de 2000 rechazan la invocación del orden público cuando es la actitud negligente de la parte, por

(23) *Vid.* CREMADES, J. A., obra citada.

su voluntaria falta de intervención, la que ha generado la falta de garantías procesales que invoca, distinguiendo precisamente entre supuestos de indefensión formal y de indefensión material, siendo relevante tan solo aquella en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos e intereses. Mal puede decir que la ha sufrido quien, a pesar de haber recibido del Tribunal arbitral toda la documentación redactada en el idioma francés, nada dijo en su momento sobre el particular, personándose en el arbitraje, alegando en él cuanto interesó a su defensa y utilizando todos los medios de defensa a su alcance. En similares términos se pronuncia el Auto de 28 de noviembre de 2000 respecto de quien invocaba indefensión por habérsele practicado todas las notificaciones en idioma inglés, cuando el convenio arbitral se sometía al Derecho inglés para el desarrollo y decisión sobre el arbitraje siendo el inglés la lengua habitual empleada en las relaciones comerciales internacionales y no se solicitó en ningún momento al arbitro la traducción de documento alguno. Igualmente el Auto de 8 de febrero de 2000 se refiere a un supuesto similar.

Lo mismo sostiene el Auto del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2001 respecto de quien alega la indefensión sufrida por no haber podido presentar el escrito de conclusiones, cuando las notificaciones se habían dirigido allí donde figuraba el domicilio social de la mercantil demandada. Habiendo resultado fructíferas tanto las que tenían por objeto proporcionarle la noticia del arbitraje y posibilitar su comparecencia ante la corte arbitral como las encaminadas a cumplimentar el trámite de la composición del colegio de árbitros que había de decidir el litigio, la falta de recepción de la que tenía por fin la presentación del escrito de conclusiones definitivas no puede achacarse más que a la propia conducta de la demandada, que voluntariamente se ausentó de su domicilio social sin dar razón de su nuevo paradero, de manera que si no pudo llevar a cabo dicho trámite fue a consecuencia de su propia actitud, desentendiéndose del procedimiento. Por ello, rechaza la existencia de indefensión por no haber disfrutado de la oportunidad de elevar las alegaciones definitivas quien ha propiciado con su propio proceder esa supuesta situación de indefensión que se alega sin que, por otra parte, le fuera exigible al actor un mayor esfuerzo para facilitar al órgano arbitral la nueva dirección de la sociedad demandada, cuando las comunicaciones se dirigieron al lugar donde se encontraba el domicilio social —que no había variado—, y cuando allí se notificó el laudo arbitral, cuya recepción consta mediante el correspondiente acuse de recibo.

En el mismo sentido, los Autos del Tribunal Supremo de 27 de enero y 17 de febrero de 1998 rechazan la existencia de indefensión material cuando se tuvo cumplida noticia del inicio del procedimiento arbitral, habiéndosele dado traslado de la demanda que estuvo acompañada de un formulario para presentar las primeras observaciones, siendo conocedora la demandada, asimismo, de que el procedimiento arbitral se había de seguir ante la Cámara Arbitral de

## El orden público como excepción al reconocimiento...

París, de acuerdo con su propio Reglamento, resaltándose el hecho de que se personó ante dicho Organismo arbitral para oponer su incompetencia con base en la inexistencia de un convenio arbitral; no cabe por ello sostener que no se tuvo posibilidad de designar árbitro, ni de formular alegaciones sobre el fondo del asunto, ni en general, de tener información sobre el procedimiento, pues los diversos trámites procesales, incluido el proceso de designación de árbitro, se hallaban contenidos en el Reglamento de la Cámara Arbitral de París que regía el arbitraje, extremo éste, se insiste, sobre el que la oponente tuvo o pudo haber tenido conocimiento.

Para el Auto del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2000, aun cuando faltare acreditada la recepción por la demandada de las comunicaciones enviadas por la solicitante para el nombramiento de árbitro, **sí quedó acreditada, sin embargo, la recepción de ulteriores comunicaciones por las que el propio árbitro notificaba su nombramiento, otorgaba dos sucesivos plazos para proceder a la contestación a la demanda y comunicaba finalmente la resolución del litigio.** Por ello se rechaza la vulneración del orden público, pues estando anudada la noticia de la incoación del procedimiento arbitral al pleno ejercicio de los derechos de defensa del demandado, **éste no los vio menoscabados cuando fue emplazado para contestar la demanda por dos veces consecutivas, confiriéndosele oportuno y suficiente plazo para ello, y sin embargo dejó precluir el trámite sin hacer uso de sus derechos.** Por tanto, desde la perspectiva del orden público interno, rechaza la causación de indefensión al demandado cuando la que proscribe el art. 24 es la material, real y efectiva, y no la meramente formal, inconciliable con la negligencia, pasividad o, simplemente, con la injustificada inactividad de quien la alega.

Por el contrario, cuando la falta de notificación a la parte condenada es imputable a la contraparte, sí entiende producida infracción del orden público, como en el Auto del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1999.

### *e) Orden público, litispendencia y cosa juzgada*

Aprecia infracción del orden público el Tribunal Supremo cuando el laudo se ha dictado a pesar de estar tramitándose previamente un procedimiento civil ante la jurisdicción correspondiente. Así, el Auto de 1 de diciembre de 1998 señala que «un elemental sentido de prudencia ante la eventual colisión de pareceres al respecto aconseja denegar la homologación del laudo extranjero, so pena de posibilitar pronunciamientos dispares fundados en una valoración jurídica y determinación de la responsabilidad también dispar, con el consiguiente daño tanto para la seguridad jurídica en las relaciones ínter partes, como para el propio orden interno».

En alguna Resolución (*vid.* Auto del Juzgado de 1.ª instancia n.º 3 de Rubí, de 11 de junio de 2007), se ha valorado especialmente el momento de iniciación del proceso judicial, como posible elemento de revelación de una intención frau-

dulenta. (24) Como dice el Auto del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003, el obstáculo al reconocimiento se produce cuando, aun sin concurrir una plena identidad de sujetos, objeto y causa, es dable apreciar entre el proceso abierto en España y el arbitraje seguido en el extranjero una conexión tal entre lo debatido y resuelto en uno y otro que determine la imposible convivencia pacífica de las decisiones recaídas en cada uno de ellos. Ello, claro está, teniendo siempre a la vista el marco temporal en que se ha desenvuelto uno y otro procedimiento, que, junto con las demás circunstancias del caso, pueden ser reveladoras de conductas elusivas, y por ello fraudulentas, de las partes.

También el Auto del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2003 señala que el concepto de litispendencia, a los efectos que ahora se examinan, se construye de forma amplia, bastando una vinculación sustancial entre las causas de las acciones ejercitadas, su objeto y, en su caso, los sujetos de uno y otro procedimiento que genere un riesgo de incompatibilidad entre la decisión objeto de reconocimiento y la recaída en el foro, señalando también la necesidad de evitar dar carta de naturaleza a conductas fraudulentas proscritas con carácter general por el art. 11 de la LOPJ, que persiguen un fin contrario a la norma y que desnaturalizan la finalidad propia del proceso, delimitando de este modo la eficacia obstativa frente al reconocimiento de la pendencia de procesos en el foro. Se trata de evitar, pues, la utilización del proceso como un instrumento para impedir la eficacia de la decisión foránea, para lo cual será revelador, desde luego, el momento en que se promueve el procedimiento en el extranjero y en España, pero también en ciertos casos, como en el presente, cobrará importancia el objeto del que se inicia en el foro en relación con el seguido en el otro Estado.

El Auto del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2000 mantiene los mismos criterios y deniega la ejecución del laudo cuando a la fecha de inicio del procedimiento arbitral ya existía en curso un procedimiento judicial en España, sin que se apreciaran conductas fraudulentas en la iniciación de aquel procedimiento.

El Auto del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2001 señala que a estos efectos, la triple identidad de sujetos, objeto y causa entre el procedimiento nacional y el seguido en su día en el extranjero no es siempre y en todo caso exigible —aunque su concurrencia constituya, sin duda, un argumento de peso para denegar el «exequátur»—, pues no se está propiamente ante el caso de dos procedimientos pendientes respecto de los cuales haya de resolverse en cuanto a la preferencia de uno y exclusión del otro, sino ante un procedimiento —el foráneo— ya finalizado por sentencia o resolución firme —irrecurrible— respecto del que se ha de decidir sobre la eficacia de ésta en el foro ante la existencia de un procedimiento seguido por los Tribunales españoles. Sobre estas premisas, ha de tenerse en cuenta el modo en que discurrieron los acontecimientos, atendiendo especialmente a los hitos temporales que marcaron el curso de uno y otro tipo de procedimiento, para decidir sobre los efectos obstativos que puede tener el que pende en España de cara al «exequátur» de la resolución extranjera, con la

(24) Vid. *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 5/2009, págs. 171 y ss.



## El orden público como excepción al reconocimiento...

mira siempre puesta en la evitación de situaciones fraudulentas, pues lo contrario supondría fomentar y dar carta de naturaleza al fraude procesal amparando conductas contrarias a la buena fe y elusivas de los deberes y compromisos libremente asumidos por las partes.

Por la misma razón, se deniega la ejecución del laudo cuando el mismo se opone a una resolución que produce efectos de cosa juzgada material. Así, el referido Auto del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003 señala que la existencia de la decisión firme recaída en un pleito judicial, y la extensión de la eficacia de la cosa juzgada material inherente a ella, cierran el paso a la eficacia del laudo foráneo.

### *f) Orden público y derecho de acceso a los recursos*

En cuanto al derecho de acceso a los recursos frente al laudo, en relación con el acceso a la jurisdicción, los Autos del Tribunal Supremo de 27 de enero y 17 de febrero de 1998 han señalado que el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de las leyes de enjuiciamiento, sin que exista siquiera un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no exista, salvo en materia penal, por lo que no hay vulneración del orden público cuando el Tribunal arbitral actuó tanto en la determinación del plazo conferido para la interponer el recurso contra el Laudo Arbitral y su cómputo cuanto a la forma y lugar de presentación del escrito de impugnación, con arreglo a las normas por las que se regulaba el procedimiento arbitral cuya interpretación y aplicación, por no ser arbitraria o palmariamente errónea, no cabe entender causante de una lesión a un derecho fundamental que justifique la denegación, por transgresión del orden público, del exequátur pretendido.

El Auto del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998 confirma dicho criterio y toda vez que la exigencia constitucional del deber de motivación —que se predica de las sentencias y decisiones que decidan puntos sustanciales del proceso— radica en permitir el conocimiento por el litigante de las razones determinantes de la decisión, se debe concluir que no cabe entender transgredido tal deber ni, por lo tanto, vulnerado el derecho a la tutela judicial, cuando la *ratio* de la decisión se encuentra en las propias facultades que el ordenamiento procesal aplicable confiere al órgano jurisdiccional, pues lo que éste dispuso fue el rechazo, de un lado, de la solicitud de autorización de la Alta Corte de Justicia de Londres para la interposición del recurso, y de otro, de la solicitud de ampliación de plazo para obtener el consentimiento de la otra parte litigante para interponer la apelación, circunstancias a cuya concurrencia sujeta la Sección 1.<sup>a</sup> (2) de la Ley de Arbitraje inglesa de 1979 la procedencia de la admisión del recurso.

### *g) Orden público y litisconsorcio pasivo necesario*

El Auto del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998 se plantea la posible vulneración del orden público por falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido llamado al procedimiento arbitral quien debía serlo, lo que conlleva-

ría una vulneración de las garantías procesales e indefensión, aunque en el caso concreto que examina descarta la existencia de tal vulneración.

*h) Orden público: imposibilidad de alegación por quien es responsable de su eventual vulneración*

El Auto del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1998 rechaza la alegación de vulneración del orden público cuando quien lo invoca es precisamente la parte que ha ocasionado esa posible vulneración:

*«En cualquier caso, la vulneración que del orden público se pretende se produciría cuando de la actuación del suspenso sin la participación de los Interventores se produjera una vulneración de la "par conditio creditorum" o de circunstancia análoga, pero dicha vulneración sería difícilmente predicable cuando la única persona física o jurídica perjudicada por la falta de actuación de los interventores es precisamente aquella sobre la que recaía la obligación de reclamar el concurso de los Interventores y que al no hacerlo en su día, y tal y como significa la citada Sentencia de 22 abril 1987, "... revela su mala fe al no hacerlo y sacar provecho de ello", provecho que, por otra parte, ahora parece nuevamente que pretende obtener la demandada al oponer como causa de oposición una circunstancia —el no concurso de los Interventores— por ella misma provocada; todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que pudieran incurrir aquellos que en nombre y representación de la empresa intervinieron tanto en la relación contractual subyacente como en el propio procedimiento arbitral sin reclamar el concurso de los Interventores nombrados judicialmente».*

*i) Posible cláusula abusiva de arbitraje (protección de consumidores)*

Los Autos de 8 de febrero y 28 de noviembre de 2000 se plantean el examen desde la perspectiva del orden público sustantivo de una cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión, por si podría vulnerar los principios de igualdad y equilibrio contractual, rechazando la anulación del laudo por cuanto ni siquiera examinando la alegación desde el principio de igualdad y equilibrio contractual, si es que quiere verse en él una parte integrante del contenido del orden público interno, cabría reconocer virtualidad a la alegación, pues es más que difícil ver el carácter abusivo de la cláusula en cuestión respecto de quien no es consumidor en el sentido que apunta la Directiva 93/13 CEE, de 5 de abril, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, y de quien no cabe predicar una posición negocial inferior o más débil de la que pueda prevalerse o aprovecharse la otra parte, estando tanto una como otra sociedades mercantiles acostumbradas a intervenir en el tráfico jurídico y comercial internacional, en donde el recurso de sujetar las relaciones negociales a contratos tipo o a condiciones generales, que habitualmente recogen los usos comerciales, es comúnmente aceptado.

Lo mismo sostiene el Auto del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2005, poniendo el énfasis en que se trata de dos sociedades mercantiles en las que no cabe apreciar otro desequilibrio en lo que concierne a su posición en el mercado, y, en consecuencia, en lo que atañe a su posición contractual, que el que se deriva de la mera afirmación de la que se opone al reconocimiento; y cuando, por otro lado, es práctica comúnmente aceptada en el comercio internacional el

## El orden público como excepción al reconocimiento...

recurso de acudir al empleo de condiciones generales que facilitan la contratación y que recogen los usos y prácticas comerciales habitualmente utilizadas en el tráfico. Y se añade que tampoco hay la necesaria constancia de que el arbitraje institucional convenido lo fuera en favor de una institución que, por representar exclusivamente los intereses de los productores cinematográficos, determine el carácter abusivo de la cláusula arbitral, como impedimento de orden público para el reconocimiento, ni tampoco, desde esta misma perspectiva —si bien en el plano o vertiente procesal—, que por tal razón se haya visto vulnerado el derecho del particular a obtener una tutela efectiva de sus intereses legítimos mediante una resolución dictada por un organismo imparcial, pues no se aprecia una sólida base para rechazar la presunción de imparcialidad que cabe predicar de una institución arbitral que interviene como tal en el tráfico jurídico, no resultando, además, fácilmente conciliable la tacha que se opuso al Tribunal arbitral y la conducta desplegada por el demandado en el procedimiento de arbitraje, en donde en ningún momento se adujo tal argumento, ya al personarse ante él para solicitar la suspensión del procedimiento, ya al comparecer ante el Tribunal del Estado de origen que confirmó el laudo, ni se expusieron siquiera las dudas acerca de la imparcialidad del Tribunal arbitral por causa de la afirmada vinculación de la Asociación en la que éste se integra con los intereses de la entidad demandante.

### VII. EL ORDEN PÚBLICO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS EN OTROS PAÍSES DISTINTOS DE ESPAÑA

La vulneración del orden público del foro ha sido históricamente —no sólo en España— causa de la posible denegación del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, habiéndose plasmado como se ha dicho tanto en el Convenio de Nueva York de 1958 como en la Ley Modelo UNCITRAL (25).

No obstante, como señala el apartado 23 del Informe Final del Comité de Arbitraje Internacional de la Asociación de Derecho Internacional, los intentos de resistencia a la ejecución de laudos extranjeros fundada en vulneración de orden público son raramente estimados, aunque la falta de certidumbre e incluso discrepancias sobre dicho concepto por parte de los Tribunales de los distintos Estados, ha estimulado que las partes perdedoras de los laudos lo hayan invocado para resistirse frente a su ejecución o, al menos, retrasarla. Para mitigar esos efectos, precisamente, se aprobó dicho Informe Final y las referidas Recomendaciones.

En Estados Unidos se aplica un concepto restrictivo del orden público: en la célebre Sentencia del Juez Joseph Smith en el asunto *Parsons & Whittemore*, de 1974, se sostenía que la ejecución de un laudo extranjero podía ser denegada sobre la base del orden público solo cuando dicha ejecución podría violar las más

(25) Una parte importante de las decisiones que en este apartado se citan están tomadas de SHEPPARD, obra citada, apartado V.

básicas nociones de moralidad y justicia del Estado del foro. El Tribunal Supremo, en el caso del mismo año *Scherk contra Alberto-Culver Co.* admitió la diferencia entre los conceptos de orden público internacional y nacional, aceptando la arbitrabilidad de una disputa en un arbitraje internacional aunque un arbitraje sobre la misma hubiera sido inadmitido en una disputa doméstica. Como regla general, los Tribunales americanos se muestran reacios a denegar la ejecución de laudos extranjeros por vulneración del orden público (26).

La Corte de Apelación de Milán, en Decisión de 4 de diciembre de 1992 parece referirse más bien al concepto de «orden público transnacional» al definirlo como «*cuero de principios universales compartido por naciones de una civilización similar con el fin de proteger derechos humanos fundamentales, normalmente recogidos en declaraciones o convenciones internacionales*».

El Tribunal Federal suizo, en Decisión de 30 de diciembre de 1994, habla también de una concepción universal del orden público, según la cual un laudo será incompatible con el orden público «*si es contrario a los principios fundamentales morales o legales reconocidos en todos los países civilizados*».

En Inglaterra, la Corte de Apelación, en el asunto *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbh contra Ras Al Khaimah National Oil Company*, de 1987, señaló que: «*El concepto de orden público no puede ser nunca definido plenamente, y debe ser aproximado con extrema cautela... Tiene que demostrarse que hay algún elemento de ilegalidad o que la ejecución del laudo sería claramente dañosa para el bien público o, si fuera posible, que la ejecución sería totalmente ofensiva para el normalmente razonable y plenamente informado ciudadano en cuyo nombre se ejercen los poderes del Estado*».

Sin embargo, en el mismo país, en el caso *Soleimany v. Soleimany*, de 1999, la Corte de Apelación señaló que un Tribunal inglés no ejecutaría un contrato sometido a Ley inglesa o que deba cumplirse en Inglaterra si es contrario a la referida Ley. Por la misma razón, no debería ejecutar un contrato sometido a una ley de un país extranjero y amigo, o que deba cumplirse en el mismo, si dicho cumplimiento es ilegal bajo la ley de dicho país. Dicha regla debería aplicarse tanto en caso de directa ejecución del contrato como en el de ejecución indirecta a través de un laudo extranjero. Este criterio, no obstante, fue rectificado por la propia Corte de Apelación en el caso *Westacre Investment Inc v. Jugoimport SP DR Holdings*, del año 2000, que aceptó la ejecución de un laudo en un caso en el que se alegaba que el contrato subyacente llevaba consigo el pago de comisiones ilegales a funcionarios kuwaities, teniendo en cuenta que dicha cuestión había sido considerada y rechazada por el Tribunal Arbitral suizo. También en el caso *Omnium de Traitement et de Valorisation SA v. Hilmarton*, de 1999, la Corte inglesa de Apelación ejecutó el laudo aunque, aparentemente, el laudo reconocía que el contrato de consultoría subyacente vulneraba la Ley argelina del lugar de cumplimiento del mismo y ello teniendo en cuenta que la Ley que regía el contrato

(26) Vid. GIBSON, obra citada, que se refiere a las decisiones *Northrop Corporation v. Triad International Marketing SA* (1987), *Laminiers-Trefileries-Cableries de Lens SA v. Southwire Company* (1980), *Victrix S. S. Company SA v. Salen Dry Cargo A.B.* (1987) y *Telenor Mobile Communications v. Storm LLC* (2007).

## El orden público como excepción al reconocimiento...

era la Ley suiza y que el árbitro resolvió que bajo dicha Ley el contrato no era ilegal (27).

En Francia, la Sentencia de la Corte de Casación, de 4 de junio de 2008 (asunto *SNF SAS c. CYTEC INDUSTRIES B.V.*) señaló que el control sobre el orden público debe estar circunscrito únicamente al reconocimiento o ejecución del laudo y debe estar basado en el carácter flagrante, efectivo y concreto de la supuesta vulneración. En idéntico sentido se manifiestan las Sentencias de la Corte de Casación de 21 de marzo de 2000 (*Verhoeft c. Moreau*) y de 18 de noviembre de 2004 (caso *Thales*) (28).

### VIII. CONSIDERACIONES FINALES

El orden público es universalmente aceptado como causa de posible denegación del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, pero es un concepto difuso, variable de un país a otro y también variable a lo largo del tiempo.

El riesgo, precisamente, de la dificultad de aprehensión de tal concepto radica en la posibilidad de que se haga o se pretenda hacer un excesivo uso del mismo, lo que podría perjudicar gravemente la credibilidad de la institución arbitral en las relaciones internacionales.

A ese fin, diversas instancias internacionales han contribuido a tratar de armonizar, en la práctica arbitral internacional, el concepto de orden público, sin perjuicio de que, en todo caso, se habla siempre a este efecto de «orden público» del Estado del foro, esto es, del orden público del Estado en que se pretenda el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

Desde luego en España, y en otros países civilizados, la frecuentemente alegada vulneración del orden público, como motivo de resistencia contra la ejecución de un laudo desfavorable, ha venido recibiendo de los Tribunales un trato muy restrictivo, evitando precisamente que tal invocación pueda convertirse en un pretexto para que el Tribunal nacional revise el fondo de la decisión arbitral, lo que ciertamente perjudicaría gravemente a la institución del arbitraje internacional.

(27) Sobre todas las decisiones mencionadas en este párrafo, *vid.* GIBSON, obra citada, págs. 128 y ss.

(28) DERAÏNS, Y. y ADELL, S. en «Panorama de jurisprudencia francesa», *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 6/2009, págs. 127 y ss.

IX. ANEXO

	Tribunal Supremo	Informe Final del Comité de Arbitraje Internacional de la IILA
<b>CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO:</b>	<p>«El concepto de orden público en sentido internacional ha derivado hacia un contenido netamente constitucional, que se identifica fundamentalmente con los principios, derechos y garantías consagradas constitucionalmente» (Autos TS 5 de mayo de 1998 y 1 de febrero de 2000)</p> <p>«Expresión de los principios esenciales del ordenamiento jurídico, identificados en esencia con los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y que deben ser respetados por la decisión foránea cuyo reconocimiento en el foro se impetra» (Auto TS 25 de abril de 2003)</p>	<p>Orden Público Internacional: conjunto de principios y reglas reconocido por un Estado que por su vulneración pueden fundar la denegación de la ejecución de un laudo.</p> <p>Incluye (29):</p> <p>Principios fundamentales pertenecientes a la justicia o a la moralidad.</p> <p>Reglas para servir los intereses políticos, sociales o económicos del Estado.</p> <p>Deberes del Estado respecto de otros Estados y Organismos Internacionales.</p>
<b>Orden público sustantivo</b>		Principio de buena fe y de prohibición del abuso de derecho (1)
		Principio de <i>pacita sunt servanda</i> (1)
		Prohibición de expropiación sin indemnización (1)
		Prohibición de discriminación (1)
		Prohibición de actividades «contra bonos mores»: piratería, terrorismo, genocidio, esclavitud, contrabando, tráfico de drogas y pedofilia (1)
		Normas contra la corrupción (1)/(2)
		Leyes <i>antitrust</i> (2)
		Reglas de control de cambios (2)
		Reglas de fijación de precios (2)
		Normas medio ambientales (2)
		Normas de embargo, bloqueo o boicot (2)
		Normas fiscales (2)
		Normas de protección de partes en inferioridad de condiciones (ej. Protección de consumidores) (2)
Normas de protección de consumidores (Autos TS 8 de febrero y 28 de noviembre de 2000 y 31 de mayo de 2005)		Resolución de organismo internacional (p. ej., ONU) imponiendo sanciones (3)

(29) Las distintas manifestaciones que seguidamente se citan como ejemplos de orden público sustantivo o procesal van seguidas del número correspondiente según la categoría a que pertenezcan de entre las que a continuación se mencionan:

## El orden público como excepción al reconocimiento...

	Tribunal Supremo	Informe Final del Comité de Arbitraje Internacional de la ILA
<b>Orden público procesal</b>	Derecho al juez predeterminado por la ley e igualdad de armas (Auto TS 28 de noviembre de 2000)	
		Imparcialidad de los Tribunales (1)
		Igualdad de las partes en el nombramiento de los árbitros (1)
	Derecho a resolución fundada en Derecho (Auto TS 9 de junio de 1998)	
		Reglas de justicia natural (1): — derecho a ser notificado — derecho a presentar su caso — principio de igualdad de las partes — derecho de ser oído por un Tribunal imparcial
	Derecho a no sufrir indefensión material (Autos TS 27 de enero, 17 de febrero y 29 de septiembre de 1998, 16 de noviembre de 1999, 8 de febrero, 11 de abril, 31 de julio y 28 de noviembre 2000 y 18 de abril de 2001)	
	Derecho de prueba (Autos TS 5 de mayo de 1998, 29 de septiembre de 1998, 1 de febrero de 2000 y 11 de abril de 2000), pero: — no mera discrepancia con valoración de la prueba — sólo si produce indefensión material	
	Litisconsorcio pasivo necesario (Auto TS 9 de junio de 1998)	
	Litispendencia y cosa juzgada (Autos TS 1 de diciembre de 1998, 20 de junio de 2000, 20 de marzo de 2001, 7 y 14 octubre de 2003)	Prohibición de laudo contrario a resolución con efecto de cosa juzgada (1)
		Prohibición de conductas fraudulentas o corruptas en el arbitraje (1)
Derecho de acceso a los recursos (Autos TS 27 de enero, 17 de febrero y 9 de junio de 1998)		

- (1) Principios fundamentales pertenecientes a la justicia o a la moralidad.  
 (2) Reglas para servir los intereses políticos, sociales o económicos del Estado.  
 (3) Deberes del Estado respecto de otros Estados y Organismos Internacionales.