

ORDEN PÚBLICO Y EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS EN BRASIL: UN ANÁLISIS CONTRA EL CONTEXTO DE LA GOBERNANZA GLOBAL

Pedro Arcoverde*

Resumen: El arbitraje es el medio estándar de solución de controversias en el campo del comercio internacional. Gracias al mecanismo establecido por la ampliamente aceptada Convención de Nueva York de 1958, los laudos arbitrales extranjeros pueden circular fácilmente alrededor del mundo. Sin embargo, uno de los criterios para rechazar el reconocimiento y ejecución, a menudo parece constituir una barrera significativa: el orden público. Un concepto notoriamente difícil de definir, el orden público proporciona a los tribunales nacionales un gran margen de apreciación en evaluar si el laudo extranjero está en conformidad con los valores más fundamentales del foro. Este artículo, enfocándose en la práctica de los tribunales brasileños, indaga en el papel del orden público en la actual gobernanza económica global y examina las consecuencias que pueden surgir del debilitamiento de dicha excepción para impedir el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Palabras clave: Reconocimiento, Ejecución, Laudos Arbitrales, Orden Público, Brasil, Gobernanza Global.

* LL.P (UFPE, Brasil) Abogado admitido para hacer prácticas en Brasil, Master en Derecho Económico Internacional por la Escuela de Derecho Sciences Po, Paris (con honores). Profesor asistente en L'Institut d'études politiques de Paris

¶ Traducción: Daniela Samanta Aguirre Rosas

I. INTRODUCCIÓN

La importancia del arbitraje internacional para la gobernanza global es incuestionable. Debido a que el arbitraje se ha convertido, por default, en el principal medio de solución de controversias en el comercio internacional,¹ los árbitros son convocados para resolver conflictos que suelen involucrar millones de dólares, todo esto protegido por las obligaciones de confidencialidad que rigen los procesos arbitrales. Por otra parte, la imposibilidad de apelar los laudos, el marco jurídico internacional para facilitar el reconocimiento y ejecución y tendencia a favor de la ejecución de la mayoría de los tribunales nacionales²

¹ Hortaria Muir Watt, "Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance", *European Review of Contract Law*, n.3, 2010, p.23.

² Dirk Otto and Omaia Elwan, "Article V(2)", in Hebert Kronke, Patricia Nacimiento *et al.* (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (Kluwer Law International, 2010), p. 366.

han creado un escenario donde los laudos arbitrales internacionales son prácticamente libres de circular sin la interferencia de ninguna fuerza reguladora.

No por coincidencia, los actores privados han formulado gradualmente sus propias normas -de naturaleza *soft law*- con el fin de ejercer una especie de control sobre puntos críticos en el procedimiento arbitral, sin poner en riesgo la libertad y la flexibilidad que son marcas características de este método alternativo de solución de controversias. A modo de ejemplo, se pueden citar las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional,³ las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional,⁴ las Recomendaciones de la ILA sobre Litispendencia y Cosa Juzgada y Arbitraje⁵ y las recomendaciones formuladas por instituciones arbitrales sobre la redacción de cláusulas arbitrales.⁶

El auge en el uso de arbitraje internacional ha suscitado varias preguntas interesantes, una de las más frecuentes es la importancia de un cuerpo consolidado de jurisprudencia en materia de arbitraje. Un autor ha ido tan lejos como para decir que la pregunta “¿Necesitamos jurisprudencia arbitral?” podría sonar innecesariamente provocativa como “una respuesta negativa sería casi inconcebible”.⁷ Otro importante autor ha planteado la cuestión de la importancia de la jurisprudencia arbitral para la gobernanza global, especialmente ahora que el arbitraje se ha convertido en “la fábrica distributiva de justicia en las grandes controversias privadas”.⁸ En este sentido, se ha dicho que “si se considerara que el arbitraje tiene un papel importante en las transacciones económicas transfronterizas, entonces la coherencia en el régimen jurídico de los laudos seguramente forma parte de los requisitos gubernamentales de rendición de cuentas y de transparencia”.⁹

Sin embargo, un punto que parece haber sido algo descuidado hasta ahora es el que atañe al importante papel del orden público durante el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en la gobernanza global.

De hecho, por la fuerza del principio de la autonomía de las partes, reconocido en mayor o menor medida por todos los sistemas jurídicos, las partes tienen derecho a optar

³ Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. Disponible en: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictsofinterest>.

⁴ Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Disponible en: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence>.

⁵ Filip de Ly and Audley Sheppard, ‘ILA Recommendations on *Lis Pendens* and *Res Judicata* and Arbitration’, *Arbitration International*, Volume 25, Issue 1, 2009, p. 83–86.

⁶ Para la ICC, por ejemplo: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Standard-ICC-Arbitration-Clauses/>>.

⁷ Jean-Michel Jacquet, ‘Avons-nous besoin d’une jurisprudence arbitrale ?’, *Revue de l’Arbitrage*, Volume 2010, Issue 3, 2010, p. 445-467.

⁸ Diego P. Fernández Arroyo, ‘Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral’ in Emmanuel Gaillard and Diego P. Fernández Arroyo, *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (Bogotá: CEDEP, 2013), p. 226.

⁹ Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2010), p. 23.

Orden público y laudos extranjeros en Brasil

Pedro Arcoverde

por no recurrir a los tribunales y elegir el arbitraje para resolver sus conflictos. Gracias al régimen establecido por la Convención de Nueva York y de su extremadamente gran aceptación, las sentencias arbitrales cada vez son más capaces de circular libremente dentro de las 149 jurisdicciones que son parte del sistema de la Convención de las Naciones Unidas.¹⁰ Por lo tanto, en este contexto de liberalización extrema, parece que solo una barrera importante prevalece: la excepción de orden público. En efecto, “cincuenta años más tarde, el orden público sigue siendo el aspecto más significativo de la Convención respecto del cual todavía podrían existir tales discrepancias”.¹¹

Por lo tanto, el siguiente análisis primero investigará el importante papel reservado a la defensa del orden público en el contexto de la gobernanza global (II). Posteriormente examinará las consecuencias para la gobernanza global de la postura adoptada por los tribunales brasileños sobre el orden público, pero sin discutir las decisiones detenidamente por motivos de espacio (III). Por último, se propondrá un criterio de revisión judicial de los laudos arbitrales (IV).

II. LA RELEVANCIA DEL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO PARA RECHAZAR EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

El paradigma extremadamente liberal en vigor hoy, agravado por la globalización y por la velocidad en que se llevan a cabo las relaciones comerciales, ha llevado a la “flexibilización” de las relaciones jurídicas privadas internacionales. Las partes ahora son libres de elegir no sólo la legislación que regirá sus contratos, sino también la jurisdicción que resolverá cualquier posible controversia derivada de su relación contractual. Lo que es más, pueden optar por presentar su controversia no a un juez nacional específico, sino a un juzgador privado, que podrá aplicar cualquier conjunto de normas jurídicas a-nacionales elegidas por las partes (por ejemplo, los Principios UNIDROIT o la *lex mercatoria*), en lugar de las leyes de un país determinado.

En vista del carácter vinculante de los laudos arbitrales y la exclusión de cualquier apelación previstas generalmente por los acuerdos de arbitraje,¹² el deudor en el laudo es obligado a cumplir con la resolución del Tribunal. En efecto, de acuerdo con las estadísti-

¹⁰ Este número puede ser mayor y puede abarcar cualquier jurisdicción del mundo si se toma en cuenta el hecho de que casi la mitad de los Estados Contratantes no hicieron una “reserva de reciprocidad” proporcionada por el Artículo I (3) de la Convención.

¹¹ Asociación Internacional de Derecho, Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (New Conference, 2001), p.56.

¹² La mayoría de las cláusulas arbitrales estipulan que el laudo será “final y vinculante”, o que todas las controversias entre las partes deberán ser “solucionadas” por un arbitraje. Las Cláusulas de Arbitraje de la CCI dicen: “Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno ó más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.”

cas disponibles, la mayoría de las veces se da el cumplimiento voluntario de la parte perdedora.¹³ En todo caso, si el acreedor del laudo se ve obligado a buscar el reconocimiento y ejecución del laudo al tribunal local, la Convención de Nueva York garantiza que sólo en circunstancias muy excepcionales, el reconocimiento del laudo será denegado. Una posible moción de anulación del laudo, estaría sujeta a los mismos estrictos requisitos.¹⁴

En resumen, todo el proceso -desde el momento en que las partes acuerdan someter a arbitraje controversias futuras o ya existentes hasta el momento en que la parte perdedora cumple la orden del tribunal arbitral- puede hoy en día llevarse a cabo en la esfera privada, prescindiendo de cualquier intervención de los legisladores públicos. La aplicación de la justicia en la esfera del comercio internacional ha sido, por así decirlo, privatizada, y en consecuencia, los tribunales nacionales han sido privados de su papel regulador:¹⁵ “la transferencia de adjudicación comercial internacional al ámbito privado, es sinónimo de apropiación privada de la función reguladora de los tribunales, de la que los Estados son despojados progresivamente”.¹⁶

Un autor ha resaltado que “la importancia del derecho nacional que regula las relaciones comerciales, se cree, está en retroceso, ya que las redes empresariales transnacionales se alejan del terreno de los sistemas estatales, gobernada por una mezcla de formas alternativas de normas y procesos”. Comentando el rápido aumento del arbitraje comercial internacional y la construcción de este “nuevo orden”, añadió:

(...) relaciones comerciales transnacionales en las que las controversias son resueltas por el Arbitraje Comercial Internacional y la *lex mercatoria*, son un gran ejemplo de sistemas que “rompen el marco” de las leyes nacionales. (...) El resultado es un “derecho global sin Estado”, en el que los sistemas del comercio transnacional y las empresas multinacionales, así como sistemas transnacionales de Derecho Humanos y Derechos Laborales, desafían la supremacía de los sistemas jurídicos estatales para el predominio de la producción de normas sociales.¹⁷

En efecto, “la liberalización progresiva de los requisitos para la circulación transfronteriza de la decisión del tribunal elegido, puede autorizar a los agentes privados de cruzar

¹³ Un estudio reveló que hay un índice del 90% con respecto al cumplimiento voluntario de las sentencias arbitrales internacionales. Ver: Escuela de Arbitraje Internacional y PriceWaterCoopers, Queen Mary, “International Arbitration: Corporate attitudes and practices, 2008”, Disponible en: <www.arbitrationonline.org/research/Corpat-titirmpirical/2008.html>, p. 2-3.

¹⁴ Ej. Ley Modelo de la CNUDMI, Artículos 34 y 36.

¹⁵ Para ver un ejemplo de dicho papel regulador, véase: W. Kio Viscusi (ed.), *Regulation through Litigation* (Washington D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002).

¹⁶ Horatia Muir Warr, ‘Economie de la Justice et Arbitrage International (Reflexions sur la Gouvernance Privée dans la Globalisation)’, *Revue de l’Arbitrage*, Volume 2008, Issue 3, 2008, p. 389.

¹⁷ Robert Wai, ‘Transnational Lifftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization’, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 40, 2002, p. 216-217. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1596732>>.

Orden público y laudos extranjeros en Brasil
Pedro Arcoverde

las fronteras jurisdiccionales y beneficiarse de una cuasi-inmunidad de las limitaciones de las leyes estatales.”¹⁸ Por consiguiente, “los árbitros tienen cada vez más poderes. El desarrollo de las normas está ahora en sus manos. La regulación de la sociedad está en sus manos. La regulación de actividades transnacionales, también se deja en sus manos.”¹⁹

En otras palabras, el sistema de arbitraje comercial internacional está marcado por lo que se ha descrito en el contexto del Derecho Internacional como el principio de “división de roles” o “doble función” (*dédoublement fonctionnel*²⁰): en el Derecho Internacional Público los Estados que están *sujetos* al derecho internacional son ellos mismos los *creadores* de esas normas. Son, hasta cierto punto, al mismo tiempo el poder legislativo, el vigilante del cumplimiento de las normas y los posibles infractores. De la misma manera, en el arbitraje internacional, la “comunidad internacional de comerciantes” es en sí la legisladora (por ejemplo, Los Principios UNIDROIT y de *lex mercatoria*), el juez (árbitro), y el sujeto (dado que el arbitraje está basado en el consentimiento y por lo tanto se ejerce a través de la autonomía de las partes).

En palabras de un reconocido profesor, el arbitraje comercial internacional se ha establecido como un “gran auto-poietico, paralelo mundo de justicia privada, presuntamente oculto por una comunidad mercantil transnacional autorreguladora.”²¹ En otras palabras, “los sistemas nacionales, como las redes transnacionales, logran autonomía de las leyes nacionales, normas y reglas de estas redes se vuelven flexibles y consolidadas. Las normas dominantes se encuentran dentro del propio sistema”.²²

Sin embargo, el riesgo de permitir que la adjudicación privada sea ejercida libremente es que, hasta cierto punto “la justicia privatizada no es apta para producir normas sociales eficientes.”²³ Algunos advierten que “las redes comerciales transnacionales que usan el arbitraje y *lex mercatoria*, adquieren un carácter de creadores y generadores de derecho y compromete a los participantes a sólo tomar en cuenta los valores del sistema como sus leyes vinculantes.”²⁴ Un autor, comparando el método estándar de creación de normas a través del poder legislativo con aquél resultante de la adjudicación privada, señaló:

Contrastar este poli-céntrico e informativo proceso con tres árbitros, decidiendo una controversia bilateral de comercio internacional, la cual está cerrada a participantes externa

¹⁸ Dominique Bureau and Horatia Muir Watt, ‘L’impérativité désactivée ?’, *Revue critique de droit international privé*, 2009, p. 1.

¹⁹ Catherine Kessedjian, ‘Transnational Public Policy’, in Albert Jan van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Montreal: ICCA Congress Series, Volume 13, 2006, Kluwer Law International, 2007), p. 862.

²⁰ Para más detalles de la teoría: cf. Antonio Cassese, ‘Remarks on [Georges] Scelle’s Theory of “Role Splitting” (dédoublement fonctionnel) in International Law’, *European Journal of International Law*, volume 1, 1990, p. 210-231.

²¹ Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2010), p. 5.

²² Robert Wai, *Op. cit.*, p. 258.

²³ Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2008), p. 394.

²⁴ Robert Wai, *Op. cit.*, p. 258.

y bien podría ser desconocida para ellos. Este proceso arbitral no se beneficia de ninguna de las ventajas de las cuales goza el legislador moderno. Por lo tanto, los esfuerzos arbitrales por ganar el papel de Solón, probablemente produzcan normas malas, ineficientes o ambas.²⁵

Conceder a agentes privados el poder de resolver controversias sin la interferencia, en cualquier nivel, de instancias públicas, hace que surjan serias dudas acerca de la legitimidad y la rendición de cuentas de dichos juzgadores. El arbitraje podría de hecho sufrir de un “déficit democrático”:²⁶ “los árbitros designados (y financiados) de forma privada, carecen de legitimidad y de incentivos para tomar en cuenta los intereses sociales en su proceso de toma de decisiones.”²⁷

Por otra parte, conduce inevitablemente al debate sobre la naturaleza de la justicia misma. Algunos autores han cuestionado si es posible concebir la justicia (o el fallo) como un bien privado,²⁸ lo que sugiere la existencia de un mercado global de servicios judiciales como resultado de la competencia para prestar esos servicios.²⁹

Es precisamente debido a la liberalización del Derecho Internacional Privado y el fortalecimiento de actores privados, que el orden público juega un papel central en la actual gobernanza global.

Se ha repetido exhaustivamente que el sistema fundado por la Convención de Nueva York (y por prácticamente todos los demás instrumentos internacionales que buscan regular la ejecución de laudos arbitrales) tiene por objetivo restringir al máximo la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución o de impugnar un laudo. Además, la situación expuesta en el Artículo V (1) (a) al (e) y V (2) (a) de la Convención, parece haber sido interpretada de manera más armonizada por los tribunales a nivel mundial. Por lo tanto, en el Artículo V (2) (b) de la Convención de Nueva York, se basa en la posibilidad de ejercer gran control de los laudos arbitrales extranjeros.

Como ha resumido muy bien un doctrinario:

Hoy en día el arbitraje internacional, ha escapado del control estatal. Sólo el orden público revela su presencia mínima e irreductible. El orden público es, de alguna manera, el único foco de resistencia a la autonomía del arbitraje internacional. Gracias a la defensa del orden público, el arbitraje internacional no está completamente fuera de

²⁵ Michael W. Reisman, ‘Law, International Public Policy (So-called) and Arbitral Choice in International Commercial Arbitration’, in Albert Jan van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Montreal: ICCA Congress Series, Volume 13, 2006, Kluwer Law International, 2007), p. 851.

²⁶ Robert Wai, *Op. cit.*, 263.

²⁷ William Landes and Richard Posner *apud* Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2010), p. 31.

²⁸ William Landes and Richard Posner, ‘Adjudication as a Private Good’, NBER Working Paper Series, Working Paper No. 263, July 1978.

²⁹ Jens Dammann and Henry Hansmann, ‘A Global Market for Judicial Services’, Yale Law & Economics Research Paper No. 347, 15 March 2007. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=976115>>.

Orden público y laudos extranjeros en Brasil
Pedro Arcoverde

control. El orden público es entonces un límite, el límite máximo a la autonomía del arbitraje internacional.³⁰

No es por otra razón, que el orden público ha sido llamado una “cláusula de salvaguardia”³¹ y “el ángel guardián del sistema jurídico de una sociedad determinada”.³² Representa una red de seguridad al que los jueces nacionales pueden acudir a fin de proteger los sistemas jurídicos nacionales.

El hecho de que existan aún grandes discrepancias respecto al orden público no debe pasarse por alto: evidencia precisamente la gran variedad de situaciones en las que los tribunales estatales pueden tener un recurso con el fin proteger el orden jurídico nacional, llevando a algunos a describir de manera negativa como un “medio de escape, que permite a los Estados Contratantes a depender excepcionalmente de las leyes locales.”³³

Como bien describe un autor, “el orden público es un estándar jurídico. Es por ello que son una norma de “textura abierta” que asegura la coherencia global del sistema jurídico.”³⁴ El orden público es por lo tanto el elemento clave que permite a los tribunales nacionales garantizar la solidez de su orden jurídico y evitar la interferencia de elementos externos que pudieran dañar esta coherencia. En pocas palabras, es el último recurso del cual los tribunales pueden valerse para mantener el orden del sistema jurídico nacional cuando se trata de asuntos internacionales. Por lo tanto, la afirmación de que “si los tribunales no son capaces de anular laudos arbitrales que contravienen el orden público (...) el arbitraje no sólo es superior al poder judicial, sino que está aparentemente más allá del control legislativo”.³⁵

Por lo tanto, como el último elemento que otorga a los jueces nacionales la posibilidad de controlar los procesos arbitrales y por lo tanto, permite que los Estados tengan voz en el casi autónomo campo de la resolución de conflictos privada, la excepción del orden público como motivo para rechazar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros no debe subestimarse. Es un elemento clave para asegurar el orden jurídico interno de los Estados y, asimismo, es elemento clave para la gobernanza global.

En este sentido, los tribunales franceses, siempre una fuente de inspiración para la práctica del arbitraje internacional, han adoptado a un estándar muy estrecho de la revisión judicial de los laudos, tanto en la fase de reconocimiento y ejecución así

³⁰ Jean-Baptiste Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public* (Paris: LGDJ, 1999), p. 6.

³¹ Berthold Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé* (Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1963, vol. 109, p. 347-486), p. 430.

³² Jacob Dolinger, *A evolução da ordem pública no direito internacional privado* (Rio de Janeiro: Renovar, 1979), p. 41.

³³ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), p. 2827.

³⁴ Jean-Baptiste Racine, *Op. cit.*, p. 7.

³⁵ Jean-Baptiste Racine, *Op. cit.*, p. 567.

como durante el procedimiento de anulación. Tal enfoque “minimalista” ha reducido el concepto del orden público internacional en el arbitraje internacional a un conjunto muy limitado de situaciones, y sólo cuando la violación del orden público se dice que es evidente, efectiva y concreta el reconocimiento del laudo será denegado.³⁶ Un ejemplo revelador ha sido dado por el Tribunal de Apelación de París:

El recurso a la excepción de orden público internacional contenida en el artículo [1520 (5)] del Código Francés de Procedimientos Civiles sólo es concebible cuando la ejecución del laudo violaría de una manera inaceptable el ordenamiento jurídico francés, tal violación tendría que afectar de forma manifiesta una norma esencial de la ley o un principio de fundamental importancia.³⁷

Esta posición es fuertemente elogiada por parte de la doctrina³⁸ y no está totalmente desprovista de razón. No es raro que los argumentos como la confianza en el arbitraje internacional y el respeto a la autonomía de las partes se eleven en su apoyo:

En realidad, la posición de la jurisprudencia [francesa] merece aprobación. El punto de partida debe ser la idea de que los tribunales nacionales no son los jueces del caso que llevó precisamente fuera de ellos por el acuerdo arbitral. [...] Con el acuerdo arbitral, las partes asumieron el riesgo de decisiones erróneas por el árbitro, riesgo que está por cierto incorporado en todos los sistemas judiciales.³⁹

Otros hacen referencia a “los objetivos de facilitar el comercio internacional, promover la cooperación internacional, o asegurar la justicia cosmopolita” hacer suya la opinión de que una actitud “internacionalista liberalista” debe ser privilegiada.⁴⁰

Sin embargo, este enfoque socava la verdadera utilidad del orden público, ya que conduce a un mero control ilusorio por parte los tribunales, limitado a la sola *aparencia* de conformidad del laudo con el orden público internacional. En realidad, como sostiene un autor, la verdadera diferencia entre “una deliberada ausencia de control y el control

³⁶ *Verhoeft v. Moreau*, Cour de Cassation (1st Civil Chamber), 21 de Marzo 2011. Reportado en : *Revue de l'Arbitrage*, Volume 2001, Issue 4, 2001, p. 805-810.

³⁷ *SA Thalès Air Défense v. GIE Euromissile*, Court of Appeal of Paris (1st Civil Chamber), 18 November 2004. Reported in: *Revue de l'Arbitrage*, Volume 2005, Issue 3, 2005, p. 751-760.

³⁸ Cf. por instancia Alexis Mourre, ‘Note sous Cour de cassation (1^{ère} chambre civile)’, 4 juin 2008, *Journal de droit international (Clunet)*, n. 4, 2008, p. 1107; Luca G. Radicati Di Brozolo, ‘L’illicéité « qui crève les yeux »: critère de contrôle des sentences au regard de l’ordre public international (à propos de l’arrêt Thalès de la Cour d’appel de Paris)’, *Revue de l'Arbitrage*, Volume 2005, Issue 3, 2005, p. 529-560; Yves Derains and Laurence Kiffer, ‘National Report from France (2013)’ in Jan Paulsson (ed.), *International Handbook on Commercial Arbitration (Kluwer Law Arbitration, 1984, Updated: 2013, Supplement n. 74)*, p. 1.

³⁹ Ibrahim Fadlallah, ‘L’ordre public dans les sentences arbitrales (Collected Courses of The Hague Academy of International Law’, 1994, vol. 249), p. 390.

⁴⁰ Robert Wai, *Op. cit.*, p. 225.

Orden público y laudos extranjeros en Brasil

Pedro Arcoverde

llevado a cabo de manera efectiva por parte de los tribunales franceses es más aparente que real.”⁴¹ Tal enfoque podría en efecto estar más cerca de lo esperado a una renuncia pura y simple, renuncia de cualquier tipo de control de la conformidad del laudo. Lo que es más, existe una fuerte evidencia para creer que las razones detrás de tal abstención deliberada no son las más nobles.⁴²

De hecho, la abstención deliberada de la función de supervisión de los tribunales de los laudos arbitrales, ha reforzado la idea de la justicia como un bien privado - algo hecho *por* los agentes privados *para* los agentes privados. Con la bendición de los tribunales estatales, los individuos se comportan casi de forma autónoma en el campo del derecho comercial. El resultado de tal tendencia sería la privatización de la creación de normas en el plano internacional.

Por lo tanto, la posición de los tribunales franceses es demasiado extrema. En nombre de la prohibición a la revisión del fondo del laudo por los tribunales, los jueces han renunciado a su misión de asegurar el respeto, por los árbitros, de las normas consideradas como esenciales por el Estado.⁴³ Para exigir que la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros no sea sólo “efectiva” y “concreta” contra el orden público, sino también “flagrante” se requiere que la vulneración de las nociones fundamentales del foro en materia de moralidad y justicia sea clara. Sin embargo, tales elementos vitales de cualquier ordenamiento jurídico merecen una mayor protección que aquella que se basa únicamente en la *apariencia* de conformidad.

Según lo propuesto por el autor, la exigencia de una violación “flagrante” debe dar paso a la de una violación “grave”, a fin de autorizar un análisis profundo del laudo que iría más allá de una simple mirada *prima facie*, centrada sólo en impresiones: “El adjetivo “flagrante” podría sustituirse por los adjetivos “grave” o “serio”, lo que evitaría la confusión entre la *gravedad* [de la violación] y la *evidencia*.”⁴⁴

Debe tenerse en cuenta que los tribunales franceses ya han demostrado que a veces están dispuestos a considerar de manera seria el orden público. En efecto, uno de los raros casos en que los jueces franceses descubrieron que había habido una violación del orden público sirve para mostrar cómo el trabajo de los tribunales puede contribuir a regular efectivamente el arbitraje internacional con el apoyo de los agentes privados.

⁴¹ Louis Christophe Delanoy, ‘Le contrôle de l’ordre public au fond par le juge de l’annulation: trois constats, trois propositions’, *Revue de l’Arbitrage*, Volume 2007, Issue 2, 2007, p. 179.

⁴² Un autor hace referencia a estudios que demuestran que la motivación de “algunos Estados” para apoyar el arbitraje puede haber sido para obtener ventajas pecuniarias estrechas asociadas con la participación en el arbitraje, en lugar de considerar las implicaciones normativas de la decisión de promover el arbitraje. [...] [Prof. W. Michael] Reisman sostiene que una serie de jurisdicciones alojó esos controles [de los tribunales nacionales sobre los arbitrajes internacionales] no debido a una creencia genuina de que el arbitraje comercial internacional es el mejor sistema para la resolución de conflictos, sino más bien en un esfuerzo por atraer a los “negocios del arbitraje comercial internacional a sus estados”. Robert Wai, *op. cit.*, p. 257.

⁴³ Louis Christophe Delanoy, *Op. cit.*, p. 186.

⁴⁴ Christophe Seraglini, ‘Le contrôle de la sentence au regard de l’ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités’, *Gazette du Palais*, 21 mars 2009, n° 80, p. 11.

En el famoso caso de *Dutco*,⁴⁵ el laudo arbitral dictado bajo los auspicios de la Cámara Internacional de Comercio (ICC por sus siglas en inglés) fue anulado por la Corte de Casación, por una desequilibrada designación de los árbitros en un caso con múltiples partes, ya que los dos acusados habían tenido a su coárbitro nombrado por la institución mientras que el reclamante había nombrado el suyo. El Tribunal sostuvo que “el principio de igualdad de las partes en la designación de árbitros es un asunto de orden público (*ordre public*), que podrá renunciarse solamente después de que una controversia ha surgido”, el cual no había sido el caso. En consecuencia, el laudo fue anulado.

La anulación por la Corte de Casación estableció “la piedra angular en el proceso de establecer reglas para un arbitraje multipartes”⁴⁶ llevando a varias instituciones a cambiar sus reglas conforme a lo dictado por la Corte.⁴⁷ De hecho, la misma ICC fue “forzada a reconsiderar sus prácticas”⁴⁸ lo cual resultó en la versión revisada de 1998 del Reglamento de Arbitraje de la ICC.

Dicho caso muestra claramente que las instituciones arbitrales- y más generalmente, los agentes privados- pueden y deberán adaptarse a las prácticas de los tribunales y no al revés.

Otros casos en los que, en nuestra opinión, pueden citarse otros ejemplos donde un estándar correcto de revisión fue presentado.⁴⁹ Sin embargo, tales decisiones constituyen una minoría y, por sus fechas, puede decirse que han sido descartadas.⁵⁰ En cualquier caso, la posición es que los tribunales franceses no deberían de limitarse a un análisis meramente formal de la presunta violación y, de acuerdo con esas decisiones, deben proceder a un profundo análisis de los hechos del caso, teniendo siempre en cuenta la noción de orden público internacional.⁵¹

Teniendo en cuenta estos conceptos, la siguiente sección se enfocará en la práctica de los tribunales brasileños y por lo tanto, analizará si las decisiones dictadas por ellos tienen el potencial de impulsar el uso del arbitraje internacional en Brasil.

⁴⁵ *Sociétés BKMI et Siemens v. société Dutco*, Cour de Cassation (1st Civil Chamber), 7 January 1992. Reported in: *Revue de l'Arbitrage*, Volume 1992, Issue 3, 1992, p. 470-472.

⁴⁶ Jean-Louis Delvolvé, ‘Multipartism: The Dutco Decision of the French Cour de cassation’, *Arbitration International*, Volume 9, Issue 2, 1993, p. 196

⁴⁷ Jeff Waincymer, “Procedure and Evidence in International Arbitration” (Kluwer Law International, 2012), p. 271.

⁴⁸ Yves Derains and Eric A. Schwartz, *Guide to the ICC Rules of Arbitration* (2nd edition, Kluwer Law International, 2005), p. 176.

⁴⁹ Cour de Cassation (1st Civil Chamber), 6 January 1987. Reported in: *Revue de l'Arbitrage*, Volume 1987, 1979, p. 469, note Ph. Le Boulanger; *JDI* 1987, p. 638, note B. Goldman; and *European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd.*, Court of Appeal of Paris (1st Civil Chamber), 30 September 1993. Reported in: *Revue de l'Arbitrage*, Volume 1994, Issue 2, 1994, p. 359-370.

⁵⁰ Ibrahim Fadlallah, *Op. cit.*, p. 389.

⁵¹ En lugar de Política Pública Transnacional.

III. JURISPRUDENCIA BRASILEÑA EN CONTRA EL CONTEXTO DE LA GOBERNANZA GLOBAL

Los tribunales brasileños (¿todavía?) no están de acuerdo con el mismo punto de vista restrictivo de los franceses sobre el orden público, quizás para decepción de algunos. Ya se trate de una elección abierta y consiente o más bien, del estado de inmadurez de la jurisprudencia en el tema, lo cierto es que los tribunales brasileños aún son cuidadosos cuando se trata de la cuestión del orden público en el arbitraje internacional, hasta el punto de recurrir al *ordre public* cuando la decisión del Tribunal podría bien descansar en otros terrenos menos provocativos (por ejemplo, el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York).

En efecto, la práctica de la Suprema Corte de Justicia (STJ por sus siglas en portugués) sigue siendo bastante inconsciente. En primer lugar, algunas decisiones van bien en los detalles de la noción de orden público, citando académicos de gran prestigio y, para algunos, reconociendo implícitamente la existencia de un orden público internacional.⁵²

Un buen ejemplo es el caso *Thales Geosolutions v. FARCO*.⁵³ En este caso, por primera vez en la historia de la STJ, el Magistrado Ponente, abordó el tema del orden público en una extensión razonable. Intentando dibujar una imagen del concepto desde el punto de vista del derecho internacional privado, el Juez José Delgado citó el artículo 17 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño y doctrina nacional sobre el tema. Después de presentar algunas definiciones de orden público propuestas por renombrados autores, el Juez se refirió a “las dificultades encontradas por la doctrina para aclarar el significado de orden público.”⁵⁴ Luego afirmó, de nuevo basado en la literatura nacional:

Es aceptado que las siguientes leyes son leyes de orden público:

- a. Leyes Constitucionales;
- b. Leyes Administrativas;
- c. Leyes Procesales;
- d. Leyes Penales;
- e. Leyes relativas a la Organización del Poder Judicial;
- f. Leyes Fiscales;
- g. Leyes de Policía;
- h. Leyes sobre la Protección de las Personas que Carecen de Capacidad Jurídica;
- i. Leyes Relativas a la Organización de la Familia;
- j. Leyes Estableciendo Condiciones y Formalidades de Ciertos Actos, y

⁵² Arnoldo Wald, ‘Les récents progrès de la jurisprudence brésilienne en matière d’arbitrage commercial international’, ASA Bulletin, Kluwer Law International, Volume 24, Issue 2, 2006, p. 206-215.

⁵³ *Thales Geosolutions v. FARCO*, STJ, SEC n. 802, Juez José Delgado, Corte Especial, juzgado el 17.08.2005, DJ con fecha de 19.09.2005.

⁵⁴ *Thales Geosolutions v. FARCO*, STJ, SEC n. 802/2005, p. 10.

k. Leyes de Organización Económica (relativo a salarios, la moneda, y el régimen de los bienes).

[...] Debe tenerse en cuenta que el abuso de la ley (*fraus legis*) también se considera parte del orden público.⁵⁵

El Magistrado Ponente notó sin embargo que “en el presente caso, el alegato del demandado que no realizó el pago de las cantidades adeudadas al demandante referidas en el artículo 1092 del Código Civil de Brasil de 1916, no entra en el concepto de violación del orden público”.⁵⁶ Esta conclusión fue respaldada por el Juez Carlos Alberto Menezes Direito en su opinión concordante, donde notó que en este caso “no se puede establecer que hay una violación al orden público, la política pública o a la soberanía nacional, en la medida en que el laudo arbitral examinado, en realidad, recupera la deuda sin ofender a lo que la legislación brasileña proporciona.”⁵⁷

Recientemente, en el caso de *Keytrade vs Ferticitrus*,⁵⁸ la Magistrada Ponente Nancy Andrighi escribió que, no es para la corte el análisis profundo de los méritos de la sentencia. El procedimiento de reconocimiento, tiene el único objetivo de evaluar si se cumplen los requisitos formales para conceder el *exequatur* a conceder, y en este punto específico no hubo violación del orden público (dado que el interés compuesto también fue aceptado por la legislación brasileña). Citando su opinión en el caso *SEC n. 2.410* (aún no publicada), sostuvo:

El orden público refleja los valores fundamentales de nuestra cultura jurídica, y todo lo que pudiera considerarse contraria a esta construcción moral no será refrendado por la STJ. [...] En el contexto de una solicitud de reconocimiento de un laudo extranjero, el análisis llevado a cabo sobre la presunta violación del orden público no está destinado a verificar la razonabilidad de la decisión a la luz de nuestro sistema jurídico, sino para examinar si está en conformidad con el conjunto de principios y normas que se consideran esenciales para la cohesión nacional.

Sin embargo, otras decisiones difícilmente mencionan el orden público, aunque se cita al artículo 39 fracción II de la Ley de Arbitraje brasileña para denegar el reconocimiento. Por ejemplo, la corte declaró, sin explicación alguna:

Esta discusión está centrada en la abstinencia de una declaración voluntaria, de forma escrita, del defensor aceptando la cláusula arbitral. Por lo tanto es ofensivo para la política pública ir en contra de un principio consagrado en nuestro orden legal, del cual se

⁵⁵ *Thales Geosolutions v. FARCO*, STJ, SEC n. 802/2005, p. 11.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Íbidem, p. 14.

⁵⁸ *Keytrade v. Ferticitrus*, SEC 4.024, Judge-Rapporteur Nancy Andrighi, Special Court, judged on 07.08.2013, DJ dated 13.09.2013

Orden público y laudos extranjeros en Brasil
Pedro Arcoverde

requiere una aceptación expresa de las partes para someter la solución de controversias derivadas de relaciones jurídicas contractuales privadas al arbitraje.⁵⁹

En otra decisión, se estableció que:

En la ausencia de cualquier prueba en este archivo, de lo manifestado y declarado por el demandado con la intención de renunciar a los derechos al procedimiento ante la corte a en favor del arbitraje, la solicitud (por el reconocimiento) constituye una violación del Artículo 4, párrafo segundo, de la Ley n. 9.307/96, del principio de la autonomía de las partes y del orden público brasileño, sin embargo, haciendo imposible la homologación.⁶⁰

No obstante, estas decisiones son incompatibles con aquella el de *L'Aiglon v Têxtil União*,⁶¹ la primera dictada por la STJ después de volverse competente para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.⁶² En *L'Aiglon*, aunque no hubo evidencia en el expediente del acuerdo de las partes para las futuras disputas de arbitraje, el Tribunal sostuvo que “la participación del defendido en el arbitraje, presentando argumentos y declarando la intención expresa de nombrar a un árbitro, indica una inequívoca aceptación de la existencia de la cláusula arbitral.”

Desde el punto de vista de la STJ, era una obligación de la parte, derivada de la buena fe y los principios del debido proceso, impugnar la validez del convenio arbitral en la primera oportunidad que tuvo de presentar su defensa en el procedimiento arbitral. Ya que la parte que se resistió a dicho cumplimiento no lo había hecho, aceptó implícita y tácitamente la existencia de la cláusula de arbitraje.

Otras decisiones presentadas por la STJ, mencionan brevemente a la noción del orden público, pero la rechazan inmediatamente después, garantizando reconocimiento en función de que “todos los requisitos (para el reconocimiento) fueron debidamente cumplidos”.⁶³ Finalmente, algunas decisiones son completamente silenciosas con el tema,

⁵⁹ Ejemplo, *Plexus v. Santana*, STJ, SEC n. 967, Juez José Delgado, Corte Especial, juzgado el 15.01.2006, con fecha de 20.03.2006. También reportado en Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Volume XXXVII, 2012, p. 169-170

⁶⁰ *Indutech v. Algocentro*, STJ, SEC n. 978, Juez Hamilton Carvalhido, Corte Especial, juzgado el 17.12.2008, con fecha de 05.03.2009. También reportado en Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Volume XXXIV, 2008, p. 424-429.

⁶¹ *L'Aiglon v. Têxtil União*, STJ, SEC n. 856, Juez Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, juzgado el 18.05.2005, con fecha de 27.06.2005. También con reporte en Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Volume XXX, 2005, p. 437-439

⁶² En virtud de la Enmienda Constitucional n. 45/2004, que entró en vigor el 31 de diciembre del 2004, la competencia para escuchar solicitudes para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras fue desplazado de la Suprema Corte Federal (“STF” por sus siglas en portugués) a la Suprema Corte de Justicia (“STJ”).

⁶³ Ejemplo, *ICT v. Odil Pereira*, STJ, SEC n. 1.210, Juez Fernando Gonçalves, Corte Especial, juzgado el 20.06.2007.

incluso si el argumento es plantado por la parte que se resiste al reconocimiento.⁶⁴ Por tanto, es claro que las decisiones del Tribunal son incompatibles no sólo con respecto al descubrimiento de una violación del orden público, sino también con respecto al análisis realizado a profundidad.

En resumen, en los casos que la STJ recurrió al orden público para rechazar el reconocimiento y la ejecución de un laudo (curiosamente, todo lo concerniente a cuestiones de procedimiento⁶⁵), tales referencias eran superfluas, ya que el asunto no fue abordado con suficiente detalle.

Es también interesante observar que una distinción explícita entre del orden público nacional e internacional sigue desaparecida, así como una visión clara de lo que representa del orden público en el contexto específico del arbitraje internacional. En efecto,

La jurisprudencia de los tribunales no ha sido de gran ayuda, como se puede notar en una renuencia de los tribunales para definir el contenido del orden público nacional o trazar los contornos de la distinción entre del orden público interno y del orden público internacional brasileño. [...] En la ausencia de tal distinción y dada la ausencia de una definición de “orden público nacional” en virtud del artículo 39, II, de la Ley 9.307/1996, los jueces [brasileños] se conforman con enunciar que las partes autorizan tácita o implícitamente su consentimiento para arbitrar las violaciones al orden público.⁶⁶

Sin embargo, la STJ ha reiterado en varias ocasiones que, por regla general, los procedimientos de reconocimiento están sujetos a estrictos límites de examen.⁶⁷ Ahora es jurisprudencia reiterada que el “control judicial de un laudo arbitral extranjero se limita a los aspectos formales; el fondo del arbitraje no podrán revisarse”.⁶⁸ Del mismo modo, se ha sostenido que el simple descontento con el resultado del arbitraje no equivale a una violación al orden público o la soberanía nacional. En su opinión:

El simple juicio contrario a los intereses de una de las partes no constituye, *per se*, la violación de la soberanía nacional o el orden público. Además, debe tenerse en cuenta que la homologación de sentencias extranjeras comprende únicamente una “evaluación de los

⁶⁴ Ejemplo., *Litsa v. SV Engenharia e Inepar*, STJ, SEC n. 894, Juez Nancy Andrighi, Corte Especial, juzgado el 20.08.2008, con fecha de 09.10.2008.

⁶⁵ *Plexus v. Santana*, STF, SEC n. 6.753-7/2002, *Plexus v. Santana*, STJ, SEC n. 967/2006, *Oleaginosa v. Moinho Paulista*, STJ, SEC n. 866/2006, *Indutech v. Algocentro*, STJ, SEC n. 978/2009.

⁶⁶ Marina Mendes Costa, *Ofensa à ordem publica nacional decorrente de ausência de assinatura de cláusula compromissória – Comentários à SEC 978/STJ*, Revista de Arbitragem e Mediação, Year 7, Volume 24, January-March 2010, p. 234-235.

⁶⁷ Por ejemplo, *ATECS v. Rodrimar*, STJ, SEC n. 3.035, Juez Fernando Gonçalves, Corte Especial, juzgado el 19.08.2009, con fecha de 31.08.2009.

⁶⁸ *Tremond Alloys v. Metaltubos*, STJ, SEC n. 760, Juez Felix Fischer, Special Court, juzgado en 19.06.2006, DJJ dated 28.08.2006. También reportado en: Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Volume XXXVII, 2012, p. 175-176.

Orden público y laudos extranjeros en Brasil
Pedro Arcoverde

requisitos formales”,⁶⁹ a excepción de cualquier análisis sobre aspectos relacionados con el fondo de la sentencia.⁷⁰

Uno puede deducir a partir de este análisis, que por el momento, los tribunales brasileños son un poco reacios a liberalizar demasiado el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Incluso, si su práctica aún no tiene toda la técnica y si la lógica en que se basan sus decisiones no siempre es clara, en Brasil la defensa del orden público sigue jugando un papel clave en la protección de las nociones más fundamentales del foro en materia de moralidad y justicia.

Sin embargo, en su lucha por desarrollar una fuerte práctica arbitral (y también con el objetivo de atraer a los inversionistas extranjeros), Brasil puede, en algunos años seguir el mismo camino que Francia. De hecho, la STJ parece ser muy consciente de la importancia de su papel para el arbitraje internacional, y por lo tanto a la gobernanza económica - otro elemento que pudiera indicar en qué dirección tiene la intención de ir.

Un miembro de la STJ, ha afirmado que “el arbitraje, como medio alternativo de solución de controversias, debe ser visto en su papel más relevante, el de propiciar la inversión, la creación de empleos e impulsar la economía.” Y agregó: “el arbitraje es una herramienta que facilita la realización de grandes negocios, en el que las empresas y los usuarios pueden contar con una solución rápida y eficiente”.⁷¹ Otro juez de la STJ, afirmó: “[e]l poder judicial es muy consciente de la importancia del arbitraje y de la necesidad de preservar y proteger este valioso instrumento con el fin de proporcionar justicia y evitar litigios innecesarios.”⁷² Estas declaraciones son una clara evidencia de la conciencia de los jueces de la responsabilidad que está en sus manos.

Dentro de la jurisprudencia de la propia STJ ha habido manifestaciones de esta preocupación. En el caso *L'Aiglon v Têxtil União*, el juez Gilson Dipp afirmó en su voto concurrente:

Señor Presidente, me gustaría hacer hincapié en que la expresión de la doctrina, de los profesionales y del poder judicial ha sido muy positiva en relación con el procedimiento adoptado por el Tribunal Superior de Justicia para la homologación de las decisiones extranjeras [...], reuniendo las expectativas que surgieron después de la Enmienda Constitucional n. 45/04. Yo creo que este Tribunal tiene, a partir de este momento y de esta

⁶⁹ En portugués, *juízo de delibação*. Del Latin *delibatioonis*, que significa “tocar ligeramente al”, “examinar”, “probar”. Los tribunales no pueden embarcarse en un análisis de los méritos de la decisión.

⁷⁰ *Western Bulk Carriers v. A. P. Oxidos*, SEC 4.439, Juez Teori Albino Zavaski, Corte Especial, juzgado el 24.11.2011, con fecha de 19.12.2011, p. 7

⁷¹ João Otávio de Noronha, discurso dado en el Seminario de Arbitraje Internacional, en la STJ en Brasilia el 3 Diciembre 2012. Disponible en: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107941>, (se accedió el 13 de Octubre de 2009).

⁷² Sidnei Beneti *apud* Alisson Ross, “In praise of Brazilian enforcement”, *Global Arbitration Review*, 3 de abril de 2012. Disponible en : <<http://www.newyorkconvention.org/news/in-praise-of-brazilian-enforcement>> (se accedió el 19 octubre 2013).

opinión del Sr. Juez Ponente, una gran responsabilidad en la actualización, modernización, [y] ventilar el asunto bajo esta perspectiva. Conuerdo con la opinión del Sr. Juez Ponente de conceder el reconocimiento del laudo arbitral extranjero.⁷³

Son claras las palabras de los miembros de la Corte Superior de Justicia de que su intención es fomentar el desarrollo del arbitraje internacional y permitir que los laudos extranjeros puedan circular fácilmente en el país. Cuándo y cómo esa intención en realidad se materializará todavía no es seguro, pero uno podría legítimamente deducir que de los elementos anteriores se desprende que la liberalización de los requisitos para el reconocimiento tiende a elevarse. En palabras de destacados profesionales “Las recientes sentencias de la STJ demuestran la contribución inequívoca de la Corte de Arbitraje en Brasil [...], que es clave para el progreso económico de Brasil y su reputación como “reina de la fiesta” del arbitraje internacional.”⁷⁴

Por último, es interesante señalar que la propuesta de una nueva ley de arbitraje brasileña (en realidad, una enmienda a la presente ley), elaborada por especialistas de renombre en el campo, se dio a conocer recientemente.⁷⁵ El proyecto de ley no representa un gran cambio, buscando más bien ratificar el último desarrollo de la jurisprudencia. Se confirma la posibilidad de que los árbitros emitan laudos parciales, reitera que los tribunales brasileños tienen competencia para dictar medidas provisionales y cautelares hasta que la Constitucionalidad del tribunal arbitral (que puede confirmar, modificar o revocar las medidas), y amplía el arbitraje de consumo a ciertos asuntos. El espinoso tema del orden público, sin embargo, fue dejado intacto.

En resumen, el texto corrobora la tendencia de los tribunales para fomentar la práctica del arbitraje en el país sin provocar una revolución - que, por cierto, no sería necesario en este momento. El satisfactorio marco legislativo, tiene el deber de promover el arbitraje sin demasiada liberalización del control judicial de los laudos extranjeros es ahora responsabilidad de los tribunales.

Después de examinar la práctica en Brasil, es momento de recurrir a lo que creemos que debe ser considerado por los jueces nacionales a la hora de evaluar si el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros sí violan el orden público del foro.

⁷³ Opinión Condordante del Juez Gilson Dipp in *LAiglon v. Têxtil União*, p. 18.

⁷⁴ Arnoldo Wald, Ana Gerdau de Borja and Maíra de Melo Vieira, “Brazil as “Belle of the Ball”: The Brazilian Courts Pro-Arbitration Stance” (2011-2012), *Cahiers de l'arbitrage*, 1 de abril de 2013, n° 2, p. 392.

⁷⁵ Rover, “Leia os anteprojetos de arbitragem e de mediação”, *CONJUR* (published on 2 October 2013). Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-02/leia-anteprojetos-arbitragem-mediacao-comissao-senado>> (consultado el 2 de Febrero 2014).

Orden público y laudos extranjeros en Brasil
Pedro Arcoverde

IV. EL USO DE LOS JUECES NACIONALES EN EL TERRENO DEL ORDEN PÚBLICO

En palabras memorables de un renombrado profesor:

Continúa sirviendo a poderosos intereses económicos para mantener la ilusión de que los agentes privados están sujetos a límites correspondientes a un (aunque nebuloso) interés público. Sea como sea, por debajo de su suave superficie, esta ilusión se ve socavada cada vez más por el creciente empoderamiento de los actores económicos, que alcanzan “despegue normativo” ante el retroceso de la autoridad de los Estados.⁷⁶

De hecho, se puede invocar en apoyo de este fenómeno el hecho de que la regulación económica en vez de institucional empuja hacia una postura más liberal de los tribunales. Según un profesor, algunos Estados, esencialmente europeos, que constituyen los principales centros de arbitraje han participado en una “lucha feroz para atraer el arbitraje a su territorio”,⁷⁷ con todos los beneficios económicos que se derivan.⁷⁸ Naturalmente, en esta lucha, se les anima a adoptar una actitud muy liberal hacia el arbitraje:

De hecho, la especulada liberalización de las condiciones de circulación de los laudos arbitrales significa, en realidad, que todos los agentes económicos, independientemente de su condición con respecto a la Ley estatal, pueden obtener un acuerdo privado apto para el reconocimiento, con sujeción únicamente a la reserva de una “deslumbrante evidente ilegalidad”.⁷⁹

Otro profesor escribió que tal concepción restrictiva del orden público tiene como objetivo la liberalización de la revisión de los laudos,⁸⁰ “con el fin de satisfacer las necesidades del comercio internacional.” Según él, la noción de orden público *internacional*

⁷⁶ Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2010), p. 15.

⁷⁷ Christophe Seraglini and Jérôme Ortscheidt, ‘Droit de l’arbitrage interne et international’ (Paris: Montchrestien, 2013), p. 895

⁷⁸ En efecto, el primer informe público en relación con cualquier asiento de arbitraje en todo el mundo en la ciudad de Toronto, Canadá, informó que en el 2012 Toronto debe alojar aproximadamente 425 arbitrajes, trayendo C \$ 256 millones a la economía de la ciudad y un creciente de C \$ 273,3 millones en 2013. Kimberley Stewart, CEO y fundador de una institución de arbitraje local, señaló que las noticias eran buenas, “no sólo para los sectores jurídico y financiero de Toronto, pero sus industrias hotelera, de restaurantes, transporte, venta al por menor, en aeropuertos y aerolíneas”. Véase: Charles River Associates, Arbitration in Toronto: An Economic Study, 6 september 2012.

⁷⁹ Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2008), p. 406.

⁸⁰ Jean-Baptiste Racine, *Op. cit.*, p. 475.

serviría para fomentar el desarrollo del arbitraje internacional: “son las necesidades del comercio internacional que imponen un límite en el contenido del orden público.”⁸¹

En resumen, debido a los efectos de la globalización económica, la comunidad internacional estaría siendo testigo de una “privatización de la producción normativa” que necesariamente conduce a la desregulación.⁸²

Sin embargo, hay que recordar que las elecciones ideológicas están ahí para hacerse. Tal vez demasiado conveniente para argumentar que las “fuerzas del mercado” imponen cualquier solución dada, mientras que en realidad los Estados son claramente libres de elegir el camino que quieran seguir. La forma de llevar a cabo esta elección está en manos de los jueces nacionales.

En efecto, no hay duda de que los jueces nacionales son los mayores guardianes del orden jurídico al que pertenecen: son, en efecto, los guardianes de la integridad tanto de su ordenamiento jurídico y del orden público (*ordre public*).⁸³ En consecuencia, el deber está sobre ellos para proteger su sistema legal en contra de posibles violaciones incorporadas en las decisiones extranjeras que buscan el reconocimiento. Los jueces, como parte de la rama judicial y por lo tanto como una extensión de la soberanía nacional, son los encargados de la aplicación de las normas del Estado.

De esto se desprende la responsabilidad de que, cuando se propone dar cumplimiento a una sentencia extranjera, un juez no puede permitir que ciegamente, la voluntad de las partes prevalezca sobre los intereses que su Estado considera como superiores a la autonomía de las partes y que constituyen un límite a esta autonomía.⁸⁴ En palabras de un profesor, “[d]espués de todo, existen jurisdicciones nacionales para proteger los intereses legítimos de la comunidad interesada, lo cual es la razón de ser, tanto del Estado y de la ley internacional de la jurisdicción.”⁸⁵

La defensa del orden público es precisamente una forma de proteger las políticas y normas obligatorias de violaciones cometidas por actos extranjeros, leyes o decisiones. “La excepción del orden público, es el reconocimiento del derecho del Estado y de sus tribunales para ejercer el máximo control sobre el proceso arbitral.”⁸⁶ Bien podrían hacer uso de ese derecho. En este contexto, y de conformidad con el Artículo V (2) (b) de la Convención de Nueva York,⁸⁷ es el orden público internacional del Estado en cuestión, el que deberá ser aplicado por el juez.

⁸¹ *Ibidem*, p. 476

⁸² Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2008), p. 395.

⁸³ Christophe Seraglini, *Op. cit.* (2009), p. 7.

⁸⁴ *Ídem*.

⁸⁵ Michael W. Reisman, *Op. cit.*, p. 850.

⁸⁶ International Law Association, ‘Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards’ (London Conference, 2000), p. 2.

⁸⁷ Que hace referencia a “el orden público de ese país.” Énfasis añadido.

Orden público y laudos extranjeros en Brasil

Pedro Arcoverde

Por otra parte, al evaluar si el reconocimiento y la ejecución de una decisión extranjera infringirán las nociones más básicas del foro, la moralidad y justicia, el juez podrá examinar cuidadosamente las conclusiones de la decisión. El alcance de la revisión, de acuerdo con la noción de orden público internacional, será estrecha; el nivel de revisión, debe ser profundo. “La soberanía de los árbitros se detiene cuando el orden público está en juego. [...] [S]i el juez realmente quiere comprobar si el resultado del laudo es contrario al orden público, él o ella debe apoderarse de toda la controversia, es decir, evaluar tanto el hecho como la ley.”⁸⁸

En otras palabras, en esta etapa, la cognición llevada a cabo por el juez, se limitará en su extensión, es decir, en posición horizontal, ya que se centrará únicamente en los pocos elementos requeridos por la legislación del foro para conceder el reconocimiento a una decisión extranjera. En una perspectiva vertical, la valoración de estos requisitos no debe ser superficial o breve; deberá ser profunda y exhaustiva, la realización de un análisis profundo de las cuestiones en litigio.⁸⁹

En este sentido, como se sugiere anticipadamente por un doctrinario, el control por los tribunales estatales sobre los laudos arbitrales extranjeros, con el fin de determinar si su aplicación violaría el orden público del foro, debe ser *real*, pero *medido*: el contenido del orden público debe ser limitado; el nivel de violación debe ser alto; y la intensidad del control llevada a cabo por el juez debe ser significativa.⁹⁰

Tal posición es consistente con las Recomendaciones en la Aplicación del Orden Público como Causa de Negación del Reconocimiento o la Ejecución de Laudos Arbitrales de la Asociación de Derecho Internacional, las cuales establecen:

Recomendación 3 (c):

Cuando la violación de una norma de orden público del foro alegado por una parte no puede establecerse a partir de una mera revisión del laudo y sólo podría llegar a ser evidente después de un examen de los hechos del caso, el tribunal debe permitir llevar a cabo dicha reevaluación de los hechos.

Vale la pena señalar que el Comité de Arbitraje Comercial Internacional de dicha Asociación ha ofrecido el siguiente comentario sobre la Recomendación antes citada:

La mayoría de la Comisión llegó a la conclusión de que el Tribunal, cuando la aplicación es resistida por motivos de leyes de policía, debe tener derecho a revisar la evidencia subyacente presentada al tribunal y, en casos excepcionales, las nuevas pruebas. Sin

⁸⁸ Jean-Baptiste Racine, *Op. cit.*, p. 565.

⁸⁹ André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, ‘Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras’ (São Paulo: Atlas, 2008), p. 125.

⁹⁰ Christophe Seraglini, *Op. cit.* (2009), p. 9 *et seq.*

embargo, el tribunal debe realizar una nueva valoración de los hechos sólo cuando hay un fuerte argumento *prima facie* de violación del orden público internacional.⁹¹

Por otra parte, es importante recordar que en este contexto, la noción del orden público transnacional no tiene utilidad para un Tribunal Estatal. En la medida en que el orden público transnacional consista en los “jurídicos reconocidos por todas las naciones civilizadas”, su núcleo también será parte del orden público internacional del foro.

Cuestiones comúnmente dichas forman parte del orden público transnacional, como el soborno y la corrupción, lo más probable es que también la legislación del foro esté en contra de ellas. Esto explica la afirmación hecha anteriormente de que sólo los árbitros internacionales y jueces internacionales están preocupados por el orden público transnacional.

En este sentido, un doctrinario ha escrito que “los Estados de ejecución no están obligados a considerar el orden público supranacional para decidir reconocer o ejecutar un laudo arbitral internacional”.⁹² Otro profesor y practicante ha afirmado que parecería inútil impedir a un Estado que defina, lo que se considera como parte de su orden público.⁹³ Resumió: “Le corresponde a cada Estado definir el contenido de su orden público, y es ese orden público el que opondrán al introducir un laudo arbitral extranjero.”⁹⁴ En palabras de otro autor:

No podemos restringir la excepción del orden público a un concepto transnacional. De hecho, es para cada Estado y sus jueces, en el contexto del control de los laudos extranjeros, para definir y poner en práctica su propio orden público internacional. [...] Si podemos pedir a un Estado hacer un uso moderado de la excepción de orden público, no podemos pedir a un Estado o sus jueces a asegurar la protección de sólo lo que es universalmente aceptado de lo que constituyen el orden público.⁹⁵

Esta es entonces la posición que se toma al enfrentarnos a tal situación, nada más natural para un juez que buscar sus propias normas internas aplicables en situaciones internacionales, a fin de conectar correctamente la denegación del reconocimiento o de permitir la ejecución.

⁹¹ Asociación de Derecho Internacional, *Op. cit.* (2002), p. 11.

⁹² James Fry, *Désordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy?* Chinese Journal of International Law, Volume 8, n. 1, 2009, p. 133.

⁹³ Pierre Mayer, *Recommandation de l'association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales internationales (Présentation)*, Revue de l'Arbitrage, Volume 2002, Issue 4, 2002, p. 1061

⁹⁴ Pierre Mayer, *Op. cit.* (2002), p. 1061

⁹⁵ Christophe Seraglini, *Op. cit.* (2009), p. 10. Énfasis añadido

Orden público y laudos extranjeros en Brasil
Pedro Arcoverde

Que un árbitro se refiere a la noción de orden público verdaderamente internacional es una cosa. Pero es difícil para un juez nacional seguirla. La misión del juez es controlar el laudo para verificar que su integración en el ordenamiento jurídico interno sea posible y aceptable. Es por tanto, lógico que este control se ejerza en cuanto a dicho ordenamiento jurídico.⁹⁶

De hecho, es difícil concebir que un juez nacional pueda ser impedido de verificar que la ejecución de un laudo vulnere o no orden público donde él o ella es el legítimo y genuino protector. Como se ha expuesto, de ninguna manera implica que la función del juez tiene límites.

Por lo tanto, se afirma que solamente teniendo en cuenta las declaraciones anteriores que el arbitraje internacional puede ser colocado correctamente dentro del esquema de la gobernanza económica mundial: un método de resolución de disputas, fundamentalmente basado en la autonomía de las partes y en gran medida auto-poietico, comúnmente utilizado en el comercio internacional, pero cuyas desviaciones y abusos eventuales pueden ser debidamente subsanadas por los Estados a través de —si no hay otra causal— el “último recurso” del orden público.

Un doctrinario que escribió en 2006, advirtió:

Hace unos años, podríamos haber sostenido que, después de todo, el laudo sería examinado por un juez nacional, ya sea a nivel de revisión o ejecución, y que las violaciones más importantes serían condenadas bajo la excepción del orden público, que es una excepción siempre invocada por las partes y presentes en los *lex arbitrii* de todo el mundo como en las convenciones internacionales. Esto pudo haber sido cierto antes, pero ya no es el caso. De hecho, los estudios han demostrado que los jueces son muy renuentes a utilizar la excepción del orden público y que entre todos los casos en los que una parte ha tratado de usarlo, muy pocos han tenido éxito.⁹⁷

Por consiguiente, invitamos a los tribunales, árbitros y especialistas por igual a reevaluar dichas declaraciones y reconocer que la posición de “hace unos años” era de hecho deseable. A medida que el “ángel guardián” de cualquier sistema jurídico, el orden público, debe mantener una importante herramienta en manos de los jueces nacionales, sin apartarse de para lo que fue diseñada originalmente, proteger el orden jurídico nacional de cualquier mal uso de la autonomía de las partes.

⁹⁶ Laurence Idot, Note - *Cour de cassation (1^{re} Chambre civile) 15 mars 1988*, Revue de l'Arbitrage, Volume 1990, Issue 1, 1990, p. 129

⁹⁷ Catherine Kessedjian, *Op. cit.*, p. 862.

V. CONCLUSIÓN

El orden público es una herramienta muy poderosa en manos de los jueces nacionales. Al conceder a los tribunales estatales con amplio margen de apreciación para determinar su contenido, el orden público puede ser utilizado para alinear la práctica judicial con los intereses del foro: leer libremente, la excepción contenida en el artículo V (2) (b) de la Convención de Nueva York permite la introducción en el ordenamiento jurídico del foro de laudos extranjeros que de otra manera no serían exigibles. Si se aplica estrictamente, el orden público puede minar la autonomía de las partes y frustrar los intereses de quienes recurran al arbitraje, precisamente para evitar los tribunales nacionales, que a veces pueden ser desconectados de la realidad del comercio internacional.

Sin embargo, esta herramienta tiene una tarea que cumplir, es decir, garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico del lugar de ejecución. Si bien es cierto que los tribunales judiciales, incluso en su propio interés, deben asegurarse de que el arbitraje como medio alternativo de solución de controversias, sea eficiente; no es menos cierto que su mayor preocupación y la tarea más importante es respetar el ordenamiento jurídico que es su verdadera fuente de poder. En pocas palabras, los jueces nacionales son en última instancia, responsables ante los miembros de su sociedad, mientras que los árbitros deben prestar atención a los intereses de las partes en el arbitraje y a los comerciantes de la comunidad internacional.

Se deduce que es natural que los jueces nacionales invoquen el orden público internacional (nacional, por naturaleza, a pesar de la incongruencia terminológica aparente) cuando se niega reconocer un laudo arbitral extranjero, mientras que es legítimo que los árbitros, independientemente de cualquier ordenamiento jurídico nacional específico, dependan del orden público transnacional (o verdaderamente internacionales), precisamente para cumplir con su mandato y garantizar que los laudos que hacen sean exigibles en cualquier lugar.

En lo que respecta específicamente a la forma en que los tribunales brasileños han estado utilizando las políticas públicas para negar el reconocimiento y la ejecución, el análisis revela conclusiones interesantes. La Jurisprudencia brasileña, aún joven, pero que evoluciona rápidamente, ha demostrado que está dispuesta a adoptar una postura liberal, pero no ha logrado hasta el momento hacerlo. Los últimos avances muestran que el camino está pavimentado y que en un futuro próximo la situación puede cambiar.

En cualquier caso, lo que se espera de este tipo de tribunales es que, más importante que el cambio de enfoque, es que modifiquen la forma de ver el tema. En vista de la liberalización de la actividad económica privada internacional y del empoderamiento de los particulares, los tribunales nacionales tienen un papel fundamental en la gobernanza económica global de hoy. Teniendo en cuenta que las partes son cada vez más libres para contratar fuera de los tribunales nacionales, es a través del mecanismo del

Orden público y laudos extranjeros en Brasil
Pedro Arcoverde

orden público que estos tribunales pueden regular la actividad comercial internacional. Por lo tanto, es sobre el orden público que deben de concentrar sus esfuerzos.

En consecuencia, un enfoque muy liberal basado en el único aspecto de la conformidad del laudo extranjero con el orden público no hará más que ratificar la capacidad de las partes para permanecer inmunes a la regulación estatal. La norma que aquí se reclama es el que se considera la verdadera importancia del orden público y, cuando sea necesario, profundizar en los detalles de la concesión para garantizar que ninguna violación ocurra. No hace falta decir, que no es incompatible con el principio general de la no revisión del fondo de los laudos, que sigue siendo la base del control ejercido por los tribunales sobre laudos arbitrales extranjeros. Esto significa que el arbitraje internacional, el aumento de autonomía de las partes y un eficaz gobierno mundial pueden coexistir mejor. Según nuestra opinión, es donde se encuentra lo óptimo entre el derecho fundamental a la libertad y la necesidad de algún tipo de control.

