

MARTA GONZALO QUIROGA

Empuste N. 25554.

ORDEN PÚBLICO Y ARBITRAJE INTERNACIONAL EN
EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN COMERCIAL
(ARBITRABILIDAD Y DERECHO APLICABLE AL FONDO
DE LA CONTROVERSIA INTERNACIONAL)

ÍNDICE

ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	15
METODOLOGÍA	21

-MARCO GENERAL-

CAPÍTULO I

GLOBALIZACIÓN COMERCIAL Y ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

I.	Problemática globalizadora actual y orden público en la institución arbitral	27
1.	MARCO GENERAL DE LA GLOBALIZACIÓN COMERCIAL	27
	A) El fenómeno globalizador: caracterización de conjunto	27
	a) <i>Datación</i>	27
	b) <i>Ambivalencia y simbología</i>	28
	B) Problemática globalizadora general y orden público	32
2.	PERSPECTIVA ARBITRAL	35
	A) Globalización comercial y arbitraje internacional	35
	B) Globalización arbitral	37
	a) <i>El fenómeno globalizador del Convenio de Nueva York</i>	37
	a. <i>Ámbito Convencional multilateral y bilateral</i>	37
	b. <i>Ámbito comparado: "The Competitive Era"</i>	40
	c. <i>Ámbito Institucional</i>	42
	b) <i>Proyección globalizadora en el marco legislativo interno</i>	43
II.	Deslocalización y orden público en la justicia arbitral internacional	45
1.	ARBITRAJE DESLOCALIZADO	45
	A) Deslocalización y orden público en el arbitraje privado internacional	45
	B) Orden público en el arbitraje electrónico	47
2.	EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA DESLOCALIZACIÓN	50

III. Orden público	52
1. BREVE ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL ORDEN PÚBLICO EN EL MARCO ARBITRAL INTERNACIONAL	52
A) Orden público: acepciones y tipología característica	52
a) <i>Caracterización general</i>	52
b) <i>Acepciones en los distintos ámbitos: delimitación conceptual</i>	56
c) <i>El orden público en la práctica española</i>	60
B) Orden público en el arbitraje internacional	62
a) <i>Autonomía conceptual en el marco arbitral</i>	62
b) <i>Nacionalidad e internacionalidad del orden público</i>	67
2. ORDEN PÚBLICO TRANSNACIONAL	70
A) Conceptuación	70
a) <i>Aproximación doctrinal</i>	70
b) <i>Balance jurisprudencial</i>	73
B) Funciones	78
C) Contenidos	79
a) <i>Democratización de los contenidos</i>	79
a. <i>Planteamiento</i>	79
b. <i>Críticas</i>	81
b) <i>Principios</i>	82
a. <i>Orden público transnacional en la institución arbitral</i>	84
b. <i>Orden público transnacional en el Derecho del Comercio Internacional</i>	85
D) Aplicación jerárquica del orden público: los rangos	87
3. RECAPITULACIÓN	91

-FASE NEGOCIAL-

CAPÍTULO II

EL ORDEN PÚBLICO EN LA ARBITRABILIDAD DE LA CONTROVERSIA INTERNACIONAL

I. Breve aproximación al orden público en la fase negociada	95
1. RELACIONES ENTRE ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD: CUESTIONES PREVIAS	95
A) El orden público en la fase negociada	95
B) Precisiones en torno al presupuesto material: acepciones de la arbitrabilidad	99

a)	<i>Arbitrabilidad en sede judicial y arbitral</i>	99
b)	<i>Arbitrabilidad y ámbito de aplicación del convenio arbitral</i>	101
c)	<i>Exclusión de la arbitrabilidad subjetiva</i>	102
2.	COMPRESIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN LA ARBITRABILIDAD	104
A)	Marco legislativo	104
B)	Marco doctrinal	107
C)	Marco jurisprudencial	109
II.	El orden público en los criterios de determinación de la arbitrabilidad de la controversia internacional	110
1.	CRITERIOS DE DETERMINACIÓN	110
2.	PROPUESTA DE DELIMITACIÓN	115
3.	CONDICIÓN NECESARIA DE LA ARBITRABILIDAD	117
A)	Reagrupación de criterios	117
B)	El trinomio de la arbitrabilidad	118
a)	<i>Disponibilidad</i>	118
b)	<i>Patrimonialidad o "Financial Interest"</i>	122
c)	<i>Atribución imperativa de jurisdicción</i>	125
4.	CONDICIÓN SUFICIENTE DEL ORDEN PÚBLICO	128
A)	Criterio tradicional del interés del orden público	128
a)	<i>Pasividad en la adecuación legislativa</i>	128
b)	<i>Evolución jurisprudencial</i>	131
B)	Criterio actual del orden público	134
III.	El orden público en el Derecho aplicable a la arbitrabilidad	135
1.	COMPETENCIA DUAL	135
2.	DETERMINACIÓN DE LA INARBITRABILIDAD POR EL JUEZ ESTATAL	137
A)	Aplicación de los Convenios internacionales de arbitraje: criterios legeforistas	138
B)	El orden público en la excepción de incompetencia arbitral. Sujeción al principio de legalidad	142
3.	DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA ARBITRABILIDAD POR EL ÁRBITRO INTERNACIONAL	145
A)	Carencia de método	145
B)	Analogía judicial	147
a)	<i>Localización de la ley aplicable en un ordenamiento estatal</i>	147

b) “Deber moral” arbitral como paliativo a la analogía judicial	150
4. CONCLUSIONES	151
5. LOS RANGOS DEL ORDEN PÚBLICO EN LOS PRINCIPIOS DE VALIDEZ MATERIAL	154

-FASE ARBITRAL-

CAPÍTULO III

EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA INTERNACIONAL

I. El árbitro ante el Derecho aplicable	159
1. ORDEN PÚBLICO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: TENSIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL	159
A) Consideraciones previas	159
B) Exclusión del orden público procesal	161
C) El orden público en el alcance del <i>ius dispositivum</i>	164
a) <i>Balance entre intereses públicos y privados</i>	165
b) <i>Los rangos del orden público en el Derecho aplicable</i>	170
2. LA LEY APLICABLE A LA CONTROVERSIA POR EL ÁRBITRO INTERNACIONAL. PERSPECTIVA GENERAL	172
A) Libertad arbitral en la determinación del Derecho aplicable	172
a) <i>Planteamiento y análisis positivo</i>	172
b) <i>Diversidad del alcance dispositivo entre árbitros y partes</i>	175
B) Análisis comparativo entre jueces y árbitros	180
a) <i>Métodos de determinación</i>	182
b) <i>Incidencia de las reglas no estatales en el Derecho aplicable</i>	187
C) Libertad imperfecta	192
II. Normas de intervención y orden público en el Derecho aplicable	196
1. INTERVENCIÓN EN LA <i>LEX CONTRACTUS</i>	196
A) <i>La lex contractus es elegida por las partes</i>	197

a)	<i>Principio de autonomía</i>	197
b)	<i>Modalidad activa y pasiva de elección de ley</i>	199
c)	<i>Orden público y normas imperativas en la eficacia del ius dispositivum</i>	201
a.	<i>Primacía del orden público en el Derecho aplicable sobre la autonomía de la voluntad de las partes</i>	201
b.	<i>Supuesto excepcional. Primacía del principio de autonomía sobre el orden público de la lex contractus</i>	205
B)	La <i>lex contractus</i> es determinada por el árbitro	209
a)	<i>Arbitraje de Derecho</i>	212
b)	<i>Arbitraje de equidad</i>	214
C)	Excepciones a la aplicación del orden público de la <i>lex contractus</i> . A vueltas con la prevalencia de los rangos	217
2.	NORMAS DE INTERVENCIÓN Y ORDEN PÚBLICO AJENOS A LA LEX CONTRACTUS	221
A)	Orden público y normas imperativas de terceros Estados	222
a)	<i>Aproximación genérica</i>	222
b)	<i>Criterios territoriales</i>	224
a.	<i>Sede del arbitraje</i>	224
b.	<i>Previsible lugar de ejecución</i>	227
c)	<i>Especial referencia a la aplicación del Derecho de la competencia</i>	229
d)	<i>Jurisdiccionalización de los índices de localización del Derecho aplicable: El Convenio de Roma aplicado al arbitraje</i>	232
e)	<i>Criterios de la “toma en consideración” y posterior “aplicación” del orden público</i>	237
B)	Leyes de policía	239
a)	<i>Leyes de policía versus orden público transnacional</i>	240
b)	<i>Leyes de policía ajenas a la lex contractus</i>	243
c)	<i>Cuestión terminológica</i>	245

ANÁLISIS FINAL	249
-----------------------	-----

ANEXO	263
--------------	-----

- BIBLIOGRAFÍA	263
- JURISPRUDENCIA	263
I. Jurisprudencia española	277
II. Jurisprudencia comunitaria	280
III. Jurisprudencia extranjera	281
IV. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	290

-	LAUDOS ARBITRALES	290
	1. Laudos de la Cámara de Comercio Internacional –CCI-	290
	2. Laudos del Centro Internacional para la Reglamentación de diferencias relativas a inversiones –CIADI-	293
	3. Laudos de otras instituciones arbitrales y arbitrajes <i>ad hoc</i>	294
-	DIRECCIONES ELECTRÓNICAS	294