

24 de agosto de 2021

***OTRA VEZ EL GASTADO RECURSO AL ORDEN PÚBLICO***  
***(QUE NADIE SABE MUY BIEN QUÉ ES)***

*Cuando todo otro recurso falla se suele recurrir a algo gaseoso y difuso llamado “el orden público”.*

La Corte Suprema de la Argentina parece llamada a poner orden y sensatez cuando todas o algunas de las instancias judiciales anteriores parecen extraviarse.

Milantic Trans SA contrató con el Astillero Río Santiago SA (“ARS”, una empresa estatal de propiedad de la Provincia de Buenos Aires) la construcción de un buque.

No sabemos nada de Milantic Trans, pero sí hemos leído con mucha frecuencia sobre el tremendo costo que ARS tiene sobre el erario público de la provincia: cientos (si no miles) de empleados, huelgas frecuentes, un enorme presupuesto, un déficit gigantesco y ningún barco en construcción. Una escena habitual en la desmesura estatal argentina.

El contrato preveía que, en caso de diferencias, éstas se resolverían mediante arbitraje a celebrarse en Londres. Como era de esperar –¿a quién se le pudo haber ocurrido un desenlace diferente?– ARS no cumplió. El laudo arbitral, dictado en 2004, la condenó a indemnizar a Milantic Trans con algo así como tres millones y medio de dólares más intereses desde enero de 1999. Un segundo laudo, de 2005, obligó a ARS a pagar también las costas del juicio.

Como la integración judicial entre los distintos países no ha llegado aun a su ideal, el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales están sujetos a muchos procedimientos y requisitos.

Una convención internacional (la de Nueva York de 1958, de la que la Argentina es parte), con cierto éxito, ha puesto cierta sensatez, razonabilidad y previsibilidad en el procedimiento que debe llevarse a cabo en el país donde el ganador del arbitraje intentará ejecutarlo. (En un sistema de integración perfecta se dejarían de lado argumentos basados en conceptos algo obsoletos como la soberanía y la ejecución de los laudos –por lo menos los de ciertos tribunales arbitrales reconocidos por su seriedad– podría ser admitida sin más).

Para ejecutar un laudo arbitral en la Argentina (sea dictado por un tribunal doméstico o extranjero) es necesario iniciar un pleito contra aquél a quien se pretende ejecutar. No para revisar lo decidido, sino para evitar que el cumplimiento de una decisión extranjera “avasalle” nuestra soberanía.

Eso ocurrió en este caso: la Provincia de Buenos Aires (codemandada junto con ARS) contestó que el astillero “careció de capacidad” para celebrar el contrato, por lo que el

pedido de ejecución debía ser rechazado. La mentada “falta de capacidad” surgía del hecho que el contrato [entre Milantic Trans y ARS] no habría sido aprobado por una ley provincial, “recaudo previsto en sus cláusulas como condición de validez y vigencia”.

Además, la provincia dijo que el laudo “era contrario al *orden público* local” porque indemnizaba dos veces a ARS y además “prescindía de las normas de emergencia nacionales y locales que fijaron la moneda y forma de pago de las obligaciones estatales”.

El juez de primera instancia rechazó expresamente esos argumentos que, francamente, a los ojos del observador aparecen frágiles e infundados y constituyen más una excusa para no pagar antes que una defensa jurídica sólida. (Si los árbitros londinenses prescindieron de las normas de emergencia dictadas en la Argentina, ¿no habrá ocurrido que alguien olvidó de mencionarlas?).

El Fiscal de Estado (el abogado que representa a la Provincia en todas sus cuestiones judiciales) apeló. *Se agravio únicamente respecto de la imposición de las costas a la provincia.*

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata, a su turno, “dio vuelta la cosa” y rechazó la ejecución del laudo arbitral extranjero.

Dijo que, si bien era cierto que se habían apelado solo las costas, “el modo como había sido articulada la impugnación forzaba a ingresar en lo sustancial de la pretensión principal y valorar la presencia de un error de juzgamiento en el fallo atacado”.

Es decir que la Cámara, *espontáneamente*, sin que nadie se lo pidiera, decidió volver a revisar los méritos de la demanda planteada en su momento contra ARS en Londres. Sin decirlo expresamente, puso en duda la capacidad jurídica de quienes ya habían analizado y decidido el caso y, considerándose más

capacitada para resolver que el tribunal arbitral elegido por las partes, decidió revisar la sentencia por su cuenta, *lo que nadie le había pedido, por lo menos en los papeles.*

En una demostración palmaria de nacionalismo práctico, dijo que “no era posible distraer del conocimiento y decisión de los tribunales locales las controversias que suscite la actuación de los órganos del estado provincial”. Dicho de otro modo, ¿cómo se le pudo haber ocurrido a un árbitro extranjero – para colmo inglés – analizar una cuestión propia de jueces argentinos?

Milantic Trans apeló ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, pero ésta rechazó los recursos y aprovechó para repetir aquello de que, si bien los jueces debían ceñirse a lo que las partes habían pedido, ese principio “debía ceder si se hallaba en juego la interpretación y aplicación de las directrices mayores y de *orden público* contenidas en la Constitución”.

Para la Corte provincial (en un curioso alarde de superioridad jurídica frente a los árbitros internacionales) “debía controlarse que en el acuerdo comercial al que había llegado un organismo del estado provincial se hubieran seguido los correspondientes carriles, verificar que en el proceso hubieran sido garantizados los principios procesales como el de representación y debida defensa consagrados en nuestra Constitución y analizar si se encontraban afectados preceptos de *orden público*”.

Agregó que se creía autorizada a hacer todo eso “de oficio” (es decir, espontáneamente), para “adentrarse en el estudio de los instrumentos aportados y comprobar si con ellos, o con las actuaciones consecuentes, no se habían agredido derechos, garantías y principios fundamentales especialmente protegidos por nuestro sistema legal, sin que tal actividad pudiera considerarse una transgresión del principio de congruencia o una afec-

tación del derecho de defensa de alguna de las partes”. Algo así como convertirse, por propia decisión, en un tribunal superior y universal, sin límite alguno a su poder inquisitivo.

La Corte provincial se creyó con facultades para verificar “la compatibilidad de lo actuado y lo resuelto con los principios y leyes de *orden público* del Estado [argentino]”.

Y agregó que “no solo la etapa procesal que se llevaba a cabo en jurisdicción nacional, sino también todo procedimiento que concluyera en sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera que fuera a producir sus efectos en la República Argentina” debía estar de acuerdo con el *orden público* argentino.

No solo eso: “antes de la ejecución de la resolución dictada por el tribunal arbitral de Londres, debió verificarse [...] si para llegar a dicho laudo se había seguido un procedimiento acorde con los principios constitucionales de nuestro país y que no se hubieran vulnerado disposiciones de orden público”.

Faltó sugerir que el resto de las naciones pidieran a los jueces argentinos (al menos, a los de la Suprema Corte provincial) opinión acerca de la conformidad de las decisiones de sus propios magistrados con el tan mentado orden público según se lo interpreta en la Argentina.

A esta altura, cabe aclarar que la Convención de Nueva York permite, efectivamente, negar el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras si se comprueba que violan el *orden público* del país donde se las debe reconocer y ejecutar. Las preguntas son, entonces, ¿cuándo puede ocurrir semejante cosa? ¿cuál es el alcance de ese *orden público*? ¿qué quiere decir esa expresión?

Milantic Trans volvió a apelar, esta vez ante la Corte Suprema federal. Su argumento principal fue que la Cámara de Apelaciones

y la Corte provincial se atribuyeron la facultad “de reformar –de oficio– la cosa juzgada” del fallo de primera instancia y de revocarlo, *cuando ese fallo no había sido apelado (excepto con relación a las costas)*.

En la Argentina, el tribunal cuya sentencia se apela es quien permite o no la apelación de esa sentencia. En el caso, la Corte provincial permitió a Milantic Trans llegar a la Corte Suprema argentina que, finalmente, resolvió la cuestión el pasado 5 de agosto<sup>1</sup>.

El más alto tribunal argentino resaltó que la sentencia de primera instancia sólo había sido apelada “en lo que respectaba a la condena en costas” y, no obstante “la cámara de apelaciones revocó el reconocimiento del laudo arbitral” [y] “la Corte de Justicia provincial convalidó esa decisión”.

La Corte Suprema entendió que “el punto central a dilucidar era si la facultad prevista por la Convención de Nueva York, que habilita a los jueces locales a denegar una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero con fundamento en razones de *orden público*, los autoriza a reintroducir de oficio defensas planteadas y rechazadas en primera instancia y con carácter firme”.

La Corte Suprema aclaró que la convención “no define qué debe entenderse por orden público” y deja eso librado a los jueces del país donde se quiere reconocer y ejecutar el laudo arbitral.

También explicó que la convención debe ser interpretada “siempre de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional”. No sólo lo dicen los jueces, sino que el Congreso, al ratificar la convención, dejó establecido que se

---

<sup>1</sup> In re “Milantic Trans c. Ministerio Producción Provincia de Buenos Aires”, CSJN, 1460/2016/CS1; 5 agosto 2021; *ElDial.Com* XXIII:5762; AAC607

la interpretará “en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución...”

Por eso, “la facultad de los jueces [argentinos] de denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral con fundamento en el *orden público* debe ejercerse observando los principios de derecho público de nuestra Constitución, [dentro de los cuales] se encuentra *el debido proceso...*”; es decir, la garantía de la defensa en juicio.

Y para la Corte, esa garantía impide desconocer las decisiones firmes dictadas con anterioridad en ese proceso. En otras palabras, las cámaras de apelaciones sólo pueden decidir en función de “los términos en que quedó trabada la relación procesal” y según “el alcance de los recursos concedidos”.

Si se violan esas limitaciones, “se infringe el principio de congruencia” que exige que la apelación responda sólo a lo que las partes han apelado. *Los jueces no pueden decidir sobre cualquier cosa, sino sólo sobre aquello que les ha sido sometido por las partes.*

Y esos principios, dijo la Corte, tienen “carácter constitucional” pues son “la expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad”. Esto es así porque “el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger esos derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias”.

La Corte recalcó que “los tribunales de apelación no pueden exceder –en materia civil– la jurisdicción devuelta por los recursos deducidos ante ellos” y esa limitación tiene *jerarquía constitucional*.

“Finalmente”, agregó la Corte, “cabe recordar que la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello, salvo en los supuestos excepcionales en los que se ha admitido la nulidad de un pronunciamiento judicial firme, *no es susceptible de alteración ni aun por vía de la invocación de leyes de orden público*”.

Esto es así porque para la Corte “la estabilidad de las sentencias, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior”.

En otras palabras, *la prohibición de alterar algo ya decidido en una sentencia anterior) integra el orden público, que fue lo mismo que los jueces inferiores dijeron defender.* De este modo, el concepto de orden público sustentado por los jueces provinciales *quedaba incompleto*, al podar o eliminar ellos mismos el concepto de cosa juzgada.

La Corte Suprema cerró la cuestión diciendo que las razones dadas tanto por la Corte provincial como por la cámara anterior “no resultaban suficientes para apartarse de esos principios rectores”.

“En efecto”, resumió la Corte, la apelación contra la sentencia de primera instancia se orientó “exclusivamente a cuestionar la imposición de las costas [...] y *no contenía siquiera un pasaje que permitiera sostener que por su intermedio se intentó objetar lo decidido sobre el fondo del asunto*”. Por eso, la Cámara de Apelaciones y la Corte provincial solo podían revisar la cuestión de las costas y *nada más*.

La Corte reconoció que los tribunales pueden controlar la constitucionalidad de una norma o una sentencia espontáneamente, pero sólo mediante un proceso “ajustado a las reglas procesales aplicables”, entre las cuales tienen especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales.

diccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes”.

Dijo también que los tribunales inferiores deberían haber advertido que la demandada “sólo cuestionó la sentencia de primera instancia respecto del modo en que habían sido impuestas las costas, sellando de esta forma cualquier posibilidad de revisión de otros aspectos del fallo en instancias posteriores”.

Agregó que “la intervención oficiosa de los tribunales locales –justificada en una supuesta violación al *orden público*– implicó un desconocimiento del principio de congruencia y la cosa juzgada”, de raíz constitucional.

Y terminó con una advertencia: los profesionales que actuaron en representación de la provincia y de ARS podrían ser responsables “por la actitud poco diligente en la defensa de los intereses de sus representados”.

La Corte revocó así la decisión del más alto tribunal de la provincia de Buenos Aires y ordenó que se dictara una nueva sentencia. *Habían pasado diecisiete años del laudo y veintidós desde el incumplimiento de ARS.*

Lo peor no es eso, sino la intranquilidad y la inseguridad que transmiten los jueces al apelar a un concepto tan vago, intangible e inconsistente como el orden público, *que nadie sabe bien hasta dónde se lo puede hacer llegar*. Como se pudo ver en este caso, los jueces provinciales “lo esmerilaron” hasta convertirlo en una herramienta útil para eximir a un deudor contumaz del pago de una deuda reconocida.

En muchísimos casos se usa al orden público como una imagen preñada “de valencia ideológica”, como lo ha dicho el jurista italiano Pier-Giusto Jaeger (porque en muchas partes se cuecen habas). Se sale así del terreno técnico jurídico para entrar a otro, calificable como político. Y una vez afirmada la premisa del contenido político del *orden público*, “todo el resto es consecuencia de ella” y bastará meter en ese cajón de sastre todo aquello que los jueces quieran sustraer al libre albedrío de los particulares. A veces, hasta la propia libertad de contratar.

“¿La soberanía? ¿El orden público?” se sorprende el Filosofito, que nos lee en borrador. “Sirven tanto para un barrido como para un fregado”.

\* \* \*

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a [np@negri.com.ar](mailto:np@negri.com.ar).

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.  
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**