

# El Camino se Hace al Andar: Recurso de nulidad en la jurisprudencia latinoamericana

Elina Mereminskaya



## I. Introducción

Como es bien sabido, América Latina llegó a reconocer la utilidad del arbitraje comercial internacional relativamente tarde.<sup>1</sup> Primero, la región abordaba el tema del arbitraje internacional desde la perspectiva del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Ello se plasmó en la adhesión paulatina a los tratados internacionales vigentes en la materia. Algunos países aceptaban primero un tratado regional como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (la Convención de Panamá),<sup>2</sup> para sumarse después al instrumento universal que le había servido de prototipo,<sup>3</sup> esto es, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.<sup>4</sup>

Más tiempo le tomó a los Estados de la región detectar la necesidad de regular el arbitraje comercial internacional dentro de sus

*Abogada, Bofill, Mir & Álvarez Jana (Santiago, Chile) y profesora de arbitraje comercial internacional en la Universidad de Chile.*

fronteras nacionales. Finalmente sucedió, en respuesta a las necesidades de las empresas locales cada vez más orientadas hacia el comercio mundial. La ola de regulaciones comenzó en el año 1993 con la aprobación por parte de México de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL por sus siglas en inglés).<sup>5</sup> Luego, la Ley Modelo CNUDMI inspiró cambios legislativos en Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Honduras, Panamá, Venezuela y Perú.<sup>6</sup> Este ejercicio de armonización de derecho trajo aparejado un cambio profundo del sistema de recursos contra los laudos arbitrales internacionales, estableciéndose la petición de nulidad prevista en el artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI como único recurso para impugnar los laudos dictados en sus respectivos territorios.<sup>7</sup>

Tal como lo señala el artículo 2A de la Ley Modelo CNUDMI en su versión del año 2006, “*en la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe*”. No todos los países de la región llegaron a adoptar esta norma como parte de su legislación vigente.<sup>8</sup> Ésta sin embargo, conlleva un valor que debe ser considerado intrínseco para los procesos de armonización del derecho,<sup>9</sup> por lo que debería inspirar cualquier actividad interpretativa de la Ley Modelo CNUDMI. De esta manera, para una adecuada inteligencia de las leyes basadas en la Ley Modelo CNUDMI, será necesario recurrir a fuentes de derecho comparado, ya sea a los comentarios o a aquella jurisprudencia que se haya pronunciado respetando las reglas de interpretación subyacentes al artículo 2A recién citado.<sup>10</sup>

Existe una serie de obras que resultan muy relevantes en ese sentido, dado que transmiten de manera clara las ideas rectoras del sistema de recursos de la Ley Modelo CNUDMI.<sup>11</sup> El presente trabajo, más que tratar de reproducir las valiosas explicaciones que contienen las fuentes antes mencionadas, analiza la jurisprudencia de los tribunales latinoamericanos pronunciada dando aplicación al artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI. Este artículo se enfoca en las experiencias regionales más valiosas, es decir, toma en consideración aquellas decisiones que se sitúan dentro de la lógica propia de la Ley Modelo CNUDMI. Con ello deja de lado, por ejemplo, la jurisprudencia algo ambigua respecto de la procedencia del recurso de amparo o de mecanismos semejantes.<sup>12</sup>

## **II. Características del recurso de nulidad**

La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral, posee dos rasgos destacados. En primer lugar, según lo evidencia el tenor literal del artículo 34 de la Ley Modelo, se trata de un recurso extraordinario que procede por causales taxativas. En segundo lugar, la anulación del laudo constituye una decisión facultativa del tribunal ordinario competente, esto es, no existe un laudo nulo de pleno derecho.

*Un tribunal competente para resolver sobre la petición de nulidad del laudo, debe ceñirse estrictamente al análisis de las causales de nulidad sin pretender transformar su revisión en una segunda instancia ordinaria.*

Así, señala el inciso 2 del artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI que el laudo arbitral solo podrá ser anulado cuando se cumpla alguno de los requisitos establecidos en ese mismo precepto. De lo anterior se sigue que un tribunal competente para resolver sobre la petición de nulidad del laudo, debe ceñirse estrictamente al análisis de las causales de nulidad sin pretender transformar su revisión en una segunda instancia ordinaria. Asimismo, la naturaleza facultativa de la declaración de nulidad del laudo, indica que el órgano revisor debe decidir sobre la anulación tomando en consideración la finalidad de la Ley Modelo y las circunstancias de cada caso en particular.<sup>13</sup> Varios son los tribunales latino-americanos que se han pronunciado en esos términos.

Así por ejemplo, la Corte Suprema de Nación de México señaló que:

*“Los laudos arbitrales sólo pueden ser anulados por la actualización o comprobación de los supuestos jurídicos que ahí se indican, se advierte que efectivamente tales causas de nulidad son limitativas, lo que implica que distintas hipótesis o incluso alguna análoga, no es posible considerar como causa o supuesto de procedencia para decretar la nulidad”.*<sup>14</sup>

Explícito es el dictamen de la Corte Superior de Lima cuando señala que:

*“El recurso de anulación de laudo no es una instancia, sino un proceso autónomo en el que de modo puntual se verifica el cumplimiento de determinados supuestos de vali-*

*dez del laudo arbitral, no debiendo perderse de vista que las partes se han sometido de modo voluntario y expreso a la jurisdicción arbitral”.*<sup>15</sup>

En sintonía con lo anterior, aclara la Corte de Apelaciones de Santiago que:

*“El referido arbitrio procesal viene a constituir un recurso extraordinario, de derecho estricto, donde la actuación del Tribunal se limita a verificar la concurrencia de las causales invocadas en relación a los hechos que las fundamentan. La acción otorga competencia a la Corte para examinar el cumplimiento de las formas del juicio arbitral, especialmente en cuanto a las garantías formales que la propia ley establece de modo imperativo, para asegurar una correcta génesis del laudo”.*<sup>16</sup>

La Corte santiaguina formula las pautas a seguir en la revisión señalando que el recurso de nulidad:

*“No persigue la revisión de la valoración de la prueba rendida como tampoco la forma en la cual se ha aplicado el derecho para la solución del conflicto”.*

A continuación emite un pronunciamiento central indicando que:

*“No nos encontramos en este caso ante una segunda instancia y menos ante un recurso de casación como de ningún otro recurso que tenga por objeto revisar la conformidad a los hechos, al derecho o la justicia del laudo, sino que se está en presencia de un proceso autónomo de impugnación en que el tribunal tiene una competencia específica y restrictiva, en la cual sólo debe limitarse a resolver y dejar sin efecto lo que constituye un exceso o una incorrección del laudo, a la luz de los únicos motivos tasados y restrictivos que legitiman la interposición de esta acción de nulidad en los términos de la Ley N° 19.971.”*<sup>17</sup>

En síntesis, estos fallos demuestran una comprensión correcta de la naturaleza excepcional y limitada del recurso de nulidad en análisis.

### **III. Causales de nulidad que tienen que ser probadas por las partes**

Como es bien sabido, las causales de nulidad previstas en el artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI se dividen en dos grupos. Por un lado están aquellas que tienen que ser probadas por las partes, y por otro lado se encuentran las dos causales que pueden ser aplicadas por el tribunal ordinario de oficio.

Al primer grupo pertenece la situación descrita en el inciso 2 del artículo 34, esto es, que el laudo puede ser anulado si la parte que interpone la petición prueba:

*“i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado.”*

Muy ilustrativa resulta la jurisprudencia peruana emitida respecto de la validez del acuerdo arbitral en relación de los no signatarios del dicho acuerdo. El tribunal arbitral decidió que los no signatarios se habrían confabulado ilícitamente para defraudar y perjudicar al acreedor, usando pretextos formales para evitar la aplicación del acuerdo arbitral. Justamente para corregir este resultado, se debía aplicarles el acuerdo de arbitraje. El laudo fue emitido bajo la ley anterior al Decreto Legislativo 1071 actualmente en vigor. Este último contempla una norma que autoriza la extensión de los acuerdos arbitrales a partes no signatarias.<sup>18</sup>

La Corte de Justicia de Lima estimó improcedente dicha decisión:

*“En parte alguna de este texto pueda subsumirse un supuesto como el defendido por los árbitros, de incorporación forzosa de un tercero al arbitraje por encontrarse en vinculación fraudulenta con quien sí lo hizo, en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario. Nunca las partes involucradas renunciaron a su derecho que una acusación de ese tipo sea conocida y resuelta por un juez y mucho menos autorizaron a los árbitros a pronunciarse sobre el asunto específico.*

*Para quienes no se encuentran obligados por un convenio arbitral, los árbitros no son más que otro particular. Si un tercero los acusa de formar parte de un grupo empresarial vinculado y estructurado con la finalidad de causarle un perjuicio económico, tienen como cualquier otra persona el derecho a que esa controversia sea resuelta por un juez estatal o en todo caso a someter ese conflicto a un particular que se convierta en árbitro entre las partes, pero hasta que eso no suceda, nadie puede autoproclamarse como el juzgador que decidirá lo más justo al caso. Por lo menos, no bajo los principios constitucionales que informan nuestro ordenamiento jurídico.”<sup>19</sup>*

*El artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI permite atacar tanto la situación en la cual se habían cometido errores en la constitución del tribunal arbitral, como las faltas en la conducción del procedimiento.*

Este último fallo fue anulado por el máximo tribunal peruano por la vía de la casación. La Corte Suprema de Justicia de la República señaló:

*“Conforme a los argumentos expuestos se evidencia el error de la Sala Superior, al haber colocado a la jurisdicción arbitral en un estado de inferioridad a la jurisdicción ordinaria, inferioridad para no poder pronunciarse sobre determinadas situaciones tales como los grupos de sociedades, situaciones de fraude, y desvelamiento del velo societario, elemento último sobre el que la doctrina nacional ha elaborado sendos estudios.”<sup>20</sup>*

La Corte de Justicia de Lima fue ordenada a fallar sobre el caso nuevamente, lo que hizo proclamando la validez del laudo en cuestión con los siguientes argumentos:

*“Debemos señalar que el arbitraje en nuestro sistema jurídico es ejercicio de función jurisdiccional sustentada en el acuerdo político de las partes, y que, dentro de los límites de ese acuerdo, los árbitros cuentan con todos los poderes jurisdiccionales que les confieren nuestra Constitución y la ley.*

*Por tanto, desde este horizonte conceptual y normativo lo que el Tribunal Arbitral ha hecho no es someter compulsivamente a un tercero a un proceso arbitral sino, muy por el contrario, ha evitado que la parte signataria de un convenio arbitral, mediante la utilización fraudulenta de otras empresas que responden a una sola voluntad empresarial, burle la efectividad de dicho acuerdo.*

*Esta potestad arbitral, sin embargo, no solo está sustentada en el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción sino también, y tal vez principalmente, en los principios generales de buena fe y prohibición de abuso del derecho que resultan plenamente aplicables a un acto de autonomía privada como es el convenio arbitral.”<sup>21</sup>*

La siguiente disposición del artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI establece que un laudo podrá ser anulado si la parte que lo solicita prueba:

*“ii) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.”*

En una petición de nulidad, formulada bajo la noción de orden público, la recurrente reclamaba contra la forma en la que se había constituido el tribunal arbitral, lo que en esencia la privaba de una oportunidad para hacer valer sus derechos. Esto es, porque, a pesar de que la sede del arbitraje era Santiago de Chile, se había designado como árbitro a un nacional mexicano residente en ese mismo país. A juicio de la reclamante, el árbitro debería haber tenido su despacho en Chile, lo que se habría incumplido por ser el árbitro un mexicano con residencia en México. Asimismo, la prueba debería haberse producido en Chile y los escritos deberían haberse producido en Chile.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la petición de nulidad señalando que:

*“Con respecto a esta causal, el Estatuto de la Cámara de Comercio Internacional (en materia de arbitraje CCI) en su reglamento establece que la sede del arbitraje será fijada por la Corte, a menos que las partes lo hayan convenido en sentido diverso, sin perjuicio que como señala el artículo 14 del referido reglamento “El Tribunal Arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que considere apropiado”, por lo que no aparece sustentada la causal invocada, puesto que el propio órgano jurisdiccional resguardó los derechos de la actora y además, se consolidó la relación procesal al comparecer la recurrente en la sede compromisaria, convalidando la competencia de dicho tribunal.”<sup>22</sup>*

Asimismo, el laudo puede ser anulado si la parte que lo solicita prueba:

*“iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas.”*

Esta norma permite abordar dos tipos de irregularidades. La primera, dice relación con aquella situación en la cual el laudo se refiere a una controversia

no prevista en el acuerdo de arbitraje y se produce cuando el tribunal arbitral dicta una sentencia relativa a asuntos que se encuentran fuera de los límites marcados por el acuerdo de arbitraje, por lo que se extiende a materias que no habían sido sometidas al arbitraje.<sup>23</sup> La segunda de las irregularidades, se refiere a aquella situación en la que el laudo contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje y abarca los casos en los cuales el Tribunal Arbitral falla respetando los límites trazados por el acuerdo de arbitraje, pero excede sus facultades al apartarse de las peticiones de las partes.<sup>24</sup>

En un caso planteado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la parte recurrente de nulidad sostenía que se había producido el vicio señalado, dado que el tribunal arbitral había dictado una condena en costas contrariamente a una estipulación contractual que le asignaba a cada parte la carga de las costas. La Corte, si bien no se pronunció sobre los alcances jurídicos de la causal de nulidad invocada, estimó que no se había cometido la infracción alegada. Ello porque las partes habían autorizado al tribunal arbitral para distribuir las costas en virtud de lo señalado en el Acta de Misión y en los múltiples escritos y alegatos efectuados y presentados por las partes a lo largo del proceso arbitral.<sup>25</sup>

La siguiente disposición del artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI permite la anulación del laudo si se prueba:

*“iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley”.*

Como se desprende de su tenor literal, esta norma permite atacar tanto la situación en la cual se habían cometido errores en la constitución del tribunal arbitral, como las faltas en la conducción del procedimiento.

Para el primer supuesto, podemos citar una decisión de los tribunales brasileños. En ese caso, el demandante pudo designar a un co-árbitro de su preferencia, mientras que los múltiples demandados no lograron un acuerdo entre ellos, por lo que el segundo co-árbitro fue nombrado por la institución

arbitral. El laudo fue anulado estimando que se había quebrantado el derecho de los demandados a ser tratados en igualdad de condiciones.<sup>26</sup> La decisión se enmarca en la doctrina judicial francesa formulada en el caso *Dutco*,<sup>27</sup> que con posterioridad impulsó reformas de los reglamentos institucionales que hoy día muchas veces requieren que en situaciones como la descrita, la totalidad del tribunal arbitral fuese nombrada por la institución arbitral.<sup>28</sup>

En cuanto a las irregularidades procesales, resulta ilustrativa una decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago en la que se reconoció la primacía del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en un arbitraje comercial internacional. En lo central, la Corte señaló que:

*“En el procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, aparece de manifiesto el principio de autonomía de la voluntad. De ello resulta que las partes son libres de crear las reglas del procedimiento al que ajustarán su actuación, con las limitaciones que al efecto la misma normativa consagra.”*<sup>29</sup>

Conforme con lo anterior, la Corte falló que las normas obligatorias del derecho procesal local no tenían aplicación en los arbitrajes comerciales internacionales. Así, no era obligatorio para un tribunal arbitral internacional aplicar las normas del Código de Procedimiento Civil relativas a la emisión de un auto de prueba, a la apertura de un período de conciliación entre las partes o a la citación a oír sentencia.

En otra ocasión, los tribunales brasileños denegaron la petición de anulación de un laudo internacional. La parte recurrente impugnó el laudo por haber sido basado en fundamentos jurídicos distintos a los esgrimidos por las partes. La Corte sostuvo que se aplicaba el principio “*mibi factum, dabo tibi ius*”, acorde al cual el tribunal arbitral conocía el derecho, siendo necesario que las partes indicaran los hechos. A juicio de la Corte, los hechos conjuntamente con el derecho aplicable, fijaban el mandato del tribunal arbitral, por lo que no se había incurrido en una violación del principio contradictorio de debido proceso.<sup>30</sup>

Dentro de otra jurisprudencia relativa al tema de las irregularidades procesales, interesa mencionar un caso resuelto por un tribunal argentino. Aunque

Argentina no pertenece al grupo de los países que siguen la Ley Modelo CNUDMI, el criterio aplicado en el caso en análisis es ilustrativo para la noción del debido proceso.

La parte que solicitó la anulación del laudo arbitral dictado bajo las reglas de la CCI alegó que no había sido debidamente notificada de la prórroga del plazo del arbitraje. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial tomó en consideración la facultad que el artículo 24 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI le otorga a la Corte para prorrogar el plazo del arbitraje y dictaminó:

*“Es de observar que la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, al notificar al presidente del tribunal arbitral la concesión de la primera de las prórrogas referidas, lo invitó “... a comunicar dicha información a las partes, a menos que, por alguna razón particular, prefiera que la Secretaría lo haga...” No hay constancia de que el presidente del tribunal arbitral hubiera cumplido con esto último con relación a esa primera prórroga, como tampoco con referencia a la que vencía el 31/12/2010. Tampoco que las partes hubieran sido notificadas por la Secretaría de la Corte. Empero, nada de ello es decisivo para fundar la nulidad impetrada aunque, ciertamente, hubiera sido de buena práctica que el presidente del tribunal arbitral hubiera hecho las notificaciones correspondientes a las partes.”<sup>31</sup>*

Como ejemplo de anulación del laudo por motivos de irregularidades procesal, interesa destacar la decisión de la Corte Superior de Lima del año 2013. A juicio de la parte recurrente, la supuesta violación de sus derecho consistiría en que el tribunal arbitral habría separado una pretensión de la demanda arbitral en una principal y otra subsidiaria para finalmente otorgar al demandante ambas. Ello devendría en un resultado jurídicamente imposible y contrario al debido proceso, dado que la naturaleza y finalidad del establecimiento de una pretensión subordinada, es que ésta sea otorgada si y sólo si se ha denegado la pretensión principal.

La Corte señaló que :

*“Si bien se aprecia que el tribunal arbitral estableció la segunda pretensión de la demanda arbitral (al fijar los puntos controvertidos) convirtiéndola en una pretensión principal y una subordinada, del contenido de las mismas se infiere claramente que*

*la intención del tribunal arbitral no fue tal acumulación, sino tal como se planteó en la demanda arbitral. Por lo anterior, este Colegiado considera que los errores de orden formal no merman el verdadero contenido de los actos procesales.”<sup>32</sup>*

#### **IV. Causales de nulidad que pueden ser aplicadas de oficio**

De conformidad con el artículo 34 inciso 2 lb) de la Ley Modelo CNUDMI, el laudo puede ser anulado si:

*“b) El tribunal comprueba:*

*i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o*

*ii) Que el laudo es contrario al orden público de este Estado.”*

Las causales de nulidad contempladas en este precepto son, entonces, por un lado, la inarbitrabilidad de la materia objeto de la controversia, y por otro lado, la violación del orden público a través del laudo arbitral. Estas dos causales en la práctica plantean mayores problemas en su aplicación. Ello se debe, en primer lugar, a la falta de claridad conceptual sobre el alcance de cada una de las causales. Lo anterior abre el camino para que sean usadas de manera intercambiable.

De ahí se plantea que determinadas materias que trascienden los intereses no pueden ser sometidas a decisión de un tribunal arbitral, ya que una eventual decisión errónea afectaría los intereses de la comunidad en general, esto es, *el orden público*.<sup>33</sup> Por su parte, el concepto de *orden público* es un concepto abierto y en la medida que no exista el reconocimiento por parte de la justicia ordinaria de la necesidad de su precisión y delimitación, puede prestarse para un intervencionismo judicial indeseado.<sup>34</sup>

En un fallo de 13 de junio de 2012, la Suprema Corte de Justicia de México resolvió sobre una petición de amparo, confirmando así la validez de un laudo arbitral.<sup>35</sup> Siendo ello una excelente noticia ilustrativa del positivo desarrollo del marco regulatorio aplicable al arbitraje, el caso también constituye una invitación a deliberar sobre la definición del orden público.

En esa oportunidad, la Corte precisó la noción de orden público, para lo cual recurrió a los trabajos preparatorios de la Ley Modelo CNUDMI en el seno de las Naciones Unidas. Asimismo, citó diversas decisiones de los tribunales españoles, franceses, colombianos y venezolanos. La Corte finalmente proclamó que el orden público es:

*“Un concepto jurídico indeterminado, en la medida en que la ley no establece con exactitud sus límites por tratarse de una noción que no admite una cuantificación o determinación rigurosa pero que evidentemente se refiere a un supuesto de la realidad y cuyo contenido se fija por los jueces de cada país en cada momento histórico. [...] No obstante lo anterior, cabe aclarar que aún en su indeterminación los conceptos jurídicos indeterminados tienen un núcleo duro, es decir, un ámbito de absoluta certeza sobre su significación.”*

Finalmente la Corte precisó que era posible afirmar:

*“Que un laudo arbitral es contrario al orden público y que, por ende, constituye una causa de nulidad, cuando la cuestión dilucidada se coloque más allá de los límites de dicho orden, es decir, más allá de las instituciones jurídicas del Estado, de los principios, normas e instituciones que lo conforman y que trasciende a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión. Un laudo de ese tipo estaría alterando el límite que marca el orden público, a saber, el mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.”*

A continuación, la Corte tomó partido a favor de la postura que identifica la arbitrabilidad de la controversia con la defensa del orden público señalando que:

*“La expresión ‘orden público’ que ahora se analiza, prevé dos supuestos bien diferenciados que pueden dar lugar a que el juzgador declare la nulidad del laudo, a saber: el primero se presenta cuando aquél comprueba que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no era arbitrable, esto es, no era susceptible de someterse a consideración de un particular mediante el procedimiento de arbitraje y el segundo ocurre cuando el órgano jurisdiccional verifica que el laudo es contrario al orden público. [...] No obstante lo anterior, cabe aclarar que aún en su indeterminación los conceptos jurídicos indeterminados tienen un núcleo duro, es decir, un ámbito de absoluta certeza sobre su significación.”*

Esa (con)fusión entre los dos conceptos contradice la sistemática de la Ley Modelo CNUDMI que concibe la arbitrabilidad y el orden público como dos causales diferentes, cada una con su *modus operandi* y alcances diferentes.<sup>36</sup>

*Per se*, cualquier definición de orden público que busque acotarlo, debería ser vista con beneplácito. Sin embargo, las tendencias estatistas características para la región de América Latina,<sup>37</sup> pueden transformar la definición como aquella en un escudo adicional de protección del Estado contra decisiones arbitrales desfavorables.<sup>38</sup> Así, la conclusión de la Corte Suprema de Justicia de México induce a pensar que no podrá existir nunca una violación de orden público en la medida que los efectos del laudo alcancen a las partes únicamente. Dicha situación es por definición la más común en el arbitraje, salvo cuando una de las partes es una entidad estatal o pública, cuyo bienestar es relevante para la población.

Aplicando la definición elaborada al caso en análisis, la Corte, desestimó que existiese una violación del orden público a raíz de una presunta falta de aplicación del principio de cosa juzgada:

*“Al respecto, la omisión de analizar la excepción de cosa juzgada o su desestimación a cargo del tribunal arbitral en el asunto que se somete a su potestad no debe considerarse una afectación directa al orden público, [...], en primer lugar, porque no se refiere a un tema que se encuentre reservado para su resolución a los órganos del Estado, sino que es susceptible de someterse a la consideración del o de los árbitros que designen las partes y, además, porque no se afectan principios de naturaleza sustantiva ni adjetiva, lo primero porque la circunstancia de que el tribunal arbitral haya desestimado la cosa juzgada en que se sustentó la pretensión sometida a su potestad no afecta alguna institución esencial*

*Per se, cualquier  
definición de orden  
público que busque  
acotarlo, debería ser  
vista con beneplácito. Sin  
embargo, las tendencias  
estatistas características  
para la región de  
América Latina,  
pueden transformar la  
definición como aquella  
en un escudo adicional  
de protección del Estado  
contra decisiones  
arbitrales desfavorables.*

*del Estado y, lo segundo, porque no se trata de normas procesales que el juez deba aplicar de oficio, antes bien, es necesario que sean las partes las que aporten los elementos necesarios para ver estimadas sus pretensiones, máxime que, en el caso, no se advierte una desviación grave de los principios fundamentales de justicia procesal.”*

Por su parte, una decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, también proporcionó una definición del orden público internacional.<sup>39</sup> Tal definición resulta innovadora para el derecho chileno, pero se efectúa con un estricto apego a los estándares universalmente reconocidos. Dicha definición se basa en aquella elaborada en el año 2000 por la Asociación del Derecho Internacional a través de su Comité de Arbitraje Comercial Internacional.<sup>40</sup>

En primer lugar, la Corte de Santiago dictaminó que el orden público internacional:

*“Es el que se aplica en materia de arbitraje comercial internacional y que no abarca todas las normas imperativas de la ley local, sino solamente aquella que responde al principio jurídico más fundamental del ordenamiento en que se dicta o intenta reconocer el laudo.”*

Dicho orden público:

*“Se circunscribe a violaciones de extrema gravedad a los principios y reglas fundamentales del derecho de Chile. Estas graves infracciones pueden ser de orden procesal o sustantivo.”*

A continuación, la Corte define dichos principios fundamentales componentes del orden público. En el ámbito procesal son los principios tales como:

*“El debido proceso, el trato igualitario a las partes, la existencia de un procedimiento contradictorio, la imparcialidad del tribunal arbitral y la prohibición de fraude o corrupción de algunos de sus miembros. A nivel sustantivo, en tanto, se incluye principio como la prohibición del abuso del derecho, la protección de los intereses políticos, sociales y económicos esenciales del Estado y el respeto a las obligaciones asumidas por éste con otros estados u organismos internacionales.”*

Las múltiples infracciones al orden público alegadas por la parte recurrente de nulidad fueron desestimadas por la Corte.

## V. Palabras finales

La selección de jurisprudencia aquí efectuada no pretende dar cuenta exhaustiva del estado de desarrollo del arbitraje comercial internacional en América Latina. Muchos otros temas aquí no mencionados van adquiriendo un reconocimiento judicial importante y mayormente, los países de la región logran superar los obstáculos conceptuales que vienen arrastrando del pasado en el cual no tenían necesidad o incentivos para transformarse en actores relevantes en la arena del arbitraje comercial internacional. Así por ejemplo, en Brasil se ha hecho más pacífica la distinción entre la *cláusula compromisoria* y el *compromiso*.<sup>41</sup> En Chile por su parte, se ha dictaminado que no procede el recurso disciplinario de queja en contra de los árbitros internacionales.<sup>42</sup> Por ejemplo, se ha ido acotando también el alcance del control de las garantías constitucionales por la vía del amparo en Colombia<sup>43</sup> y Perú.<sup>44</sup>

Junto con lo anterior, la revisión de los laudos por la justicia ordinaria de la sede constituye un elemento central para crear un sistema de arbitraje comercial internacional confiable. La jurisprudencia presentada en estas páginas, demuestra un compromiso serio por parte de la justicia ordinaria de los países de la región. De hecho, prácticamente todos los casos aquí mencionados desembocaron en un rechazo de petición de anulación del laudo. La jurisprudencia citada refleja asimismo un esfuerzo de los tribunales por comprender a fondo la política legislativa que había motivado la aprobación de las respectivas leyes, y por encontrar el significado idóneo de sus preceptos a veces conceptualmente novedosos o lejanos.

Sin duda, en la región hay experiencias positivas, y sin duda queda aún mucho camino por recorrer para consolidar dichos avances. En efecto, para la reputación de un país como sede atractiva del arbitraje comercial internacional, el paso de tiempo y la constancia de las decisiones judiciales favorables son dos ingredientes adicionales pero indispensables para el éxito.

*Para la reputación de un país como sede atractiva del arbitraje comercial internacional, el paso de tiempo y la constancia de las decisiones judiciales favorables son dos ingredientes adicionales pero indispensables para el éxito.*

<sup>1</sup> Alejandro M. Garro, “Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 1, Issue 4, 1984, pp. 293-322, pp. 293-294; José Luis Siqueiros, “Comments on Latin America”, en Pieter Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series 1986, Kluwer Law International, New York, Vol. 3, 1987, pp. 165-168, p. 168; Jonathan C. Hamilton, “Three Decades of Latin American Commercial Arbitration”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 30, 2009, pp. 1099-1119, p. 1101.

<sup>2</sup> Año de ratificación de la Convención de Panamá: Argentina – 1994, Bolivia – 1998, Brasil – 1995, Chile – 1976, Colombia – 1986, Costa Rica – 1978, República Dominicana – 2002, Ecuador – 1962, El Salvador – 1998, Guatemala – 1984, Honduras – 2000, México – 1971, Nicaragua – 2003, Panamá – 1984, Paraguay – 1997, Perú – 1988, Uruguay – 1983, Venezuela – 1995.

<sup>3</sup> Alejandro M. Garro, “Unification and Harmonization of Private Law in Latin America”, *American Journal of Comparative Law*, 1992, pp. 587-616, p. 587.

<sup>4</sup> Año de ratificación de la Convención de Nueva York: Argentina – 1989, Bolivia – 1995, Brasil – 2002, Chile – 1975, Colombia – 1979, Costa Rica – 1987, República Dominicana – 2008, Ecuador – 1991, El Salvador – 1980, Guatemala – 1986, Honduras – 1979, México – 1978, Nicaragua – 2003, Panamá – 1975, Paraguay – 1976, Perú – 1989, Uruguay -1977, Venezuela – 1985.

<sup>5</sup> Julio C. Treviño, The New Mexican Legislation on Commercial Arbitration-T, *Journal of International Arbitration*, 1994, Vol. 11 N° 4, pp. 5-29.

<sup>6</sup> Un ilustrativo cuadro de cambios legislativos se encuentra en: <http://www.latinarbitrationlawfueron.com/latin-infographics/>. Los años de las reformas mas relevantes son: Bolivia – 1997, Brasil – 1996, Chile – 2004, Colombia – 2012, Costa Rica – 2011, República Dominicana – 2008, Ecuador – 2005, El Salvador – 2002, Guatemala – 1995, Honduras – 2000, Nicaragua – 2005, Panamá – 2013, Paraguay – 2002, Perú – 2008, Venezuela – 1998.

<sup>7</sup> Un ilustrativo cuadro de cambios legislativos se encuentra en: <http://www.latinarbitrationlawfueron.com/latin-infographics/>. Los años de las reformas mas relevantes son: Bolivia – 1997, Brasil – 1996, Chile – 2004, Colombia – 2012, Costa Rica – 2011, República Dominicana – 2008, Ecuador – 2005, El Salvador – 2002, Guatemala – 1995, Honduras – 2000, Nicaragua – 2005, Panamá – 2013, Paraguay – 2002, Perú – 2008, Venezuela – 1998.

<sup>8</sup> Véanse, por ejemplo, artículo 107 de la Ley N° 1536 de Colombia; artículo 66 de la Ley N° 131 de Panamá; artículo 34 de la Ley N° 8937 de Costa Rica; artículo 62 del DL N° 1071 de Perú; artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela, artículo 73 de la Ley N° 161-2000 de Honduras.

<sup>9</sup> Es el caso de las leyes adaptadas más recientemente, véase, artículo 64 de la Ley N° 1536 de Colombia; artículo 6 de la Ley N° 131 de Panamá; artículo 2A de la Ley N° 8937 de Costa Rica.

<sup>10</sup> 2012 UNCITRAL Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, p. 15: “UNCITRAL agreed that the inclusion of such a provision would be useful and desirable because it would promote a more uniform understanding of the Model Law.”

<sup>11</sup> Más al respecto: Elina Mereminskaya, *Arbitraje Comercial Internacional en Chile. Desafíos y Desarrollo*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 33-36.

<sup>12</sup> Para nombrar algunas obras de referencia o consulta: 2012 Uncitral Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2014, Kluwer Law International; Aron Broches, *UNCITRAL - Commentary On The Model Law (1990)*, en Jan Paulsson (ed.), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1984, Suplemento N° 11, enero 1990, pp. 1-202; International Council for Commercial Arbitration, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*, 2011. Esta última obra resulta particularmente útil en vista de la semejanza existente entre las causales de nulidad de laudos previstas en el artículo 34 de la LMA con aquellas previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York para oponerse al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

<sup>13</sup> Alfredo De Jesús O., “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, en Fabricio Mantilla Espinosa and Carlos Pizarro Wilson (coods.), *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Christian Larroumet*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, pp. 213-260; Cristián Conejero Roos, “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Un panorama general”, en Cristián Conejero Roos, Antonio Hierro Hernández-Mora, Valeria Macchia y Carlos Soto Coaguila (coord.), *Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, Legis Editores, Santiago, 2009, pp. 57-108, pp. 93-99.

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, la aprobación de la respectiva ley se debió a la integración del país a la economía mundial, y como consecuencia de esta “resulta conveniente a los intereses de las partes nacionales en las transacciones internacionales que ellas cuenten con los mecanismos legales adecuados para, en la medida de lo posible, estimular que las diferencias comerciales sean resueltas en Chile. Evidentemente, esta necesidad es más apremiante para las empresas pequeñas y medianas, a las cuales les resulta demasiado onerosa litigar en el extranjero”. Asimismo, se buscaba “conseguir la aceptación internacional al deseo de los centros arbitrales chilenos de transformarse en centros arbitrales internacionales”. Mensaje del Ejecutivo N°

15-349, enviado al Congreso con fecha 2 de junio de 2003. Historia de la Ley N° 19.971, pp. 5 y 8. El preámbulo al Decreto Legislativo N° 1071 de Perú identifica como objetivos la necesidad de brindar “el apoyo de la competitividad económica para su aprovechamiento; entre las que se encuentran la mejora del marco regulatorio, el fortalecimiento institucional, la simplificación administrativa y la modernización del Estado; en tal sentido, se requiere brindar las condiciones apropiadas para agilizar la solución de controversias que pudieran generarse en el marco de los tratados y acuerdos suscritos por el Perú”. El Proyecto de la respectiva ley de Costa Rica indicaba que “a través de la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI como ley de la República se procura normar los procesos arbitrales internacionales con el fin de solventar el vacío legal existente en Costa Rica en esa materia, lográndose de ese modo una mayor atracción de la inversión extranjera, así como la promoción del país como un ejemplo en la solución pacífica de controversias a nivel internacional.” Expediente legislativo del Departamento de Servicios Parlamentarios N° 17593, p. 2, citado en <http://www.smlgalcr.com/modules/news/print.php?storyid=3>.

<sup>15</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Amparo en Revisión Caso N° 527/2011, 30 de noviembre de 2011.

<sup>16</sup> Fernando Cantuarias Salaverry, Empresa Prestadora de Servicio de Saneamiento de Cajamarca EPS SEDACAJ S.A. v. Consorcio EYR S.A. CWEP, Superior Court of Justice of Lima, 15 March 2013, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

<sup>17</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 9134-2007, 4 de agosto de 2009.

<sup>18</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 1971-2012, 9 de septiembre de 2013.

<sup>19</sup> Art. 14: El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

<sup>20</sup> Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Caso N° 451-2009, 10 de agosto de 2010.

<sup>21</sup> Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Caso N° 4624-2010, 19 de diciembre de 2011.

<sup>22</sup> Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Caso N° 451-2009, 5 de marzo de 2013.

<sup>23</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 1420-2012, 9 de octubre de 2012.

<sup>24</sup> Marcédeh Azeredo da Silveira y Laurent Lévy, “Transgression of the Arbitrators’ Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention”, en Emmanuel

Gaillard y Domenico Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*, Cameron May, 2008, pp. 639-678, p. 641; International Council for Commercial Arbitration, “Request for the Recognition and Enforcement of an Arbitral Award”, *ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*, 2011, pp. 68-111, p. 93.

<sup>25</sup> *Ibíd.*

<sup>26</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 6975-2012, 29 de abril de 2014.

<sup>27</sup> João Bosco Lee, Banco Santander Brasil S/A v. Paranapanema S/A, Court of Justice of the State of São Paulo, 0036343-44.2013.8.26.0000 Case Date 2 May 2013, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

<sup>28</sup> Corte de Casación de Francia, 7 de enero de 1992, XV Yearbook Com. Arb., 1992, pp. 124 y ss.

<sup>29</sup> Artículo 12 puntos 6 y 8 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

<sup>30</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 1420-2010, 9 de octubre de 2012.

<sup>31</sup> João Bosco Lee, Matlinpatterson Funds v. VRG Linhas Aéreas S/A, Court of Justice of the State of São Paulo, 16 October 2012, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

<sup>32</sup> Federico Godoy, PE Acquisitions LLC v. Envases del Pacífico S.A., Court of Appeals in Commercial Matters of the Federal District, Chamber D, Case Date 12 July 2013, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

<sup>33</sup> Fernando Cantuarias Salaverri, Empresa Prestadora de Servicio de Saneamiento de Cajamarca EPS SEDACAJ S.A. v. Consorcio EYR S.A. CWEP, Superior Court of Justice of Lima, 15 March 2013, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

<sup>34</sup> Nigel Blackaby, Constantine Partasides y otros, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 124: “Whether or not a particular type of dispute is ‘arbitrable’ under a given law is in essence a matter of public policy for that law to determine”; Ximena Herrera Bernal, “Arbitrabilidad objetiva”, en Guido S. Tawil, y Eduardo Zuleta (dirs.), *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, pp. 200-211, p. 202; Karl-Heinz Böckstiegel, “Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement”, *Journal of Dispute Resolution*, Special Issue, 2008, disponible en [www.arbitration-icca.org](http://www.arbitration-icca.org), p. 123.

<sup>35</sup> Ilustrativo al respecto: María Mercedes Albornoz, “La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. 47, N° 139, 2014, pp. 13-38.

<sup>36</sup> José María Abascal Zamora, *City Watch, S.A. de C.V. v. ADT Security Services, S.A. de C.V.*, Supreme Court of Justice of Mexico, 13 June 2012, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law

<sup>37</sup> International.

<sup>38</sup> Más al respecto Elina Mereminskaya, *Arbitraje Comercial Internacional en Chile. Desafíos y Desarrollo*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 49-54. Véase Marcus Kurtz, *Latin American State Building in Comparative Perspective Social Foundations of Institutional Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

<sup>39</sup> María Mercedes Albornoz, “La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. 47, N° 139, 2014, pp. 13-38.

<sup>40</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 1971-2012, 9 de septiembre de 2013.

<sup>41</sup> International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration, London Conference (2000), Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards.

<sup>42</sup> Tribunal de Justicia de Estado de Paraná, Caso N° 428.067-1/10, 7 de diciembre de 2011.

<sup>43</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 2363-2010, 23 de julio de 2010 y Caso N° 4902-2012, 24 de julio de 2012.

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia, Caso N° 1100102030002012-02014-00, 27 de septiembre de 2012.

<sup>45</sup> Tribunal Constitucional: Caso N° 189-99AA/TC, 26 de octubre de 1999, Caso N° 6167-2005-PHC/TC, 28 de febrero de 2006; Caso N° 1567-2006-PA/TC, 30 de abril de 2006; Caso N° 00142-2011-PA/TC, 21 de septiembre de 2011.