

El Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional: la experiencia chilena y comparada

Felipe Ossa



En las últimas décadas hemos presenciado cómo los instrumentos internacionales, las legislaciones domésticas y la práctica judicial han ido adoptando progresivamente un marcado enfoque *pro-arbitraje*.

Un elemento fundamental para consolidar esta tendencia es el respeto por la inmutabilidad de los laudos arbitrales; principio según el cual un laudo arbitral internacional únicamente puede ser revisado en circunstancias muy excepcionales y calificadas.¹ Este principio ha sido recogido en diversos tratados y normas, siendo la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL por sus siglas en inglés), la más importante.

La presunción de validez de los laudos arbitrales, también consagrada en la ley

*Socio en la firma Claro y Cia.,
especialista en arbitrajes
y litigios nacionales e
internacionales.*

La presunción de validez de los laudos arbitrales, complementa el principio de inmutabilidad, obligando a los Estados a reconocer los laudos como obligatorios salvo circunstancias extraordinarias y taxativas.

mencionada y en la Convención de Nueva York, complementa el principio de inmutabilidad, obligando a los Estados a reconocer los laudos como obligatorios salvo circunstancias extraordinarias y taxativas.² El Comité de Arbitraje Internacional de la ILA (*International Law Association*) recomienda que la inmutabilidad de los laudos dictados en el contexto de un arbitraje comercial internacional sea respetada, salvo en casos excepcionales.³

Una de las mayores amenazas a la inmutabilidad del laudo es la noción de *orden público*. Ciertamente este principio constituye un límite a la validez y eficacia de los laudos arbitrales. De hecho, la causal más socorrida para obtener la declaración de nulidad de los laudos o resistir su ejecución es la contravención del orden público; probablemente porque se trata de un concepto abierto, de contornos imprecisos, que admite diversas interpretaciones y que varía de un Estado a otro y de una época a otra.⁴ En efecto, “*la excepción de orden público es probablemente la causal más invocada a la hora de formular una oposición al reconocimiento o ejecución de los laudos arbitrales. La razón para ello puede ser la naturaleza vaga del orden público, que permite a todo abogado argumentar razonablemente (o al menos construir) una violación al orden público en cualquier laudo.*”⁵

Sin embargo, precisamente en razón del uso y abuso que se ha dado a esta causal es que los tribunales la han aplicado en forma rigurosa, restringiendo y acotando el concepto de orden público en materia de arbitraje comercial internacional. Así, “[a]un cuando la excepción a la ejecución fundada en el orden público es la más usada, confiar en ella es riesgoso, por cuanto los tribunales la interpretan de manera estrecha y rechazan la ejecución solamente de aquellos laudos que violarían las nociones más básicas de moralidad y justicia.”⁶

En particular, la tendencia de los Estados de restringir y acotar el concepto de orden público en materia de arbitraje comercial internacional se ha manifestado en:

- i) la aplicación restrictiva de la contravención del orden público como causal para anular el laudo o denegar su reconocimiento o ejecución;
- ii) la distinción entre orden público doméstico y orden público internacional; y
- iii) la prohibición de revisar los méritos del laudo al determinar la concurrencia de la causal de contravención al orden público.

La CNUDMI ha constatado que la mayoría de las decisiones en materia de orden público han confirmado el estrecho alcance de la disposición y que ésta debe aplicarse sólo en los casos más serios de injusticia procesal o sustantiva.

En primer lugar, la jurisprudencia y la doctrina comparadas se han inclinado por interpretar la causal referida a la contravención del orden público de manera restrictiva, resultando aplicable únicamente si el laudo arbitral ofende los principios más básicos y explícitos de justicia y equidad del Estado o si existe evidencia ignorancia o corrupción intolerables por parte del tribunal arbitral.⁷

La CNUDMI ha constatado que la mayoría de las decisiones en materia de orden público han confirmado el estrecho alcance de la disposición y que ésta debe aplicarse sólo en los casos más serios de injusticia procesal o sustantiva.⁸

En Chile, ya el primer fallo que resolvió una acción de nulidad de laudo basada en el orden público, señaló que esta causal “*debe aplicarse en forma restrictiva, limitándose sólo a la infracción de normas básicas y fundamentales del Estado chileno; ello con el fin de evitar que se limite la ejecución de laudos internacionales en Chile mediante la simple invocación del orden público local.*” En el mismo sentido

se ha pronunciado jurisprudencia posterior, exigiendo que la infracción sea manifiesta y revista de un grado de entidad suficiente para que se configure la causal de nulidad o denegación de ejecución del laudo.¹⁰

A modo de ejemplo, en el caso “*Vergara Varas con Costa Ramírez*” la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que el orden público, como límite a la validez y eficacia de un laudo, “[t]iene por objeto evitar la dictación o reconocimiento de una sentencia que sea manifiestamente contraria a la ley nacional, por ejemplo si se vulnera el derecho de las partes a un trato igualitario y a un debido proceso, o si supone algún fraude o corrupción del tribunal arbitral.”¹¹

Por otra parte, para acotar el orden público en materia de arbitraje comercial internacional los tribunales chilenos y extranjeros también han distinguido entre el orden público doméstico y el orden público internacional; siendo este último el resultado de una aplicación más estricta del primero, en una relación de género a especie.

En su investigación acerca del orden público como obstáculo al cumplimiento de laudos, el Comité de Arbitraje Internacional de la IILA concluyó que las legislaturas y los tribunales de varios países han procurado calificar o restringir el alcance del orden público tras la aplicación de un examen de *orden público internacional*.¹² La ICCA (*International Council for Commercial Arbitration*) y la CNUDMI también han constatado que la mayoría de los tribunales adoptan una interpretación más estricta del concepto.¹³

En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, con ocasión de una acción de nulidad de laudo, resolvió que la causal de nulidad basada en el orden público de Chile “hace referencia a lo que en el derecho internacional privado clásico se denomina orden público internacional. La aplicación de la noción de orden público internacional, en lugar del orden público que rige en el derecho interno, provoca que la anulación de laudos arbitrales por ese concepto se circunscriba a violaciones de extrema gravedad a los principios y reglas fundamentales del derecho de Chile.”¹⁴

La parte solicitante de nulidad busco atacar esta decisión mediante un recurso de queja en contra de los jueces de la Corte de Apelaciones de Santiago, por haber declarado, entre otros, “que la noción de orden público que recoge la ley

19.971 es de un orden público internacional y no nacional”; pero dicho recurso fue considerado inadmisibile por la Corte Suprema de Chile.¹⁵

Según asevera el Comité de Arbitraje Internacional de la ILA, el orden público internacional de cualquier Estado se encuentra conformado por tres componentes fundamentales, cuya correcta identificación permite guiar al tribunal en el análisis de la validez del laudo, preservando el equilibrio entre la justicia y su inmutabilidad. Siguiendo este concepto, el orden público internacional incluiría únicamente los principios fundamentales de justicia y moralidad que el Estado pretende proteger aun cuando no se encuentre directamente involucrado, las reglas designadas para avanzar intereses esenciales de un Estado en materia política, social y económica, conocidas como “*leyes de policía*”; y la obligación del Estado de respetar sus obligaciones internacionales.¹⁶

Es cierto que con laxitud de criterio podría incorporarse un sinnúmero de hipótesis en estas tres categorías. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia internacional son bastante consistentes a la hora de aplicarlas solo en casos calificados y graves.

La tercera forma en que se ha restringido el orden público como motivo para anular un laudo o denegar su cumplimiento es la prohibición de revisar los méritos del laudo al analizar dicha causal. En efecto, si bien algunos tribunales han fallado que la invocación del orden público en un proceso de impugnación del laudo y/o de reconocimiento y ejecución del mismo justifica la revisión de sus méritos, la tendencia mayoritaria en el derecho comparado es la contraria.¹⁷

Si bien algunos tribunales han fallado que la invocación del orden público en un proceso de impugnación del laudo y/o de reconocimiento y ejecución del mismo justifica la revisión de sus méritos, la tendencia mayoritaria en el derecho comparado es la contraria.

En Chile, si bien no se ha reportado algún caso en que los tribunales hayan entrado a revisar el fondo del asunto con ocasión de esta causal, existen procedimientos de impugnación del laudo en que la Corte de Apelaciones de Santiago se ha pronunciado al respecto. En *“Ann Arbor Foods S.A. con Domino’s Pízza Internacional”*, la referida corte resolvió que la prohibición de revisión de los méritos no es absoluta y que el tribunal podría pronunciarse acerca del fondo por la vía de una eventual infracción al orden público chileno.¹⁸ Sin embargo, en un fallo posterior sostuvo la interpretación contraria, resolviendo que todas las causales de nulidad del laudo dicen relación únicamente con sus aspectos formales.¹⁹

En procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales la Corte Suprema de Chile ha desestimado alegaciones de contravención del orden público, por estimar que son materias de fondo y escapan del control del *exequátur*. A modo de ejemplo, en *“Gold Nutrition Industria e Comercio Ltda.”*, el demandado argumentó que se habían infringido las leyes de la República y el orden público nacional, toda vez que el laudo arbitral permitió el anatocismo, siendo rechazada esta defensa por la Corte Suprema al considerarla un argumento de fondo, ajeno al *exequátur*.²⁰

Un aspecto particularmente delicado en esta materia es la eventual impugnación de un laudo por haber sido dictado con manifiestos errores de hecho o de derecho. Este es uno de los casos de mayor tensión entre el principio de inmutabilidad y el respeto al orden público. El dilema que se plantea es si el adecuado funcionamiento del arbitraje comercial internacional y la ampliación de su alcance para solucionar todas aquellas controversias entre comerciantes que requieren de la celeridad y eficiencia de esta institución, dotando de certeza y estabilidad a este tipo mecanismo de resolución de disputas, justifica la ejecución de laudos que puedan parecer claramente defectuosos o injustos.

La doctrina comparada ha señalado que *“el precio de esta inmutabilidad es que ciertos abusos procedimentales deben ser tolerados, y que laudos fáctica o jurídicamente inexactos pueden ser mantenidos, y ejecutados.”*²¹

Los tribunales españoles han reiterado de manera regular que alcanzar una composición extrajudicial expedita de las disputas, justifica la atribución del efecto de cosa juzgada a laudos que estaban evidentemente equivocados.²²

Las cortes francesas también han resuelto que los errores de hecho o de derecho que hayan podido cometer los árbitros en su decisión no son recurribles de anulación.²³

Así, tal como ha constatado la CNUDMI, muchos tribunales han estimado que, en la medida que las partes hayan sido tratadas con igualdad, el tribunal haya sido imparcial y se haya respetado el principio contradictorio, los errores de hecho o de derecho no habilitan a la jurisdicción estatal para invalidar un laudo arbitral.²⁴ El Comité de Arbitraje Internacional de la ILA también considera como un principio ampliamente aceptado que el orden público procesal no debe incluir la desatención de la ley o de los hechos.²⁵

En Chile, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló en un caso ya citado que la petición 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*”.²⁶ Sin embargo, en una sentencia reciente el mismo tribunal parece insinuar que los errores manifiestos de hecho o de derecho podrían configurar un motivo para declarar la nulidad del laudo o denegar su reconocimiento o ejecución.²⁷

Finalmente, es interesante notar que, a pesar de su aplicación restrictiva, existe un consenso en la doctrina y la jurisprudencia en que la causal referida al orden público abarca tanto aspectos sustantivos como procesales.

En este sentido, el Comité de Arbitraje Internacional de la ILA señala como ejemplos de principios sustantivos fundamentales la prohibición de abuso del derecho, la buena fe, *pacta sunt servanda*, la prohibición de expropiación sin compensación, la prohibición de discriminación, la prohibición de actividades contra *bonos mores* como la piratería, el terrorismo, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, el tráfico de drogas y la pedofilia.

A pesar de su aplicación restrictiva, existe un consenso en la doctrina y la jurisprudencia en que la causal referida al orden público abarca tanto aspectos sustantivos como procesales.

Como ejemplos de vulneraciones al orden público procesal indica la parcialidad del tribunal, la emisión del laudo por juez inducido o afectado por fraude o corrupción, el quebrantamiento de la justicia natural, la desigualdad de las partes en la elección del tribunal arbitral y la inconsistencia del laudo con otra decisión de un tribunal ordinario o arbitral que tiene efecto de *res judicata* en el foro de ejecución.²⁸

Por su parte, los tribunales chilenos han aseverado en los fallos antes citados que el orden público procesal internacional comprende las condiciones del 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; mientras que el orden público sustantivo incluye 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.

Esta tendencia en el derecho local y comparado a restringir y acotar la causal de nulidad e ineficacia referida a la contravención del orden público refuerza la institución del arbitraje comercial internacional y permite que las partes puedan confiar en que la voluntad de sustraer sus controversias del ámbito de la jurisdicción estatal será respetada, salvo circunstancias excepcionales.

¹ “El examen y evaluación de los hechos y la relativa aplicación del derecho en una contienda sometida a arbitraje, es competencia exclusiva de los árbitros y no se admite revisión alguna de otra autoridad. Esta nota es connatural a los principios de irrecurribilidad y del carácter definitivo del laudo, así como del cumplimiento espontáneo de las partes, principios reconocidos por todas las legislaciones latinoamericanas y ya consagrados universalmente [...]” (Briceño Berrú, José Enrique, *Teoría y praxis del arbitraje comercial internacional en América Latina*, en: *Agenda Internacional*, Año XVIII, N° 29, 2011, p. 324).

² International Council for Commercial Arbitration, *Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958. Un Manual para Jueces*, trad. Aozemstatd, Alexander, Corte Permanente de Arbitraje, Palacio de Paz, La Haya, ICCA, 2013, (en adelante “Guía ICCA”), p. 71.

³ Reporte Final sobre Orden Público como un Obstáculo al Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales del Comité de Arbitraje Internacional, Asociación de Derecho Internacional, Conferencia en Nueva Delhi (en adelante, “Reporte del CAI sobre Orden Público”), 2002, p. 2.

⁴ Al respecto, es ampliamente conocida la referencia al orden público formulada en *Richardson v. Mellish* (1824): “el orden público es un caballo difícil de domar, aun logrando montarlo, no sabe uno adonde lo va a conducir. Puede alejarte del buen derecho. Nunca es argumentado más que cuando los demás puntos fallan”. (Burroughs J. en *Richardson v. Mellish* 2 Bing. 229 1824, trad. por los autores).

⁵ Steiner, Szabolcs, *Public policy as ground for refusal of recognition of foreign arbitral awards with special focus on Austria and Hungary*, trad. por los autores, LL.M. Thesis, Central European University, Hungría, 2002, p. 2 (citando a Albert Jan van den Berg).

⁶ Curtin, Kenneth-Michael, ob. cit., p.7.

⁷ CNUDMI, *Compendio de la CNUDMI de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Naciones Unidas (en adelante “Compendio CNUDMI”), 2012, p. 183, nota al pie N° 1029.

⁸ Compendio CNUDMI, p. 160, párrafo 129.

⁹ “*Publicis Groupe Holdings B.V. y Publicis Groupe Investments con Árbitro Don Manuel José Vial Vial*”, Rol N° 9134-2007, Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de agosto de 2009.

¹⁰ “*Ann Arbor Foods S.A. con Domino’s Pízza Internacional*”, Rol N° 1420-2010, I. Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de octubre de 2012; “*Vergara Varas con Costa Ramírez*”, Rol N° 1971-2012, I. Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2013.

¹¹ Rol N° 1971-2012, Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2013, consid. 17°, párrafo 3.

- ¹² Reporte del CAI sobre Orden Público, p. 3, párrafo 10.
- ¹³ Guía ICCA, p. 107; Reporte del CAI sobre Orden Público, p. 6, párrafo 24.
- ¹⁴ “Vergara Varas con Costa Ramírez”, Rol N° 1971-2012, Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2013, consid. 18°.
- ¹⁵ “Empresas Río Bonito S.A.”, Rol N° 7341-2013, Corte Suprema de Chile, 16 de diciembre de 2013, vistos N° 2, párrafo 2.
- ¹⁶ Reporte del CAI sobre Orden Público, p. 6.
- ¹⁷ Compendio CNUDMI, pp. 140 y 141.
- ¹⁸ “Ann Arbor Foods S.A. con Domino’s Piz̄za Internacional”, Rol N° 1420-2010, Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de octubre de 2012., consid. 6°, párrafo 5.
- ¹⁹ “Vergara Varas con Costa Ramírez”, Rol N° 1971-2012, Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2013, consid 16°.
- ²⁰ “Gold Nutrition Industria e Comercio Ltda.”, Rol N° 6615-2007, Corte Suprema de Chile, 15 de septiembre de 2008.
- ²¹ Landolt Phillip, *Annulment of Swiss international arbitration awards for incompatibility with substantive public policy: first annulment in over twenty years*, en: Mealey’s International Arbitration Report, trad. por los autores, abril 2012, p.1.
- ²² Compendio CNUDMI, pp. 140 y 141.
- ²³ Amezaga, Bingen, *La Anulación de Laudos Arbitrales en Francia Jurisprudencia Reciente*, 2010, disponible en <http://www.ohadac.com/travaux/27/anulacion-de-laudo-en-francia.html>, p. 6.
- ²⁴ Compendio CNUDMI, p. 151, párrafo 80.
- ²⁵ Reporte del CAI sobre Orden Público, pp. 6-7, párrafos 28 y 29.
- ²⁶ “Vergara Varas con Costa Ramírez”, Rol N° 1971-2012, Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2013, consid. 28°, párrafo 3.
- ²⁷ “Constructora Emex Limitada con Organización para la Investigación Astronómica en el Hemisferio Sur”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 9211-2012, 10 de abril de 2014, consid. 3°, párrafo 4.
- ²⁸ Reporte del CAI sobre Orden Público, pp. 6-7, párrafos 28 y 29.

Felipe Ossa

Socio en la reconocida firma Claro y Cía. Enfoca su trabajo en las áreas de arbitrajes y litigios nacionales e internacionales. Ha actuado en procesos arbitrales ad-hoc y bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago), la Cámara Internacional de Comercio (ICC), el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CLADI), y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Ha sido nombrado árbitro por el CAM Santiago y la CCI y ha participado como experto en derecho chileno ante tribunales arbitrales internacionales y cortes inglesas y norteamericanas, siendo destacado reiteradamente por Chambers and Partners y por Who's Who Legal, en las categorías de litigio y arbitraje.

El Dr. Ossa dicta clases en la Universidad de Chile, la Universidad Católica de Chile y la Universidad Adolfo Ibáñez, es autor de diversas publicaciones -entre ellas "El Arbitraje Internacional en la Jurisprudencia"- y frecuentemente participa como expositor en conferencias y seminarios realizados en Chile y en el extranjero. Obtuvo el grado de Licenciado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile, y el de magister iuris en la Universidad de Oxford.