

>> La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada <<

por Elina Mereminskaya

121

140

1. Introducción

La arbitrabilidad y el orden público son dos criterios que generalmente son aplicados a los laudos arbitrales internacionales para corroborar su validez y su ejecutabilidad. No es poco frecuente que estos sean considerados como dos lados de la misma medalla, ligados el uno con el otro en forma fluida e inseparable.

El presente comentario busca aportar algunas reflexiones derivadas de la jurisprudencia comparada. Esta ha logrado perfilar las diferencias entre las dos nociones, alcanzando mayor

claridad conceptual y mejor precisión respecto del espacio correspondiente al arbitraje comercial internacional. Así, este trabajo se refiere al texto de la *Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional* —en adelante, LMA— e incorpora observaciones relativas al derecho chileno, como exponente de un ordenamiento jurídico que desde hace poco cuenta con una legislación basada en esa normativa, aventurándose con ello a figurar en los escenarios globales del arbitraje internacional.

De esta manera, y en primer lugar, se abordará la definición de la

arbitrabilidad según la LMA, distinguiéndola de las demás instituciones relevantes contenidas en la ley (2). El método de análisis empleado es de tipo deductivo, sin que se pretenda reflejar la abundante discusión doctrinaria desarrollada sobre el particular¹. Únicamente con el afán de estimular un diálogo académico a través de las páginas de esta revista, se harán referencias a un trabajo publicado en el número 15 de Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional². En los capítulos siguientes, se reproducirá la jurisprudencia comparada que ha confirmado la arbitrabilidad de materias “sensibles” como la libre competencia (3) y los derechos de autor (4). Aunque no son recientes, las sentencias citadas expresan valiosos elementos doctrinarios y merecen una amplia divulgación. El trabajo finalizará con un breve comentario (5).

2. La noción de la arbitrabilidad en la terminología de la LMA

Según los términos normativos de la LMA, existe una sola arbitrabilidad, esto es, la objetiva³. La arbitrabilidad o inarbitrabilidad subjetiva se aborda como un problema de falta de capacidad de las partes en un acuerdo de arbitraje (arts. 34(2)(a)(i) y 36(1)(a)(i)). De lo anterior, es viable deducir que la inarbitrabilidad consagrada como una de las causales de ineficacia de un laudo aplicadas por un tribunal ordinario de oficio es la objetiva (arts. 34(2)(b)(i) y 36(1)(b)(i))⁴. Este concepto se refiere a controversias que no pueden ser resueltas por la vía arbitral, dado que su conocimiento fue reservado exclusivamente a la justicia ordinaria. En algunas legislaciones, el carácter arbitrable de la controversia coincide con la disponibilidad que tienen las partes respec-

-
- 1 A modo de referencia, véanse: Bouza Vidal, N. *La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral*. En: REDI, vol. LII, 2000, pp. 371-393; Perales Viscasillas, M.P. *Algunos problemas en torno a la arbitrabilidad mercantil: insolvencia y contrato de agencia*. En: Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional, n.º 5, Legis, Bogotá: 2004, pp. 7-29; Lehmann, M. *A pleas for a transnational approach to arbitrability in arbitral practice*. En: Columbia Journal of Transnational Law, vol. 42, 2004, pp. 752-775.
 - 2 Vásquez Palma, M.F. *Arbitrabilidad objetiva: un acercamiento a su delimitación e importancia*. En: Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional, n.º 15, Legis, Bogotá: 2007, pp. 77-113.
 - 3 Por ejemplo, distinta es la solución en el derecho suizo, que expresamente se refiere a la arbitrabilidad subjetiva en el inciso 2.º del artículo 177 de la *Ley de Derecho Internacional Privado*.
 - 4 Con la expresión “ineficacia” se hace referencia tanto a la nulidad del laudo como a su inejecutabilidad.

to del objeto⁵. En otras, resulta arbitrable cualquier interés patrimonial⁶, sin que esta noción coincida con la naturaleza disponible de los derechos⁷.

Para determinar el alcance de la arbitrabilidad dentro del vocabulario teórico de la LMA, se debe abordar primero el ámbito material de su aplicación. La ley regula el arbitraje cuando este exhibe elementos de internacionalidad y de comercialidad. El carácter comercial de este mecanismo se define a través de la nota a pie de página correspondiente al artículo 1(1) de la LMA. En el caso de Chile, esta nota fue transformada en el artículo 2(g) de la Ley 19971 del 29 de septiembre del 2004, que incorporó al ordenamiento el texto de la LMA en su integridad. En ella se consagra una interpretación amplia de la expresión “comercial”, acompañada por una extensa lista de ejemplos, no excluyente. Esta defi-

nición abierta tenía por objeto descartar, únicamente, asuntos laborales y demandas ordinarias de consumidores⁸.

En el plano comparado, la ley ha sido aplicada a un amplio rango de controversias que van desde la compraventa de una casa familiar⁹ hasta un arbitraje ad hoc basado en un acuerdo de protección y promoción de inversiones¹⁰. En este contexto, se podría concluir que lo “comercial” comprende transacciones relacionadas con las actividades con fines de lucro, exceptuando los asuntos laborales o de contratos simples de consumo.

Si bien el precepto anterior define la naturaleza comercial del objeto de la controversia, no dice nada acerca de su carácter arbitrable. Ello se ve confirmado por el artículo 1(5) de la LMA: “Esta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean

5 Artículo 2(1) de la *Ley de Arbitraje* española. Véase: Perales Viscasillas, M.P. *Algunos problemas en torno a la arbitrabilidad mercantil: insolvencia y contrato de agencia...*, cit., pp. 10 y 11, con la observación de que la mayoría de la doctrina considera que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia.

6 Artículo 177(1) de la *Ley de Derecho Internacional Privado* suiza.

7 Así lo ha señalado, explícitamente, el Tribunal Federal suizo. Véase: BGE 118 II 353, punto 3(b). Disponible en: www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitsentscheide/Band_118_1992/BGE_118_II_353.html.

8 Documento A/CN.9/264, p. 10, part. 18. Disponible en: www.uncitral.org.

9 Carter et. al. y McLaughling et. al. Tribunal de Ontario, 1.º de febrero de 1996, caso 390. Disponible en: www.uncitral.org.

10 *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*. Corte Suprema de British Columbia, 2 de mayo del 2001, párrafos 39-49. Disponible en: www.naftaclaims.com/disputes_mexico_metalclad.htm.

susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley”.

Conforme con lo establecido en la segunda parte de esta disposición, deberán prevalecer las eventuales restricciones del derecho doméstico concernientes a la celebración de un acuerdo de arbitraje, el cual, en principio, está sujeto a la LMA. Por ejemplo, un contrato de transporte de pasajeros está incluido dentro de la lista de los ejemplos del artículo 2(g) de la Ley 19971 de Chile, razón por la cual el arbitraje sería comercial en los términos de la preceptiva modelo. Sin embargo, un pasajero, como destinatario final del servicio, se considera consumidor (L. 19946, art. 1(1)) y, no obstante la existencia de un acuerdo de arbitraje, se encuentra facultado para “recurrir siempre ante el tribunal competente” (art. 1 ó(g)). En otras palabras, aunque es válida y ejecutable, la cláusula compromisoria no será vinculante para el consumidor.

En lo relativo a controversias no susceptibles de arbitraje, el artículo 1(5) de la LMA no consagra un concepto autónomo de lo que es arbitrable. En cambio, efectúa una remisión al derecho doméstico. Lo anterior es comprensible dado que, en el plano global, no existe un consenso

sobre la materia. No obstante, si bien la excepción de la inarbitrabilidad es absolutamente justificable, a falta de uniformidad en su definición, no se debe impedir la utilización del concepto en forma extensiva, incompatible con el funcionamiento del arbitraje internacional. Específicamente, ese peligro surge en el marco del artículo 8(1) de la LMA, que le permite a un tribunal nacional declarar improcedente el arbitraje, previo a la emisión del laudo, debido a la nulidad del acuerdo arbitral.

Basados en un concepto equivoco de la arbitrabilidad, los siguientes argumentos podrían conducir a que un tribunal arbitral fuese erróneamente privado de su competencia: si el objeto de la disputa está regulado por normas de orden público, la materia es inarbitrable. Por su parte, tal inarbitrabilidad equivale a la nulidad del acuerdo de arbitraje. A continuación, y con el fin de demostrar la impertinencia de esta secuencia de premisas, la noción de arbitrabilidad será distinguida, en primer lugar, de la validez del acuerdo arbitral y, en segundo, del concepto de orden público.

En términos generales, la validez del acuerdo de arbitraje se refiere igualmente a la del consentimiento otorgado por las partes para arbitrar sus controversias¹¹. Desde una visión

11 Véase, con mayor detalle, Mereminskaya, E. *Validez y ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje comercial internacional*. En: Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional, n.º 12, Legis, Bogotá: 2006, pp. 91-129.

netamente contractualista de este mecanismo, se puede sostener que tal acuerdo es nulo cuando tiene objeto ilícito, esto es, cuando se busca sustraer una controversia inarbitrable del conocimiento de la justicia ordinaria¹². Sin embargo, los actos normativos que rigen la materia no apoyan tal interpretación.

Por un lado, el inciso primero del artículo II de la *Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* consagra la obligación que tienen los Estados contratantes de reconocer un acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter al arbitraje las diferencias concernientes a “un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”, esto es, arbitrable. En el inciso tercero, por su parte, se establece una excepción a la regla anterior para los casos en los que el acuerdo de arbitraje resulte ser “nulo, ineficaz o inaplicable”.

De ello se deriva que la validez del acuerdo de arbitraje se plantea como un criterio de control independiente de la arbitrabilidad. En otras palabras, la sumisión al arbitraje tan solo puede tener lugar con respecto a asuntos arbitrables, pero este no prosperará en el evento de que el acuerdo de arbitraje sea nulo. Sin

perjuicio de lo anterior, el artículo 8.º de la LMA, homólogo del precepto convencional citado, reproduce sustancialmente el tenor literal de este último y no hace mención del requisito de la arbitrabilidad.

Con ello, es viable sostener que la preceptiva modelo ha abandonado esta causal como un criterio de análisis aplicable al acuerdo arbitral. Al tratarse de una norma posterior y más favorable al arbitraje, principio que inspira el mismo texto convencional y que llega a reflejarse en el artículo VII(1), debería prevalecer la LMA. Por lo tanto, en las legislaciones basadas en ella no se requiere que el problema de la arbitrabilidad sea sometido al escrutinio de la justicia ordinaria en la etapa previa a que se profiera el laudo.

Así mismo, la distinción entre la arbitrabilidad y la validez arbitral se observa en lo relativo a la ley que rige cada una de ellas. Hay que ser categórico en sostener que, según la LMA, la arbitrabilidad se juzga siempre por la *lex fori*. Los términos legales no apoyan, en cambio, el planteamiento de Vásquez respecto de que la arbitrabilidad “como una restricción al poder de comprometer (...) se encuentra íntimamente ligada al fondo del asunto y, por consiguiente,

12 Compárese, por ejemplo, Silva Romero, E. *El contrato de arbitraje*. Legis, Bogotá: 2005, pp. xxvii-xxxí y pp. 309 y ss.

es la *lex causae* o la ley aplicable al fondo del litigio la que debe fijar si una determinada categoría de litigios es arbitrable”¹³.

Junto con ello, su conclusión respecto de que “la inarbitrabilidad, como un defecto del convenio arbitral” esté sometida “a la ley rectora de la validez por razones de fondo del convenio arbitral” resulta contraria a las disposiciones de la LMA¹⁴. Del tenor literal explícito de la Ley 19971 se desprende que un laudo dictado en Chile debe versar sobre una materia arbitrable según ese ordenamiento (L. 19971, art. 34(2)(b)(i)) y lo mismo vale para un laudo extranjero, cuya ejecución se pide allí (L. 19971, art. 36(1)(b)(i)). Esta regla es imperativa y las partes no pueden evitar la aplicación de la ley territorial, sometiendo el fondo del asunto a una legislación extranjera que declare arbitrable la controversia.

Idéntica es la solución de la LMA en lo relativo a la ley que gobierna el acuerdo arbitral. Si bien las partes están facultadas para escoger la ley que lo rige, aplicándose el derecho del lugar del arbitraje de manera únicamente supletoria (LMA, art. 34(2)(a)(i)), no podrán escapar a las normas domésticas en materia de arbitra-

bilidad. La diferencia entre la validez del acuerdo y este último concepto se hace particularmente visible en el caso en que el reconocimiento y la ejecución del laudo se pidan en un país distinto a aquel donde fue dictado. La ley aplicable a la validez del acuerdo corresponderá a la escogida por las partes o a la de la sede de arbitraje. En cambio, la arbitrabilidad del asunto se juzgará invariablemente por la ley del tribunal (LMA, art. 36(1)(a)(i)).

Un último argumento a favor de la naturaleza distinta de estas dos causales tiene relación con su ubicación sistemática dentro de los artículos 34 y 36 de la LMA. La nulidad del acuerdo de arbitraje se encuentra dentro del grupo de circunstancias que las partes deben probar para provocar la ineficacia del laudo. En cambio, la inarbitrabilidad de la controversia es susceptible de ser invocada por el tribunal ordinario, de oficio. De lo anterior se desprende el peso distinto que tiene cada una de estas nociones.

Mientras la arbitrabilidad es irrenunciable, la causal de nulidad del acuerdo arbitral requiere esfuerzos probatorios de la parte y todavía hay que preguntarse si surtirá efecto en el caso de que no se hubiera alegado,

13 Vásquez Palma, M.F. *Arbitrabilidad objetiva: un acercamiento a su delimitación e importancia...*, cit., p. 79.

14 *Ibidem*.

previamente, ante el tribunal arbitral¹⁵. Frente a estos argumentos, eventualmente podría sostenerse que estas diferencias no son concluyentes, dado que es posible que una causal aplicada a instancias de la parte, así mismo, esté implícitamente incorporada dentro de la noción del orden público, cuya aplicación *ex officio* constituye una prerrogativa de la justicia ordinaria, al igual que como ocurre con la arbitrabilidad.

Así, si bien un vicio del procedimiento arbitral probado por la parte daría lugar a la nulidad del laudo en virtud del artículo 34(2)(a)(iv) de la LMA, también podría ser equivalente a una violación al orden público. Sin embargo, este planteamiento no resulta convincente, ya que un vicio procedimental atenta contra el orden público, únicamente si constituye una ofensa grave y flagrante a la *lex fori*¹⁶.

A diferencia de la situación descrita, el concepto de la inarbitrabilidad no admite esta especie de gradualidad, dado que una materia es arbitrable o no en virtud de sus características intrínsecas. Por las razones expuestas, y considerando que el texto legal emplea el concepto de la inarbitrabilidad en forma precisa y bien delimitada, no es admisible que ella contagie el resto de las causales como es, por ejemplo, la validez del acuerdo de arbitraje, según lo afirma Vásquez¹⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, la segunda distinción terminológica es la que preocupa más al presente comentario, esto es, la distinción entre la inarbitrabilidad de la materia y las restricciones del orden público. La existencia de tal diferenciación se desprende a simple vista del texto legal, que trata las dos causales en forma separada (LMA, arts. 34(2)(b)(i) y 34(2)(b)(ii))¹⁸. Sin embargo, es

15 El artículo 4.º de la *Ley Modelo de Arbitraje* regula la renuncia al derecho de objetar. Véase la reseña de la jurisprudencia alemana sobre el tema en: Mereminskaya, E. *Eficacia de las sentencias arbitrales internacionales en el derecho ruso y alemán*. En: Picand Albónico, E. (coordinador), *Estudios de Arbitraje*, Edit. Jurídica de Chile, 2006, pp. 765-789 y 782-784.

16 Informativo de la Cnudmi. Documento A/CN.9/563/Add.1, 24 de mayo del 2004, p. 13. Disponible en: www.uncitral.org. Igualmente, véase: International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration. *London Conference (2000)*. P. 26. Disponible en: www.ila-hq.org/pdf/ComArbitration.pdf.

17 Una opinión contraria se encuentra en: Vásquez Palma, M.F. *Arbitrabilidad objetiva: un acercamiento a su delimitación e importancia...*, cit., p. 80.

18 La solución podría parecer distinta en el contexto del artículo 2060 del Código Civil francés, que prohíbe someter al arbitraje "... todas las materias que interesan al orden público". Si bien este precepto inicialmente sirvió para descartar el arbitraje en las áreas reguladas por normas imperativas, esta tendencia fue revertida por la jurisprudencia a finales de los años 80, del siglo XX. Véanse referencias a sentencias de la Corte de Casaciones en: Roussos, A. *Private antitrust enforcement in arbitration proceedings: theory and practice*. P. 5. Disponible en: www.kernbureau.uva.nl.

frecuente encontrarse con exponentes de la postura contraria, que infieren la inarbitrabilidad de un determinado asunto de la existencia de las normas imperativas¹⁹.

Según la jurisprudencia comparada, la institución del orden público se emplea para negar la eficacia de un laudo arbitral que viola, en su aspecto procesal o sustantivo, los valores socio-jurídicos fundamentales de la *lex fori*²⁰. Es decir, el vicio que se ataca con el orden público tiene relación con una sentencia arbitral gravemente ofensiva para el derecho doméstico.

Ahora bien, parece lógico que corroborar la conformidad o la disconformidad de un laudo con el orden público del foro únicamente es posible con posterioridad a que este sea proferido. En otras palabras, se trata de un mecanismo de control que opera *ex post*. A diferencia de lo anterior, en términos conceptuales la inarbitrabilidad opera *ex ante*. Aunque su análisis de facto se efectúe con respecto a un laudo fallado, la inarbitrabilidad de la materia significa que el árbitro nunca tuvo jurisdicción para pronunciarse sobre el fondo de la controversia, dado que la justicia estatal tiene el monopolio para resolver este tipo de asuntos.

El interrogante acerca de la relación entre las normas de orden público y la inarbitrabilidad de la materia podría plantearse ante la justicia ordinaria, previamente a que se dicte el laudo o frente a uno ya proferido. En este último caso, la respuesta es irrelevante, dado que la LMA contempla las dos causales. En el primero de los eventos, en cambio, adquiere cierta relevancia o, más bien, hace menester una rigurosidad terminológica. Como se señaló con anterioridad, el artículo 8.º de la LMA no alude a la arbitrabilidad, debiendo prevalecer este precepto por encima del artículo II de la Convención de Nueva York. Sin perjuicio de lo anterior, si se cree erróneamente que la validez del acuerdo arbitral comprende, así mismo, la pregunta por la arbitrabilidad de la materia, su eventual relación con normas de orden público se torna crucial.

Sin embargo, este último razonamiento pasa por alto la función que el orden público cumple en el contexto de arbitraje, recién descrita. Al declarar inarbitrable una materia sujeta a normas de orden público, se incurre en la presunción incontestable de que el tribunal arbitral necesariamente va a errar en la aplicación de las normas imperativas. Con ello, un instrumento de control *ex post* se

19 En ese sentido, eventualmente, Vásquez Palma, M.F. *Arbitrabilidad objetiva: un acercamiento a su delimitación e importancia...*, cit., pp. 103-106, con citas correspondientes.

20 *Supra*, nota 16.

transforma en una revisión *ex ante*, al efectuarse una revisión basada en conjeturas. Más aun, considerar inarbitrable cualquier materia que contemple normas imperativas con base en esa suposición abstracta, carente de toda validez, llevaría al absurdo de declarar inarbitrable cualquier disputa contractual.

En otras palabras, si la presencia de normas imperativas predeterminara la inarbitrabilidad, bastaría con que en el derecho doméstico existiera una norma imperativa que, como suele ocurrir en los países de tradición civilista, declare nulo un contrato que tiene un objeto ilícito por contravenir al orden público o las buenas costumbres. Ante el temor de que el árbitro no respete tal norma, siendo consecuente, habría que prohibirles a las partes el recurso a la vía arbitral.

No obstante, más allá de una conclusión tan extrema, ese tipo de razonamiento legitima tácticas dilatorias tendientes a evadir el arbitraje. Dado que el tribunal ordinario está facultado para resolver sobre la validez del acuerdo arbitral, al invocar razones de orden público supuestamente conducentes a la inarbitrabilidad de la controversia y, por lo tanto, a la nulidad del mismo, se lograría que el tribunal ordinario

entrara a conocer del fondo del asunto. Con ello, se incurriría en una violación grave del principio de la autonomía de la cláusula compromisoria establecido en el artículo 16(1) de la LMA, según el cual, la nulidad del contrato de fondo "... no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria".

Como se desprende de esta disposición, aunque el contrato sea nulo por contravenir a una norma imperativa, le corresponde al árbitro pronunciarse sobre lo particular. Frente a ello, no es posible compartir el planteamiento de Vásquez con respecto a los contratos con objeto ilícito, pues "... si un convenio arbitral plantea como objeto del litigio cualquiera de estas materias, este será susceptible de ser declarado nulo"²¹. En otras palabras, la nulidad del contrato de fondo por violaciones al orden público del foro no se traduce en una falta de jurisdicción del tribunal a raíz de una hipotética inarbitrabilidad de la controversia. Lo anterior no quiere decir que la justicia ordinaria se sustraiga de sus facultades de supervisión. Tan solo significa que el tribunal arbitral es quien tiene la primera oportunidad para resolver al respecto, quedando su decisión sujeta a una posible revisión posterior.

Desde la perspectiva de un derecho doméstico determinado, la

21 Vásquez Palma, M.F. *Arbitrabilidad objetiva: un acercamiento a su delimitación e importancia...*, cit., p. 100.

arbitrabilidad es un criterio objetivo e invariable, deducible únicamente de un mandato explícito del legislador. En cambio, no ejerce la función de proteger el orden público, la cual se realiza con respecto a un laudo dictado en el caso de que el peligro de su violación se haya hecho realidad.

Esencialmente, las aclaraciones terminológicas desarrolladas pretenden evitar que de la existencia de las normas imperativas se deduzca la inarbitrabilidad de una controversia y de ello se derive la nulidad del acuerdo de arbitraje. Esta secuencia de conclusiones no solamente carece de fundamento en el texto de la LMA, más aun, atenta gravemente contra el funcionamiento armónico del arbitraje internacional. La jurisprudencia comparada reproducida a continuación permite ilustrar cómo en casos concretos los tribunales extranjeros han logrado perfilar la distinción entre la arbitrabilidad y el orden público.

3. La jurisprudencia comparada sobre la arbitrabilidad en materia de libre competencia

El resultado del caso emblemático *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* es ampliamente

conocido: la Corte Suprema de Estados Unidos confirmó la arbitrabilidad de las demandas basadas en la violación del derecho de libre competencia²². Si bien no se trata de un fallo reciente, se reproducirán los argumentos del alto tribunal, los cuales tienen un alto valor argumentativo a la hora de trazar distinciones entre qué son normas imperativas y qué el orden público. Luego de ello, se hará referencia a la práctica judicial de la Unión Europea sobre el tema.

A raíz de la controversia entre el productor de automóviles japonés y el distribuidor puertorriqueño, la empresa Mitsubishi presentó una demanda ante la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial. Soler Chrysler, por su parte, acudió a la justicia ordinaria estadounidense, basándose en la *Sherman Act* —ley de protección de libre competencia—, alegando que su contraparte incurrió en una división de mercados con el fin de restringir el comercio. El tribunal de segunda instancia aplicó la doctrina del caso *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, vigente en este momento, y declaró que la controversia era inarbitrable²³.

Al conocer el asunto, la Corte Suprema de Estados Unidos, en primer lugar, resaltó la política legislativa y

22 *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., certiorari to the United States Court of Appeals for the First Circuit*, n.º 83-1569, 473 U.S. 614, 2 de julio de 1985.

23 *Ibidem*, 614-615.

judicial dirigida hacia un cumplimiento estricto de los acuerdos de arbitraje libremente pactados. Sostuvo que no había razón para apartarse de estas pautas cuando las partes ligadas por un acuerdo arbitral planteaban demandas derivadas de derechos otorgados por un acto legislativo —*statutory rights*—²⁴.

Así mismo, señaló: "... la parte, al optar por el arbitraje, no renuncia a los derechos sustantivos garantizados por un acto legislativo; más bien, somete su resolución a un foro arbitral antes que judicial. Cambia los procedimientos y oportunidades de una revisión en una corte, por la simplicidad, informalidad y rapidez de un arbitraje. Si el legislador hubiese querido impedir una renuncia al acceso a la justicia estatal, tal intención habría sido deducible del texto de la respectiva ley o de su historia legislativa. Una parte que ha pactado el arbitraje, deberá cumplir con esta promesa, a menos que el Congreso hubiese evidenciado una intención a reservar el pronunciamiento sobre ciertos derechos derivados de las normas legales a la justicia estatal únicamente"²⁵.

A continuación, abogando por un enfoque más flexible y menos localista de los tribunales en materia de casos de tráfico externo²⁶, la Corte analizó y descartó los cuatro argumentos formulados anteriormente en el caso *American Safety*. En primer lugar, sostuvo: "... si bien podría probarse la nulidad de un acuerdo de arbitraje, no se desprendería automáticamente del hecho de haber sido pactado a través de un contrato de adhesión"²⁷. En segundo lugar, negó que el carácter complejo de los problemas, que requerían de un análisis sofisticado en materia jurídica y económica, hiciera impracticable el recurso al arbitraje. Por el contrario, este se caracterizaría por su adaptabilidad y especificidad, al igual que por una amplia participación de expertos²⁸.

El tercer argumento de *American Safety* tenía relación con el peligro que significaba entregar una decisión sobre la regulación de la actividad comercial a "... representantes de la comunidad empresarial, especialmente, a aquellos extranjeros que no poseen experiencia en nuestro derecho y nuestros valores"²⁹. Según la Corte

24 Ídem, 627.

25 Ídem, 628.

26 Ídem.

27 Ídem, 632.

28 Ídem, 633.

29 Ídem, 632.

Suprema, las partes del procedimiento arbitral tenían la facultad para elegir a los árbitros conforme con sus expectativas y la selección no necesariamente tenía que recaer en comerciantes, sino también en abogados.

En el caso en análisis, los tres árbitros tenían nacionalidad japonesa. Uno de ellos fue decano de una facultad de derecho, otro era un juez en retiro y, el tercero, era un abogado litigante con formación profesional en Estados Unidos y experto en derecho antimonopolio japonés, características que parecían inducir en la Corte una cierta confianza hacia ese tribunal arbitral. Así mismo, se subrayó que el problema del posible desconocimiento del derecho aplicable y de valores nacionales eventualmente afectados se presentaba en cualquier tipo de arbitraje internacional, por lo que no podía considerarse una indicación válida para negar la arbitrabilidad del asunto³⁰.

El último argumento abordado por la Corte en este caso señalaba que los particulares cumplen un rol preponderante en la ejecución del derecho de protección de libre competencia a través de la acción privada, que les permite exigir el pago de un monto triple del daño efectivo.

Esto haría improcedente la renuncia a dicha acción³¹. Al rechazar este planteamiento, la Corte Suprema recaló la historia legislativa de la *Sherman Act*, de la que se desprendería que los llamados *treble-damages* fueron concebidos como una forma de llevar la justicia a los particulares. No obstante, en todo momento ellos permanecían en control de sus opciones, esto es, ningún ciudadano estaba obligado a presentar una demanda de esta índole pero, al mismo tiempo, podía presentarla, sin requerir una aprobación por parte del poder ejecutivo o judicial³².

Frente a la preocupación de que el tribunal arbitral pasara por alto las disposiciones de la *Sherman Act*, la Corte señaló: "No existen razones para asumir que el arbitraje internacional no ofrecerá un mecanismo adecuado. Si bien, un tribunal arbitral no debe ninguna lealtad a las normas legales de un Estado en particular, esto es, no tiene una obligación directa de cumplir con sus dictámenes legislativos. Sin embargo, está obligado a cumplir con la intención de las partes. Si las partes, como en este caso, han sometido al tribunal arbitral demandas basadas en el derecho norteamericano de libre competencia, el tribunal tiene que resolver esta disputa con base en

30 Ídem, 634.

31 Ídem, 632.

32 Ídem, 636.

el derecho nacional que le dio surgimiento. Mientras un litigante pueda reivindicar sus derechos en un foro arbitral, el acto legislativo en cuestión seguirá cumpliendo tanto su función compensatoria como disuasoria”³³.

El hecho de que el contrato estuviera sometido a la ley suiza no alteraba la conclusión anterior, dado que las demandas presentadas ante el tribunal arbitral se sostendrían explícitamente en la ley norteamericana, lo cual era la intención de las partes. La Corte declinó “especular” acerca de la eventual omisión de aplicar la ley nacional por parte del tribunal arbitral, dado que en aquel momento lo que se cuestionaba era los efectos del acuerdo de arbitraje y no la petición de ejecutar un laudo. Los tribunales de Estados Unidos obtendrían la oportunidad para garantizar la observancia del derecho de protección de libre competencia en la etapa de ejecución del laudo arbitral³⁴.

Finalmente, la Corte subrayó que no pretendía rebatir la conclusión de la instancia inferior que, para el reconocimiento de un acuerdo de arbitraje, en virtud de lo dispuesto en el artículo II(1) de la Convención de

Nueva York, era necesario que versara sobre materia susceptible de ser objeto de arbitraje, teniendo en consideración las excepciones consagradas en el derecho doméstico. Así mismo, era indudable que el Congreso tenía la facultad de establecer tales excepciones. Pero, a falta de una indicación explícita por parte de este último, la Corte Suprema se negó a quebrantar el espíritu que motivó la adhesión de Estados Unidos a la convención, por lo que se rehusó declarar inarbitrables las demandas basadas en la *Sherman Act*³⁵.

Como se puede observar, la pertenencia del derecho de libre competencia a normas de orden público no implicaría la inarbitrabilidad de la controversia. Por el contrario, se estableció una obligación implícita del tribunal arbitral de aplicar las normas del ordenamiento jurídico afectado, cuyo cumplimiento debe ser revisado en la etapa de ejecución del laudo.

Dentro de esta misma línea de pensamiento se sitúa la jurisprudencia europea, consagrada a través de la decisión del Tribunal de Justicia Europea —en adelante, TJE—, en el caso *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*. La sentencia

33 Ídem, 636-637.

34 Ídem, 637.

35 Ídem, 639.

fue dictada, a raíz de una solicitud presentada por la Corte Superior de Holanda, con el fin de obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 85 del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* —en adelante, TCE—³⁶.

La controversia surgió de un contrato de licencia, otorgado por la empresa Benetton a la demandante y a una tercera sociedad, el cual fue terminado por la primera de ellas tres años antes de que concluyera la vigencia acordada³⁷. El tribunal arbitral ordenó que la compañía pagara una indemnización, sentencia que fue recurrida por violar el orden público argumentando la nulidad del contrato de licencia desde el punto de vista del artículo 85 del TCE, puesto que este les permitía a las partes repartirse el mercado. Sin embargo, en el marco del procedimiento arbitral, en ningún momento las partes o los árbitros se refirieron a ese aspecto³⁸.

El TJE sostuvo que el artículo 85 del TCE "... constituye una disposición fundamental indispensable para el

cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del artículo 85 del tratado, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno derecho"³⁹. A lo cual agregó: "De ello se deduce que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del tratado"⁴⁰.

Esta sentencia ha suscitado una serie de discusiones relativas a su implementación práctica y, especialmente, a la capacidad que tiene el tribunal arbitral de efectuar los estudios de mercado necesarios para aplicar el derecho de la libre competencia⁴¹. Sin embargo, no se observan cues-

36 Actualmente, el artículo 81.

37 Sentencia del Tribunal de Justicia del 1.º de junio de 1999. En: Eur-Ley-61997J0126, párr. 11.

38 *Ibidem*, párrs. 14 y 21.

39 *Ídem*, párr. 36.

40 *Ídem*, párr. 37.

41 Niggemann, F. *Europäisches Wettbewerbsrecht und Schiedsgerichtsbarkeit: Eco Swiss und europäischer Ordre Public in der praktischen Anwendung in Frankreich*. En: *SchiedsVZ*, vol. 6, 2005, pp. 265-273; Heurkamp, F. *Kartellrecht – faktisch doch kaum schiedsfähig?* En:

tionamientos con respecto al carácter arbitrable de los contratos que eventualmente repercuten en el funcionamiento del mercado.

Esta postura es acorde con una visión más jurisdiccionalista del arbitraje, predominante en Chile⁴², lo que debería facilitar la comprensión de que, al escoger esta vía de solución de las controversias, las partes no renuncian a sus derechos sustantivos. Al mismo tiempo, el pronunciamiento del laudo arbitral no impide el ejercicio de facultades de fiscalización por parte de los órganos estatales encargados de velar por la libre competencia⁴³. Adoptar una visión contraria, especialmente, aquella basada en el esquema “orden público – inarbitrabilidad – nulidad del acuerdo arbitral”, significaría extender una invitación a los deudores de mala fe para que, de forma habitual, aleguen la interferencia del derecho de libre competencia y, con ello, induzcan al tribunal ordinario a entrar en el fondo de la controversia.

En síntesis, de la jurisprudencia citada pueden resaltarse las siguientes reflexiones. En primer lugar, la aplicabilidad de normas de orden público no transforma una materia en inarbitrable. En segundo término, existe una obligación implícita de los tribunales arbitrales de aplicar las leyes imperativas de protección de libre competencia bajo la pena de nulidad del laudo.

4. La arbitrabilidad de la propiedad intelectual en la jurisprudencia canadiense

El caso *Desputeaux v. Éditions Chouette* (1987) Inc. surgió entre las coautoras de un personaje literario de libros para niños llamado Caillou. La demandante pintó al personaje y la codemandada L'Heureux escribió los textos de ocho libros. Las coautoras asignaron derechos de reproducción de su creación a la Editorial Chouette,

SchiedsVZ, vol. 4, 2006, pp. 214 y 215; Blande, G. *The role of EC Competition Law in international arbitration: a plaidoyer*. En: EBLR, 2005, pp. 169-181. En palabras de la High Court of Justice Queens Bench Division: “*There is no realistic doubt that such ‘competition’ or ‘anti-trust’ claims are arbitrable*” —ET Plus SA & Ors v. Welter & Ors, 7 de noviembre del 2005, párr. 51. Disponible en: www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2005/2115.html—.

42 Corte de Apelaciones de Santiago. “Urrutia con de la Maza”, 29 de agosto de 1986. En: *El Arbitraje en la Jurisprudencia Chilena*, CAM Santiago: 2005, pp. 80-82; Corte de Apelaciones de Santiago. “De Bonis, Domingo con Zugadi, María Nieves”, 30 de noviembre de 1983. En: *El Arbitraje en la Jurisprudencia Chilena...*, cit., pp. 77-79.

43 Así explícitamente la Comisión Resolutiva de Chile en la Resolución n.º 147, del 15 de junio de 1983, considerando octavo, p. 17. Disponible en: www.fne.cl. Tampoco se observan objeciones a la arbitrabilidad de un contrato de franquicia en la Resolución n.º 15 del 3 de agosto del 2006, proferida por el Tribunal de Defensa de Libre Competencia, considerando decimoquinto, p. 19. Disponible, igualmente, en: www.tdlc.cl.

cuya socia mayoritaria y gerente era igualmente L'Heureux⁴⁴.

Una vez surgieron las controversias sobre la interpretación de ese contrato de licencia, la editorial recurrió a la justicia ordinaria. Sin embargo, Desputeaux solicitó que se remitiera a las partes al arbitraje, invocando el artículo 37 de la *Ley sobre el Estatus Profesional de los Artistas de las Artes Visuales, de Artes y Artesanía y de Literatura con sus Contratistas y Promotores*, que establecía: "En ausencia de una renuncia expresa, cada disputa que surge de la interpretación del contrato deberá ser sometida a un árbitro a solicitud de una de las partes"⁴⁵.

Después de proferido el laudo arbitral, este fue confirmado por el Tribunal de Primera Instancia, pero anulado por la Corte de Apelaciones de Quebec, por considerarse inarbitrable la materia. Esta decisión estuvo basada, principalmente, en el inciso 1.º del artículo 2639 del Código Civil de Quebec, que consagra: "Las disputas sobre el estatus y la capacidad de las personas, materias de familia u otras materias del orden público no pueden ser sometidas al arbitraje"⁴⁶.

La Corte concluyó que el derecho a recibir los créditos por la autoría de un trabajo, al igual que el derecho sobre el nombre de una persona, otorgaba una connotación puramente moral a la dignidad y el honor del creador de la obra. Así mismo, la decisión tomada por el árbitro afectaba, según la Corte, no solo los derechos de propiedad intelectual sobre una obra, sino que también era oponible a las personas no involucradas en la controversia sometida al arbitraje⁴⁷.

Al llegar el asunto a conocimiento de la Corte Suprema de Canadá, se discutió si, al pronunciarse sobre los derechos de propiedad intelectual, el árbitro excedió su mandato, dado que la controversia tan solo versaba sobre el contrato de licencia. Además, la demandante sostuvo que en virtud del artículo 37 de la *Ley de Propiedad Intelectual*, los derechos de propiedad intelectual constituían una materia que no era susceptible de ser sometida al arbitraje⁴⁸. El artículo señalado establece: "La Corte Federal tendrá jurisdicción concurrente junto con las cortes provinciales para conocer de los

44 Les Éditions Chouette (1987) Inc. and Christine L'Heureux v. Heléne Desputeaux and Régis Rémillard. 2003, SCC 17, 21 de marzo del 2003, párr. 3.

45 *Ibidem*, párr. 7.

46 *Ídem*.

47 *Ídem*, párr. 14.

48 *Ídem*, párr. 19.

procedimientos (...) para la ejecución de las disposiciones de la presente ley o de otros remedios civiles contemplados por esta ley⁴⁹. Por último, quedaba como cuestión pendiente de resolver si un conflicto sobre la propiedad de los derechos de autor era inarbitrable por pertenecer al orden público.

En primer lugar, y basándose en los objetivos del acuerdo de arbitraje que habían concluido las partes con posterioridad al surgimiento de la disputa, la Corte Suprema concluyó que el asunto de la autoría del personaje estaba intrínsecamente relacionado con las preguntas abordadas en el acuerdo de arbitraje en forma explícita. Así, para resolver sobre los derechos de la Editorial Chouette para producir y vender productos derivados de Caillou, primero era necesario determinar si estas facultades le habían sido asignadas por los verdaderos dueños de los derechos de propiedad intelectual⁵⁰.

Una vez se confirmó que el mandato del árbitro abarcaba la pregunta sobre los derechos de autor de las partes, la Corte entró a analizar si esta materia era inarbitrable. Para

ello indagó si tal restricción podría desprenderse del citado artículo 37 de la *Ley de Propiedad Intelectual* canadiense. A juicio de la corporación, el objetivo de este precepto consistía en establecer la competencia *rationae materiae* de la jurisdicción federal y provincial, sin pretender excluir el arbitraje. Tal exclusión no podía presumirse, a menos que hubiera sido consagrada explícitamente. A mayor abundamiento, la jurisdicción arbitral formaba parte del sistema judicial provincial de Quebec, por lo cual tenía que ser considerada cubierta por el tenor literal del artículo⁵¹. En cambio, si el Parlamento hubiese querido establecer la inarbitrabilidad de los derechos de autor lo habría consagrado en forma expresa⁵².

Acto seguido, la Corte analizó si los derechos de autor constituían una materia de orden público, lo que eventualmente transformaría el asunto en inarbitrable. Al respecto, expresó las pautas de interpretación que guiaron su análisis de la noción del orden público: "Interpretando y aplicando este concepto en el contexto del arbitraje voluntario, debemos tomar en consideración la política legislativa que acepta esta forma de

49 Ídem, párr. 7.

50 Ídem, párr. 35.

51 Ídem, párr. 42.

52 Ídem, párr. 46.

resolución de disputas y hasta busca su expansión. Por tal razón, con el fin de preservar la autonomía de la toma de decisiones dentro del sistema de arbitraje, es importante evitar una aplicación extensiva del concepto por los tribunales. Un recurso amplio al orden público en el contexto de arbitraje pondría en peligro dicha autonomía, contrariamente al enfoque legislativo expreso y la política judicial basada en él⁵³.

Así mismo, una interpretación amplia del concepto de orden público estaría claramente rechazada por el legislador, dado el inciso segundo del artículo 2639 del Código Civil de Quebec que establece: "Un acuerdo de arbitraje no puede ser objetado con base en que las reglas aplicables a la disputa tienen la naturaleza de reglas de orden público". Con este precepto se buscaba poner fin a la tendencia previa de los tribunales de excluir cualquier materia relacionada con el orden público de la jurisdicción arbitral⁵⁴.

La Corte Suprema cuestionó si los derechos de autor, como derechos morales, eran análogos a materias enumeradas en el inciso primero del artículo 2639 del Código Civil de

Quebec, conforme a lo planteado por la instancia inferior. Sostuvo que la legislación canadiense de propiedad intelectual reconoce un solapamiento entre derechos económicos y morales en la institución de los derechos de autor. La respectiva ley trata los derechos de autor, antes que nada, como un sistema diseñado para organizar la administración económica de propiedad intelectual, y como un mecanismo de protección y transmisión de valores económicos asociados a este tipo de propiedad y de uso de ella⁵⁵.

La ley no les prohíbe a los artistas realizar transacciones sobre sus derechos de autor o recibir ganancias del ejercicio de sus derechos morales⁵⁶. Por su parte, según el artículo 37 de la *Ley sobre el Estatus Profesional de los Artistas de las Artes Visuales, de Artes y Artesanía y de Literatura con sus Contratistas y Promotores*, el uso del arbitraje en la resolución de disputas que surjan en relación con tales transacciones es perfectamente aceptable. Esta disposición constituiría una paradoja si el legislador hubiese considerado que los derechos de autor correspondían a materias de orden público, no susceptibles de ser sometidas al arbitraje⁵⁷.

53 Ídem, párr. 52.

54 Ídem, párr. 53.

55 Ídem, párr. 57.

56 Ídem, párr. 58.

57 Ídem, párr. 59.

Por último, la Corte de Apelaciones incurrió en un error al concluir que el asunto era inarbitrable por tener la naturaleza de *erga omnes*. El principio *res judicata* del laudo arbitral significaba que el laudo tenía fuerza obligatoria para las partes del litigio, pero no era vinculante para los terceros que no habían participado en el procedimiento. Así, no existía impedimento alguno para que una persona que no hubiese sido parte del acuerdo de arbitraje, pero que participó en la creación de libros sobre Caillou, recurriera a la justicia solicitando el reconocimiento de sus derechos de autor⁵⁸. Por las razones expuestas, la Corte Suprema confirmó el laudo arbitral⁵⁹.

La sentencia citada puede ser resumida de la siguiente manera. En primer lugar, los aspectos patrimoniales de los derechos de autor fundamentan la arbitrabilidad de esta materia. En cambio, no procede adoptar una noción excesivamente amplia de orden público que interfiera en el funcionamiento del arbitraje, por declararse inarbitrables los asuntos relacionados con él. En segundo término, los preceptos que regulan la distribución de la competencia entre distintas ramas jurisdiccionales del Estado, a falta de un pronunciamiento explícito del legislador, no equivalen

a un juicio sobre la inarbitrabilidad de una determinada materia. Por último, una sentencia arbitral que se pronuncia sobre los derechos de autor tiene un carácter interpartes y no afecta derechos de terceros, confirmándose con ello el carácter arbitrable de la controversia.

5. Palabras finales

Supuestamente, varios de los países latinoamericanos se están incorporando en el desafío por transformarse en un atractivo centro del arbitraje comercial internacional. En el camino hacia este objetivo se podrá elegir, al menos, en relación con el tema analizado, entre dos posturas.

Por un lado, se puede insistir orgullosamente en los conceptos jurídicos propios del derecho doméstico, en algunos casos, el decimonónico. En este escenario, la noción de orden público se transformaría en espada y escudo a la vez: el espacio asignado al arbitraje internacional se acortaría para poder permanecer en el seno acogedor de la justicia doméstica, tan agradablemente familiar. Por el otro, si realmente se desea igualar las condiciones de competencia con países que llevan la delantera en este campo, se puede aprender de ellos a reducir los obstáculos al arbitraje.

58 Ídem, párr. 62.

59 Ídem, párr. 72.

Para esto, se debe situar el orden público en el contexto que a él le corresponde: un recurso excepcional aplicable a una sentencia arbitral en forma posterior. Junto con ello, se debe

ser riguroso respecto del concepto de arbitrabilidad, asignándole un lugar sin duda relevante, pero bien definido en su aplicabilidad. La opción, en todo caso, está abierta.