

**«EL PRINCIPIO DE VALIDACIÓN COMO CRITERIO PARA
LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LA VALIDEZ
DEL ACUERDO DE ARBITRAJE» (2020).**

Felipe Montero Rafols

Premio del CAM Santiago a las Mejores Tesis en Métodos Adecuados de Resolución Pacífica de Conflictos – Primera Edición.

Mejor Tesis de Pregrado

«El principio de validación como criterio para la determinación del derecho aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje»

FELIPE MONTERO RAFOLS

Profesor Guía: Mauricio Inostroza Sáez

Universidad de Concepción

2020

Publicación del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS).

Coordinadores de la publicación: Mg. Laura Aguilera Villalobos (Subdirectora Ejecutiva del CAM Santiago) & Claudio F. Osses Garrido (Asistente de Investigación y Extensión de la Oficina de Estudios y Relaciones Internacionales del CAM Santiago).

Edición digital.

© Autores & CAM Santiago, marzo de 2025. Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en forma ni a través de medio alguno –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, ni similares– sin permiso previo y por escrito del CAM Santiago y de los autores de cada memoria.

Diseño y diagramación: Jorge Álvarez Gutiérrez.

Asistentes de revisión de diagramación: Daniela Cáceres Pradenas y Sergio Castillo Urrutia.

El CAM Santiago premia a las mejores tesis en métodos adecuados de resolución pacífica de conflictos

En agosto de 2022, el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) reconoció a los ganadores del «Premio CAM Santiago 2022 a las Mejores Tesis en Métodos Adecuados de Resolución Pacífica de Conflictos», iniciativa organizada por la Dirección Ejecutiva y de la Oficina de Estudios y Relaciones Internacionales del Centro.

La primera edición del galardón convocó a egresados de pregrado y postgrado de Facultades de Derecho nacionales, con el objetivo de incentivar la investigación académica en métodos adecuados de resolución pacífica de conflictos en Chile (tales como el arbitraje, la mediación y los dispute boards) a través de tesis, tesinas, ensayos, investigaciones y memorias de prueba aprobadas entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2021.

Durante la convocatoria se recibieron un total de 18 postulaciones, resultando ganadores Felipe Montero Rarfol (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción) en la categoría de pregrado y Tomás Rodríguez Correa (Máster en Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje por la Universidad de Chile y por la Universidad de Heidelberg) en la categoría de postgrado. Adicionalmente se entregó la mención Francisco Orrego Vicuña a la mejor tesis de pregrado en arbitraje de inversiones, escrita por Joaquín Schäfer Rodríguez (Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

La «mejor tesis de pregrado» (escrita por Felipe Montero y guiada por el profesor Mauricio Inostroza Sáez) lleva por título «El principio de validación como criterio para la determinación del derecho aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje» (2020) y propone la aplicación de este principio con el objetivo de hacer efectiva la auténtica intención de las partes en orden a someterse al procedimiento arbitral, aplicando al efecto el Derecho más favorable al acuerdo de arbitraje, solución que su autor estima consistente con la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958) y demás textos uniformes que configuran el marco regulatorio de la disciplina.

La «mejor tesis de posgrado» (escrita en inglés por Tomás Rodríguez y guiada por la profesora Andrea Ernst) fue «Dispute settlement after sovereign debt defaults: A forum menu for holdout creditors» (2018) y tuvo como objetivo identificar el mejor foro para lograr el pago total de los términos financieros de los bonos soberanos, mediante la comparación de factores como la jurisdicción, los méritos y la ejecución en tres escenarios: desde la aproximación del Derecho contractual, el Derecho convencional y la negociación en el mercado de capitales. Estos enfoques se derivaron del derecho doméstico (principalmente Derecho inglés y Derecho del Estado de Nueva York), el derecho internacional público y el derecho financiero internacional.

Ambas memorias fueron presentadas por sus autores y comentadas, respectivamente, por la Dra. María Agnes Salah Abusleme (entonces, Vicepresidenta del Consejo Directivo del CAM Santiago) y por la abogada Macarena Letelier Velasco (entonces, Directora Ejecutiva del Centro).

Por su parte, la «mención Francisco Orrego Vicuña» fue entregada a la tesis «Notas sobre la configuración normativa del arbitraje internacional de inversiones en Chile: Regulación y crítica» (escrita en 2020 por Joaquín Schäfer y guiada por el profesor Mauricio Ríos Lagos). Esta investigación se propuso demostrar cómo el arbitraje internacional de inversiones ha puesto en jaque el monopolio estatal en la producción normativa, así como se ha instaurado como una figura con una fisonomía propia con relación al esquema de la jurisdicción constitucional chilena. Con este fin, esta memoria se planteó los siguientes objetivos: enmarcar al arbitraje de inversiones como una figura jurídica que obedece y responde al sistema político económico actual; identificar la forma en que su consagración ha implicado un desafío en el monopolio de la producción normativa estatal; revisar cómo responde a la teoría de la jurisdicción chilena, y, en general, ofrecer un panorama general y crítico de su regulación en Chile.

El trabajo fue comentado por el abogado Francisco Orrego Bauzá, quien destacó las características de la memoria y la influencia de don Francisco Orrego Vicuña en el desarrollo del Derecho Internacional y el Arbitraje.

El jurado de la 1° edición estuvo integrado por María Teresa Vial Álamos, la Dra. Elina Mereminskaya, la Dra. María Agnes Salah Abusleme, Marcela Radović Córdova, Cristián Maturana Miquel, Macarena Letelier Velasco,

Ximena Vial Valdivieso, María Soledad Lagos Ochoa, Laura Aguilera Villalobos, Daniela Escobar Pizarro, Jazmina Santibáñez Farías y Benjamín Astete Heimpell.

La ceremonia de premiación, también contó con la participación de Carlos Soublette Larraguibel, Manuel José Vial, Felipe Correa Molina, Josefina Trujillo Silva, Claudio F. Osses Garrido, Tomás Correa Cannobio e invitados especiales.

Luego de esta primera edición, el CAM Santiago recibe postulaciones en su página web de manera permanente.



El CAM Santiago.

El Centro de Arbitraje y Mediación (el CAM) es un organismo creado al interior de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) que tiene por finalidad administrar mecanismos adecuados de resolución pacífica de conflictos: arbitraje nacional (1992), internacional (2006) y de emergencia (2023), mediación (1998) y dispute boards (2015). Asimismo, el CAM Santiago periódicamente imparte cursos tendientes a la preparación de profesionales en el ámbito de su competencia. Con cerca de 7.000 solicitudes entre arbitrajes y mediaciones que han sido presentadas al CAM Santiago desde 1992, la institución se ha constituido como referente en materia de solución adecuada de conflictos en Chile y en América Latina.

La CCS.

La Cámara de Comercio de Santiago (CCS) es una Asociación Gremial sin fines de lucro, fundada en 1919, que reúne a 2.230 empresas asociadas: grandes, pequeñas y medianas, representativas de los más relevantes sectores económicos de Chile. Su visión es ser la asociación gremial líder para el comercio del futuro y su propósito es impulsar el desarrollo de un Chile emprendedor.

A mi madre, Katherine.

AGRADECIMIENTOS

En la vida aprendemos de muchos maestros, algunos fugaces, otros eternos. Hoy toca agradecerles a todos. Por razones de espacio físico, siempre mezquinas, debo conformarme con mencionar sólo a algunos. Espero que los demás, conscientes de que los llevo siempre conmigo, sepan perdonar la omisión.

En primer lugar, debo agradecer a mis padres, Katherine y Jaime. A su amor incondicional jamás podría hacer justicia, ni aunque dispusiera de mil páginas. Gracias por la paciencia y el apoyo, y por creer en mí incluso cuando yo era incapaz de hacerlo.

Mis hermanos, José Joaquín y Sebastián, también han sido mis maestros. Gracias por las risas, la compañía y el cariño. Sin ustedes, otra sería mi historia.

No puedo dejar de mencionar a mis abuelos, Iris y Enrique, quienes hace algún tiempo, cuando iniciaba mi periplo universitario, me abrieron las puertas de su casa. Tampoco a María Jesús y Amalia, en cuya compañía terminé de escribir estas palabras.

Debo reconocer, por supuesto, a quien fuera mi profesor guía en este proyecto, Mauricio Inostroza Saéz, por su generosidad, buena disposición y, sobre todo, paciencia.

Asimismo, doy las gracias a los profesores Maximiliano Escobar Saavedra, Günther Besser Valenzuela, Manuel Barría Paredes, Pedro Hidalgo Sarzosa y José Luís Díez Schwerter. Todos ellos contribuyeron, de una u otra forma, al desarrollo de esta investigación.

Agradezco también a mis amigos, por el apoyo que me han dado siempre. En particular, a Nicolás, Arantza, Beatriz, Karina, Martino, Fabiola, Paola, Yoselin y Noemí, así como a los integrantes del Equipo de Arbitraje de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Antonia, Isidora, Robert, Consuelo y Francisca.

Por último, quisiera dedicar unas palabras a quien fuera mi profesor de química y biología, don Carlos Carrasco Saavedra.

He tenido la fortuna de aprender de muy buenos docentes, en las más diversas áreas, pero no hay duda de que el profesor Carrasco ocupa, entre ellos, un lugar privilegiado. Su vocación, calidad humana y sentido del humor marcaron para siempre a quienes tuvimos la suerte de ser sus alumnos. De su mano conocí, por cierto, la Universidad de Concepción, en aquellas recordadas Jornadas Regionales de las Olimpiadas de Química, sin saber que, muchos años después, se convertiría en mi casa de estudios.

Hoy ya no está con nosotros y, sin embargo, sigue presente. Lo recuerdo en este momento, al término de una etapa, tras largos días de “quemarme las pestañas”, y haciendo lo posible por no “dormirme en los laureles”.

A usted, profesor Carrasco, a su memoria, dedico también estas páginas. Y, por su intermedio, saludo afectuosamente a mis queridos profesores del Colegio Alemán de Los Ángeles.

A todos ellos, y a tantos otros, simplemente, gracias.

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS	9
RESUMEN	11
INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	14
1. CUESTIONES PREVIAS	14
2. NOCIONES DE ARBITRAJE	14
3. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	15
4. MARCO REGULATORIO	16
4.1. Fuentes de derecho nacional	17
4.2. Fuentes de derecho internacional	17
CAPÍTULO II: EL ACUERDO DE ARBITRAJE	21
1. CONCEPTO DE ACUERDO ARBITRAL	21
2. NATURALEZA JURÍDICA Y CLASIFICACIÓN	21
3. MODALIDADES DEL ACUERDO DE ARBITRAJE	25
4. CONTENIDO DEL ACUERDO DE ARBITRAJE	26
4.1. Menciones esenciales	27
4.2. Menciones facultativas	27
5. EFECTOS DEL ACUERDO DE ARBITRAJE	29
5.1. Efectos directos	30
5.2. Efectos indirectos	30
6. PRINCIPIOS APLICABLES	30
6.1. Principio de autonomía de la voluntad	31
6.2. Principio de separabilidad	31
6.3. Principio <i>favor arbitrandum</i>	32
6.4. Principio de buena fe y lealtad negocial	33
6.5. Principio <i>pacta sunt servanda</i>	33
6.6. Principio <i>contra proferentem</i>	33
6.7. Principio de utilidad	34
6.8. Primacía de la <i>lex mercatoria</i>	34
7. EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACUERDO DE ARBITRAJE	34
7.1. Existencia del acuerdo de arbitraje	35
7.2. Validez del acuerdo de arbitraje	36
7.3. Examen de validez	38

CAPÍTULO III: DERECHO APLICABLE A LA VALIDEZ DEL ACUERDO DE ARBITRAJE	40
1. CUESTIONES PREVIAS	40
2. ELECCIÓN POR LAS PARTES DEL DERECHO APLICABLE AL ACUERDO DE ARBITRAJE	40
3. AUSENCIA DE ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL ACUERDO DE ARBITRAJE	41
3.1. Ley de la sede arbitral	42
3.2. Ley del contrato principal	43
3.3. Principios generales del derecho y de la <i>lex mercatoria</i>	44
3.4. Otros criterios	45
4. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN CHILE	46
CAPÍTULO IV: EL PRINCIPIO DE VALIDACION	49
1. HACIA UNA REGLA <i>FAVOR VALIDATIS</i>	49
2. EL PRINCIPIO DE VALIDACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	51
2.1. Regla explícita	51
2.2. Regla implícita	53
3. UNA REGLA <i>FAVOR VALIDATIS</i> PARA CHILE	54
CONCLUSIONES	57
BIBLIOGRAFÍA	58

RESUMEN

La forma de determinar el derecho aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje ha sido uno de los asuntos más debatidos en el mundo del arbitraje comercial internacional.

En principio, y en virtud de la autonomía conflictual, se acepta que las partes seleccionen dicha normativa. Pero cuando tal pacto se omite, como suele ocurrir, los métodos empleados son tan variados como ineficientes. El objeto de la presente memoria es, precisamente, efectuar una propuesta que permita resolver la cuestión de manera satisfactoria.

Para ello, se utilizó un método dogmático en cuanto al análisis de la normativa en conflicto, material doctrinario y jurisprudencia sobre los criterios que, tradicionalmente, se han empleado al momento de abordar el problema.

En la parte conclusiva, se propone la aplicación de un principio de validación, que busca hacer efectiva la auténtica intención de las partes en orden a someterse al procedimiento arbitral, invocando al efecto el derecho más favorable al acuerdo de arbitraje, solución que se estima consistente con la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ("Convención de Nueva York de 1958") y demás textos uniformes que configuran el marco regulatorio de la disciplina.

INTRODUCCIÓN

La presente memoria se enmarca dentro de las cátedras de Derecho Comercial y Derecho Internacional Privado, en particular en el estudio del instituto arbitral cuando éste reúne las características de ser, justamente, mercantil e internacional. En concreto, se busca esclarecer la forma en que se debe determinar el derecho aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje cuando hay silencio de las partes.

No cabe duda de que el arbitraje se ha convertido, en el último siglo, en una pieza fundamental para el impulso de las relaciones comerciales a nivel internacional. Su estudio y desarrollo, por tanto, resultan de particular importancia a fin de ofrecer a los agentes una vía alternativa, rápida y efectiva para resolver sus conflictos.

Al respecto, afirma PERALTA-VALDIVIESO que es “esencial resolver lo antes posible todas las cuestiones sobre la efectividad del arbitraje”.¹ Pues bien, una de estas cuestiones dice relación con el derecho aplicable a la validez del pacto arbitral, asunto diferente, por cierto, al de las leyes que rigen al procedimiento arbitral o al fondo de la controversia.²

Mucho se ha escrito sobre la importancia del contrato de arbitraje internacional, pilar básico del instituto en comento.³ Ello implica, naturalmente, que se debe tener claridad sobre sus requisitos sustantivos, los que son determinados por la normativa que le es aplicable. Se trata de un asunto “muy importante en materia de arbitraje comercial internacional, pues determina los criterios y la ley que deberá utilizar el tribunal arbitral para resolver todas las cuestiones que se susciten en torno a la validez o nulidad del convenio”.⁴ La respuesta al problema viene dada, *a priori*, por la autonomía de la voluntad.

Es un principio generalmente aceptado que las partes pueden acordar que la validez del acuerdo arbitral se rija por una determinada ley,⁵ por lo que pocas dudas existen cuando hay elección explícita de la misma.⁶ Pero si dicha declaración se omite, como suele suceder,⁷ se suscita una controversia no menor que acarrea efectos adversos para el inicio y desarrollo del procedimiento arbitral, pudiendo culminar, incluso, en la nulidad del laudo.

BORN ilustra particularmente bien la escena: “*The choice of the law governing an international arbitration agreement is a recurrent and vitally important issue in the arbitral process. It is a complex subject that arises in most disputes over the existence, validity and interpretation of international arbitration agreements. The subject has given rise to extensive commentary, and almost equally extensive confusion, which does not comport with the ideals of international commercial arbitration*”.⁸

Así las cosas, el tema en estudio es fuente de frecuentes conflictos, tanto por los problemas prácticos que conlleva, como por el deficiente tratamiento que ha tenido en doctrina y jurisprudencia. Frente a esto se han propuesto diversas soluciones, en distintas latitudes. VÁSQUEZ señala que los países del *Civil law* se inclinan por aplicar la ley del Estado sede, mientras que en el sistema del *Common law* se prefiere el derecho que regula el fondo del contrato principal.⁹

Esta afirmación es, en realidad, una simplificación excesiva del esquema, no solo porque se omite la mención de criterios alternativos para resolver la cuestión, sino porque no está tan claro que existan soluciones uniformes al interior de las familias jurídicas. Así, la respuesta en España es muy diferente a la que ofrece el derecho francés, y en Inglaterra aplican estándares que en Estados Unidos pueden parecer extraños.

Urge, en definitiva, un trabajo de estructuración y profundización que permita fijar criterios armónicos para la determinación del derecho aplicable a la validez del pacto arbitral. El enfoque adecuado para ello es el

1 PERALTA-VALDIVIESO, Ismael, “El principio de *Kompetenz-Kompetenz* desde la perspectiva del caso *First Options v. Kaplan*”. *Anuario de Justicia Alternativa*, 2015, 13, p. 210.

2 MEDINA, Héctor, “La ley aplicable al pacto arbitral: Incertidumbre en contravía de las bases del arbitraje internacional”, *Arbitraje PUCP*, 2016, 6, p. 142.

3 VÁSQUEZ, María. *Tratado de Arbitraje en Chile*. Thomson Reuters, Santiago, 2018, p. 3.

4 PICAND, Eduardo. *Arbitraje comercial internacional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 1º ed., T. I., p. 430.

5 DE LOS SANTOS, C., SOTO, M. y BONNIN, V. “La ley aplicable al convenio arbitral”. En SOTO, C. *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*. 2011. T. I. p. 679.

6 MEREMINSKAYA, Elina. *Arbitraje comercial internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*. Legal Publishing Chile, Santiago, 2014, 1º ed., p. 98.

7 MEDINA, cit. (n. 2), p. 142.

8 BORN, Gary, “*The law governing international arbitration agreements: an international perspective*”. *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, 26, p. 816.

9 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 759.

de una perspectiva internacional, caracterizada, según BORN, por la aplicación de un principio de validación y de una regla de no discriminación, que faciliten el reconocimiento y ejecución de los acuerdos de arbitraje.¹⁰

Siguiendo esta línea, la presente investigación busca hacer un recorrido general por los distintos estándares que se han propuesto a fin de resolver el problema en comento, con el objeto de ofrecer una respuesta que resulte satisfactoria y otorgue garantías en la materia, dando cabal cumplimiento al principio de armonía internacional de las soluciones.

Al efecto se emplea, como método de investigación, la dogmática jurídica. El tema elegido requiere, para una mejor comprensión, de un esfuerzo de sistematización, tanto de la doctrina internacional como de la jurisprudencia más emblemática en la materia, desarrollando así un trabajo descriptivo que permita resolver el problema en forma adecuada.

Se acompaña lo anterior con un análisis de *lege lata* y *lege ferenda*. Si bien entendemos que una correcta interpretación de la normativa vigente en Chile permite acceder a una solución adecuada, lo cierto es que el régimen arbitral chileno no ofrece la certidumbre requerida por el instituto arbitral moderno.

En definitiva, y a objeto de ordenar nuestra presentación, adelantamos que la presente memoria se estructura en cuatro capítulos. Los dos primeros son de carácter más bien expositivo, y buscan familiarizar al lector con determinados conceptos que, más adelante, le permitirán comprender a cabalidad la cuestión debatida.

De esta manera, el primer capítulo, titulado “Algunas consideraciones sobre el arbitraje internacional”, ofrece una noción del instituto arbitral y su marco regulatorio.

El segundo capítulo, “El acuerdo de arbitraje”, se adentra de forma pormenorizada en la figura del contrato de arbitraje internacional, su concepto, naturaleza jurídica, efectos y principios aplicables.

El tercer capítulo, a saber, “Derecho aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje”, consiste en una exposición de las distintas reglas de conflicto que, tradicionalmente, se han utilizado para resolver el problema en estudio.

El cuarto y último capítulo está dedicado a presentar “El principio de validación”. Se postula que dicho criterio sería la directriz idónea para determinar el derecho aplicable a la validez del acuerdo arbitral, por lo que se pretende delimitar su alcance y analizar su aplicación en el derecho comparado. Finalmente, a partir de la lectura de las normas de la ley N° 19.971, se realiza una presentación de *lege lata*, así como una propuesta de reforma en caso de que se estime necesario aclarar el punto, a objeto de que la ley cumpla finalmente con uno de los propósitos que llevaron a su dictación: convertir a Chile en una importante sede de arbitraje.

CAPÍTULO I:

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

1. CUESTIONES PREVIAS

Antes de adentrarnos de lleno en el objeto de la presente monografía, a saber, el contrato de arbitraje internacional, es preciso familiarizar al lector con algunos conceptos e ideas generales acerca del instituto arbitral, a fin de facilitar la comprensión de la problemática que, posteriormente, se pasará a desarrollar.

En primer término, se dedican algunas líneas a la conceptualización del instituto arbitral, para luego recalcar la importancia de la distinción entre arbitraje doméstico y arbitraje internacional. Finalmente, se enunciarán las principales fuentes que integran el marco regulatorio de este último.

2. NOCIONES DE ARBITRAJE

El arbitraje, qué duda cabe, es una de las instituciones jurídicas más relevantes del mundo globalizado. No en vano se le ha calificado como una herramienta imprescindible para la operatividad del Derecho Internacional Privado.¹¹ Ello responde a una necesidad imperativa, tanto del Estado como de los particulares, de integrarse plenamente al comercio internacional y acceder al amplio abanico de relaciones de intercambio y colaboración que éste ofrece en la materia. En tal sentido, el arbitraje posibilita la participación de los agentes comerciales en el escenario global, sin necesidad de someterse, en caso de controversia, a un alambicado sistema de normas atributivas o de conflicto que diriman cuál de los ordenamientos en juego va a regir a una determinada relación jurídica en que existe algún elemento internacional, así como el juez que debe conocer de la misma. Lo anterior se suma a las virtudes que tradicionalmente se le han atribuido al instituto arbitral,¹² a saber, mayor celeridad, especialización, confidencialidad y, en el ámbito internacional, neutralidad.¹³

Pero, ¿qué es el arbitraje? “En esencia”, escribe SANDOVAL, “un procedimiento para administrar o dispensar justicia”.¹⁴ Lo ubica entre aquellos mecanismos denominados “alternativos” para resolver conflictos, y se alinea, de paso, con la postura tradicional que a este respecto ha adoptado la doctrina chilena, desde aquellos tiempos en que AYLWIN lo definiera como un juicio “a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegido por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio; o por un tercero en determinadas ocasiones”.¹⁵

Rige históricamente, entre nosotros, una noción jurisdiccional o publicista del arbitraje, conforme a la cual lo relevante son los efectos procesales que éste produce, aludiendo al ejercicio de una “jurisdicción delegada” por parte de los árbitros, quienes desempeñan, de esta forma, una auténtica función pública.¹⁶ Se relega así a un segundo plano a la autonomía de la voluntad, cuyo rol preponderante ha caracterizado desde sus inicios a la figura en comento.

En efecto, si bien resulta difícil precisar el momento en que nace el arbitraje como mecanismo de solución de controversias - CASARINO¹⁷ y JEQUIER¹⁸ llegan al extremo de invocar pasajes bíblicos para ilustrar su antigüedad -, una cosa es segura: en su concepción romana, origen más inmediato, y afluente directo del derecho español, que luego tributaría al nuestro, “la fuente única y esencial del arbitraje (...) radica en la voluntad de las partes”.¹⁹ Esta preeminencia de la libertad no fue, por cierto, una innovación del derecho romano. Ya lo había anunciado PLATÓN: “que el más sagrado de los tribunales sea aquél que las partes hayan creado y elegido de común consentimiento”.²⁰

11 VASQUEZ, cit. (n. 3), p. 1.

12 AYLWIN, Patricio. *z bitral*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 76.

13 FELDSTEIN, S. “Los beneficios del arbitraje comercial internacional”. Recuperado en: https://www.camsantiago.cl/minisites/articulos_online/1_Arb%20Com%20Internacional.doc.

14 SANDOVAL, Ricardo. “Arbitraje comercial internacional”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1999, Año LXVII (Jul-Dic), N° 206, p. 101.

15 AYLWIN, cit. (n. 12), p. 17.

16 BETANCOURT, Julio César. *El contrato de arbitraje internacional*. Tirant lo blanch, Valencia, 2018, p. 46.

17 CASARINO, Mario. *Manual de Derecho Procesal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, T. II., p. 11.

18 JEQUIER, Eduardo. “Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable”. *Revista Ius et Praxis*, 2015, Año 21, N° 2, p. 201.

19 JEQUIER, cit. (n. 18), p. 204.

20 ROCA, José Luis. *El arbitraje en la contratación internacional*. ESIC Editorial, Madrid, 1994, p. 103.

Estas ideas parecen desembocar en lo que SANDOVAL denomina teoría privatista pura o contractualista del arbitraje. “Al dictar el laudo”, sostiene, “el árbitro cumple un rol similar al de un tercero a quien se le ha confiado, por las partes, determinar el contenido de un contrato”.²¹ Perfectamente podría entenderse, si así fuera, como un mandato con pluralidad de mandantes, con la salvedad que los árbitros, al desempeñar su encargo, tienen la misión de administrar justicia, lo que en palabras de SILVA ROMERO, supone un “elemento jurisdiccional”.²² Lo anterior no debe confundirse con el ejercicio de la “función jurisdiccional”, pues, como bien señala BETANCOURT, ésta tiene origen estatal y una composición diversa a la llamada “función arbitral”, que no es más que una potestad de decisión ejercida por quienes han sido facultados para ello en virtud de un contrato de arbitraje, y que, por lo demás, carece de imperio.²³

Pero lo cierto es que el arbitraje no se reduce a un simple contrato. Hace bien PICAND en prevenir de “la importancia de calificar al arbitraje como una institución y no como una mera construcción de carácter contractual”.²⁴ En el mismo orden de ideas, VÁSQUEZ afirma que el arbitraje es “una institución y no un simple instrumento”.²⁵ Surgen a partir de este punto, dos posturas diversas: una plantea que es de naturaleza mixta, contractual en sus orígenes, procesal en sus efectos; la otra postula que el arbitraje es una figura autónoma, independiente, *sui generis*.

Es esta última tesis la que goza de mayor aceptación en la actualidad, pues logra conciliar la libertad de contratación de que gozan las partes a la hora de disponer que sus conflictos sean conocidos en sede arbitral, con los límites que naturalmente les impone el derecho estatal y/o convencional a efectos de que el mecanismo logre suplir, al menos en parte, el rol de los tribunales de justicia. Desde una perspectiva internacional, BETANCOURT plantea que “el desarrollo de cada procedimiento arbitral (...) tiene origen contractual. Pero el reconocimiento y ejecución forzosa del contrato que permite que las partes hagan uso de dicho mecanismo, e incluso, del laudo arbitral internacional, se verifica de acuerdo a un tratado internacional”.²⁶

En cualquier caso, nos encontramos frente a una institución de carácter complejo, con una faz adjetiva, que comprende el procedimiento arbitral, y una faz sustantiva, que abarca el convenio arbitral y sus efectos, directos e indirectos, así como las diversas relaciones obligacionales a que da origen.²⁷ Es en esta segunda dimensión en que se enmarca el presente trabajo de investigación, puesto que su objeto de estudio es, precisamente, el contrato de arbitraje internacional.

3. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Es necesario efectuar, en este punto, una pequeña aclaración: no es lo mismo hablar, en un país como Chile, de arbitraje comercial internacional, que de arbitraje doméstico. Es más, no sería del todo descabellado afirmar que se trata de instituciones diversas.²⁸

El 29 de septiembre de 2004 se publica en el Diario Oficial la ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, siguiendo las directrices de la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI) de 1985. De este modo, se incorporan a nuestro ordenamiento modernos principios de la disciplina y se reconoce la autonomía del instituto arbitral frente a la justicia estatal,²⁹ pero tales conceptos son aplicables exclusivamente en el ámbito internacional, consagrando en nuestro país un auténtico régimen dualista.³⁰

Así las cosas, discutir el alcance y la naturaleza del compromiso o la cláusula compromisoria en el arbitraje doméstico es una cuestión muy diferente a hacer lo propio con el acuerdo arbitral en materia internacional. Es claro, en ambos casos, que su estudio es de gran importancia, por cuanto el pacto de someter una determinada cuestión a arbitraje “contiene el elemento fundamental que permite la vida de esta figura jurídica

21 SANDOVAL, cit. (n. 14), p. 102.

22 SILVA, Eduardo. “Breves observaciones sobre la modernidad del arbitraje internacional. A propósito de la nueva ley española de arbitraje”. *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, 2004, N° 9 (Septiembre), pp. 11-22.

23 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 46.

24 PICAND, cit. (n. 4), p. 17.

25 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 16.

26 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 47.

27 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 18.

28 PAULSSON, J. ilustra el punto: en su opinión, arbitraje interno y arbitraje internacional se parecen tanto como un elefante africano y un elefante marino. “*International Arbitration is not Arbitration*”. *Stockholm International Arbitration Review*, 2008:2, p. 1.

29 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 47.

30 VÁSQUEZ, María. “Revisión de las sedes atractivas en el arbitraje comercial internacional: Un análisis comparado de los marcos normativos de Suiza, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, España, China y Chile”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2012, N° 18 (Julio), p. 30.

ca: la voluntad de las partes”.³¹ Sin embargo, el papel que dicha autonomía juega en el ámbito internacional es mucho mayor. Al alero de la ley N° 19.971, el acuerdo de arbitraje se presenta como “punto neurálgico, motor inicial y necesario para dar vida el arbitraje”.³² No hay, en consecuencia, arbitraje comercial internacional sin pacto que así lo disponga, excluyendo la posibilidad de establecer, por ejemplo, materias de arbitraje forzoso como las contempladas en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales.³³

Dado que el objeto de esta memoria es justamente dicho acuerdo, es menester preguntarse, antes de adentrarse en lo medular de la misma, cuándo estamos en presencia de un arbitraje comercial internacional. Puede parecer obvio, pero hace bien SANDOVAL en identificar sus dos rasgos definitorios: los caracteres de mercantil e internacional.³⁴

Si bien existe multiplicidad de criterios en doctrina y jurisprudencia a objeto de calificar una determinada relación en uno u otro sentido, las directrices de la CNUDMI han permitido alcanzar una cuota de certidumbre en la materia. Es así como bajo el imperio de la ley N° 19.971, y en particular de su artículo 2 letra g), se ha consagrado una noción sumamente amplia de la voz “comercial”.³⁵ Dicha expresión, concluye PUGA, “debe entenderse como cualquier actividad económica desarrollada con fines de lucro por entes privados”,³⁶ con algunas calificadas excepciones. En el mismo orden de ideas, MEREMINSKAYA comenta que “el objetivo de esa definición abierta consiste en descartar del ámbito de aplicación de la Ley, únicamente, disputas laborales y demandas ordinarias de consumidores”,³⁷ precisando que “en términos generales, la doctrina chilena ha considerado como materias arbitrables a aquellas de interés particular y de contenido patrimonial”.³⁸

Es quizás esta amplitud lo que ha llevado a cierta doctrina a omitir el uso de la palabra “comercial” a la hora de referirse a esta disciplina, favoreciendo el empleo de la locución “arbitraje internacional”.³⁹ Dicha expresión, sin embargo, podría conducir a equívocos, por cuanto comprende también al arbitraje de inversiones y a las reclamaciones entre Estados, procedimientos muy distintos a aquel que es objeto del presente análisis.

En cuanto al carácter internacional del arbitraje, SANDOVAL afirma que éste “radica fundamentalmente en el hecho de que el árbitro no administra justicia en nombre de ningún Estado, sino cumple una función internacional, de dirimir un conflicto entre empresas o personas, relativo a un contrato o a una relación u operación mercantil de naturaleza internacional”.⁴⁰

Siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo de la CNUDMI, el inciso tercero del artículo 1 de la ley N° 19.971 enumera una serie de “causales de internacionalidad”,⁴¹ de modo que el arbitraje es internacional si cumple con alguna de ellas. A modo de ejemplo, si las partes tienen, al momento de pactar el arbitraje, establecimiento en Estados diferentes, se estaría frente a un arbitraje comercial internacional.

4. MARCO REGULATORIO

Como observa BETANCOURT, el arbitraje comercial internacional “se encuentra regulado por toda una compleja red de instrumentos normativos que se entrelazan con el fin de tutelar la autonomía de las partes, limitar la intervención de los órganos jurisdiccionales y, al mismo tiempo, garantizar que dichos órganos asistan tanto a las partes, como al tribunal arbitral, cuando sea menester”.⁴²

Así las cosas, y antes de continuar, resulta conveniente esbozar someramente un esquema de las fuentes de la disciplina. Después de todo, más de alguna referencia se hará a ellas en las páginas que siguen.

31 PICAND, cit. (n. 4), p. 353.

32 VASQUEZ, cit. (n. 3), p. 48.

33 JEQUIER, Eduardo. “El arbitraje forzoso en Chile”. *Estudios Constitucionales*, 2011, Año 9, N° 2, p. 455.

34 SANDOVAL, cit. (n. 14), p. 102.

35 Artículo 2 letra g), Ley N° 19.971: “La expresión ‘comercial’ debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no. Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”.

36 PUGA, Juan Esteban. “Mercantilidad y el Arbitraje Comercial Internacional”, en: PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1° ed., p. 415.

37 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 24.

38 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 25.

39 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 39.

40 SANDOVAL, cit. (n. 14), p. 103.

41 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 10.

42 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 63.

4.1. Fuentes de derecho nacional

En esta primera categoría encontramos esencialmente las llamadas “leyes internas” o “nacionales”⁴³ sobre arbitraje internacional. Básicamente se está frente a la regulación particular que cada Estado, libre y soberano, hace de la materia en comento, sin que existan para ello mayores restricciones que las asumidas convencionalmente, vía suscripción y ratificación de algún tratado internacional. Como consecuencia de lo anterior, PICAND sostiene que dichos tratados también son fuente de derecho nacional, en tanto se entienden incorporados al ordenamiento jurídico interno del país en cuestión.⁴⁴

Ahora bien, fuera de aquellas limitaciones, los Estados pueden regular la materia de la forma que estimen conveniente, aunque por la naturaleza del asunto resulta prudente apegar a los estándares internacionales. Después de todo, la aplicación práctica de una ley interna de arbitraje comercial internacional queda en gran medida supeditada a la voluntad de las partes, en concreto, a la elección que éstas hagan de un determinado país como sede del procedimiento arbitral al que han de someterse, en cuyo caso la ley de dicho Estado pasa a ser la *lex loci arbitri*, que más adelante se estudiará en profundidad.

Pues bien, si se analizan las principales sedes del arbitraje internacional (Londres, París, Hong Kong, Singapur y Ginebra),⁴⁵ se llega a la conclusión de que todas ellas comparten, a simple vista, una importante virtud: todas cuentan con legislaciones favorables al arbitraje, regulaciones que, más allá de sus naturales diferencias, coinciden en establecer límites claros al actuar de los órganos jurisdiccionales cuando están en presencia de un contrato de arbitraje internacional.⁴⁶ Reflexiona VÁSQUEZ al respecto: “es evidente que las partes intentarán conducir el arbitraje hacia aquellas sedes donde sus leyes procesales sean proclives a la eficacia de éste y se asegure que los tribunales estatales se encontrarán dispuestos a asistirlos, interfiriendo lo menos posible con el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral”.⁴⁷ De ello se desprende que, para convertirse en un centro de arbitraje de cierto relieve, un Estado debe contar con una normativa moderna, que se adecúe a las exigencias del comercio internacional.

Fue justamente dicha aspiración la que gatilló en Chile la incorporación, casi textual, de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI a su ordenamiento jurídico,⁴⁸ sin las enmiendas del año 2006, claro está, dado que la ley N° 19.971 las antecede en el tiempo. La promulgación de dicha ley no afectó en lo más mínimo la regulación del arbitraje doméstico chileno, pues desde un principio se planteó que ambas figuras debían desvincularse, en orden a otorgar viabilidad política al proyecto.⁴⁹ En consecuencia, y al igual que Francia, Suiza y la mayor parte de América Latina, Chile optó por un “régimen dualista”, que contempla un tratamiento desigual para el arbitraje, según sea interno o internacional. Al efecto, cada sistema se comporta en forma autónoma, sin que la normativa de uno sea supletoria del otro.⁵⁰ Como contrapartida, en países como Inglaterra y España se prefirió una regulación “monista”, por considerarse que la diferenciación no estaba justificada.⁵¹

Por razones que no corresponde analizar en la presente memoria, la determinación del legislador chileno no ha tenido el éxito esperado.

4.2. Fuentes de derecho internacional

La dispersión e insuficiencia normativa, que, a mediados del siglo XX, era la regla general en materia de arbitraje internacional, motivó el diseño de diversos instrumentos destinados a integrar, unificar y armonizar la disciplina, para así brindar un marco normativo que otorgara garantías a los agentes comerciales. En esta sección se enumeran los más relevantes desde una perspectiva internacional, clasificándolos de acuerdo a su origen: (1) estatales y (2) no estatales.

a) Fuentes estatales

Esta categoría la integran los distintos tratados internacionales que han abordado la materia, sien-

⁴³ PICAND, cit. (n. 4), p. 94.

⁴⁴ PICAND, cit. (n. 4), p. 95.

⁴⁵ BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 76.

⁴⁶ BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 78.

⁴⁷ VÁSQUEZ, María. “Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2011, N° 16 (Junio), p. 107.

⁴⁸ SATELER, Ricardo. “Historia de la ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional”, en: PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1° ed., p. 379.

⁴⁹ SATELER, cit. (n. 48), p. 379.

⁵⁰ DÍAZ, José Ignacio; ROMERO, Alejandro. *El arbitraje interno y comercial internacional*. Lexis Nexis, Santiago, 2007, 1° ed., p. 11.

⁵¹ BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 39.

do los más importantes (1) la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, “Convención de Nueva York”); (2) el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (en adelante, “Convenio de Ginebra”); y (3) la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (en adelante, “Convención de Panamá”).

Hace bien BETANCOURT en observar que la Convención de Nueva York marca un antes y un después en la historia del arbitraje internacional actual.⁵² En efecto, ningún otro instrumento ha tenido un impacto similar en el desarrollo de la disciplina. Se trata, en palabras de SANDERS, de “la pieza central en el mosaico de tratados y leyes de arbitraje que aseguran la aceptación de los laudos arbitrales y acuerdos de arbitraje”.⁵³

Para entender el éxito de la Convención de Nueva York es necesario ponerla en contexto. La situación anterior a su entrada en vigor era sumamente precaria: no todos los Estados contaban con una normativa interna de arbitraje internacional (Chile, por ejemplo, solo regulaba el arbitraje doméstico), y aquellos que sí la consideraban, lo hacían de forma disímil e insatisfactoria. Al respecto, el diagnóstico de CANTUARIAS es categórico: “Por muchos años las legislaciones de los diferentes países identificaron sentencia judicial con laudo arbitral, exigiendo para ambos los mismos requisitos de fondo y de forma para su reconocimiento y ejecución. Además, reglas como la necesidad de apelar a las cortes, la intromisión de los jueces antes, durante y después de dictado el laudo, la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, la equiparación del juez con el árbitro, son sólo algunas de las manifestaciones legales de dicha analogía, creada exprofesamente con el fin último de reducir la eficacia del arbitraje”.⁵⁴

En un primer intento por corregir tan indeseable escenario, la Liga de las Naciones patrocinó dos iniciativas “multilaterales”: el Protocolo de Ginebra de 1923, relativo a cláusulas de arbitraje en materia comercial; y su texto complementario, la Convención de Ginebra de 1927, sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.⁵⁵

Dichos instrumentos resultaron a la postre insuficientes para responder a las exigencias propias del rápido desarrollo de la economía a nivel mundial.⁵⁶ Ello llevó a las Naciones Unidas a nombrar un Comité *Ad Hoc* para la elaboración de un proyecto que cubriera los requerimientos fundamentales de las partes de un arbitraje, cuales son: “la posibilidad de compeler a la parte recalcitrante a arbitrar y un procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales ágil y seguro”.⁵⁷

El resultado fue la Convención de Nueva York, que entró en vigencia el 7 de junio de 1959 y ha sido ratificada por más de 150 países.⁵⁸ En Chile, fue aprobada a través del D.L. N° 1.095 del 31 de julio de 1975, y promulgada por decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 664, publicado en el Diario Oficial el 30 de octubre de 1975.⁵⁹

No obstante que el objeto principal de la Convención pareciera ser el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, lo cierto es que regula también importantes aspectos del contrato de arbitraje.⁶⁰ El artículo II, sin ir más lejos, está diseñado para facilitar el reconocimiento y la ejecución de tales acuerdos, consagrando un deber de remisión para los tribunales estatales que lleguen a conocerlos. El texto de la Convención, distribuido en XVI artículos, procura así abordar los elementos esenciales del instituto arbitral, otorgando una muy bienvenida cuota de certeza al mundo del arbitraje comercial internacional.

BORN llega al extremo de plantear que la Convención establece una suerte de marco “constitucional” universal para la disciplina,⁶¹ lo que lleva a BETANCOURT a concluir que, en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,⁶² se trata de un instrumento que debiera “gozar de supremacía frente a los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes”.⁶³

52 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 73.

53 SANDERS, P. 2013. Prólogo. En: Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958, p. vii.

54 CANTUARIAS, Fernando. “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales: la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de UNCITRAL”. *THEMIS: Revista de Derecho*, 1992, N° 21, p. 18.

55 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 73.

56 VASQUEZ, cit. (n. 3), p. 719.

57 CANTUARIAS, cit. (n. 54), p. 18.

58 La Convención de Nueva York cuenta hoy con 172 Estados Parte. Ver: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2.

59 VASQUEZ, cit. (n. 3), p. 719.

60 PICAND, cit. (n. 4), p. 106.

61 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, Holanda, 2009, V. 1. p. 92.

62 El artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

63 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 72.

A pesar de sus méritos, el texto de la Convención de Nueva York no deja de ser insuficiente. Omite una regulación pormenorizada del procedimiento arbitral, y en aquellos aspectos que efectivamente aborda, cumple más bien con fijar estándares generales, sin otorgar respuestas definitivas. Su regulación del acuerdo de arbitraje, por ejemplo, ha sido descrita como “deficiente”, por no ocuparse de temas de gran importancia, tal como la ley aplicable para determinar su validez a efectos de aplicar el artículo II.3.⁶⁴ Se utiliza un lenguaje abierto, terreno fértil para interpretaciones variopintas, consecuencia quizás de la falta de consensos que existía en la comunidad internacional al momento de su redacción, y ha permanecido incólume desde su entrada en vigor, sin que a la fecha se haya llevado a cabo con éxito un trabajo de modernización.

No es de extrañar entonces que, a pesar de su vigencia, diversos tratados multilaterales de arbitraje comenzaran a negociarse durante la segunda mitad del siglo XX. Los más destacados, como se anunció al comienzo de esta sección, son el Convenio de Ginebra de 1961 y la Convención de Panamá de 1975, a los que se hará una breve referencia.

El Convenio de Ginebra surge como respuesta a la rápida expansión del comercio europeo,⁶⁵ y se ocupa de regular y uniformar aspectos fundamentales de la organización del arbitraje, así como la validez y reconocimiento de los acuerdos arbitrales extranjeros. Propende además a la armonización de las normas conflictuales existentes en los Estados Parte, reconociendo para ello el principio de la autonomía de la voluntad como elemento esencial para determinar la normativa aplicable al procedimiento y al fondo del asunto.⁶⁶

Por su parte, la Convención de Panamá, que fuera ratificada por Chile en 1976, se ocupa de los problemas más importantes que atañen al arbitraje comercial internacional, tales como la validez de la cláusula compromisoria en los negocios comerciales internacionales, el nombramiento de los árbitros, el establecimiento de reglas para el proceso arbitral internacional, el dar fuerza de sentencia judicial ejecutoriada a los laudos arbitrales, y el establecimiento de causales de impugnación de los mismos.⁶⁷

b) Fuentes no estatales

Diversas instituciones han buscado aportar a la unificación y armonización del arbitraje comercial internacional. La más importante, qué duda cabe, es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), cuyo trabajo se traduce en la elaboración (1) del Reglamento de Arbitraje de 1976 y (2) de la Ley Modelo sobre Arbitraje Mercantil Internacional de 1985, entre otros.

El Reglamento de CNUDMI fue diseñado “con el propósito de proporcionar un moderno conjunto de reglas contractuales aplicables a los arbitrajes *ad hoc*, esto es, a los arbitrajes convenidos por las partes mismas, sin la asistencia de una institución arbitral”.⁶⁸ Su texto ha sido adoptado por múltiples instituciones de arbitraje a nivel mundial, y ha servido de base para la elaboración de otros tantos instrumentos.⁶⁹ Junto a normativas de análoga naturaleza, entre las que podemos mencionar los Reglamentos de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) y del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS), integra lo que BETANCOURT denomina “derecho reglamentario arbitral”.⁷⁰ Todos ellos buscan regular los aspectos procedimentales del arbitraje, y su aplicación en concreto queda siempre supeditada a la voluntad de las partes.

Por otro lado, la elaboración de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 responde a la constatación de que el carácter unificador de la Convención de Nueva York era relativo, toda vez que varios aspectos en su articulado no permitían una regulación equitativa de materias como la arbitrabilidad, la constitución del tribunal, el procedimiento de arbitraje y el sistema recursivo.⁷¹ En consecuencia, la CNUDMI detectó la necesidad de establecer una ley que sirviera de modelo a los diversos países, lo que, apunta SANDOVAL, constituye una alternativa tanto o más efectiva que la celebración de convenciones internacionales a la hora de lograr la uniformidad de las reglas sobre arbitraje comercial.⁷²

La redacción del proyecto se encargó al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales de la CNUDMI, y el texto resultante fue adoptado como Ley Modelo el día 21 de junio de 1985. En diciembre de ese mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó, por medio de su resolución 40/72, que todos

64 PICAND, cit. (n. 4), p. 107.

65 VASQUEZ, cit. (n. 3), p. 722.

66 PICAND, cit. (n. 4), p. 108.

67 SANDOVAL, Ricardo. *Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional: análisis de la ley N° 19.971 de 29 de septiembre de 2004 sobre arbitraje comercial internacional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 1° ed., p. 41.

68 SANDOVAL, cit. (n. 67), p. 67.

69 SANDOVAL, cit. (n. 67), p. 68.

70 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 67.

71 VASQUEZ, cit. (n. 3), p. 726.

72 SANDOVAL, cit. (n. 67), p. 70.

los Estados parte la tomaran en consideración al momento de dictar sus respectivas legislaciones, atendida “la conveniencia de la deseable uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional”.⁷³

En cuanto a su contenido, la Ley Modelo consta de 36 artículos distribuidos en VIII capítulos, en los cuales se crea un “régimen jurídico especial para el arbitraje comercial internacional”⁷⁴ y se abordan en detalle sus elementos más característicos en cuanto institución. El tratamiento que otorga a sus diversos tópicos se inspira en dos principios básicos: la autonomía de la voluntad y el principio de territorialidad, esto es, el carácter nacional que adquiere el arbitraje conforme al lugar en que se desarrolla.⁷⁵

A la fecha, 93 Estados han promulgado legislación basada en la Ley Modelo, en un total de 126 jurisdicciones,⁷⁶ incluido Chile, con la ley N° 19.971. El año 2006, la CNUDMI aprobó enmiendas a los artículos 1, 7 y 35, e incorporó el nuevo capítulo IV A, que sustituye al artículo 17, y el nuevo artículo 2A. La versión revisada del artículo 7 tiene por objeto modernizar el requisito de forma para los acuerdos arbitrales a fin de observar más estrictamente las prácticas contractuales internacionales.⁷⁷ Dichas modificaciones no han sido recogidas por el ordenamiento jurídico chileno.

Fuera de los textos formulados por la CNUDMI, existen otros instrumentos que se deben considerar como fuentes no estatales del arbitraje internacional. Encontramos, por ejemplo, el llamado “derecho dúctil”⁷⁸ o *soft law*, que, sin ser vinculante, opera a modo de directriz, orientando a las partes y al tribunal arbitral en sus distintas actuaciones. En lo que respecta al acuerdo de arbitraje, destacan en esta categoría, por ejemplo, la “Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York”, así como los “Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales”, elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en adelante, Instituto de Roma) y que, atendida la naturaleza contractual del pacto arbitral, resultan plenamente aplicables.⁷⁹

En la misma línea, es menester recordar el rol preponderante que juega al día de hoy la *lex mercatoria* en la contratación internacional. Definida por PICAND como un “sistema jurídico de costumbre mercantil internacional”,⁸⁰ se trata de un régimen con vocación universal que busca disciplinar las prácticas y usos generalmente aceptados que rigen las relaciones entre los comerciantes alrededor del mundo,⁸¹ por fuera de los ordenamientos legales nacionales.⁸²

Se ha de considerar también la jurisprudencia, referencia obligada para todos los actores del instituto arbitral, desde las partes hasta los árbitros, pasando por los autores que estudian y sistematizan la disciplina. En los laudos, después de todo, se encuentran los criterios, reglas y principios de los que tanto se teoriza, pero aplicados a casos concretos, permitiendo evaluar su eficacia, utilidad y pertinencia.

Por último, una mención especial amerita el propio acuerdo arbitral,⁸³ en cuyas disposiciones se expresa la voluntad de las partes, que es, después de todo, la ley fundamental del arbitraje.⁸⁴ No por nada considera VÁSQUEZ que el pacto arbitral constituye “la fuente por excelencia” de esta institución.⁸⁵ A través de las distintas estipulaciones de un contrato de arbitraje internacional, las partes pueden elegir el tipo de arbitraje, la sede arbitral (y, con ello, indirectamente, la *lex loci arbitri*), la ley aplicable al fondo de la controversia (*lex causae*), el derecho que rige al propio acuerdo a efectos de determinar su validez y alcance, y las normas de procedimiento, pudiendo adoptar un reglamento preexistente o bien diseñar uno propio.

73 SANDOVAL, cit. (n. 67), p. 71.

74 SANDOVAL, cit. (n. 67), p. 73.

75 PICAND, cit. (n. 4), p. 149.

76 Información disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

77 Ver en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration

78 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 67.

79 PICAND, cit. (n. 4), p. 360.

80 PICAND, cit. (n. 4), p. 166.

81 GARCIA, I. 2007. “La *lex mercatoria* y los principios Unidroit en el Arbitraje Comercial Internacional. Análisis de una nueva tendencia jurisprudencial”. En: “Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 610.

82 LEÓN, E. 2015. “La nueva *lex mercatoria*: un derecho transnacional uniforme”. En: “Derecho Internacional: varias visiones, un maestro”. Colombia: Universidad del Rosario, p. 399.

83 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 66.

84 PICAND, cit. (n. 4), p. 353.

85 VÁSQUEZ, cit. (n.3), p.751.

CAPÍTULO II: EL ACUERDO DE ARBITRAJE

1. CONCEPTO DE ACUERDO ARBITRAL

Como se ha adelantado, el acuerdo arbitral es la piedra angular del arbitraje comercial internacional.⁸⁶ Por su intermedio manifiestan las partes su voluntad en orden a renunciar a la jurisdicción estatal para someterse a este mecanismo,⁸⁷ y su importancia es tal, que su inexistencia, invalidez o ineficacia impiden que se dé curso a un procedimiento válido, o bien, que se reconozca y ejecute el laudo resultante.⁸⁸ No en vano sentencia SANTOS BELANDRO que, sin convenio arbitral, sencillamente, no hay arbitraje.⁸⁹

Resulta preciso comenzar por definir qué es lo que entendemos por acuerdo de arbitraje. La Convención de Nueva York nos ofrece una primera e influyente aproximación en su artículo II.1, que indica: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.

En términos similares, el artículo 1 de la Convención de Panamá prescribe: “Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex”.

En la misma línea, y claramente inspirada por el texto de la Convención de Nueva York,⁹⁰ la Ley Modelo de 1985 contempla su propio concepto de “acuerdo de arbitraje”, disponiendo en su artículo 7 que se trata de “un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”. Dicha definición no fue modificada por las enmiendas del año 2006, y fue incorporada íntegramente al ordenamiento jurídico chileno a través de la ley N° 19.971,⁹¹ de modo que, a esta fecha, la denominación y concepto legales del contrato de arbitraje internacional en la legislación chilena son los ya señalados. Solo por esta razón se ha optado en esta memoria por el uso preferente de la expresión “acuerdo de arbitraje” en desmedro de la voz “contrato”.

De las definiciones transcritas se pueden sustraer algunos rasgos básicos del acuerdo de arbitraje:

- 1) Voluntariedad: como todo contrato, es un pacto voluntario, pero vinculante (son las partes las que se “obligan” a recurrir al mecanismo);
- 1) Objeto: se busca someter a arbitraje “controversias presentes o futuras”, pero es requisito que éstas emanen de una relación jurídica, contractual o extracontractual;
- 2) Arbitrabilidad: el asunto debe versar sobre materias susceptibles de ser resueltas por arbitraje (la Convención de Panamá va más allá y exige derechamente que la diferencia haya surgido “en relación a un negocio de carácter mercantil”);
- 3) Escrituración: ambos instrumentos establecen la exigencia de que el acuerdo conste por escrito, con el objeto de brindar un elemento de formalidad a la renuncia que hacen las partes a la justicia estatal,⁹² cuestión que, en todo caso, se ha matizado, como se tendrá ocasión de revisar.

Sin desconocer los méritos de las definiciones propuestas por los citados instrumentos, más aún si se considera el contexto en que fueron redactados, resulta evidente que éstos no bastan para conceptualizar de forma adecuada el acuerdo de arbitraje. Omiten, por ejemplo, cualquier mención a su naturaleza contractual, a su carácter autónomo o a sus efectos jurídicos. Tiene razón BETANCOURT al observar que dichas definiciones se construyen “desde la perspectiva de los sujetos del conflicto”,⁹³ obviando que el reconocimiento y la ejecu-

86 PICAND, cit. (n. 4), p. 354.

87 VASQUEZ, cit. (n. 3), p. 752.

88 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 83.

89 SANTOS, Rubén. *Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)*. Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2002, p. 53. Citado en: PICAND, cit. (n.4).

90 SANDOVAL, cit. (n. 67), p. 78.

91 SANDOVAL, cit. (n. 67), p. 109.

92 GONZALEZ DE COSSIO, F. “La nueva forma del acuerdo arbitral. Aún otra victoria del consensualismo”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2007, Vol. XL, N° 120 (Septiembre-Diciembre), p. 784.

93 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 89.

ción del pacto de arbitraje inciden también en quienes integran el tribunal arbitral, así como en los órganos jurisdiccionales, los Estados involucrados y, eventualmente, en terceros aparentes o partes no signatarias, en lo que pareciera ser una excepción al efecto relativo de los contratos.⁹⁴ En consecuencia, se hace necesario indagar en la doctrina para esbozar un cuadro más completo y preciso de su contenido.

Para SANDOVAL, el acuerdo arbitral es un “convenio privado mediante el cual las partes estipulan someter el conflicto a decisión de árbitros nombrados por ellas, sustrayéndolo así del conocimiento de la jurisdicción ordinaria ejercida por el Estado”.⁹⁵ El principal acierto de este autor es la incorporación del “efecto negativo” del contrato de arbitraje a lo que no deja de ser una noción un tanto genérica, y que persiste en eludir un pronunciamiento respecto a la naturaleza jurídica del pacto.

Al efecto señala GONZÁLEZ DE COSSIO que el acuerdo arbitral es “un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje”.⁹⁶ De forma similar, PICAND considera que se trata de un “contrato autónomo e independiente en que las partes acuerdan sustraer determinadas materias del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para someterla a un tribunal arbitral”.⁹⁷

Por su parte, VÁSQUEZ observa que se trata de un “contrato de carácter privado que tiene unos efectos de marcado carácter procesal, toda vez que su principal objeto es la creación de una competencia arbitral, renunciando de paso a la judicatura ordinaria o especial prevista en la ley”.⁹⁸

Aunque estas definiciones significan un avance en la búsqueda de un concepto que refleje con mayor exactitud la particular naturaleza de la figura en comento, ninguna de ellas hace referencia a la “compleja red de vínculos jurídicos”⁹⁹ a que ésta puede dar origen. En un intento por salvar dicha omisión, BETANCOURT ofrece una noción un tanto más extensa, al afirmar que “el contrato de arbitraje internacional podría ser definido como un contrato multilateral que obliga a una o más personas a solucionar un conflicto con la ayuda de un tribunal arbitral que, voluntariamente, se obliga a dirimir el asunto mediante un laudo que pueda ser ejecutado y reconocido en el marco de la Convención de Nueva York”, agregando que dicho contrato “incide sobre varios otros sujetos que forman parte de la relación jurídico arbitral internacional, y cuya participación viene a ser regulada a los fines de garantizar el buen desenvolvimiento de la función arbitral”.¹⁰⁰

A pesar de tratarse de una definición bastante exhaustiva, no comprende algunos de los rasgos más característicos del acuerdo de arbitraje, a saber, su independencia respecto del contrato principal (en aquellos casos en que la controversia tiene su origen en una relación contractual) y la exclusión de los tribunales estatales. Es por ello que, a modo de síntesis, sostenemos que el acuerdo de arbitraje debe ser entendido como un contrato autónomo en virtud del cual las partes se obligan a sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria una o más controversias, que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, para someterlas a la decisión de un tribunal arbitral que, voluntariamente, se obliga a dirimir el asunto.

2. NATURALEZA JURÍDICA Y CLASIFICACIÓN

Tiene razón INOSTROZA al señalar que existe consenso en cuanto a la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje.¹⁰¹ Aunque su opinión en concreto se refiere a la situación del convenio arbitral en el ordenamiento español, y se sostiene, de hecho, en la exposición de motivos de la Ley 60/2003 de dicho país, lo cierto es que su afirmación resulta extrapolable a la mayoría de las legislaciones del mundo, habida consideración de la buena acogida que han tenido la Convención de Nueva York y los textos de derecho uniforme.

Así las cosas, y más allá de algún cuestionamiento muy minoritario,¹⁰² es posible aseverar con certeza que el acuerdo de arbitraje es, efectivamente, un contrato. En tal sentido se han pronunciado VÁSQUEZ,¹⁰³ Pi-

94 TALERO RUEDA, S. “Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la Nueva Ley Peruana de Arbitraje”, *Lima Arbitration: Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, 2010/2011, N°4, p. 73.

95 SANDOVAL, cit. (n. 67), p. 109.

96 GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje*. Porrúa, México, 2004.

97 PICAND, cit. (n. 4), p. 61.

98 VÁSQUEZ, cit. (n.3), p. 751.

99 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 89.

100 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 90.

101 INOSTROZA, Mauricio. “El convenio arbitral electrónico en la Ley de Arbitraje española y los textos de derecho uniforme”. *Revista Derecho y Tecnología*, 2011, N°12, p. 56.

102 ETCHEVERRY, R., por ejemplo, escribía el año 2011 que el acuerdo de arbitraje no podía ser considerado un contrato en Argentina, en tanto su base es el negocio de cambio o de intercambio. “El acuerdo arbitral y el sistema argentino”. En: SOTO, C. (Ed), *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*. Tomo I. Grupo Editorial Ibáñez., p. 113.

103 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 336.

CAND,¹⁰⁴ SILVA ROMERO,¹⁰⁵ GONZÁLEZ DE COSSIO,¹⁰⁶ COLLANTES¹⁰⁷ y BETANCOURT,¹⁰⁸ entre otros destacados autores. Se trata después de todo, de una convención que tiene por objeto crear derechos y obligaciones,¹⁰⁹ de modo que contiene la “estructura básica de todo contrato”.¹¹⁰

Ahora bien, el acuerdo de arbitraje se encuentra dotado de ciertas particularidades que vale la pena mencionar. PICAND sostiene al respecto que se trata de un “contrato procesal”, puesto que su principal efecto jurídico en cuanto acto voluntario es el traslado de la administración de justicia de los tribunales judiciales a los tribunales arbitrales.¹¹¹ Según GÓMEZ JENE, dicha circunstancia lleva a que sus requisitos de constitución, eficacia y nulidad se rijan por normas procesales, antes que por normas de derecho material.¹¹²

Por otra parte, cierto sector de la doctrina prefiere caracterizar al acuerdo arbitral como un contrato de carácter híbrido, que entraña una doble naturaleza, material y procesal. En tal sentido razona FERNÁNDEZ ROZAS, quien concluye que, por ser fruto de la voluntad de las partes, “su existencia y validez intrínseca plantea problemas similares a los de cualquier acuerdo o cláusula contractual”, siéndoles aplicables, por tanto, las reglas sobre contratos.¹¹³

Otros rasgos distintivos del acuerdo de arbitraje salen a la luz a partir del ejercicio de subsumirlo en las distintas categorías que se han propuesto a fin de clasificar los contratos.¹¹⁴ Tomando como base el tradicional esquema desarrollado por ALESSANDRI,¹¹⁵ es sencillo calificarlo como un contrato generalmente bilateral,¹¹⁶ oneroso, conmutativo, nominado y de ejecución diferida. Otras categorías resultan más problemáticas.

Atendiendo a como subsisten, los contratos se clasifican en principales y accesorios. El contrato principal, escribe ALESSANDRI, tiene vida propia: no necesita de otra convención para existir; el accesorio, en cambio, no puede subsistir en ausencia de una obligación principal, cuyo cumplimiento busca asegurar.¹¹⁷

Alguien podría verse tentado a calificar al acuerdo de arbitraje como un contrato accesorio, habida cuenta de su rol en servicio de otra relación jurídica. Otra persona, algo más versada en materia de arbitraje, se inclinaría quizás por la idea de un contrato principal, tomando en cuenta el principio de separabilidad, al que nos referiremos más adelante.

Pero la verdad es que ninguna de estas tipologías describe adecuadamente la naturaleza y el objeto del acuerdo arbitral. Hace bien BETANCOURT en rescatar desde Inglaterra una tercera categoría: la de los contratos colaterales, esto es, aquellos que surgen como resultado de la celebración de otro contrato, pero gozando de autonomía existencial. Ambos contratos, principal y colateral, existen de manera independiente, de modo que la nulidad de uno no influye necesariamente sobre la validez del otro.¹¹⁸

Otro criterio de clasificación atiende al modo en que se perfeccionan los contratos, pudiendo ser calificados de consensuales, reales y solemnes. Estos últimos son aquellos que están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen ningún efecto jurídico. Afirma ALESSANDRI que las solemnidades son de derecho estricto: no las hay sin texto legal expreso.¹¹⁹ Pues bien, el artículo 7.2 de la ley N° 19.971, haciendo eco de la Ley Modelo de 1985, prescribe: “El acuerdo deberá constar por escrito (...)”. Lo propio hacen las Convenciones de Nueva York y Panamá en sus artículos II y I, respectivamente.

Como observa INOSTROZA, existen tres interpretaciones alternativas del requisito de escrituración: (1)

104 PICAND, cit. (n. 4), p. 61.

105 SILVA, Eduardo (Ed). El contrato de arbitraje. Legis, Bogotá, 2005, p. 3.

106 GONZALEZ DE COSSIO, cit (n. 96).

107 COLLANTES, J. 2019. “El acuerdo arbitral, un clásico en perspectiva contemporánea (a propósito de los contratos internacionales)”. En: *El convenio arbitral*. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, p. 14.

108 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 84.

109 Concepto de contrato de DOMINGUEZ, Ramón. *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, 2° ed., p. 21.

110 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 85.

111 PICAND, cit. (n. 4), p. 354.

112 GOMEZ JENE, Miguel. “El convenio arbitral: *status quo*”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre), 2017, V. 9, N° 2, p. 9

113 FERNÁNDEZ ROZAS, J. 2007. “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”. en: PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1° ed., p. 701.

114 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 91.

115 ALESSANDRI, Arturo. *De los contratos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 17.

116 BETANCOURT afirma que, excepcionalmente, puede configurarse como contrato unilateral, cuando se esté en presencia de una “cláusula asimétrica”. Cit. (n. 16), p. 93.

117 ALESSANDRI, cit. (n. 115), p. 30.

118 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 94 y 95.

119 ALESSANDRI, cit. (n. 115), p. 31.

considerar tal exigencia como una solemnidad; (2) estimar que se trata de una formalidad *ad probationem*, es decir, que el acuerdo de arbitraje es consensual, pero solo puede probarse si consta por escrito en alguna de las formas que la norma establece¹²⁰; y (3) sostener que el acuerdo de arbitraje es, derechamente, un contrato consensual, no requiriéndose en la práctica ninguna clase de forma, ni para su validez ni para su prueba.¹²¹

PERALES advierte que un criterio “radical” de interpretación podría llevar a mantener, al alero del artículo II.2 de la Convención de Nueva York, que estamos en presencia de una formalidad *ad solemnitatem*.¹²² Hasta hace algunos años, ésta era la posición dominante en la materia, lo que llevó a ciertos autores a enunciar como solemnidades del contrato de arbitraje internacional a la escrituración y firma del mismo.¹²³ Dicha postura, sin embargo, se ha ido superando a partir de la tesis que defiende la aplicación del artículo VII.1 de la referida Convención en materia de acuerdos arbitrales, y que permitiría optar por la “disposición más favorable” para su reconocimiento y ejecución, lo que supondría que no se impone un requisito mínimo para la forma escrita, sino únicamente un requisito máximo.¹²⁴ En otras palabras, los Estados no podrían exigir más requisitos que los establecidos en la Convención de Nueva York, pero sí podrían adoptar una postura más liberal.

Reafirman esta posición las enmiendas que el año 2006 se incorporaron a la Ley Modelo. Una de las disposiciones modificadas fue precisamente el artículo 7, que contiene el concepto de acuerdo arbitral. Al efecto, se ofrece a los Estados dos opciones distintas.

La primera variante señala, en su párrafo tercero: “Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”. PERALES observa que “el concepto de escrito (...) aparece en este apartado tan deformado que no se reconoce como tal”,¹²⁵ constituyendo una verdadera ficción de escrituración. Lo importante es, finalmente, que quede constancia del contenido del acuerdo, cuestión que viene a ser un tema de prueba, y no de validez.

Por su parte, la segunda variante del artículo 7 consagra la plena libertad de forma en el convenio arbitral, limitándose a reproducir la definición del mismo, sin imponer requisito alguno.¹²⁶ El Estado que adopte esta alternativa estaría reconociendo al acuerdo de arbitraje como un contrato derechamente consensual.

Las referidas innovaciones llevaron a la elaboración de la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York. En lo que atañe a esta presentación, y en aras de la aplicación uniforme de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del Derecho Mercantil Internacional,¹²⁷ se recomienda que el artículo II.2 de la Convención se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas. Por otro lado, se insta a los tribunales a dar aplicación al artículo VII.1 en relación con el acuerdo de arbitraje.

Bajo esta nueva óptica, bien vale la pena reexaminar brevemente la norma chilena, no reformada, como se ha señalado, por las enmiendas del año 2006. Siguiendo a INOSTROZA, estimamos que el empleo de las expresiones “constar por escrito” y “que dejen constancia del acuerdo” contrasta con la redacción que se establece para aquellos casos en que la ley exige alguna solemnidad,¹²⁸ y que deben interpretarse en forma restrictiva. Ello implicaría que estamos frente a requisitos formales que la ley exige para probar la existencia

120 De acuerdo al artículo 7.2 de la Ley Modelo de 1985: “(...) Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”. A su vez, el artículo II.2 de la Convención de Nueva York señala: “La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

121 INOSTROZA, cit. (n. 101), p. 57.

122 PERALES VISCASILLAS, P. “¿Forma “escrita” del convenio arbitral? Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL”. En: *Derecho Comercial Internacional*. 2014. T.II. Bogotá. Editorial Temis., p. 683.

123 PICAND, cit. (n. 4), p. 428 y 429.

124 PERALES VISCASILLAS, cit. (n. 122), p. 688.

125 PERALES VISCASILLAS, cit. (n. 122), p. 678.

126 INOSTROZA, cit. (n. 101), p. 60.

127 SIQUEIROS, J. 2007. “La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional”. En: PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1ª ed., p. 515.

128 A modo de ejemplo, el artículo 1801 inc. 2 del Código Civil chileno prescribe: “La venta de los bienes raíces, servidumbre y censos, y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública”.

del contrato y su contenido, y no frente a un presupuesto de validez.¹²⁹ De este modo, el requisito de escrituración que impone la ley N° 19.971 al acuerdo de arbitraje debiera entenderse como una formalidad *ad probationem*.

En términos prácticos, sin embargo, el panorama no cambia demasiado. Como observa VÁSQUEZ, “el convenio no escrito es válido, pero ineficaz o inexigible”.¹³⁰ En efecto, son muy pocas las leyes nacionales que permiten la celebración del acuerdo de arbitraje en forma oral, lo que sugiere que se trata de un “contrato (predominantemente) formal” que, casi siempre, debe ser exteriorizado por escrito.¹³¹

3. MODALIDADES DEL ACUERDO ARBITRAL

Tradicionalmente se ha entendido que la voluntad de las partes en orden a someterse a un procedimiento arbitral se puede materializar en dos instrumentos: (1) el compromiso y (2) la cláusula compromisoria.¹³²

El compromiso ha sido definido como un “contrato solemne, por el cual las partes someten determinados litigios actuales a la decisión de árbitros determinados”.¹³³ Son requisitos de este instrumento, por tanto, la designación del árbitro y la actualidad del conflicto, esto es, que se haya suscitado antes de la suscripción del acuerdo de arbitraje. A nivel interno, el compromiso encuentra amplio reconocimiento en la normativa que regula el arbitraje doméstico.¹³⁴

Por su parte, la cláusula compromisoria es concebida como un “acuerdo de voluntades mediante el cual las partes deciden someter un asunto litigioso a la resolución de un árbitro”.¹³⁵ Se percibe, desde ya, una diferencia sustancial con la noción de compromiso: no se exige la actualidad de la controversia, abriendo la posibilidad de someter a arbitraje litigios eventuales.

Ello lleva a PICAND a afirmar que el factor de diferenciación entre ambos instrumentos no es la forma, sino el momento de su utilización, opinión que compartimos. No en vano los belgas prefieren hablar de “compromiso anticipado” y no de cláusula compromisoria, denominación que lleva al equívoco de pensar que esta figura solo se puede encontrar incorporada en un contrato principal, restringiendo mucho su campo de aplicación. Lo cierto es que siempre que se pacte arbitraje con anterioridad al surgimiento del conflicto, se estará en presencia de una cláusula compromisoria, aun cuando ésta conste en un instrumento distinto del contrato principal.¹³⁶

Como explican DÍAZ y ROMERO, la incorporación a nuestro medio de la cláusula compromisoria se debe a un esfuerzo doctrinario y jurisprudencial, toda vez que el ordenamiento positivo chileno solo contemplaba al compromiso como convención de arbitraje. El único efecto que se atribuía a la cláusula era el de actuar como un contrato preparatorio del instituto arbitral, postura que se fue desvaneciendo con la práctica.¹³⁷

En el ámbito internacional, la evolución ha sido similar. Las legislaciones más antiguas de arbitraje solo reconocían la cláusula compromisoria en cuanto generaba una obligación de hacer para las partes, cual es, redactar y suscribir el compromiso. Las leyes más modernas, en cambio, reconocen a la figura en comento como un acto jurídico autónomo, que por sí solo permite su ejecución.¹³⁸

A tal efecto, y para evitar un tratamiento diferenciado del compromiso y la cláusula compromisoria, la tendencia actual en el arbitraje internacional es unificar ambos instrumentos en torno a una sola figura: el acuerdo de arbitraje.¹³⁹

El artículo 7.1 de Ley Modelo señala, en su parte final, que “(...) el acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”. En términos similares, el artículo II.2 de la Convención de Nueva York prescribe: “La expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso”. La Convención de Panamá, por su parte, ni siquiera se preocupa de efectuar la distinción. “Es válido el acuerdo de las partes en virtud

129 INOSTROZA, cit. (n. 101), p. 58.

130 VÁSQUEZ, cit., (n. 3), p. 757.

131 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 94.

132 PICAND, cit. (n. 4), p. 355.

133 DÍAZ, J.; ROMERO, A. Cit. (n. 50), p. 29.

134 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 339.

135 DÍAZ, J.; ROMERO, A. Cit. (n. 50), p. 32.

136 PICAND, cit. (n. 4).

137 DÍAZ, J.; ROMERO, A. Cit. (n. 50), p. 33.

138 PICAND, cit. (n. 4), p. 356.

139 FERNANDEZ ROZAS, cit. (n. 113), p. 706.

del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil”, indica en su artículo 1, sin importar la modalidad en que se presente dicho acuerdo.

A pesar de existir un cierto consenso en torno al tema, BETANCOURT considera que la distinción entre ambas figuras puede resultar de utilidad práctica, dado que la redacción del acuerdo de arbitraje suscrito antes del conflicto difiere de la redacción de aquel que es posterior.¹⁴⁰ Coincidimos parcialmente con su postura, en la medida que ello no conduzca al equívoco de pensar que se trata de tipos contractuales diferentes, y en el entendido de que esta “figura única” puede en realidad manifestarse de las más diversas maneras, cada una con particularidades que atender al momento de su confección.

Siguiendo a VÁSQUEZ¹⁴¹ y sin pretender elaborar un listado taxativo, cuestión que resultaría imposible considerando el avance gradual y progresivo hacia la plena libertad de forma del acuerdo de arbitraje, podemos mencionar: (1) el contrato arbitral independiente; (2) el contrato arbitral ligado a otro contrato; (3) el contrato arbitral adhesivo; (4) el contrato arbitral por referencia; (5) el contrato arbitral celebrado por intercambio de escritos; y (6) el contrato arbitral electrónico.

El “contrato arbitral independiente” es aquel que consta en un documento separado de aquel en que figura la relación jurídica objeto del arbitraje. Dependiendo del momento en que se suscribe, podría considerarse un compromiso o una cláusula compromisoria.

Como contrapartida encontramos el “contrato arbitral ligado a otro contrato”, es decir, aquel que se encuentra incorporado como cláusula en un contrato principal, sin que ello implique una pérdida de autonomía, en virtud del principio de separabilidad.

Dentro de esta última categoría, el “contrato arbitral adhesivo” aparece como una modalidad potencialmente problemática. Consiste en una cláusula impuesta por una de las partes al momento de celebrar determinados contratos, sin que haya sido debidamente negociada, por lo que bien podría cuestionarse la existencia de una voluntad genuina en orden a someterse a un procedimiento arbitral. En general, se busca adoptar medidas tendientes a evitar el carácter abusivo del mismo, resguardando la libertad de contratación del adherente.¹⁴²

Por otra parte, el “contrato arbitral por referencia” es aquel que se perfecciona mediante la remisión que hace un contrato a un documento separado que contiene el acuerdo de arbitraje. Es necesario que la referencia conlleve la incorporación del acuerdo al contrato principal.¹⁴³

El “contrato arbitral celebrado por intercambio de escritos”, en tanto, es aquel que se perfecciona por medio de la conjunción de determinados actos positivos y/u omisiones de las partes, que vienen a sanear la falta de escrituración del acuerdo.¹⁴⁴ Así, el artículo II.2 de la Convención de Nueva York permite que se celebre el contrato de arbitraje por medio del canje de cartas y telegramas. Lo propio hace la ley N° 19.971 en su artículo 7.2, que indica: “(...) Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado (...) en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra”.

Finalmente, el “contrato arbitral electrónico” implica una adecuación de las exigencias formales del acuerdo de arbitraje al indispensable uso de la tecnología en la contratación internacional, entendiéndose válido el pacto que conste en un documento electrónico suscrito con firma electrónica de las partes, o en un intercambio de correos electrónicos, en virtud del “principio de equivalencia funcional”,¹⁴⁵ recogido en nuestro ordenamiento a través de la ley N° 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma, así como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

4. CONTENIDO DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

Como bien observa GONZÁLEZ DE COSSIO, en materia de actos jurídicos “la forma es el continente y la voluntad el contenido”.¹⁴⁶ Dicha máxima encuentra un fiel representante en la figura en comento: si el acuer-

¹⁴⁰ BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 112.

¹⁴¹ VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 767 y ss.

¹⁴² VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 768.

¹⁴³ VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 769.

¹⁴⁴ VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 769.

¹⁴⁵ SANDOVAL, cit. (n. 67), p. 110.

¹⁴⁶ GONZÁLEZ DE COSSIO, cit (n. 92), p. 784.

do de arbitraje es la piedra basal del instituto arbitral,¹⁴⁷ es porque en él se expresa la voluntad de las partes en orden a someterse a este particular mecanismo.

Habiendo hecho ya alguna referencia a los aspectos formales del acuerdo de arbitraje, resta pronunciarse brevemente acerca de su contenido, esto es, aquellos elementos, esenciales y facultativos, que las partes deben tomar en consideración al momento de redactar el contrato. Se trata, por cierto, de un asunto sumamente delicado, a fin de evitar incurrir en vicios que puedan constituir un obstáculo al desarrollo armónico del procedimiento arbitral, como ocurre en el caso de las llamadas “cláusulas patológicas”.¹⁴⁸

4.1. Menciones esenciales

Las menciones esenciales son aquellas que, siendo necesarias para la validez del pacto, no son suplidas por el legislador.

Según FOLLONIER-AYALA, tales menciones son: (1) la voluntad de las partes de someter el litigio o los litigios a arbitraje; (2) la determinación de las partes del convenio arbitral; y (3) la determinación del litigio o de los litigios que deben ser dirimidos por el tribunal arbitral.¹⁴⁹

En el mismo sentido se pronuncia ARIAS, quien añade como elemento decisivo la “constancia por escrito”.¹⁵⁰ Por razones esgrimidas en las páginas anteriores, consideramos que no procede incluir dicha formalidad en esta categoría.

En cuanto a la primera mención, el acuerdo de arbitraje debe manifestar la voluntad recíproca, concordante, seria y externa de someterse a arbitraje, expresando en consecuencia la intención de las partes de renunciar a la justicia ordinaria y de acatar la decisión del tribunal arbitral, que les es vinculante.¹⁵¹

Como advierte PICAND, en el arbitraje comercial internacional la exteriorización de la voluntad es sumamente importante,¹⁵² lo que sugiere una mayor cercanía a la doctrina de la voluntad declarada.

Respecto a la segunda mención esencial, vale decir, la determinación de las partes, se trata de algo más bien elemental, puesto que busca dejar en claro quiénes se encuentran obligados al tenor del acuerdo. Naturalmente, para que éste sea válido, las partes deben tener capacidad para contratar o estar debidamente representadas, condición de validez del acuerdo de arbitraje conocida como “arbitrabilidad subjetiva”.

La tercera mención esencial corresponde a la delimitación del objeto de la controversia,¹⁵³ el cual puede ser determinado o determinable y tener su origen en una relación contractual o extracontractual. Es fundamental que la materia litigiosa sea susceptible de ser sometida a arbitraje, condición denominada “arbitrabilidad objetiva”, y que, por regla general, debe evaluarse desde la perspectiva del derecho llamado a regir el acuerdo arbitral.¹⁵⁴

4.2. Menciones facultativas

Se trata de menciones “cuya omisión no es invalidante, pudiendo ser incluidas en acuerdos complementarios o suplidas del modo legalmente previsto”.¹⁵⁵ Sin pretender agotar el tema, algunas de estas menciones son: (1) la clase de arbitraje; (2) el nombramiento de los árbitros; (3) la elección de la sede del arbitraje; (4) la elección de las reglas del procedimiento arbitral; (5) la elección del derecho aplicable al contrato principal; y (6) la elección del derecho aplicable al acuerdo de arbitraje.

Una primera mención facultativa dice relación con la elección del tipo de arbitraje: institucional o *ad hoc*; de derecho o *ex aequo et bono*.

En caso de optar por un “arbitraje institucional”, es decir, aquel en que el procedimiento es administrado por una determinada institución arbitral, es menester cuidar la individualización de la misma. Un error

¹⁴⁷ DIAZ, J.; ROMERO, A. Cit. (n. 50), p. 27.

¹⁴⁸ GUERRERO, R. 2007. “Algunas reflexiones sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial internacional y sobre las cláusulas patológicas en particular”. En: PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1° ed., p. 633.

¹⁴⁹ FOLLONIER-AYALA, Alejandro. “La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y en Suiza”. *Lima Arbitration*, 2012/2013. N° 5, p. 136.

¹⁵⁰ ARIAS, María. 2019. “El convenio arbitral y sus requisitos insalvables: capacidad de las partes, materia arbitrable y otras cuestiones que inciden en su validez formal”. En: *El convenio arbitral*. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, p. 55.

¹⁵¹ FOLLONIER-AYALA, cit. (n. 149), p. 136.

¹⁵² PICAND, cit. (n. 4), p. 374.

¹⁵³ FOLLONIER-AYALA, cit. (n. 149), p. 158.

¹⁵⁴ PICAND, E. cit. (n. 4), p. 417.

¹⁵⁵ ARIAS, cit. (n. 150), p. 56.

o falta de precisión al respecto podría fácilmente conducir a una cláusula patológica.¹⁵⁶ Por otra parte, de preferirse un “arbitraje *ad hoc*”, esto es, aquel cuyo procedimiento se lleva a cabo sin la intervención de una institución,¹⁵⁷ entonces las partes pueden designar, en el mismo acuerdo de arbitraje, a los integrantes del tribunal arbitral. Ciertamente no parece recomendable hacerlo si lo que se suscribe es una cláusula compromisoria, por cuanto se corre el riesgo de que, en la espera del hipotético conflicto, los árbitros elegidos se vean afectados por alguna incapacidad o incompatibilidad sobreviniente que les impida asumir el cargo al momento de verificarse la controversia, lo que podría incidir en la eficacia del acuerdo.

Asimismo, las partes pueden pactar someterse a un “arbitraje de derecho” o a un “arbitraje *ex aequo et bono*”. Si el árbitro es de derecho, entonces debe someterse a la ley para llevar el proceso y fundar su posición; en caso contrario, decide conforme a la equidad.¹⁵⁸ La posibilidad de recurrir a un “arbitraje *ex aequo et bono*” es otra de las materias que, *a priori*, se deben examinar a la luz del derecho que rige el convenio arbitral.¹⁵⁹

Por otro lado, las partes pueden elegir la “sede del arbitraje”. A pesar de ser una mención facultativa del acuerdo arbitral, se trata de uno de los aspectos más importantes al momento de redactarlo,¹⁶⁰ toda vez que acarrea una serie de consecuencia jurídicas.

A saber, la elección de la sede arbitral determina: (1) el lugar en que el laudo debe considerarse dictado; (2) el tribunal competente para conocer del recurso de nulidad que puede intentarse contra el fallo; (3) en parte, las normas jurídicas aplicables al procedimiento (*lex arbitri*)¹⁶¹; y (4) las normas imperativas de orden público que gobiernan el procedimiento arbitral internacional, exclusivamente en lo relativo a la expresión del “debido proceso”. SILVA ROMERO sugiere a su vez que la elección de la sede determina el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, cuestión que no es del todo pacífica y forma parte del núcleo de la presente investigación.¹⁶²

Lo cierto es que, atendida la importancia de esta indicación, la mayoría de los reglamentos de arbitraje contienen normas diseñadas para suplir el silencio de las partes.¹⁶³ El artículo 18.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI señala al respecto: “Cuando las partes no hayan acordado previamente el lugar del arbitraje, dicho lugar será determinado por el tribunal arbitral habida cuenta de las circunstancias del caso (...)”. Lo propio hace el artículo 20.1 de la Ley Modelo, en una disposición que ha sido replicada textualmente por la ley N° 19.971: “Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes”.

La utilidad de dicha norma contrasta severamente con la imprecisión con que fue redactada. El empleo de la palabra “lugar” en desmedro de la voz “sede”, puede llevar al error de otorgarle un significado “espacial” o “territorial”,¹⁶⁴ cuando en realidad se trata de un concepto estrictamente jurídico, el lugar en que se entiende domiciliado el arbitraje. Ello implica que no todas las actuaciones del procedimiento deben ser realizadas en dicho lugar, pudiendo el tribunal arbitral practicar diligencias en otros sitios ya sea a petición de las partes o por su propia iniciativa, si tiene facultades para ello.¹⁶⁵

En tiempos recientes han surgido voces que favorecen la aplicación de un criterio de “deslocalización” del procedimiento arbitral, lo que implica que éste no se encuentra anclado a ningún orden jurídico particular. Dicha postura se ha reafirmado a partir de lo que se percibe como la “debilidad” del recurso de nulidad del laudo ante los tribunales del Estado sede, cuestión que ha llevado, en ciertos casos, al reconocimiento de un laudo internacional anulado.¹⁶⁶ En todo caso, la tesis de la deslocalización no parece admisible en los países

156 GUERRERO, cit. (n. 148), p. 633.

157 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 56.

158 SANDOVAL, cit. (n. 67), p. 15.

159 PICAND, cit. (n. 4), p. 469.

160 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 148.

161 Sin perjuicio de los efectos que al respecto tiene el fenómeno de la “deslocalización” del arbitraje, largamente acogido en la jurisprudencia francesa, y en virtud del cual es perfectamente posible que la *lex arbitri* no sea la ley de la sede. Para más información, revisar: MEREMINSKAYA, Elina. “Cuando la sede del arbitraje no es el lugar del arbitraje y la *lex arbitri* no es la ley de la sede”, *Lima Arbitration*, 2016, N° 7, pp. 167-180.

162 SILVA, Eduardo. “La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2003, Año II, N° 4, p. 94 y 95.

163 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 149.

164 SILVA, cit. (n. 161), p. 94.

165 VASQUEZ, cit. (n. 47), p. 80.

166 PEREZNIETO, L; GRAHAM, J. 2007. “¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?”. En: PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1° ed., p. 595 y ss.

que, como Chile, han seguido el esquema de la Ley Modelo: los artículos 1.1, 1.2 y 19 establecen un claro límite a la autonomía de las partes, cual es el principio de territorialidad, y decretan una suerte de nacionalización del arbitraje conforme al lugar en que éste se desarrolla.¹⁶⁷ Como consecuencia de lo anterior, se produce la identificación de los conceptos de *lex arbitri*, derecho que gobierna el arbitraje, y *lex loci arbitri*, ley del Estado sede.

En cuarto lugar, las partes pueden elegir, al momento de confeccionar el acuerdo de arbitraje o en una oportunidad posterior, las reglas del procedimiento.

Cuando se hizo referencia a la sede arbitral, se explicó que una de las consecuencias de su designación era la determinación parcial de las normas del procedimiento, de modo que, en principio, estaríamos en presencia de una regulación que cuenta con dos fuentes. Puede resultar algo confuso a simple vista, pero la verdad es que se trata de un esquema sumamente sencillo: un arbitraje comercial internacional se encuentra regulado por una “ley general”, a saber, la *lex arbitri*, y por una “ley especial”, un “conjunto de reglas más detalladas que tienen por objeto controlar un determinado procedimiento arbitral”.¹⁶⁸ Esta última puede ser, por ejemplo, un reglamento de arbitraje. Tiene plena vigencia en esta materia el principio de especialidad, en virtud del cual la ley especial deroga a la general. Ello significa que, de existir una contradicción entre la *lex arbitri* y las reglas de procedimiento elegidas por las partes, se debe preferir estas últimas.

La libertad de las partes para escoger la normativa aplicable no termina ahí: la autonomía de la voluntad es, después de todo, el principal factor de conexión para determinar el derecho aplicable al contrato principal.¹⁶⁹ Lo anterior se desprende del artículo 28.1 de la Ley Modelo, según el cual el “tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio”.

Se trata de lo que PICAND denomina pacto *electio iuris*, es decir, el acto jurídico por medio del cual las partes escogen el derecho aplicable, sea este conflictual o material.¹⁷⁰ Resulta acertada en este punto la precisión que hace AGUIRRE al afirmar que la autonomía, en cuanto factor de conexión, corresponde a la llamada “autonomía conflictual”.¹⁷¹ En otras palabras, lo que hacen las partes es diseñar sus propias normas de conflicto.

La importancia de esta elección es enorme, pues determina la trayectoria jurídica del contrato, desde su formación hasta su ejecución.¹⁷² Por lo mismo, el artículo 28.2 de la Ley Modelo contiene una regla supletoria a la voluntad de las partes, ordenando que, a falta de indicación, el tribunal arbitral recurra a la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

No existe una disposición similar respecto al derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, cuestión que da origen a la problemática en análisis. Al respecto, adelantamos que las partes se encuentran plenamente facultadas para indicar la normativa que rige a este particular contrato, siendo perfectamente posible, en virtud del principio de separabilidad, que ella difiera de la regulación que recibe la relación jurídica en cuyo seno se suscita la controversia. Sin embargo, no se ha logrado un consenso en torno a la regla a emplear en caso de silencio de las partes, pese a que, de la lectura del artículo V.1 de la Convención de Nueva York y de los artículos 34.2.a y 36.1.a de la Ley Modelo, se podría concluir que, en tal evento, rige la ley de la sede arbitral.

La lista de menciones facultativas que se ha confeccionado y presentado en modo alguno puede entenderse como exhaustiva, menos aún taxativa. Existen, por cierto, otras tantas menciones que las partes pueden acordar incluir en el acuerdo de arbitraje, tales como la sujeción del acuerdo a un plazo, la condición de someterse previamente a una mediación (cláusulas escalonadas o multinivel)¹⁷³ o la elección del idioma a utilizar en las distintas actuaciones del procedimiento arbitral.

5. EFECTOS DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

Al momento de estudiar los efectos del acuerdo de arbitraje, es menester distinguir entre efectos directos e indirectos.

¹⁶⁷ PICAND, cit. (n. 4), p. 149.

¹⁶⁸ BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 157.

¹⁶⁹ AGUIRRE, Patricio. “La determinación del derecho aplicable al contrato en la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional”. Revista *Ius et Praxis*, 2006, 12 (1), p. 155-179.

¹⁷⁰ PICAND, cit. (n. 4), p. 393.

¹⁷¹ AGUIRRE, cit. (n. 169).

¹⁷² BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 147.

¹⁷³ BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 171.

5.1. Efectos directos

Los efectos directos (o “intrínsecos”)¹⁷⁴ son los derechos y obligaciones que el acuerdo genera para las partes, y se clasifican a su vez en efectos positivos y negativos.¹⁷⁵

Los efectos positivos implican “obligaciones de hacer”.¹⁷⁶ La más importante, sin duda, es la obligación de resolver determinadas controversias a través del arbitraje, aceptando el resultado final de la decisión del árbitro.¹⁷⁷ En otras palabras, consiste en respetar lo pactado. Ello faculta a una de las partes a compeler a la otra para que se someta al procedimiento arbitral,¹⁷⁸ precisamente mediante la ejecución del convenio arbitral.

Por otro lado, los efectos negativos consisten en “obligaciones de no hacer”.¹⁷⁹ Éstos apuntan a impedir que las partes, salvo acuerdo en contrario, puedan promover la controversia ante la justicia estatal.¹⁸⁰ Así las cosas, si una de las partes incumple el acuerdo arbitral y concurre a la jurisdicción ordinaria, la otra podrá oponer una excepción dilatoria de incompetencia ante dicho tribunal. Como apunta VÁSQUEZ, este efecto se encuentra íntimamente vinculado al convenio arbitral y no a la existencia del arbitraje, por lo que el juez debe respetarlo con independencia de que se haya iniciado el procedimiento.¹⁸¹

5.2. Efectos indirectos

Los efectos indirectos (o “extrínsecos”) corresponden a las consecuencias que el contrato acarrea para terceros, en concreto, los Estados y los árbitros que hayan sido designados por las partes.¹⁸² No nos referimos, entonces, al fenómeno de la extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias, sino que a un conjunto de repercusiones que tienen por objeto preservar la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones que fueron contraídas entre las partes.¹⁸³

Desde la perspectiva del Estado, el acuerdo de arbitraje produce el efecto de trasladar la competencia desde un tribunal estatal a un tribunal arbitral, de modo que el primero no puede, en principio, conocer de un determinado asunto.¹⁸⁴ Al respecto señala el artículo II.3 de la Convención de Nueva York: “El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. Mismo criterio sigue la ley N° 19.971.

BETANCOURT advierte, con razón, que este “deber de remisión” se encuentra íntimamente vinculado con el efecto negativo que surge para las partes a partir de la suscripción del acuerdo arbitraje, destacando que, en este caso, es la propia Convención de Nueva York la que obliga a los Estados contratantes a preservar su cumplimiento.

Respecto de los árbitros designados, surgen también una serie de efectos fácilmente identificables, siempre condicionados a la aceptación del cargo. Así, el acuerdo de arbitraje dota al tribunal arbitral de “potestad decisoria”,¹⁸⁵ facultad que le permitirá dirigir el procedimiento y dirimir el asunto controvertido. Los alcances y limitaciones de dicha potestad quedan supeditados a los términos del contrato, en particular a la elección de la sede arbitral, las reglas del procedimiento y el derecho sustantivo aplicable.

Vale la pena precisar que, a nuestro entender, los efectos indirectos equivalen, por regla general, a aquellos que FERNÁNDEZ ROZAS denomina “efectos procesales” del acuerdo de arbitraje, “esto es, su alcance derogatorio de la competencia de los tribunales judiciales y de atribución de competencia a los árbitros”.¹⁸⁶ Se rigen, en consecuencia, por las normas adjetivas de sustanciación correspondientes,¹⁸⁷ a diferencia de los efectos directos, que, perteneciendo al ámbito contractual, reciben una regulación de orden material.

6. PRINCIPIOS APLICABLES

174 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 117.

175 PICAND, cit. (n. 4), p. 475.

176 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 115.

177 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 772 y 773.

178 DIAZ, J.; ROMERO, A. Cit. (n. 50), p. 34.

179 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 115.

180 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 115.

181 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 775.

182 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 119.

183 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 119.

184 PICAND, cit. (n. 4), p. 478.

185 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 121.

186 FERNÁNDEZ, cit. (n. 113), p. 702.

187 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 774.

Como es lógico, a la hora de celebrar, interpretar y ejecutar un contrato de arbitraje internacional, deben tenerse en consideración ciertos principios.¹⁸⁸ Algunas de estas directrices le son propias y características; otras, en cambio, son comunes a todos los contratos.

Del análisis de las fuentes del arbitraje comercial internacional, y tomando como base los trabajos de PICAND¹⁸⁹ y VÁSQUEZ,¹⁹⁰ es posible identificar al menos siete principios que inciden en el *iter contractus* del acuerdo de arbitraje: (1) el principio de autonomía de la voluntad; (2) el principio de separabilidad; (3) el principio *favor arbitrandum*; (4) el principio de buena fe; (5) el principio *pacta sunt servanda*; (6) el principio *contra proferentem*; (7) el principio de utilidad; y (8) la primacía de la *lex mercatoria*.

6.1. Principio de autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad es uno de los principales factores de conexión en el Derecho Internacional Privado y, al mismo tiempo, una de sus principales fuentes.¹⁹¹

Se trata, en palabras de VÁSQUEZ, “del impulso básico del instituto arbitral, que se plasma, en primer término, en el acuerdo de arbitraje”.¹⁹² Es en el ejercicio de dicha autonomía que las partes suscriben el pacto arbitral, disponiendo de su derecho a recurrir a la jurisdicción ordinaria, en orden a someterse a los designios de un tribunal arbitral.

La creación o elección de las reglas que regulan el procedimiento arbitral queda también entregada a la libertad de contratación de las partes,¹⁹³ de modo que ésta constituye un auténtico “principio rector” de la figura,¹⁹⁴ como se aprecia a partir de su consagración normativa en diversas disposiciones de la ley N° 19.971.¹⁹⁵

Particular interés reviste, para el desarrollo de esta memoria, la llamada “autonomía conflictual”,¹⁹⁶ que debe entenderse, simplemente, como el “derecho de las partes para elegir la ley que gobierna un contrato”.¹⁹⁷ Esta manifestación del principio en comento se encuentra claramente contemplada, respecto del contrato principal, en el artículo 28 de la Ley Modelo, norma recogida por la ley N° 19.971.¹⁹⁸ No se limita, sin embargo, a dicha hipótesis: tanto la Convención de Nueva York, artículo V.1.a, como la Ley Modelo, artículos 34.2.a y 36.1.a, hacen alusión a la validez del acuerdo de arbitraje a la luz de la ley a que las partes lo han sometido.

“En general”, escribe PICAND, “la autonomía de la voluntad sólo hace excepción en el arbitraje, tratándose de las normas que regulan las relaciones entre los tribunales judiciales y el tribunal arbitral”.¹⁹⁹ Así las cosas, estamos en presencia de una premisa particularmente amplia en la materia, aunque debe respetar siempre, como es lógico, los límites establecidos por el orden público.

6.2. Principio de separabilidad

Según FOLLONIER-AYALA, el principio de separabilidad, también conocido como principio de autonomía, es “aquel en virtud del cual el convenio arbitral es considerado como un contrato independiente y diferente del contrato principal”.²⁰⁰ En pos de una mayor precisión, vale la pena aclarar que la independencia es en realidad respecto de la relación jurídica que dio origen al conflicto, y que puede o no ser de naturaleza contractual.²⁰¹

188 PICAND, cit. (n. 4), p. 359.

189 PICAND, cit. (n. 4), p. 361 y siguientes.

190 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 760 y siguientes.

191 PICAND, cit. (n. 4), p. 373.

192 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 737.

193 SANDOVAL, cit. (n. 67), p. 22.

194 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 100.

195 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 738.

196 En contraposición a la llamada “autonomía material”, que implica la facultad de las partes para establecer pactos, condiciones o cláusulas en un contrato. En: FERNANDEZ ROZAS, J. y SÁNCHEZ LORENZO, S. 2016. Derecho Internacional Privado. Thomson Reuters: España, p. 585.

197 VIAL UNDURRAGA, M. 2013. “La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado”. Revista Chilena de Derecho, V. 40, N° 3, p. 891.

198 Artículo 28, Ley N° 19.971. Normas aplicables al fondo del litigio. 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. (...)

199 PICAND, cit. (n. 4), p. 375.

200 FOLLONIER-AYALA, Álvaro. “Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y *kompetenz-kompetenz*”. Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional, 2014, V. 2, N° 2, p. 515.

201 YAURI, León. “El convenio arbitral internacional”. Revista vLex International, 2013, N° 17 (Agosto). Disponible en: <http://vlex.com/vid/convenio-arbitral-internacional-452291257>

He aquí uno de los fundamentos de la doctrina de la separabilidad: si el acuerdo de arbitraje es, conceptualmente, uno sólo, no parece razonable que su naturaleza jurídica sea distinta según la forma que adopte. Nadie cuestionaría la independencia de un compromiso celebrado en torno a una diferencia suscitada a partir de una relación extracontractual.²⁰² Entonces, ¿por qué habríamos de hacerlo cuando el acuerdo se incorpora en un contrato principal? La simple apariencia nos induce a ello, a pesar de que, como se ha señalado, lo que distingue a la cláusula compromisoria del compromiso no es un tema de formas, sino el momento de su suscripción.²⁰³

Vale la pena destacar, en este punto, que no estamos en presencia de una ficción de separabilidad, ni tampoco de una presunción.²⁰⁴ BETANCOURT señala al respecto que, así como nadie cuestiona que una cláusula hipotecaria es un contrato “distinto” de la compraventa que lo contiene, no se debería poner en duda la independencia del acuerdo de arbitraje.²⁰⁵

El principal objetivo que se persigue con esta calificación es evitar que la sola invocación de invalidez del contrato principal conduzca a truncar el procedimiento arbitral, generando una forzosa intervención judicial que impida el normal desarrollo del arbitraje.²⁰⁶ En términos simples, se busca prevenir el uso de prácticas dilatorias. El principio de separabilidad resuelve dicho problema con la más obvia de sus consecuencias: si el acuerdo de arbitraje es un contrato autónomo e independiente, no se verá afectada, necesariamente, por los vicios del contrato principal.²⁰⁷

La anterior circunstancia le otorga competencia al tribunal arbitral para dirimir cuestiones relativas a la nulidad de dicho contrato,²⁰⁸ lo que puede llevar a una confusión con otra particular premisa del instituto arbitral: el *kompetenz-kompetenz*. Este último, sin embargo, supone que el tribunal arbitral es competente para revisar su propia competencia, encontrándose facultado, al efecto, para conocer de la eventual nulidad del propio acuerdo de arbitraje.

Por otro lado, y en lo que nos concierne, la separabilidad permite someter el acuerdo de arbitraje a un régimen jurídico distinto,²⁰⁹ lo que conlleva una eventual distinción entre derecho aplicable al contrato principal (*lex causae*) y derecho aplicable al acuerdo de arbitraje (*lex compromissum*).²¹⁰ Dicha circunstancia podría ayudar a explicar, en algunos casos, por qué un vicio de nulidad que afecta al contrato principal no alcanza a contaminar a la cláusula compromisoria, aun en el supuesto de haberse perfeccionado ambos contratos de manera simultánea.

El principio en comento encuentra consagración expresa en la ley N° 19.971, concretamente en su artículo 16.1, parte final: “(...) una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”.

A su vez, ha sido reconocido en el Convenio de Ginebra de 1961 y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Mercosur, y es considerado, al día de hoy, como una verdadera norma transnacional.²¹¹

6.3. Principio *favor arbitrandum*

Sin perjuicio de que este principio se desarrollará con mayor profundidad en el Capítulo IV de la presente memoria, es menester hacer alguna breve referencia a su significado y contenido.

La directriz en comento tiene su origen tanto en la Convención de Nueva York como en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, textos que comparten el propósito de promover el uso

202 CÁRDENAS MEJIA, J. 2005. “El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral”. En: SILVA, Eduardo (Ed). *El contrato de arbitraje*. Legis, Bogotá, 2005, p. 86.

203 PICAND, cit. (n. 4), p. 355.

204 Tal es la postura de LARROUMET, C., quien plantea que existe una presunción en virtud de la cual las partes en un contrato tienen la voluntad de otorgar a los árbitros el poder de resolver un litigio entre ellas antes que el contrato esté vigente, después de su fin y también cuando el contrato pueda ser considerado como nulo. “A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y de su autonomía”. En: SILVA, Eduardo (Ed). *El contrato de arbitraje*. Legis, Bogotá, 2005, p. 16.

205 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 261.

206 CAIVANO, R. “El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene”. *Derecho y Ciencias Sociales*, 2015, N° 13 (Octubre), p. 23.

207 LAVA, C. “La independencia del convenio arbitral y el competence-competence en el arbitraje comercial internacional”. *Themis: Revista de Derecho*, 2012, 61, p. 347.

208 FOLLONIER-AYALA, cit. (n. 200), p. 516.

209 YAURI, cit. (n. 201).

210 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 261.

211 FOLLONIER-AYALA, cit. (n. 200), p. 518.

del instituto arbitral, en tanto mecanismo idóneo para incentivar el comercio y la contratación internacionales.²¹² Por ello, y a partir de sus diversas disposiciones, se configura un auténtico criterio orientador en sentido favorable al arbitraje.

Según MEREMINSKAYA, el principio *favor arbitrandum* opera en dos dimensiones: desde un punto de vista fáctico, se transforma en un elemento relevante ante las posibles soluciones divergentes que el derecho nacional y neoespontáneo puedan proporcionar; desde una perspectiva social, permite atender a la esencia de las expectativas de las partes.²¹³

En consecuencia, y en la medida que se constate la existencia de un acuerdo de voluntades, se debe partir siempre de la base que tanto el acuerdo arbitral como el procedimiento en que este desemboca son válidos, lo que a su vez facilita el reconocimiento y ejecución del laudo. Así, la capacidad de las partes se suele examinar a la luz del derecho que favorezca la efectividad del arbitraje, en tanto que las posibilidades de impugnación del laudo se encuentran fuertemente restringidas.

Lo anterior ha llevado a la doctrina a plantear la existencia de una serie de presunciones, entre ellas la presunción de validez del contrato de arbitraje, que se desprende del artículo II.3 de la Convención.²¹⁴

6.4. Principio de buena fe y lealtad negocial

La buena fe es uno de los principios generales del derecho,²¹⁵ y como tal ha sido consagrado en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo, incluido el chileno.²¹⁶ Actualmente se encuentra contemplado, sin ninguna ambigüedad, en el artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2016, que señala: “(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional; (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”.

En un intento por precisar su contenido, RAMÍREZ NECOCHEA recurre al *Digesto*, identificando dos aspectos relevantes: en primer lugar, la buena fe consiste en la honestidad necesaria para cumplir con la palabra empeñada; en segundo lugar, en que cada contratante busque su propio beneficio, pero respetando leal y honestamente los intereses del otro.²¹⁷ VÁSQUEZ agrega que corresponde a una actitud permanente que deben poseer las partes durante la celebración de los respectivos contratos, y al interior de todas las etapas que conforman dicha actividad.²¹⁸

6.5. Principio *pacta sunt servanda*

Lo pactado obliga: en eso consiste este principio, destinado a dotar de fuerza obligatoria a los contratos debidamente celebrados entre las partes. Utilizando el lenguaje del Código Civil chileno, bien podríamos afirmar que el acuerdo de arbitraje, legalmente suscrito, es ley para los contratantes, no pudiendo ser invalidado sino por causas legales o por su mutuo consentimiento, como ocurre en materia arbitral cuando una parte acude a sede judicial y la otra no opone la dilatoria de incompetencia.

Reforzando esta idea, el artículo 1.3 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2016 es particularmente claro: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios”.

6.6. Principio *contra proferentem*

Principio contemplado en el artículo 4.6 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2016: “Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte”.

Se trata de una directriz de particular importancia cuando se está en presencia de un acuerdo de arbi-

212 EGAS MALDONADO, A. 2010. *Algunas consideraciones sobre el convenio arbitral insuficiente: interpretación y alternativas*. Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de abogado. Universidad San Francisco de Quito, Ecuador, p. 56.

213 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 97 y 98.

214 A modo de ejemplo, algunos autores han escrito acerca de una “presunción de arbitrabilidad”, conforme a la cual la arbitrabilidad, en cualquiera de sus categorías, es la regla general, y la inarbitrabilidad, la excepción. En: BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 207.

215 PICAND, cit. (n. 4), p. 361.

216 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 760.

217 RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. “La buena fe en los contratos internacionales”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, Vol. VI, p. 786.

218 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 760.

traje contenido en un contrato de adhesión, y, en general, siempre que una de las partes sea responsable por la redacción de una cláusula ambigua, en la medida que dicha situación surja por la falta de explicación que dicha parte debió incorporar.²¹⁹

6.7. Principio de utilidad

De conformidad al artículo 4.5 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2016, “los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos”.

Advierte PICAND que “la aplicación de esta norma se encuentra subordinada a la validez del acuerdo arbitral, por cuanto no podría pretenderse dar validez al mismo aplicando el principio del efecto útil de sus cláusulas”.²²⁰

6.8. Primacía de la *lex mercatoria*

El artículo 1.9 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2016 indica que las partes están obligadas: (1) por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas; y (2) por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

Por otro lado, el artículo 28.4 de la Ley Modelo, relativo a la determinación de las normas aplicables al fondo del litigio, prescribe: “En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.

Las disposiciones transcritas vienen a reafirmar el rol de la *lex mercatoria* como fuente del arbitraje comercial internacional.

7. EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

Sabemos ya que las partes se encuentran facultadas, en virtud de la autonomía que inspira al instituto arbitral, para elegir el derecho aplicable a efectos de determinar la validez del acuerdo de arbitraje. Se trata de un pacto *electio iuris* potencialmente distinto a aquel en que las partes convienen las normas aplicables al fondo de la controversia, y se materializa, normalmente, en el mismo contrato de arbitraje. Ello conduce inexorablemente a un escenario paradójico: si el acuerdo arbitral es inexistente o inválido, también lo sería el pacto *electio iuris*.

¿Cómo justificar entonces que la validez del acuerdo de arbitraje pueda examinarse a la luz del derecho convenido por las partes? Entendemos que los fundamentos son muy similares a aquellos que sirven de base al principio *kompetenz-kompetenz*:²²¹ las partes, amparadas por la autonomía conflictual, han manifestado su voluntad en tal sentido, lo que se traduce en un verdadera “presunción de validez” del acuerdo arbitral, al alero del artículo II.3 de la Convención de Nueva York;²²² por otro lado, así lo disponen los textos de derecho uniforme, en concreto los artículos 34.2.a y 36.1.a de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y el artículo V.1 de la Convención de Nueva York, todos los cuales indican que el acuerdo de arbitraje debe ser válido “en virtud de la ley a que las partes lo han sometido”.

Dichos preceptos no cubren, sin embargo, un supuesto de inexistencia del acuerdo, lo que es de toda lógica, por tratarse de una premisa de origen contractual. En tal sentido reflexiona PENGELLEY: “*Consideration of whether an arbitration agreement is null and void, inoperable or incapable of performance requires that there first be an existing, concluded arbitration agreement*”.²²³

Así, las partes han convenido someter el contrato de arbitraje internacional a una determinada ley, y dicho pacto se encuentra contenido en el mismo acuerdo. Luego, su existencia es requisito *sine qua non* para invocar el pacto *electio iuris*. Solo así se puede argüir que existe “voluntad” de las partes en tal sentido.

Ello plantea una interrogante no menor: ¿bajo qué normas se determina la existencia de dicho acuerdo? En las siguientes páginas se ofrece una respuesta tentativa a esta y otras preguntas fundamentales para

219 VASQUEZ, cit. (n. 3), p. 761.

220 PICAND, cit. (n. 4), p. 365.

221 VASQUEZ, María. “Comprensión del principio competencia-competencia y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2010, N° 15, p. 183.

222 BORN, cit. (n. 8), p. 837.

223 PENGELLEY, Nicholas. “Albon v. Naza Motor Trading. Necessity for a Court to Find that there is an Arbitration Agreement Before Determining that it is Null and Void”. *American Arbitration*. 2008, V. 24, N° 1, p. 175.

abordar el problema central de esta monografía.

7.1. Existencia del acuerdo de arbitraje

Hace bien VÁSQUEZ en señalar que el elemento básico de todo acuerdo de arbitraje es el consentimiento claro e individualizado.²²⁴

A partir de dicha afirmación es posible formular tres preguntas sucesivas que determinan la existencia del pacto arbitral: (1) ¿Hay consentimiento?; (2) ¿Quiénes han consentido?; y (3) ¿Qué es lo que se ha consentido?

Para que estemos en presencia de un convenio de arbitraje, la respuesta a la primera pregunta debe ser afirmativa, es decir, debe haber un acuerdo de voluntades; a su vez, las partes del pacto han de aparecer debidamente individualizadas; y, finalmente, no puede haber dudas en cuanto a que lo consentido es someter determinadas diferencias a un mecanismo alternativo de solución de controversias que, comúnmente, se conoce como arbitraje.

Si el lector ha logrado mantener la atención hasta este punto (y goza, además, de buena memoria), se percatará que las respuestas al cuestionario propuesto coinciden con aquellos elementos a los que FOLLONIER-AYALA califica de “esenciales” para el convenio arbitral, a saber: (1) acuerdo de voluntades; (2) determinación de las partes; y (3) determinación del objeto de la controversia.²²⁵

Cerciorarse del cumplimiento de los dos últimos requisitos resulta, en general, algo sencillo, toda vez que, en la práctica, el contrato aún debe satisfacer un requisito de escrituración o constar de alguna manera, cualquiera sea la modalidad que corresponda según la legislación aplicable al caso. El primer requisito, sin embargo, puede representar un auténtico desafío.

Si examinamos la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá o la Ley Modelo, con y sin las enmiendas del año 2006, notaremos que nada concreto se dispuso en ellas sobre el perfeccionamiento del acuerdo de arbitraje. Con todo, del análisis de dichos instrumentos es posible deducir que se trata de un contrato consensual, al que se le impone, únicamente con fines probatorios, la exigencia de constar por escrito (condición que, por lo demás, parece haberse desnaturalizado con la evolución del arbitraje comercial internacional).

En palabras de ALESSANDRI, un “contrato es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, en cualquiera forma que éste se exprese”.²²⁶ El consentimiento, a su vez, se forma cuando concurren dos manifestaciones de voluntad: oferta y aceptación.²²⁷

Se trata de la más elemental y clásica de las reglas. Sin embargo, no existe claridad en cuanto a su forma de operar en este caso, frente a un contrato que se caracteriza, precisamente, por su internacionalidad. Por lo mismo, consideramos que al evaluar la oferta y aceptación de un acuerdo de arbitraje debemos recurrir a usos, prácticas y principios internacionales, y no a un ordenamiento estatal determinado.

Así las cosas, resulta prudente atender, en cada caso, a los usos mercantiles aplicables, o a la forma en que las partes suelen relacionarse entre ellas. Después de todo, son éstas quienes dirigen, más que nadie, sus relaciones jurídicas, a través de lo que se ha denominado “ley de autonomía”, que para que sea eficaz, naturalmente, requiere de voluntades manifestadas en forma seria y externa.²²⁸ Al respecto indica GÓMEZ JENE que la “voluntad puede deducirse tanto de las circunstancias como de los actos o actuaciones de las partes”.²²⁹

Se ha señalado a su vez que el acuerdo arbitral despliega efectos procesales y materiales. Los primeros, sin embargo, solo se manifiestan cuando se busca activar el procedimiento arbitral, de modo que, al momento de pactar el arbitraje, el contrato únicamente estaría generando efectos sustantivos, esto es, obligaciones y derechos para las partes, los cuales se rigen por normas materiales. Según FERNÁNDEZ ROZAS, éstas “determinan, esencialmente, las condiciones de eficacia del acuerdo y se incluyen íntegramente en el Derecho de los contratos”.²³⁰ FOLLONIER-AYALA, por su parte, afirma que “es necesario determinar la real y común voluntad de las partes recurriendo a las reglas –materiales– sobre la interpretación de los contratos”.²³¹

224 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 754.

225 FOLLONIER-AYALA, cit. (n. 149), p. 136.

226 ALESSANDRI, cit. (n. 115), p. 32.

227 DOMÍNGUEZ, cit. (n. 109), p. 44.

228 PICAND, cit. (n. 4), p. 373.

229 GÓMEZ, cit. (n. 112), p. 11.

230 FERNÁNDEZ, cit. (n. 113), p. 702.

231 FOLLONIER-AYALA, cit. (n. 149), p. 137.

Lo anterior ha llevado a un sector de la doctrina a invocar ciertos principios propios del derecho contractual para dilucidar el consentimiento. Se citan, por ejemplo, la buena fe, la utilidad y la interpretación *contra proferentem*,²³² todas directrices recogidas en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2016, artículos 1.7, 4.5 y 4.6, respectivamente.

Ya se ha defendido, atendida la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje, la potencial aplicación de los Principios UNIDROIT en la materia, lo que nos permite invocar su Capítulo 2, titulado “Formación y apoderamiento de representantes”. La sección 1 del mismo, específicamente, regula en detalle el perfeccionamiento de los contratos comerciales internacionales.

Así, el artículo 2.1.1 señala que el “contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo”, en tanto que el artículo 2.1.2 define oferta como una “propuesta para celebrar un contrato (...) si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”.

Por otro lado, el artículo 2.1.6 regula el modo de aceptación, entendida como “toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta”, y precisando que el “silencio o la inacción, por sí solos”, no la constituyen. La norma señala a continuación que la “aceptación surte efectos cuando el asentimiento llega al oferente” (teoría de la recepción), salvo que el contenido literal de la oferta o las prácticas y usos asentados entre las partes permitan que ello ocurra al momento de ejecutar la acción (teoría de la declaración).

Los Principios contemplan otros tantos supuestos que pueden resultar de interés, tales como la revocación y rechazo de la oferta, el retiro de la aceptación y la posibilidad de efectuar una contraoferta, entre otros.

Nos parece que esta pormenorizada regulación de la materia debiera tomarse en cuenta como criterio orientador a la hora de evaluar si existe o no un acuerdo en orden a someter determinadas controversias a arbitraje. No en vano se trata de un instrumento que pretende reunir y codificar los principios generales de los contratos internacionales.²³³

Refuerza nuestra postura el estrecho vínculo que existe entre dichas reglas y las consignadas en la Parte II, artículo 14 y siguientes, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante, CISG), titulado precisamente “Formación del contrato”. El enorme éxito de dicho instrumento, debido a que recoge las soluciones de los sistemas del derecho civil y del *common law* que más se avienen con los usos y las prácticas comúnmente aceptados en el tráfico internacional,²³⁴ ha llevado a algunos autores a afirmar que puede siempre invocarse como uso mercantil aplicable, en cuanto manifestación de la *lex mercatoria*.²³⁵

7.2. Validez del acuerdo de arbitraje

Superada la problemática de la existencia del acuerdo arbitral, resta pronunciarse sobre su validez. Se trata, en palabras de MEREMINSKAYA, de “una de las nociones clave que garantizan el acceso a la justicia arbitral”,²³⁶ y, sin embargo, en un trabajo como este, difícilmente se podría profundizar en los requisitos y exigencias que debe cumplir.

En efecto, se trata de un tema que no se puede analizar en abstracto, sino bajo el prisma del derecho que, en cada caso concreto, resulte aplicable al pacto, ya como consecuencia de la elección de las partes, o siguiendo el criterio de los tribunales de justicia.

Sabemos, eso sí, que, por aplicación del principio *favor arbitrandum* y al alero de la Convención de Nueva York, existe una verdadera presunción de validez del acuerdo de arbitraje, que alguna de las partes puede intentar derribar recurriendo a la jurisdicción ordinaria, antes o después de dictado el laudo.

Previo a abordar dichos temas, es necesario pronunciarse respecto a los límites conceptuales de la validez del acuerdo.

²³² GOMEZ, cit. (n. 112), p. 10.

²³³ PERALES, P. “Los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales”. En: *Derecho Comercial Internacional*. 2014. T.I. Bogotá. Editorial Temis., p. 328.

²³⁴ VASQUEZ, M. y VIDAL, A. “Diálogos entre la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) y la *lex mercatoria*”. *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado, Colombia*, 2018, Núm. 34, p. 237.

²³⁵ VASQUEZ, M; VIDAL, A. Cit. (n. 234)., p.266.

²³⁶ MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 42.

Se ha escrito que la noción de validez del acuerdo arbitral abarca tanto un aspecto formal como uno sustantivo.²³⁷ BERGER advierte que ambas dimensiones suelen confundirse en la práctica, a pesar de que se trata de ideas radicalmente diferentes: la validez sustantiva implica desentrañar si existe voluntad inequívoca de las partes a efectos de someterse al instituto arbitral, renunciando, de paso, a la justicia ordinaria; en tanto que la llamada validez formal busca resguardar los intereses de las partes, estableciendo exigencias que garanticen la plena conciencia de las mismas en cuanto a las consecuencias del pacto.²³⁸

Bajo esta perspectiva, el requisito de escrituración ha sido calificado como una condición de validez formal, y dado que su cumplimiento debe evaluarse a la luz de la *lex arbitri* (en el caso chileno, por ejemplo, sería el artículo 7 de la ley N°19.971)²³⁹ en relación con el artículo II de la Convención de Nueva York, se ha postulado que al momento de discutir la normativa aplicable a objeto de determinar la validez del acuerdo de arbitraje se debiera hablar de “derechos”, plural, y no de “derecho”, singular.²⁴⁰

Esta última afirmación nos parece acertada, pero no precisamente por la aplicación a todo evento de la *lex arbitri* para efectuar el análisis de la escrituración del acuerdo. Somos de la opinión que dicha condición no supone un requisito de validez del contrato de arbitraje internacional, al que concebimos como un acto jurídico puramente consensual, sino como una exigencia para acreditar el consentimiento, vale decir, una formalidad *ad probationem*. En tal sentido, estimamos que se trata de un presupuesto de eficacia funcional del convenio arbitral.

Así las cosas, la validez del acuerdo de arbitraje es una sola, y responde netamente a exigencias de carácter material, las cuales deben concurrir en conformidad con el derecho de las obligaciones o de los contratos del ordenamiento jurídico competente.²⁴¹

Decíamos que nos parecía acertada la referencia a “los derechos” aplicables al acuerdo de arbitraje. Ello se debe a que sus distintas facetas pueden, eventualmente, ameritar un análisis diferenciado.

El pacto arbitral ha de cumplir con: (1) afectar solo derechos que puedan ser satisfechos en sede arbitral (arbitrabilidad objetiva); (2) ser celebrado por personas que no se encuentren sujetas a alguna incapacidad (arbitrabilidad subjetiva); y (3) satisfacer los demás requisitos de validez que le imponga el derecho elegido por las partes o, en su defecto, aquel que le resulte aplicable a juicio del tribunal.²⁴²

La arbitrabilidad objetiva “responde a la pregunta de si el legislador, al definir una determinada acción legal, ha reservado su ejercicio exclusivamente para la competencia de los tribunales ordinarios o si alternativamente ha admitido el recurso a la justicia arbitral”.²⁴³ Observa BETANCOURT que en la práctica esto se determina con arreglo a distintos derechos, según la sede en que se plantee el problema y dependiendo de la fase del procedimiento en que se invoque: así, en “fase de remisión” rige, casi siempre, la *lex fori*, mientras que en “fase de ejecución” se suele recurrir al derecho aplicable al contrato de arbitraje internacional, a la *lex loci arbitri* o a la *lex executio*.²⁴⁴

En el caso chileno, afirma MEREMINSKAYA, la arbitrabilidad objetiva debe juzgarse siempre por la *lex fori*, siguiendo el tenor literal de los artículos 34.2 y 36.1 de la ley N° 19.971. Entender otra cosa “entraría en pugna con la misma función de la arbitrabilidad, la que consiste en asegurar el monopolio de la justicia estatal sobre determinados tipos de controversias”.²⁴⁵

Por otra parte, la arbitrabilidad subjetiva corresponde a la capacidad que deben tener los interesados para celebrar un acuerdo de arbitraje.²⁴⁶ En derecho interno, el principio universalmente aceptado es que la capacidad se regirá por la legislación de cada Estado.²⁴⁷ En el ámbito internacional, sin embargo, se suele recurrir a la presunción de validez del convenio a fin de inquirir sobre la intención de las partes contratantes, lo que lleva a aplicar el derecho más favorable a fines garantizar su efectividad, con tal que éste guarde alguna conexión con el conflicto en cuestión.²⁴⁸ Como veremos, este pragmático criterio termina por vincular la arbi-

237 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 42.

238 BERGER, K. “Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?”, En: “ICCA Congress ser no.13; International Arbitration 2006: Back to Basics?” Kluwer Law International, 2007, p. 303.

239 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 42.

240 BERGER, cit. (n. 238), p. 304.

241 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 42.

242 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 220 y 221.

243 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 44.

244 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 212.

245 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 47.

246 PICAND, cit. (n. 4), p. 403.

247 PICAND, cit. (n. 4), p. 404.

248 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 182.

trabilidad subjetiva con el derecho que, en última instancia, ha de regir el acuerdo de arbitraje en general, y que determina, por ejemplo, si es factible en un caso concreto someterse a un arbitraje *ex aequo et bono*, o si son válidas las cláusulas compromisorias en contratos de adhesión, y bajo qué términos.

7.3. Examen de validez

La validez de un acuerdo de arbitraje puede ser analizada tanto por la jurisdicción ordinaria como por el tribunal arbitral. El estándar a que se somete, sin embargo, varía radicalmente en uno u otro caso.

Se trata, finalmente, de una cuestión de oportunidad. Como advierte MARCHISIO, los árbitros debieran tener prioridad a la hora de determinar su propia competencia, mientras que los tribunales estatales conservan la palabra final al momento de ejecutar un laudo (o alternativamente, anularlo).²⁴⁹ Ello nos lleva a distinguir el examen *a priori* de la validez del acuerdo de arbitraje, de aquel que se practica *a posteriori*.

El examen *a priori* implica el ejercicio del “derecho a no ser demandado” ante los órganos jurisdiccionales.²⁵⁰ Es decir, supone que una de las partes ha pretendido previamente desconocer el acuerdo arbitral, recurriendo a un tribunal estatal a fin de obtener un pronunciamiento sobre una determinada controversia. Ello conlleva un cuestionamiento a la validez del contrato de arbitraje, y busca derribar la presunción que a tal efecto establece la Convención de Nueva York.

Ahora bien, para que el tribunal entre a examinar la validez del pacto, debe manifestarse la otra parte por medio de una excepción dilatoria de incompetencia, solicitando la remisión correspondiente a sede arbitral. En caso contrario, el tribunal entenderá la inacción como una renuncia tácita al pacto arbitral. Si se obra de esta forma, se da inicio al examen *a priori* de la validez del acuerdo.

Al respecto señala la Convención de Nueva York, en su artículo II.3: “El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

En el mismo orden de ideas, el artículo 8 de la Ley Modelo prescribe: “El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”, lo que no obsta a que se dé inicio, en paralelo a un procedimiento arbitral.

En consecuencia, el examen *a priori* que practica el tribunal estatal busca dilucidar si el acuerdo es nulo (es decir, no cumple los requisitos legales), ineficaz (en cuyo caso es válido, pero por alguna razón no despliega sus efectos, como ocurre en caso de estar sujeto a alguna modalidad) o inaplicable (por ejemplo, aquellas cláusulas que se estiman insuficientes o patológicas).

Se discute la profundidad del análisis que debe efectuar el tribunal a fin de desentrañar la procedencia o improcedencia de la remisión a arbitraje, pero lo más razonable parece ser optar por un juicio abreviado o sumario,²⁵¹ en atención a la prevalencia del principio *kompetenz-kompetenz* (en particular, de su efecto negativo), conforme al cual el árbitro es, por excelencia, juez de su propia competencia.

En el ámbito comparado ha tomado fuerza la idea de que este examen debe limitarse a un estudio *prima facie* del acuerdo, premisa particularmente clara en la regulación francesa de la materia, y que exige al tribunal estatal declararse incompetente a menos que el tribunal arbitral no estuviera conociendo aun de la controversia y el convenio arbitral fuera manifiestamente nulo o inaplicable.²⁵² En opinión de PERALTA-VALDIVIESO, lo anterior responde a una cuestión de economía procesal: si el tribunal arbitral no está constituido y, *prima facie*, no existe convenio arbitral, no hay necesidad de constituirlo.²⁵³

Según RUBIO, el artículo 16 del DL N° 1071, que regula el arbitraje en Perú, acoge la tesis francesa, en el sentido de que “luego de un examen *prima facie* de la existencia del convenio arbitral, los tribunales ordinarios deben remitir a las partes al arbitraje”.²⁵⁴ Por otro lado, en la siempre tradicional Inglaterra, los tribunales

249 MARCHISIO, Giacomo. “The validity of the arbitration agreement in International Commercial Arbitration”. LL.M Thesis. McGill University. Faculty of Law. Montreal, 2014, p. 33.

250 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 239.

251 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 240.

252 Artículo 1448 del Código de Procedimiento Civil de Francia.

253 PERALTA-VALDIVIESO, cit. (n. 1), p. 219.

254 RUBIO, Roger. “El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”. Lima Arbitration, 2011, N° 4, p. 108.

se han inclinado recientemente por una solución semejante.²⁵⁵

En Chile la situación no es tan clara. La ley N° 19.971 incorporó en su texto el artículo 8 de la Ley Modelo, cuya aplicación ha dividido a la doctrina. Dicha norma contempla la posibilidad de que un tribunal estatal resuelva la validez del acuerdo sin remitir el asunto a arbitraje, y tal parece haber sido la postura mayoritaria en el Grupo de Trabajo que la redactó. A pesar de todo, compartimos la opinión de MEREMINSKAYA en el sentido de que se debe interpretar el artículo 8 desde una óptica que dote de cierta armonía al conjunto de preceptos que integran la ley N° 19.971, y que en su artículo 16 consagra explícitamente el principio *kompetenz-kompetenz*.

Así las cosas, el estándar de revisión de la validez del acuerdo arbitral debe traducirse en un examen de índole *prima facie*,²⁵⁶ criterio que la jurisprudencia de nuestros tribunales tiende a ignorar.²⁵⁷

En lo que respecta al examen *a posteriori* de la validez del acuerdo de arbitraje, este tiene lugar cuando una parte deduce el recurso de nulidad que contempla el artículo 34.2.a.i de la Ley Modelo, o cuando se busca denegar la ejecución del laudo a la luz de lo dispuesto en el artículo V.1.a de la Convención de Nueva York y en el artículo 36.1.a.i de la Ley Modelo.

Previene MARCHISIO que el estándar de prueba en esta fase es mucho más riguroso: aquí la revisión es exhaustiva, a cuyo fin resulta indispensable una adecuada identificación del derecho aplicable al acuerdo de arbitraje.²⁵⁸

255 MARCHISIO, cit. (n. 249), p. 34.

256 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 58 y 59.

257 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 69.

258 MARCHISIO, cit. (n. 249), p. 49-51.

CAPÍTULO III:

DERECHO APLICABLE A LA VALIDEZ DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

1. CUESTIONES PREVIAS

La autonomía de la voluntad es la base fundamental del instituto arbitral, su principio rector, su idea matriz. Resulta difícil, por lo mismo, cuestionar que las partes se encuentren facultadas para designar, a través de un pronunciamiento explícito, el derecho que rige al acuerdo de arbitraje.²⁵⁹

Se trata de una materia de indudable importancia, que puede incidir en la validez del contrato, su alcance, interpretación, efectividad, oponibilidad, incumplimiento, formas de terminación y, en general, todo lo relacionado con sus efectos.²⁶⁰ Es sabido, sin embargo, que las partes rara vez, sino nunca, efectúan dicha elección.²⁶¹ Y enfrentados a ese silencio sepulcral, los autores y jueces no han logrado arribar a un consenso sobre la manera de proceder.

Antes de adentrarnos en el problema que constituye el eje central de esta investigación, es necesario realizar algunas precisiones.

En primer lugar, y aunque ya se ha mencionado a lo largo de los dos primeros capítulos, debemos insistir en que el derecho rector del contrato de arbitraje es un asunto completamente diferente a aquel que rige el procedimiento o al derecho que regula el fondo del asunto: el primero gobierna la forma, capacidad y validez del acuerdo por medio del cual dos o más partes deciden someter una controversia a arbitraje internacional; el segundo rige los pasos, derechos y obligaciones que deben cumplir los árbitros y las partes en el trámite arbitral; y el tercero es aquel que será utilizado para dirimir materialmente la controversia.²⁶²

Por otro lado, es necesario recordar que diferentes aspectos del acuerdo de arbitraje pueden ser regulados por leyes distintas.²⁶³ Cuando hablamos de derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, por regla general estamos haciendo referencia a aquel que determina sus requisitos de existencia, validez y eficacia. Es perfectamente posible considerar, sin embargo, que ésta no alcanza a cubrir la capacidad de las partes, la arbitrabilidad objetiva o la mal llamada “validez formal”.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha entendido, dada la naturaleza de la institución del arbitraje y la ligazón de los elementos que la componen, que debe presumirse, en caso de duda, la intención de las partes de someter el acuerdo a una ley única. En consecuencia, el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje debiera regir, en principio, las condiciones de formación, los efectos y la interpretación del mismo.²⁶⁴

2. ELECCIÓN POR LAS PARTES DEL DERECHO APLICABLE AL ACUERDO DE ARBITRAJE

Como se ha adelantado, es un principio generalmente aceptado que las partes, en ejercicio de la autonomía conflictual, pueden designar el derecho aplicable a la validez del acuerdo arbitral. En palabras de BORN: “*Almost all contemporary authorities recognize the autonomy of the parties to select the law applicable to the formation and substantive validity of their international arbitration agreement*”.²⁶⁵ Y agrega: “*This general principle applies with particular force to international arbitration agreements, where party autonomy enjoys special status*”.²⁶⁶

Entendemos que lo anterior responde, sobre todo, al artículo V.1 de la Convención de Nueva York, precepto que contiene una auténtica norma atributiva que faculta a las partes para elegir la legislación aplicable. Si las partes operan de esta forma, que pocas veces sucede en la práctica, no hay duda de que el paso a seguir es, por regla general, invocar el derecho en cuestión.²⁶⁷ Pero el escenario nunca es tan sencillo.

Para empezar, es necesario distinguir lo que es una elección explícita de la normativa aplicable, de

259 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 98.

260 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 322 y 323.

261 BURGHETTO, M. y DE BORJA, A. 2019. “La ley aplicable al convenio arbitral en arbitraje comercial internacional”, en: COLLANTES, Jorge (Ed). *El convenio arbitral*. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2019, 1º ed., p. 103.

262 MEDINA, cit. (n. 2), p. 142.

263 BURGHETTO, M. y DE BORJA, cit. (n. 261), p. 106.

264 DELGADO, M. y PEJNOVIC, M. “Derecho aplicable al arbitraje internacional”. En: *Introducción al Derecho Internacional Privado*. 2015. T. III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú., p. 163.

265 BORN, cit. (n. 61), p. 426.

266 BORN, cit. (n. 61), p. 426.

267 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 323.

aquella que podría considerarse una elección implícita o tácita.

La primera no acarrea en general mayores dificultades, siempre y cuando se tenga presente que la autonomía no es ilimitada, y que las partes deben procurar no quebrantar el orden público ni incurrir en fraude a la ley.²⁶⁸

La elección implícita, en cambio, ha sido objeto de extensos debates, y su admisión depende en gran medida del sistema jurídico de referencia: mientras la tradición jurídica del *common law* se inclina a entender que ésta es posible, los países del *civil law* se orientan en sentido contrario,²⁶⁹ postura que nos parece sumamente cuestionable, por razones que expondremos más adelante.

También divergen las soluciones potencialmente aplicables: numerosas decisiones judiciales y arbitrales presumen que la voluntad de las partes, al elegir la ley que rige el contrato principal, es la de que esta misma ley sea la que gobierne al convenio arbitral;²⁷⁰ otros, en cambio, han entendido que la designación de una sede de arbitraje por las partes conlleva la selección indirecta de la ley rectora del acuerdo.²⁷¹

Por último, se ha discutido en torno a la posibilidad de que las partes designen una “ley anacional”, como la *lex mercatoria* o los UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

Algunos autores, como MEREMINSKAYA, plantean que en aquellos países que siguen la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, tal elección no sería viable, por cuanto dicho instrumento, al igual que la Convención de Nueva York, hace uso de la voz “ley” para referirse a la normativa aplicable al acuerdo de arbitraje, lo que presupone un derecho sancionado por un legislador nacional.²⁷²

Otros se muestran renuentes a descartar de plano la posibilidad, máxime si se considera que no es infrecuente el uso del vocablo “ley” en un sentido amplio, parangonable a la expresión “norma jurídica”. Siendo la autonomía de la voluntad el principio rector de la contratación internacional, así como su fuente por excelencia, parece lógico optar por una interpretación proclive a su reconocimiento pleno. Recordemos, a modo ilustrativo, que tal directriz inspira al artículo 28 de la Ley Modelo, que permite a las partes indicar las “normas de derecho” que regulan el fondo del litigio; o al Reglamento UE, número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, “Roma I”), aunque con algunos matices.²⁷³ En este sentido se pronuncia Hook, al escribir que el asunto debiera resolverse de conformidad al principio de autonomía de las partes, por lo que sería perfectamente posible invocar un derecho anacional, no existiendo argumentos jurisdiccionales ni institucionales para opinar lo contrario.²⁷⁴

En todo caso, la evidencia empírica demuestra que, en la práctica, cuando las partes escogen un derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, casi siempre se remiten a una ley nacional.²⁷⁵

3. AUSENCIA DE ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL ACUERDO DE ARBITRAJE

Ya hemos advertido que, pese a su relevancia, lo común es que las partes omitan pactar la normativa que ha de regir el contrato de arbitraje internacional. Ello nos deja en una situación lamentable, puesto que existe una desafortunada multiplicidad de métodos dirigidos a resolver el asunto.²⁷⁶

Si se empleara, por ejemplo, un sistema basado en reglas de conflicto generales, el cual parte de la base de que todo juez nacional debe invocar las reglas de conflicto de su propio foro, los resultados serían extremadamente diversos.²⁷⁷ Dicha circunstancia, como es lógico, amenaza la tan ansiada certidumbre que buscan las partes cuando optan por acogerse a este mecanismo.

La presente investigación aspira a realizar una contribución a los esfuerzos de armonización de la disciplina arbitral, a cuyo efecto resulta imprescindible revisar las distintas alternativas que se han ofrecido en doctrina y jurisprudencia como posibles soluciones al problema en comento.

Al respecto, se han identificado a lo menos tres criterios que el tribunal, arbitral u ordinario, depen-

268 PICAND, cit. (n. 4), p. 393 y ss.

269 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 100.

270 BURGHETTO, M.; DE BORJA, A. Cit. (n. 261), p. 116.

271 BERGER, cit. (n. 238), p. 316.

272 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 99.

273 PERALES, cit. (n. 233), 326.

274 HOOK, Maria. “Arbitration Agreements and Anational Law: A Question of Intent?”. LL.M Thesis. Victoria University of Wellington. Wellington, 2008, p. 62. Disponible en: <https://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/handle/10063/5854>

275 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 101.

276 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 323.

277 BURGHETTO, M.; DE BORJA, A. Cit., (n. 261), p. 110.

diendo de la fase procedimental en que se plantee el asunto, puede utilizar para determinar la ley aplicable al convenio arbitral:²⁷⁸ (1) la ley de la sede del arbitraje; (2) la ley sustantiva aplicable al fondo de la controversia; y (3) un sistema que interpreta el acuerdo en conformidad con los principios generales del Derecho y de la *lex mercatoria*.

3.1. Ley de la sede arbitral

Este sistema postula que el derecho aplicable a la validez del acuerdo arbitral es la ley de la sede del arbitraje.²⁷⁹ Según VÁSQUEZ, sería la solución privilegiada por los países del *civil law*,²⁸⁰ cuestión que es de toda lógica si se considera que dichos ordenamientos se caracterizan, entre otras cosas, por su arraigada tradición positivista.

Y si bien ni la Convención de Nueva York ni la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional resuelven de forma explícita el asunto de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje para efectos de la determinación de los aspectos que condicionan su validez, sí contienen claras normas de conflicto en el contexto del reconocimiento y ejecución del laudo, artículos V.1 y 36.1, respectivamente. En ambos casos (y agregamos la causal de nulidad del artículo 34.2.a.i de la Ley Modelo) se contempla una regla de carácter atributiva con factores de conexión subsidiarios: en primer término, la elección de las partes; en caso de silencio, la ley de la sede.²⁸¹

En el decir de PEREZNIETO y GRAHAM, sería “ilógico que, según el momento, la ley aplicable al acuerdo cambie”,²⁸² de modo que, por razones de sistematicidad, se debiera usar el mismo criterio a efectos de determinar el derecho que regula la validez del acuerdo.²⁸³

Se trata de una solución que responde a dos premisas por nosotros conocidas: el principio de separabilidad, que posibilita la aplicación al acuerdo de un derecho distinto de aquel que regula al contrato principal, y el carácter procesal del pacto, el que, por tener naturaleza pública, debe estar regido por la ley del foro.²⁸⁴ Dicha ley sería, en efecto, la que guarda una mayor relación con el acuerdo de arbitraje, puesto que corresponde al lugar donde éste puede ser anulado.²⁸⁵

Por otro lado, y como ya se ha anunciado, se podría considerar incluso que la designación de la sede conlleva la elección tácita de su derecho. En tal sentido se pronuncia BERGER.²⁸⁶ En efecto, sabemos que las partes, al elegir un determinado lugar como sede del procedimiento, están dotándolo de un marco jurídico referencial configurado a partir de la *lex loci arbitri*, y que incluso lo sujetan, hasta cierto punto, a un eventual apoyo de los tribunales locales en aquellas actuaciones que requieran de imperio, así como para la interposición del recurso de nulidad.

Para BURGHETTO y DE BORJA, el lugar del arbitraje sería así el factor de conexión más lógico, “pues tiene la virtud de someter el convenio arbitral a una sola ley”,²⁸⁷ No en vano reconoce MEDINA CASAS que se trata de una de las opciones de mayor utilización y relevancia ante el silencio de las partes.²⁸⁸

En el ámbito comparado, el criterio en comento ha sido recogido por distintas legislaciones, entre las que destaca, por ejemplo, el artículo 48 de la Ley de Arbitraje de Suecia,²⁸⁹ normativa invocada en el laudo del conocido caso *Bulbank*.

En dicha oportunidad, el contrato que dio origen a la controversia comprendía un pacto *electio iuris* que imponía la aplicación de la ley austriaca al contrato principal. Nada se dijo, sin embargo, sobre el derecho rector de la cláusula compromisoria, lo que llevó a la Corte Suprema de Suecia a dictaminar que, en tales circunstancias, la cuestión relativa a la validez del acuerdo de arbitraje debía examinarse a la luz de la ley del

278 PICAND, cit. (n. 4), p. 431 y ss.

279 DELGADO; PEJNOVIC. Cit. (n. 264), p. 167.

280 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 759.

281 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 100.

282 PEREZNIETO, L.; GRAHAM, J. “La ley aplicable a los contratos arbitrales”. *RDP Cuarta Época*, 2012, Año I, Núm. 2 (Julio-Diciembre), p. 286.

283 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 326.

284 PICAND, cit. (n. 4), p. 431.

285 DE LOS SANTOS; SOTO; BONNIN. Cit. (n. 5), p. 682.

286 BERGER, cit. (n. 238), p. 316.

287 BURGHETTO, M.; DE BORJA, A. Cit., (n. 261), p. 110.

288 MEDINA, cit. (n. 2), p. 146.

289 Artículo 48, Ley de Arbitraje de Suecia: “Cuando las partes no han llegado a un acuerdo (respecto a las normas de conflicto), el acuerdo arbitral se regirá por la ley del país en el cual, en virtud del acuerdo, el proceso (arbitral) se ha llevado a cabo o se llevará a cabo”. En: DELGADO; PEJNOVIC. Cit. (n. 264), p. 181.

país en que se estaba llevando a cabo el procedimiento.²⁹⁰

La opción de la ley de la sede no se encuentra, en todo caso, exenta de dificultades. Las principales limitaciones²⁹¹ al respecto se evidencian cuando hay problemas para determinar cuál es la sede del tribunal arbitral, lo que ocurre cuando las partes no la han elegido, o bien cuando, habiéndolo hecho, deciden modificarla. Otro tanto se podría escribir acerca del carácter muchas veces accesorio, arbitrario e incluso ficticio de dicha decisión, en aquellos casos en que la designación de una sede de arbitraje responde a cuestiones más bien superfluas, como la comodidad o conveniencia de las partes, y no a una preferencia de las mismas respecto al régimen jurídico imperante en dicho lugar. Por último, no hay que olvidar aquellas voces que cuestionan el criterio de “localización” del procedimiento arbitral,²⁹² aduciendo que se confunde el “vínculo jurídico” con el “geográfico”, dotando a la institución de un carácter estático que, sencillamente, no se condice con los principios que la inspiran.

3.2. Ley del contrato principal

Un segundo sistema consiste en aplicar al acuerdo de arbitraje la misma ley con la cual el tribunal arbitral debe resolver el fondo del litigio.²⁹³ Según VÁSQUEZ, esta solución sería la que predomina en la familia del *common law*,²⁹⁴ afirmación que, aunque algo simplista, no deja de ilustrar, a gruesas pinceladas, el escenario general. No en vano SILVA ROMERO se refiere a ella como la “solución inglesa”.²⁹⁵

Al respecto, observa GÓMEZ JENE que la doctrina y jurisprudencia internacionales se han decantado, mayoritariamente, por la aplicación de la *lex contractus* (en defecto, claro está, de una elección expresa de las partes).²⁹⁶ Ello no es de extrañar si se considera que tres de las cinco principales sedes de arbitraje, Londres, Hong Kong y Singapur,²⁹⁷ adhieren al sistema del derecho anglosajón. Inglaterra, en particular, ve con buenos ojos una modalidad que le permite, en un número importante de casos, invocar su propio derecho. Después de todo, según un reporte publicado por la Escuela de Arbitraje Internacional, centro de investigación y docencia dependiente de la Universidad Queen Mary de Londres (QMUL), la ley inglesa es, con diferencia, la más escogida y utilizada en el marco del arbitraje internacional.²⁹⁸

El sistema en comento se sustenta en dos pilares fundamentales: (1) un supuesto carácter relativo del principio de separabilidad; y (2) la elección implícita de las partes.

Respecto al primer punto, se ha afirmado que el principio de separabilidad no es absoluto. Se plantea, que no es más que “una ficción jurídica que pretende deslindar los efectos que se produzcan sobre la validez del contrato principal de la suerte que corra el pacto arbitral”,²⁹⁹ sin que ello conlleve una negación del carácter accesorio de dicho acuerdo. En virtud del clásico aforismo *accessorium sequitur principale*, lo lógico sería entonces que la determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia implique la fijación de las normas que regulan al convenio arbitral. En tal sentido se pronuncian, por ejemplo, BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN y HUNTER: “En tanto que la cláusula arbitral es solo una de muchas cláusulas del contrato, es razonable asumir que la ley elegida por las partes para regir el contrato debe regular también la cláusula arbitral”.³⁰⁰

Este razonamiento tiene dos problemas. Primero, como ya se ha señalado, la llamada separabilidad o autonomía del acuerdo de arbitraje no es ni una presunción ni una ficción. Al efecto, se ha afirmado que la naturaleza del pacto arbitral es análoga a la de aquella hipoteca que figura a modo de cláusula en un contrato de compraventa, y cuya independencia nadie podría cuestionar.³⁰¹ En segundo término, esta línea argumental parece sugerir que el tratamiento jurídico del acuerdo de arbitraje debiera divergir según conste en una cláusula del contrato principal o en un instrumento separado, cuestión que contraría las tendencias contemporáneas. Resulta dudoso, en tal sentido, que la designación del derecho aplicable en una relación jurídica primitiva pueda hacerse extensiva, *ipso facto*, a la de un pacto que puede ser posterior, redactado en circunstancias distintas, y en un documento separado.

290 Corte Suprema de Suecia, 27 de octubre de 2000, *Bulbank v Al Trade Finance*, Caso T 1881-99.

291 DELGADO; PEJNOVIC. Cit. (n. 264), p. 167 y 168.

292 PEREZNIETO; GRAHAM. Cit. (n. 166), p. 595 y ss.

293 PICAND, cit. (n. 4), p. 434.

294 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 759.

295 SILVA, E. “Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano”. *Revista de Derecho Privado*, 2002, N° 28 (Enero-Junio), p. 21.

296 GÓMEZ, cit. (n. 112), p. 19.

297 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 76.

298 2010 *International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*. Recuperado en: <https://www.qmul.ac.uk/arbitration/research/2010/>.

299 MEDINA, cit. (n. 2), p. 144 y 145.

300 DELGADO; PEJNOVIC. Cit. (n. 264), p. 183.

301 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 261.

El segundo fundamento de la “solución inglesa” es más atendible: si las partes han elegido el derecho aplicable al asunto, sin distinguir o precisar a qué ámbitos se refieren, parece razonable inferir que han querido someter también el acuerdo de arbitraje a dicha ley, sobre todo cuando éste asume la forma de una cláusula compromisoria. Lo que se hace en estos casos, explica PICAND, es un esfuerzo por deducir la voluntad tácita de las partes.³⁰²

Se trata, en opinión de SILVA ROMERO, de la solución más lógica al problema en comento, aunque resulta menos favorable al arbitraje que algunas de las alternativas que se revisarán más adelante.³⁰³ En términos similares, VÁSQUEZ y VIDAL aseguran que lo óptimo es que la ley supletoria del contrato arbitral sea coincidente con la ley de fondo aplicable al conflicto, con el objeto de resguardar una debida concordancia.³⁰⁴ No es de extrañar, por lo mismo, que se trate de un criterio con bastante acogida en la jurisprudencia internacional.

Así, en el Caso *Sonatrach c. Ferrell* el tribunal dictaminó: “Where the substantive contract contains an express choice of law, but the agreement contains no separate choice of law, the latter agreement will normally be governed by the body of law expressly chosen to govern the substantive contract”.³⁰⁵ Similares pronunciamientos encontramos en los fallos del Caso N° [1 Sch 01/08] del Tribunal Superior Regional de Turingia, Alemania³⁰⁶; y del Caso *Klöckner Pentaplast GmbH c. Advance Technology*,³⁰⁷ de la Corte de Primera Instancia de Hong Kong, y que fuera confirmado por la Corte de Apelaciones respectiva.

3.3. Principios generales del Derecho y de la *lex mercatoria*

El tercer sistema consiste en la utilización de “una normativa anacional basada en los principios generales del derecho y la presunta intención de las partes”.³⁰⁸ Se trata, en el decir de SILVA ROMERO, de la más original de las soluciones que se han propuesto a efectos de determinar el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje,³⁰⁹ siendo la opción favorecida por los tribunales franceses.

Como observa MEDINA CASAS, esta posición otorga “prevalencia a la independencia jurídica del pacto arbitral frente al contrato principal”,³¹⁰ lo que implica la negación del supuesto vínculo existente entre la ley que gobierna a este último y el acuerdo de arbitraje respectivo. En su virtud, la validez del convenio arbitral no queda sometida a ningún ordenamiento jurídico, sino que debe deducirse a partir de la sola constatación de la voluntad de las partes.³¹¹

El origen de la “solución francesa” es netamente jurisprudencial, y nace de un célebre pronunciamiento de la Corte de Casación de dicho país, con ocasión del denominado caso *Dalico*: “la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s’apprécie, sous réserve des règles impératives du droit français et de l’ordre public international, d’après la commune volonté des parties, sans qu’il soit nécessaire de se référer à une loi étatique”.³¹²

En pocas palabras, el tribunal enfatiza el carácter independiente del acuerdo arbitral, para luego introducir un novedoso criterio a la hora de determinar la ley que le es aplicable en materia internacional, cual es que, si las partes no especifican dicha normativa, en ningún caso podrá sostenerse que rige un derecho nacional, sino que manda la voluntad de las partes, siempre que ella no acarree una violación a las normas de orden público internacional.³¹³ En similar dirección y de forma más reciente encontramos el caso CCI 17050 de 2011, el cual señaló que “es innecesario determinar la ley aplicable a la validez de la cláusula arbitral, en tanto que los derechos y obligaciones de las partes derivan directamente del contrato y de lo señalado en la cláusula arbitral”.³¹⁴

302 PICAND, cit. (n. 4), p. 435.

303 SILVA, cit. (n. 295), p. 20.

304 VÁSQUEZ, M. y VIDAL, A. “El contrato y el derecho aplicable como dispositivos para la resolución de los conflictos en el arbitraje internacional”. *Revista Ius et Praxis*, 2019, Año 25, p. 391.

305 Tribunal Superior de Justicia, Queen’s Bench Division (Commercial Court), Londres, Inglaterra, 04 de octubre de 2001, “Sonatrach Petroleum Corporation (BUI) c. Ferrell International Ltd.”

306 Tribunal Superior Regional de Turingia (Alemania), 13 de enero de 2011, Caso N° [1 Sch 01/08].

307 Corte de Apelaciones de Hong Kong, 19 de octubre de 2011, *Klöckner Pentaplast GmbH. v. Advance Technology (H.K.) Co. Ltd.*, HCMP 1836/2011.

308 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 98.

309 SILVA, cit. (n. 295), p. 19.

310 MEDINA, cit. (n. 2), p. 145.

311 GOMEZ, cit. (n. 112), p. 19.

312 Corte de Casación de Francia, 20 de diciembre de 1993. *Municipalité de Khoms El Mergeb c. Société Dalico*.

313 HERNÁNDEZ, Héctor. “La autonomía de la cláusula arbitral en el arbitraje comercial internacional: reflexiones y problemáticas de la experiencia colombiana”, en: SOTO, Carlos (Ed). *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, 1° ed., T. I., p. 406.

314 DELGADO; PEJNOVIC. Cit. (n. 264), p. 185.

Mediante este mecanismo, advierte BETANCOURT, se ha pretendido expandir la efectividad del contrato de arbitraje internacional, evitando así la posible invalidación del mismo por cuestiones relacionadas con un derecho particular.³¹⁵ Tal flexibilidad, sin embargo, no se encuentra exenta de inconvenientes, lo que explica su escaso uso fuera de las fronteras galas.

En primer término, se ha cuestionado la posibilidad de prescindir, en términos absolutos, de los ordenamientos estatales. Para que las partes puedan convenir válidamente someter una determinada cuestión a arbitraje, en tal sede y bajo ciertas normas, debe existir previamente un régimen jurídico que así lo disponga o permita. No existen, por tanto, los “contratos autosuficientes”.³¹⁶ En dicho sentido se ha planteado: “*Arbitration agreements (...) do not exist in legal vacuum. They should be drafted and read in the light of both the applicable arbitration rules and the applicable arbitration law*”.³¹⁷

Por otro lado, autores como MEREMINSKAYA sugieren que se trata de una solución incompatible con la regulación de aquellos países que han adoptado la Ley Modelo, por cuanto ésta última emplea la voz “ley” para referirse a la normativa que gobierna el acuerdo de arbitraje.³¹⁸ Sin perjuicio de que no compartimos su posición, por razones ya expuestas, lo cierto es que la mera referencia a los principios generales del derecho parece insuficiente para satisfacer los estándares de certeza a que aspiran las partes cuando deciden someterse a un arbitraje. No parece prudente, por tanto, defender esta propuesta, abstracta en demasía, y que, básicamente, dejaría a los interesados a merced de un tribunal dotado de facultades decisorias particularmente amplias. No en vano se ha comentado que “semejante libertad de actuación podría poner en peligro la futura ejecución del laudo con arreglo a lo establecido en el Artículo V.1.a de la Convención de Nueva York”.³¹⁹

3.4. Otros criterios

Si bien compartimos, en líneas generales, la observación que hace BETANCOURT en orden a que el debate acerca del derecho rector del acuerdo arbitral es “más o menos ortodoxo”,³²⁰ dado que normalmente gira en torno a los sistemas ya enunciados, lo cierto es que existen otros criterios potencialmente aplicables al asunto.

Es menester hacer alguna referencia a dichas alternativas, por breve que ésta sea. En concreto, se abordan aquellos factores que, en casos muy particulares, han logrado cierta acogida en la jurisprudencia internacional. Tales son: (1) la conexión con el acuerdo arbitral; (2) el lugar en que se pactó el arbitraje; (3) la *lex fori executionis*; (4) las normas de conflicto de la sede del arbitraje; y (5) el principio de validación.

La primera solución implica el sometimiento del acuerdo de arbitraje a la ley del país con que aquel guarda un vínculo más estrecho. En otras palabras, la relación más significativa o la conexión más cercana y real.³²¹ Se trata de un estándar que ha sido incorporado a ciertos instrumentos normativos, como es el caso de Roma I, específicamente en su artículo 4. Si bien dicho reglamento excluye expresamente a los convenios de arbitraje de su ámbito de aplicación,³²² las directrices que consagra bien pueden ayudar a ilustrar el punto en análisis.

Al respecto se ha indicado que el concepto de “vínculos más estrechos” no puede entenderse referido a índices de proximidad estrictamente geográficos, tales como la residencia de las partes, el lugar de celebración y/o ejecución del contrato, la situación de los bienes o derechos objetos del mismo o el mercado afectado, sino en la medida que dichos elementos exhiban algún grado de vinculación jurídica y económica con el acto jurídico en cuestión.³²³

Así las cosas, la gran desventaja del estándar de los vínculos más estrechos es que trae consigo un alto grado de incertidumbre, puesto que no existe una sola forma de sopesar los distintos factores de conexión disponibles.³²⁴ En ese orden de ideas reflexiona YANG: “*the closest connection approach takes the worst of both worlds, because it is characterized by an ex ante uncertainty coupled with an ex post unprincipled and arbitrary choice between the law of the seat or that governing the underlying contract*”.³²⁵ Por lo mismo, no

315 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 328.

316 HERNÁNDEZ, cit. (n. 313), p. 403.

317 KONDEV, D. *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in the Construction Industry*. Oxford: John Wiley & Sons Ltd., 2017, p. 274.

318 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 99.

319 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 328.

320 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 327.

321 DELGADO; PEJNOVIC. Cit. (n. 264), p. 184.

322 Artículo 2 letra d) del Reglamento Roma I.

323 FERNANDEZ ROZAS; SÁNCHEZ LORENZO. Cit. (n. 196), p. 591

324 DELGADO; PEJNOVIC. Cit. (n. 264), p. 184.

325 YANG, F. 2017. “*The proper law of the arbitration agreement: Mainland Chinese and English law compared*”.

nos parece una solución satisfactoria al problema en comento.

En segundo lugar, hay quienes plantean que el derecho aplicable al acuerdo arbitral debiera ser aquel que rige en el lugar en que dicho mecanismo fue pactado. Lo anterior, sin embargo, resulta difícil de precisar, sobre todo en materia de contratación internacional y electrónica.

Se ha prevenido ya de la falta de regulación relativa al perfeccionamiento del contrato de arbitraje internacional, lo que nos lleva a sugerir la aplicación supletoria de los Principios UNIDROIT, así como de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Dichos instrumentos no resuelven la cuestión relativa al lugar de formación de los contratos, de modo que, nuevamente, optar por esta solución dejaría a las partes a merced de la discreción del tribunal de turno.

Por otra parte, la aplicación al acuerdo de arbitraje de la *lex fori executionis*, es decir, de la ley del país en que el laudo debe ser reconocido y ejecutado,³²⁶ goza de cierta aceptación. Las razones saltan a la vista: cuando las partes deciden recurrir a un procedimiento arbitral, lo hacen con la convicción de que éste culminará en un pronunciamiento exigible y efectivo. De nada sirve contar con un fallo perfectamente bien fundado y redactado, si al momento de solicitar su cumplimiento, el Estado en cuestión se rehúsa.

Sin embargo, en cuanto estándar general para la resolución del problema en estudio, la *lex fori executionis* presenta dos serias deficiencias. Primero, un mismo laudo puede ejecutarse en más de un lugar. Si en cada uno de ellos el convenio se debe examinar según la ley del sitio en cuestión, la posibilidad de tener decisiones contradictorias sobre la validez del convenio arbitral es evidente, lo que genera una gran inseguridad jurídica.³²⁷ Por otro lado, cabe la posibilidad de que el acuerdo de arbitraje sea válido al alero de la ley del país en que se encuentra radicada una de las partes, no así en el domicilio de la otra. Lo anterior podría desembocar en que un pacto arbitral que fuera concebido como simétrico, devenga en un contrato de arbitraje asimétrico, esto es, en que solo una de las partes se encuentre obligada, en la práctica, a someter las diferencias que surjan entre ellas a este mecanismo.

Una cuarta alternativa resulta del empleo de las normas de conflicto de la sede de arbitraje. No existen, a nuestro parecer, argumentos de peso para favorecer este criterio, que, a todo esto, carece de consagración convencional, no resuelve el problema del reenvío y, de paso, puede llevar a la aplicación de una regulación material que ninguna relación guarde con el acuerdo arbitral. Distinto es el caso del criterio subsidiario que recoge el artículo VI.2.c del Convenio de Ginebra de 1961, que faculta al tribunal estatal que conoce del asunto a emplear sus propias normas de conflicto, pero solo como último recurso.³²⁸

Por último, pero no menos importante, encontramos el principio de validación como criterio para la determinación del derecho aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje. Por ahora nos remitimos a lo señalado al exponer los principios aplicables al convenio arbitral, en consideración a que el Capítulo IV de la presente memoria se encuentra plenamente dedicado al desarrollo pormenorizado del mismo.

4. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN CHILE

Poco se ha escrito en Chile sobre el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. PICAND, por ejemplo, se limita a identificar los tres sistemas principales, sin decantarse por ninguno en particular.³²⁹ Lo propio hace VÁSQUEZ, al esbozar someramente el esquema de soluciones en relación a las dos principales familias jurídicas, *civil law* y *common law*.³³⁰ A la luz de lo comentado en las páginas precedentes, nos asiste la convicción de que el tema amerita un estudio mucho más acabado.

En Chile, la norma que define el acuerdo de arbitraje y determina sus requisitos de forma es el artículo 7 de la Ley N° 19.971, que a su vez se encuentra en sintonía con lo preceptuado en el artículo II de la Conven-

Arbitration International. 33., p. 134.

326 DELGADO; PEJNOVIC. Cit. (n. 264), p. 185.

327 DE LOS SANTOS; SOTO; BONNIN. Cit. (n. 5), p. 681.

328 Artículo VI.2 del Convenio de Ginebra de 1961: "Al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los tribunales nacionales de los Estados Contratantes ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión, deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la Ley que les sea aplicable a éstas, y en lo concerniente a las restantes materias, decidirán: a) Según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral; b) No existiendo una indicación al respecto, según la ley del país donde deba dictarse el laudo; c) Careciéndose de indicación sobre la ley a la cual hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral y, si en el momento en que la cuestión sea sometida a un tribunal judicial no hubiere posibilidad de determinar cuál será el país en que habrá de dictarse el fallo arbitral, entonces según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal conocedor del asunto".

329 PICAND, cit. (n. 4), p. 430 y ss.

330 VÁSQUEZ, cit. (n. 3), p. 759.

ción de Nueva York. Dichas disposiciones no resuelven, sin embargo, el asunto de la ley aplicable a tal acuerdo para los efectos de su interpretación o determinación de los aspectos de validez sustantiva.³³¹

Al efecto, MEREMINSKAYA identifica cuatro normas de conflicto en la Ley N° 19.971: los artículos 8, 34 y 36, dirigidos a los tribunales ordinarios; y el artículo 16, cuyo destinatario es el tribunal arbitral.³³²

El artículo 8 es una norma de carácter atributiva, pero sin factor de conexión.³³³ Su primer numeral prescribe que el tribunal estatal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje, debe remitir a las partes a dicho mecanismo a solicitud de cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que el pacto es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Nada dice, por cierto, sobre la ley que debe invocar el juez a efectos de practicar dicho examen.

Para encontrar una respuesta a esa pregunta, debemos recurrir a los artículos 34 y 36. El primero comprende las causales por las que puede ser anulado el laudo, mientras que el segundo, en términos muy similares al artículo V de la Convención de Nueva York, enumera los motivos por los que se puede denegar la ejecución de dicha sentencia.

Se trata de normas atributivas que comparten factores de conexión. Así, el acuerdo de arbitraje debe ser válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido (*lex voluntatis*), o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo (*lex fori*, vale decir, la ley del Estado sede).

En el mismo orden de ideas, VÁSQUEZ y VIDAL afirman que se colige, a partir del tenor literal de los artículos 34 y 36, que “las partes tienen total libertad para determinar la o las leyes por las cuales se regirá” el contrato de arbitraje internacional, y agregan que, en caso de no constar tal decisión, “se deberá buscar la voluntad implícita de las partes, la cual ha de emanar de las disposiciones de la convención generadora de derechos y obligaciones”.³³⁴

Esta última aseveración resulta particularmente interesante, dado que la tradición jurídica del *civil law*, a la que pertenece Chile, se inclina por entender que la elección tácita de la ley aplicable al acuerdo arbitral es inadmisibile.³³⁵

No compartimos dicha posición. Es un principio generalmente aceptado que la voluntad puede manifestarse expresa o tácitamente,³³⁶ y así lo reconoce el derecho internacional de los contratos. En tal sentido encontramos, sin agotar las fuentes, el artículo 18.1 de la CISG, que reconoce la validez de la aceptación tácita en la formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías; o los Principios UNIDROIT, que también permiten dicha modalidad de aceptación (artículo 2.1.6), así como la estipulación tácita en favor de un tercero (artículo 5.2.1), el otorgamiento tácito de facultades al representante (artículo 2.2.2) y la confirmación tácita de un contrato (artículo 3.2.9).

El derecho chileno, por cierto, no es ajeno a esta premisa, de modo que cuando el legislador ha querido establecer el principio contrario, lo ha dicho expresamente, como ocurre con la solidaridad o la condonación del dolo futuro.³³⁷ Sin ir más lejos, la misma Ley N° 19.971 contempla un par de hipótesis de manifestación tácita de voluntad. Así, el artículo 7.2 prescribe: “Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en (...) un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra”. A su vez, el artículo 8 supedita la remisión a arbitraje por parte del tribunal estatal a que una de las partes eleve una solicitud en tal sentido, puesto que, en caso de silencio, se entiende que renuncia tácitamente al pacto. A mayor abundamiento, BORN asegura que el artículo V.1 de la Convención de Nueva York, suscrita y ratificada por Chile, faculta a las partes a elegir la ley rectora del acuerdo de arbitraje, ya sea expresa o implícitamente.³³⁸

Alguien podría replicar que, dado que en dichos supuestos el legislador autorizó de forma expresa la manifestación tácita voluntad, a *contrario sensu*, ésta no sería admisible al momento de seleccionar el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. Sin embargo, como bien sostiene DOMÍNGUEZ, “el argumento a contrario es de los más peligrosos en la interpretación de la ley”, siendo frecuente que “una solución ya admitida en términos generales por la práctica y la interpretación resulte luego consagrada expresamente (...) para mayor

331 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 99.

332 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 100.

333 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 100.

334 VÁSQUEZ; VIDAL. Cit., (n. 304), p. 391.

335 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 100.

336 DOMÍNGUEZ, cit. (n. 110), p. 37.

337 VIAL, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 5° ed., Santiago, 2006, p. 49.

338 BORN, cit. (n. 8), p. 825.

seguridad y sin otra pretensión. Pero derivar de allí la voluntad legislativa de excluirla para otros casos, es un argumento que no resiste análisis”.³³⁹

¿Cuál sería la razón, entonces, para excluir la elección implícita de la ley rectora del convenio arbitral? Estimamos que se trata de una mera aprehensión de algunos Estados que, habiendo adoptado la Ley Modelo, buscan favorecer la aplicación de su propio derecho.

Tal preocupación se evidenciaba ya durante los trabajos preparatorios de la normativa en análisis. Durante la sesión número 317, el observador de la Conferencia de La Haya, Sr. Pelichet, propuso una modificación del contenido del artículo 34, considerando la ausencia de conexión que suele haber entre el acuerdo de arbitraje y la sede respectiva. La respuesta fue un “no” rotundo de la mayoría de los representantes, partiendo por el observador de Finlandia, Sr. Moeller, quien consideró que tal indicación era innecesaria, habida cuenta de la “completa libertad” con que cuentan las partes para elegir la ley aplicable al pacto arbitral.³⁴⁰

De alguna manera esa “completa libertad” ha dado paso a una autonomía más bien restringida, supe-
ditada al cumplimiento de una formalidad que excede por mucho al requisito esencial de la exteriorización de la voluntad. Se trata de una de tantas interpretaciones antojadizas del texto uniforme que naturalmente ralentizan el desarrollo del instituto arbitral en aquellas naciones que se muestran proclives a su empleo. No por nada nos percatamos, al revisar las cinco sedes de arbitraje más atractivas a nivel internacional, que ninguna de ellas adhiere a este particular estándar.

Ahora bien, si nos apegamos al tenor literal de la norma chilena y procuramos no desatender su espíritu, resulta que lo más apropiado será siempre salvaguardar la ley de la autonomía. La voluntad de las partes es, después de todo, el motor que pone en marcha todo procedimiento arbitral.

Así, y a falta de un argumento de peso en contrario, abogamos porque la expresión “en virtud de la ley a que las partes lo han sometido” abarque tanto la elección explícita como implícita de la normativa aplicable. En tal sentido, entendemos que la determinación del derecho que gobierna al acuerdo arbitral parte por constatar si las partes han efectuado una designación expresa del mismo; en caso negativo, se debe proceder a un estudio de los términos contractuales, a objeto de desentrañar la verdadera intención de las partes. Ello puede llevar a la aplicación de las normas elegidas para resolver el fondo del asunto, cuestión que ocurrirá cuando las partes hayan suscrito un pacto *electio iuris*, y siempre que la redacción del mismo no excluya su extensión al convenio arbitral. Si por alguna razón no es posible utilizar la *lex contractus* para evaluar la validez del acuerdo de arbitraje, procede la aplicación de la ley del Estado sede, ya sea porque las partes así lo hayan querido, como sugiere BERGER,³⁴¹ o bien, porque así lo disponen subsidiariamente los artículos 34 y 36 de la Ley N° 19.971, y el artículo V de la Convención de Nueva York.

Por último, debemos referirnos al artículo 16 de la Ley N° 19.971, norma atributiva o material por la vía directa,³⁴² que busca orientar al tribunal arbitral en el examen de validez del acuerdo de arbitraje. En dicha regla se encuentran consagrados los principios de separabilidad y *kompetenz-kompetenz*. MEREMINSKAYA se pregunta si, en el marco del análisis de su propia competencia, el árbitro debiera seguir los mismos criterios formulados para los tribunales ordinarios. Dado que la disposición no plantea ninguna solución respecto de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, y en pos de una interpretación armónica y sistemática de la Ley N° 19.971, la autora concluye que resulta conveniente que el tribunal arbitral se atenga a las pautas de los artículos 34 y 36.³⁴³ Compartimos su postura al respecto.

339 DOMÍNGUEZ, Ramón. “Comentarios de jurisprudencia 2. Embargo. Medida precautoria. Enajenación forzosa. Objeto ilícito”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 2005, N°s 217-218, Año LXXIII, p. 315-316.

340 Travaux préparatoires: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985). 317th meeting - Article 34.

341 BERGER, cit. (n. 238), p. 316.

342 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 100.

343 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 101.

CAPÍTULO IV:

EL PRINCIPIO DE VALIDACION

1. HACIA UNA REGLA FAVOR VALIDATIS

Los métodos que tradicionalmente se han empleado para determinar el derecho aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje han demostrado ser insuficientes, desembocando en resultados diversos e impredecibles, según la latitud, el momento y la naturaleza del tribunal que estudia el asunto. Semejante escenario no parece compatible con el propósito central del arbitraje internacional, cual es, proveer a los agentes comerciales de un sistema internacional de resolución de disputas que otorgue certezas y trascienda la excesiva complejidad de las normas domésticas de conflicto.³⁴⁴

En consecuencia, y siguiendo a Born, estimamos que se debe preferir al respecto un criterio único que respete la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, y que, al mismo tiempo, resulte acorde a los objetivos de la Convención de Nueva York y la Ley Modelo. Tal herramienta se materializa en el llamado principio de validación,³⁴⁵ el cual “hace prevalecer la ley que reconoce la existencia y validez del convenio arbitral por sobre otras leyes que podrían considerarse aplicables, pero que resultarían en su no reconocimiento o en su anulación”.³⁴⁶

Al estudiar los principios aplicables al acuerdo de arbitraje, se hizo mención al llamado principio *favor arbitrandum*, también conocido como principio pro arbitraje. Dicha directriz viene a reconocer, fundamentalmente, que al contrario de lo que ocurre en el ámbito doméstico, el arbitraje es, a nivel internacional, la regla general, y no la excepción. Es por ello que se insta a los jueces a preferir aquellas interpretaciones que favorezcan el inicio, desarrollo y eficacia de los procedimientos arbitrales.

En dicho afán se redactó la Convención de Nueva York, exitoso instrumento que, según hemos visto, busca garantizar el reconocimiento y ejecución de laudos y acuerdos arbitrales. El origen de la premisa en comento se encuentra precisamente en sus disposiciones, específicamente en los artículos II, IV, V y VII. El primero fija los estándares, mínimos y máximos,³⁴⁷ que debe satisfacer el acuerdo de arbitraje para que opere lo que se ha entendido como una auténtica presunción de validez del mismo, en tanto que el segundo establece los requerimientos para solicitar el reconocimiento y/o ejecución de una sentencia arbitral extranjera, con un marcado sesgo a favor de la ejecución.³⁴⁸ El artículo V, por su parte, restringe las causales que puede invocar un Estado para denegar dicha solicitud, mientras que el artículo VII, conocido como la disposición sobre el derecho más favorable,³⁴⁹ permite al solicitante apoyarse en normas que sean más propicias al arbitraje que las de la Convención.

Se ha señalado que, en virtud del artículo II de la Convención de Nueva York, los acuerdos arbitrales se presumen válidos.³⁵⁰ En efecto, dicha disposición comienza en términos imperativos: “Cada uno de los Estados Contratantes *reconocerá* el acuerdo (...)”. A su vez, el artículo II.3 ordena a los tribunales estatales remitir a las partes a arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que se compruebe que el pacto arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable, lo que requiere de un examen superficial o *prima facie*.

Según Born, de la lectura conjunta de ambos preceptos se desprende una regla internacional uniforme, en cuya virtud los contratos de arbitraje internacional se presumen válidos y eficaces, a menos que concurran determinadas circunstancias previstas en el derecho de los contratos, con exclusión de cualquier legislación nacional que someta el acuerdo a cargas de corte “idiosincrático” o discriminatorio.³⁵¹

El mismo estándar parece inspirar a la Ley Modelo, en particular sus artículos 8 y 16, así como el artículo 1º de la Convención de Panamá: “*Es válido* el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio

344 BORN, cit. (n. 8), p. 815.

345 BORN, cit. (n. 8), p. 834.

346 BURGHETTO; DE BORJA. Cit. (n. 261), p. 112.

347 BORN, cit. (n. 8), p. 824.

348 Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958, p. 74.

349 Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958, p. 26.

350 Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958, p. 37.

351 BORN, cit. (n. 8), p. 824.

de carácter mercantil (...). Al respecto comenta SANDOVAL que, en este último instrumento, “se acoge el mismo principio de validez de la cláusula compromisoria” que en la Convención de Nueva York.³⁵²

Así y todo, hay voces autorizadas que se muestran contrarias al reconocimiento de una presunción legal en esta materia. Para BETANCOURT, el lenguaje que utiliza la Convención de Nueva York no da cuenta en forma inequívoca del establecimiento de semejante figura, y aún si se estimara lo contrario, lo cierto es que una presunción debiera surtir efecto independientemente de que el beneficiario de la misma invoque su existencia, cuestión que, según él, no se verifica en este caso, pues el tribunal estatal solo remitirá a las partes a arbitraje si una de ellas lo solicita.³⁵³

Discrepamos de las conclusiones de BETANCOURT. Como él mismo admite, no existe necesidad de que un tratado internacional haga uso del verbo “presumir” o de cualquiera de sus conjugaciones para que se genere una presunción legal.³⁵⁴ Pues bien, las Convenciones de Nueva York y Panamá emplean expresiones de evidente intensidad, que ordenan, a los Estados respectivos, reconocer los acuerdos de arbitraje.

Tampoco le concedemos el segundo punto: no es cierto que el beneficiario deba solicitar que se reconozca la presunción de validez del acuerdo de arbitraje para que ésta opere. Si dos partes conformes se someten a un procedimiento arbitral, la jurisdicción ordinaria debiera abstenerse de examinar el cumplimiento de los requisitos materiales del pacto. En otras palabras, el ordenamiento jurídico presume que el contrato que genera dicho procedimiento es válido. Ahora bien, distinto es el escenario si alguna de las partes cuestiona la existencia, validez o eficacia del acuerdo.

Se trata, pues, de una presunción simplemente legal, vale decir, de aquellas que admiten prueba en contrario. Por lo tanto, si una de las partes considera que el contrato de arbitraje está viciado y que, por lo mismo, no le es vinculante, puede recurrir a la justicia estatal.

Se produce, en este punto, la situación que induce a error: la norma prescribe que el tribunal ordinario debe remitir a las partes a arbitraje, pero solo si una de ellas lo solicita. Ello no significa, por cierto, que con la mera presentación de quien busca eludir el arbitraje pactado se haya desvirtuado la presunción de validez del acuerdo. Lo que ocurre es que la regla admite la renuncia tácita al pacto arbitral, de modo que, si la otra parte del contrato realiza alguna gestión en sede judicial sin oponer una dilatoria de incompetencia, se entiende que acepta someterse a la jurisdicción estatal. Por el contrario, si opone la referida excepción, el tribunal deberá practicar un examen *prima facie* del acuerdo de arbitraje, en busca de algún vicio manifiesto, para luego referir a las partes al procedimiento correspondiente. En plena concordancia con lo anterior, entendemos que la carga de la prueba pesa sobre la parte “en contra de quien se pretende hacer valer el derecho al arbitraje internacional”.³⁵⁵

Así las cosas, somos partidarios de que, efectivamente, existe una presunción de validez del acuerdo de arbitraje, al alero del cual germina el llamado principio de validación.

La lógica es la siguiente: si el acuerdo arbitral es válido, es porque satisface los requisitos materiales que le impone el derecho que lo gobierna. Luego, el criterio para la determinación del derecho aplicable al contrato de arbitraje internacional debe propender a una respuesta que permita al acuerdo desplegar sus efectos. Solo así se garantiza el respeto a la verdadera voluntad de las partes, esto es, someter sus diferencias a decisión arbitral. Como explica BORN: “*This principle rests on the premise that parties generally intend application of that law which will give effect to their agreement to arbitrate and provide safeguards against the peculiar jurisdictional and choice-of-law uncertainties of transnational litigation*”.³⁵⁶ En términos similares, BURGHETTO y DE BORJA afirman que el enfoque en comento “se basa en la premisa de que el propósito de las partes que someten sus diferendos al arbitraje es estipular un convenio arbitral válido, por sobre consideraciones acerca de la ley aplicable al mismo”.³⁵⁷

En efecto, parece dudoso que las partes decidan involucrarse en largas negociaciones, redacten borradores, efectúen indicaciones y concluyan acuerdos en orden a resolver sus diferencias por medio de un procedimiento arbitral, solo para verlo invalidado por aplicación de la *lex causae* o de la *lex loci arbitri*, o bien, del estándar de los vínculos más estrechos, por nombrar algunos de los criterios tradicionalmente adoptados.³⁵⁸ En ese sentido, el principio de validación, cuyo fundamento se encuentra en la autonomía de la voluntad, está

352 SANDOVAL, cit. (n. 67), p. 42.

353 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 225.

354 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 225.

355 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 250.

356 BORN, cit. (n. 8), p. 817.

357 BURGHETTO; DE BORJA. Cit. (n. 261), p. 111.

358 BORN, cit. (n. 8), p. 835.

íntimamente relacionado con la buena fe y la lealtad negocial, así como la doctrina del *estoppel*.

Por lo mismo, no parece prudente obtener la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral a partir de factores de conexión abstractos, sino que se debe inquirir en los propósitos comerciales que mueven a las partes a pactar el arbitraje en cada caso concreto, así como en los objetivos subyacentes del proceso arbitral internacional.³⁵⁹

El principio de validación surge, de esta forma, como una solución idónea, en cuanto busca salvaguardar la verdadera intención de las partes, haciendo prevalecer el derecho más favorable a fin de garantizar la efectividad del contrato de arbitraje internacional, con tal que este último guarde alguna conexión con el conflicto en cuestión.³⁶⁰

En la práctica, ello se traduce en que el acuerdo de arbitraje solo puede ser atacado de nulidad en caso de hallarse viciado el consentimiento de una o más partes, por error, fuerza o dolo, o bien, por supuestos de ineficacia e inaplicabilidad, criterios todos que gozan de un carácter neutral desde una perspectiva internacional, en oposición a estándares locales, arbitrarios e idiosincráticos.³⁶¹

Ahora bien, para que el principio de validación surta efecto, debe concretarse de alguna manera. Delgado y Pejnovic advierten que ello acontece a través de la formulación de normas atributivas que facultan a los tribunales a invocar alternativamente un número variable de leyes (normalmente la *lex voluntatis*, la *lex loci arbitri* y la *lex causae*), en busca de aquella que, estando relacionada con el acuerdo de arbitraje, permita darle validez.³⁶²

A dichas normas nos referimos cuando hablamos de “reglas *favor validatis*”.

2. EL PRINCIPIO DE VALIDACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La regla *favor validatis*, en cuanto materialización del principio de validación, puede definirse como una norma de conflicto que faculta al tribunal para aplicar al acuerdo de arbitraje aquella ley que favorece su validez, con tal que esté en algún modo vinculada con el asunto. Desde un punto de vista pragmático, constituye una herramienta sumamente útil, puesto que, sin importar las particularidades de las legislaciones nacionales y en plena sintonía con el derecho uniforme que regula la materia, su aplicación tiende a ofrecer una respuesta única: si las partes manifestaron su voluntad en orden a someterse a este mecanismo de solución de controversias, entonces el contrato de arbitraje debe estimarse válido.

Pasan a segundo plano, entonces, las consideraciones relativas al derecho aplicable. Sin embargo, y a diferencia de la “solución francesa”, el acuerdo no se “desvincula” del todo, sino que se analiza desde la perspectiva de la ley que le permita desplegar sus efectos. De esta manera, la regla *favor validatis* brinda certeza a las partes, sin incurrir en criterios dudosos que puedan dar pie, *a posteriori*, a una impugnación del laudo.

Es por ello que, a nivel comparado, un número creciente de países han optado por recoger el principio en comento. La modalidad en que lo incorporan, naturalmente, no es unívoca: así, podemos distinguir entre: (1) aquellos ordenamientos que contemplan expresamente una regla *favor validatis*; y (2) aquellos que la han adoptado en forma implícita.

2.1 Regla explícita

Una regla explícita *favor validatis* implica la positivación del principio de validación. Evidentemente, optar por esta vía de reconocimiento otorga mayores garantías para la aplicación de dicho estándar, pero lo hace a costa de la flexibilidad que normalmente lo caracteriza.

El principal referente de esta modalidad es Suiza.³⁶³ Al efecto, el artículo 178.2 de la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de 1987 indica: “*Die Schiedsvereinbarung ist im übrigen gültig, wenn sie dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht*”.

Se contemplan así factores de conexión subsidiarios y alternativos. Como explica Follonier-Ayala, en Suiza “el convenio arbitral es (...) válido en cuanto al fondo si respeta las condiciones del derecho escogido por las partes o las condiciones del derecho que rige el objeto de la controversia o, finalmente, las condiciones impuestas por el derecho suizo”.³⁶⁴

359 DELGADO; PEJNOVIC. Cit. (n. 264), p. 185.

360 BETANCOURT, cit. (n. 16), p. 182.

361 BURGHETTO; DE BORJA. Cit. (n. 261), p. 112 y 113.

362 DELGADO; PEJNOVIC. Cit. (n. 264), p. 185.

363 BORN, cit. (n. 8), p. 838.

364 FOLLONIER-AYALA, cit. (n. 149), p. 150.

De esta forma, el tribunal arbitral, en caso de que las partes contesten la competencia arbitral sobre la base de la inexistencia o invalidez del acuerdo de arbitraje, deberá analizar el problema de conformidad con los tres derechos descritos, y retener aquel que lo lleve a la conclusión de que el pacto arbitral es válido.³⁶⁵

El razonamiento detrás del enfoque suizo es que la ley que otorga efecto al acuerdo de las partes en orden a someterse a arbitraje, es la ley que mejor refleja su intención auténtica, su elección verdadera, en contraste con aquella ley que lo invalida, y que no guarda ninguna relación con la voluntad manifestada por los interesados al momento de suscribir el pacto en cuestión.³⁶⁶

La Ley Suiza ha tenido gran influencia en otras latitudes. Inspiró, por ejemplo, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje del Reino de España, que en su artículo 9.6 prescribe: “Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”.

Se trata de disposiciones en extremo similares. Esta última, sin embargo, es un poco más amplia, pues hace referencia a requisitos establecidos en “normas jurídicas” y no específicamente a derechos nacionales, lo que abriría la puerta, en forma definitiva, a que las partes puedan escoger como ley aplicable a su contrato normas y principios de carácter transnacional, favorables por naturaleza al arbitraje.³⁶⁷

Para GÓMEZ JENE, el precepto español refleja perfectamente lo que doctrinalmente se denomina *pro-validation approach*, pudiendo incluso darse un supuesto en que el convenio arbitral no sea válido a la luz de las normas jurídicas expresamente elegidas por las partes y, sin embargo, sí pueda considerarse válido conforme a uno de los otros dos puntos de conexión enunciados.³⁶⁸ VIRGÓS comenta al respecto: “la norma busca asegurar en el arbitraje internacional la validez del convenio arbitral (...)”.³⁶⁹

A nivel latinoamericano, y en su afán de alcanzar una posición de liderazgo regional en la materia, Perú ha adoptado la misma regla de conflicto que la ley española. Así, el artículo 13.7 del DL. N° 1071 de 2008 señala: “Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano”.

Ello supone, en palabras de TALERO RUEDA, la consagración “de la regla de validación –*favor valitatem*– del pacto arbitral como contrato” en el régimen arbitral peruano.³⁷⁰

2.2 Regla implícita

Algunas de las sedes arbitrales de mayor relieve, como Estados Unidos,³⁷¹ Hong Kong, Inglaterra y Singapur,³⁷² han dado aplicación al principio de validación por medio de lo que TZENG denomina “*hidden choice of law rule*”,³⁷³ es decir, obviando la redacción de una norma de derecho positivo, pero reconociendo la existencia de una regla implícita, un mandato tácito en orden a elegir el derecho más favorable a la validez del arbitraje.

Se trata, pues, de una adopción silenciosa del *pro-validation approach*,³⁷⁴ y que se empezó a discutir con fuerza a partir del emblemático caso *Sulamérica c. Enesa*.³⁷⁵

Los hechos relevantes de la causa, en lo que respecta al acuerdo de arbitraje, son los que siguen: *Enesa*, una empresa brasileña, contrató un seguro con *Sulamérica*, en el marco de la construcción de una gran planta hidroeléctrica. La póliza, regulada expresamente por la ley brasileña, contemplaba tres cláusulas de resolución de controversias: una cláusula de litigación exclusiva ante los tribunales brasileños, una cláusula de mediación y un acuerdo de arbitraje con sede en Londres.

Tras una serie de incidentes, *Enesa* intentó hacer efectiva la póliza. *Sulamérica* negó la cobertura y dio inició al procedimiento arbitral en Londres. Su contraparte hizo lo propio ante los tribunales brasileños, de

365 SILVA, cit. (n. 295), p. 20.

366 BORN, cit. (n. 8), p. 838.

367 MEDINA, cit. (n. 2), p. 148.

368 GÓMEZ, cit. (n. 112), p. 20.

369 VIRGÓS, M. 2006. “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”. *Actualidad Jurídica* (Uría & Menéndez), N° 14 (Mayo), p. 26.

370 TALERO, cit. (n. 94), p. 94.

371 DE LOS SANTOS; SOTO; BONNIN. Cit. (n. 5), p. 684.

372 TZENG, Peter. “*Favoring Validity: The Hidden Choice of Law Rule for Arbitration Agreements*”. 2016. Recuperado en: https://www.academia.edu/19810335/Favoring_Vailidity_The_Hidden_Choice_of_Law_Rule_for_Arbitration_Agreements

373 TZENG, cit. (n. 372), p. 12.

374 PEARSON, Sabrina. “*Sulamérica v. Enesa: The Hidden Pro-validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement*”. *Arbitration International*, 2013, Volume 29, Issue 1, pp. 115–126

375 Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 16 de mayo de 2012, *Sulamérica CIA Nacional De Seguros SA and others v Enesa Engenharia SA and others*. [2012] EWCA Civ 638.

modo que *Sulamérica* presentó una *anti-suit injunction* para detener el proceso. La solicitud fue acogida, y *Enesa* decidió apelar.

Ante el Tribunal de Apelaciones, *Enesa* adujo que, bajo la ley del contrato (ley brasileña), la cláusula arbitral, al estar incorporada en un contrato de adhesión, solo podía ser invocada con su consentimiento. Por su parte, *Sulamérica* replicó que estaba en todo su derecho de incoar el procedimiento, porque al acuerdo de arbitraje lo gobierna la ley de la sede (ley inglesa).

Como se puede apreciar, estaban dadas todas las condiciones para una clásica y ortodoxa disputa en torno al derecho aplicable al contrato de arbitraje internacional. Tradicionalmente las cortes inglesas se habían decantado por la aplicación al acuerdo de la ley del contrato, pero en los años previos al caso *Sulamérica* se habían observado algunos pronunciamientos en favor de la ley de la sede, en particular desde que la *English Arbitration Act* de 1996 reconociera el principio de separabilidad.³⁷⁶ Así las cosas, no había claridad en torno al criterio a utilizar.

Enfrentada a esta disyuntiva, el Tribunal de Apelaciones optó por no responder en términos absolutos. En vez de alinearse con una u otra postura, el tribunal dispuso que la cuestión debía estudiarse a través de un examen escalonado o, en el decir de Pearson, “*standard three-stage conflict-of-law test*”,³⁷⁷ el cual consiste en contestar tres interrogantes sucesivas:

1. ¿Hay elección expresa de las partes de una ley aplicable al acuerdo de arbitraje?
2. Si la respuesta es no, ¿hay elección implícita de las partes de una ley aplicable al acuerdo de arbitraje?
3. Si la respuesta es no, ¿cuál es la ley que cuenta con una conexión más cercana y real con el acuerdo de arbitraje?

A falta de elección expresa, la Corte hizo notar que, normalmente, la designación del derecho que gobierna al contrato principal es un fuerte indicador de una elección implícita de la normativa rectora del acuerdo de arbitraje. Dicho razonamiento definiría, un par de meses después, el Caso *Arsanovia Ltd c. Cruz City 1 Mauritius Holdings*.³⁷⁸ Sin embargo, en el caso particular de *Sulamérica c. Endesa*, la *lex contractus* acarrea la ineficacia del pacto arbitral, por lo que su aplicación desembocaba en una evidente contradicción. En efecto, resulta difícil concebir que las mismas partes que negociaron y acordaron libremente la sujeción a arbitraje, hayan buscado, simultáneamente, dejarlo sin efecto, mediante la elección implícita del derecho brasileño.

Pasando a la tercera etapa del examen, la Corte sostuvo que el acuerdo de arbitraje siempre tendrá los vínculos más cercanos y reales con la ley de la sede, dado que son sus tribunales los llamados a apoyar y supervigilar el desarrollo del procedimiento arbitral, a objeto de garantizar su efectividad.³⁷⁹ En consecuencia, se falló en tal sentido.

Aunque algunos autores interpretaron, erradamente, que el caso *Sulamérica* suponía la consolidación de la “solución inglesa”, Born,³⁸⁰ Pearson³⁸¹ y Yang³⁸² y Tzeng³⁸³ coinciden en que la sentencia en análisis es una clara manifestación del principio de validación: “*it expressly takes into consideration whether applying one law over the other would render the arbitration agreement invalid*”.³⁸⁴

Pearson observa que no es un caso aislado. En su opinión, siempre que los tribunales ingleses se han pronunciado a favor de la ley de la sede, en desmedro de su tradicional predilección por la ley del contrato, lo han hecho para evitar una declaración de invalidez del acuerdo de arbitraje.³⁸⁵ Ello permite arribar a una interesante conclusión: “*in spite of the differing positions seemingly adopted by the English courts, it would appear that the English courts are in fact silently adopting a pro-validity approach*”.³⁸⁶ Así lo ha confirmado más recientemente el razonamiento de la Corte Suprema del Reino Unido a propósito del caso *Enka Insaat Ve Sanayi AS vs. OOO Insurance Company Chubb*, aunque con algunos matices.³⁸⁷

³⁷⁶ PEARSON, cit. (n. 374), p. 124.

³⁷⁷ PEARSON, cit. (n. 374), p. 122.

³⁷⁸ Tribunal Superior de Justicia, Queen’s Bench Division, Londres, Inglaterra, 20 de diciembre de 2012, *Arsanovia Ltd v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2012] EWHC 3702.

³⁷⁹ PEARSON, cit. (n. 374), p. 123.

³⁸⁰ BORN, cit. (n. 8), p. 841.

³⁸¹ PEARSON, cit. (n. 374), p. 124.

³⁸² YANG, cit. (n. 325), p. 135.

³⁸³ TZENG, cit. (n. 372), p. 15.

³⁸⁴ TZENG, cit. (n. 372), p. 15.

³⁸⁵ PEARSON, cit. (n. 374), p. 124.

³⁸⁶ PEARSON, cit. (n. 374), p. 125.

³⁸⁷ Corte Suprema del Reino Unido, 9 de octubre de 2020, *Enka Insaat Ve Sanayi AS vs. OOO Insurance Company Chubb*, [2020] UKSC 38.

Como era de esperarse, el criterio utilizado en el caso *Sulamérica* ha traspasado fronteras, de manera que es posible encontrar pronunciamientos similares en otras jurisdicciones.

En Singapur, por ejemplo, encontramos el caso *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others*.³⁸⁸

El demandante, *FirstLink*, accionó en sede ordinaria en contra de dos sociedades y una persona natural. Uno de los demandados, *GT Payment*, se opuso al procedimiento, aludiendo a una cláusula arbitral que sometía a las partes, en el evento de una controversia, a un arbitraje institucional a cargo del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, SCC). Para complejizar las cosas, las partes habían acordado que las normas aplicables al fondo del asunto serían las leyes de la SCC, una elección curiosa, a lo menos, atendido que dicha institución solo cuenta con un reglamento de arbitraje, de naturaleza eminentemente procedimental.

El demandante abogó por hacer extensiva la elección de la ley del contrato principal al acuerdo de arbitraje, a falta de estipulación en contrario. Arguyó, en consecuencia, que el pacto arbitral era nulo, porque no tenía ningún sentido sujetar su validez material a dichas normas, prueba más que suficiente, a su entender, de que se trataba de un acto jurídico viciado.

Para dirimir el asunto, el Alto Tribunal de Singapur recurrió al examen escalonado del caso *Sulamérica*. Sin embargo, introdujo una novedad en la segunda etapa, al cuestionar la “dudosa presunción” en cuya virtud la Corte inglesa sostiene que la expresión del derecho que gobierna al contrato principal conlleva normalmente la elección implícita de la ley rectora del acuerdo de arbitraje. Por el contrario, el Tribunal estimó que, en aquellos casos en que las partes hubieran pactado la *lex causae* y la sede del arbitraje, esta última debiera prevalecer como factor de conexión para el análisis de la validez del contrato de arbitraje internacional.³⁸⁹

Al efecto, el Tribunal dictaminó que, en este caso particular, la cláusula arbitral debía satisfacer los requisitos materiales de la ley sueca, tal cual acontecía.

A pesar de los fundamentos esgrimidos en la sentencia, pocas dudas caben sobre el rol preponderante que jugó el principio de validación. Más aún si se toma en cuenta que las partes, en realidad, nunca designaron a Suecia como sede del arbitraje. El Tribunal simplemente lo dispuso así porque en dicho Estado se encontraba radicada la institución llamada a administrar el procedimiento. O, más simple aún, porque dicho razonamiento le permitía validar el acuerdo de arbitraje. Como reza el mismo fallo: “*In the face of defects afflicting arbitration clauses, the law should give the fullest effect to this clear intention such that an interpretation which confers validity to the arbitration agreement should be preferred to other interpretations which would invalidate the agreement*”.³⁹⁰

En suma, se concluye que tanto Inglaterra como Singapur han estado empleando, en la última década, una misma regla implícita *favor validatis*, a pesar de la aparente diferencia de criterios. Lo que ocurre, comenta Tzeng, es que en ambos casos los tribunales han optado por ocultar el principio de validación en normas de conflicto con factores de conexión subsidiarios. Mientras la norma inglesa favorece la aplicación de la ley del contrato, la regla singapurense privilegia la ley de la sede.³⁹¹ Al final, es irrelevante: el resultado es el mismo. Tanto es así que el año 2016, el Alto Tribunal de Singapur dio un vuelco en su jurisprudencia en el Caso *BCY c. BCT*,³⁹² adoptando íntegramente el estándar del Caso *Sulamérica*. Lo importante es, en definitiva, indagar en la voluntad de las partes para validar, en la medida de lo posible, el acuerdo de arbitraje.

3. UNA REGLA FAVOR VALIDATIS PARA CHILE

Un punto de inflexión en la historia del arbitraje internacional en Chile se produjo con ocasión de un seminario organizado con motivo de la constitución del Centro de Arbitraje de la Cámara Chilena Norteamericana de Comercio A.G. (en adelante, AMCHAM Chile), en 1998. En dicha oportunidad, diversos observadores, chilenos y extranjeros, coincidieron en que, por su integración a la economía global, su desarrollo institucional, tradición jurídica y reconocida transparencia, Chile estaba naturalmente llamado a constituirse en un importante centro de arbitraje internacional.³⁹³

388 Tribunal Superior de Singapur, 19 de junio de 2014, *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others*, [2014] SGHCR 12.

389 ČÁP, Michal. “The Firstlink Case: Implied Governing Law of the Arbitration Agreement Is That of the Seat of Arbitration”. *Asian Dispute Review*, 2014, 16, p. 202.

390 TZENG, cit. (n. 372), p. 18.

391 TZENG, cit. (n. 372), p. 20.

392 High Court of Singapore, 9 de noviembre de 2016, *BCY v. BCZ*, *Lloyd's Law Reports, Part 11 [2016] Vol. 2*, 7.12.2016, pp. 583-599.

393 SATELER, cit. (n. 48), p. 378.

Tal aspiración estuvo en mente de los señores Avelino León, Jaime Irrarrázabal y Ricardo Sateler, quienes, por encargo del Colegio de Abogados de Chile A.G., del CAM Santiago y de AMCHAM Chile, integraron el Grupo de Trabajo designado para elaborar el proyecto que, finalmente, se convertiría en la Ley N°19.971. No es de extrañar, por tanto, que el Presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar, en el Mensaje del referido proyecto, afirmara: “Es un objetivo deseable, tanto desde el punto de vista público como del privado, que nuestro país ocupe un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional, especialmente, a nivel latinoamericano”.³⁹⁴

Con ese fin, se tomó la determinación de adoptar, casi íntegramente, el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ello supuso la incorporación al ordenamiento jurídico chileno de los principios y aspectos más relevantes en la materia. Así, continúa, el Mensaje del Presidente: “Es importante señalar que, siguiendo la tendencia internacional, el texto que se propone debe interpretarse en forma de favorecer la vigencia del arbitraje internacional en su mayor amplitud para así apoyar el intercambio internacional”.³⁹⁵ Entendemos, de tal declaración, que entre los propósitos del proyecto se cuenta el dar reconocimiento en el derecho positivo chileno al principio *favor arbitrandum*.

No significa lo anterior que Chile no lo contemplara con anterioridad. Como se ha señalado, la premisa en comento tiene su origen, como principio rector, en la Convención de Nueva York, de la cual Chile es parte desde 1975. Sin embargo, en un país que se había caracterizado por una postura conservadora frente al arbitraje internacional, su incorporación en una ley de carácter nacional brinda mayores certezas en cuanto a la voluntad de emplearlo.

MEREMINSKAYA identifica, acertadamente, algunas disposiciones de la Ley N° 19.971 que tienen sus raíces en el principio *favor arbitrandum*.³⁹⁶ Así, el artículo 4 prescribe que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido algún requisito del acuerdo arbitral y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar. Asimismo, el carácter discrecional de las causales para la denegación del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras ha permitido que los laudos anulados en el país de origen tengan eficacia en otras jurisdicciones (artículo 36 en relación con el artículo 34).³⁹⁷ Agregamos el artículo 8, que restringe las facultades de los tribunales ordinarios para examinar el acuerdo de arbitraje, propendiendo así al inicio del procedimiento arbitral, incluso mientras esté pendiente la gestión a que se refiere el numeral 1 de la norma.

En consecuencia, estimamos que el principio *favor arbitrandum* tiene plena vigencia en Chile a efectos de practicar el examen de validez del acuerdo de arbitraje, así como al momento de interpretarlo.³⁹⁸ Ello nos lleva a proponer la aplicación de una de sus tantas vertientes, el principio de validación.

Tomando como base una reflexión de SILVA ROMERO sobre el caso colombiano,³⁹⁹ estimamos que es perfectamente posible en Chile una determinación *in favorem validitatis* del derecho aplicable al acuerdo de arbitraje.

En efecto, hemos sostenido que en Chile son potencialmente aplicables los criterios de la *lex voluntatis*, la *lex loci arbitri* y la *lex causae*. Los dos primeros se encuentran expresamente consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la Convención de Nueva York como en la Ley N° 19.971. Respecto del tercer método, al que nos hemos referido como “solución inglesa”, sostenemos que es perfectamente posible recurrir a él, atendido el reconocimiento de nuestra legislación a la voluntad implícita, desde una perspectiva sistemática.

Así las cosas, un tribunal en Chile podría hacer aplicable al acuerdo arbitral el derecho escogido por las partes para regir dicho pacto, el derecho de la sede, o el derecho que gobierna al contrato principal. A partir del estudio de las tres normativas, procedería a descartar aquellas que determinen la invalidez del contrato de arbitraje internacional en el caso concreto, para optar por aquella que conduzca a su validez, bajo el pretexto de estar respetando la auténtica voluntad de las partes al momento de suscribir el pacto, en plena concordancia con el principio *favor arbitrandum*.⁴⁰⁰

394 Mensaje N° 15-349, 2 de junio de 2003, que inicia proyecto de ley sobre arbitraje comercial internacional. Recuperado en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5653/> [2020, 12 de febrero].

395 Mensaje N° 15-349, 2 de junio de 2003, que inicia proyecto de ley sobre arbitraje comercial internacional. Recuperado en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5653/> [2020, 12 de febrero].

396 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 102.

397 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 102.

398 MEREMINSKAYA, cit. (n. 6), p. 103.

399 SILVA, cit. (n. 295), p. 22.

400 SILVA, cit. (n. 295), p. 22.

Si se analiza el problema desde una perspectiva internacional, una interpretación como la anterior es perfectamente posible. Sin embargo, atendiendo a la tradición jurídica chilena, parece recomendable efectuar una reforma a la Ley N° 19.971 para incorporar, en un tercer numeral del artículo 7, una regla *favor validatis*, en los términos empleados por las legislaciones de Suiza, España y Perú.

Así, el nuevo artículo 7.3 de la Ley N° 19.973 debiera indicar lo siguiente: “Es válido el acuerdo de arbitraje si se ajusta a las normas jurídicas elegidas por las partes para regir al acuerdo de arbitraje, o a las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o al derecho chileno”.

Sostenemos, en definitiva, que invocar el principio de validación no es solo conveniente, sino necesario. Hemos dicho que uno de los principales objetivos detrás de la Ley N° 19.971 era convertir a Chile en una importante sede de arbitraje. Han pasado 16 años,⁴⁰¹ y la verdad es que aún queda mucho camino por recorrer. Urge revisar nuestro régimen arbitral para atender aquellos temas que, de una u otra forma, entorpecen o pueden llegar a entorpecer el desarrollo de los procedimientos arbitrales. Uno de ellos es el que motiva el presente trabajo de investigación.

Haciendo eco de las palabras de TZENG, “*courts in aspiring arbitration centers look to leading arbitration centers*”.⁴⁰² Pues bien, hemos tenido ocasión de revisar que al menos cuatro de las cinco principales sedes de arbitraje utilizan criterios compatibles con el principio de validación: Ginebra (Suiza) emplea una regla explícita en tal sentido; Londres (Inglaterra), Singapur y Hong Kong lo usan de forma implícita. Francia, por su parte, favorece el método de los principios generales del derecho internacional privado, estándar que es, a todas luces, más flexible (e incierto) que el propuesto. Ello nos lleva a una inevitable conclusión: si Chile aspira a ser un protagonista en el mundo del arbitraje internacional, debe brindar a los agentes comerciales las mismas garantías que ofrecen las referidas sedes.

⁴⁰¹ A la fecha de la publicación de este trabajo, se han cumplido ya 20 años desde la promulgación y publicación de la Ley N° 19.971.

⁴⁰² TZENG, cit. (n. 372), p. 28.

CONCLUSIONES

El criterio para la determinación del derecho aplicable a la validez del acuerdo arbitral ha sido uno de los temas más debatidos en el arbitraje comercial internacional. Del estudio de los diferentes aspectos del problema, es posible formular las siguientes conclusiones:

Primero: antes de practicar el examen de validez de un contrato de arbitraje internacional, es menester evaluar la existencia de un acuerdo de las partes en orden a someterse a dicho mecanismo de solución de controversias. Como no existen normas específicas para ello, y atendida la naturaleza contractual del pacto, estimamos que se puede recurrir, a modo de pauta, a los Principios UNIDROIT y otras normas propias de la *lex mercatoria*, así como al derecho internacional de los contratos.

Segundo: los requisitos de forma no determinan la validez del acuerdo de arbitraje. En aquellas jurisdicciones que, como la chilena, se han impuesto determinadas exigencias formales, como lo son la escrituración y la firma, éstas constituyen una formalidad *ad probationem*, es decir, un presupuesto de eficacia. No obstante, en cuanto contrato consensual, el acuerdo de arbitraje se encuentra desprovisto de solemnidades, y su validez está supeditada exclusivamente a la satisfacción de determinadas reglas materiales.

Tercero: es un principio generalmente aceptado que las partes se encuentran facultadas, en virtud de la autonomía conflictual, para elegir la normativa aplicable al acuerdo de arbitraje. No existe consenso, sin embargo, para el evento en que las partes no ejerzan dicho derecho.

Cuarto: los tribunales arbitrales y estatales emplean diversos métodos para determinar el derecho que gobierna al acuerdo de arbitraje, en ausencia de pacto expreso de las partes. Los sistemas tradicionales, sin embargo, se reducen a la aplicación subsidiaria de la normativa que regula el fondo del asunto, la ley de la sede del arbitraje o una normativa anacional basada en los principios del derecho y la presunta intención de las partes, a lo que habría que sumar el estándar de los vínculos más estrechos, que recientemente ha cobrado fuerza. Ninguna de estas soluciones otorga la certidumbre necesaria a los agentes comerciales que deciden resolver sus diferencias por medio de un procedimiento arbitral.

Quinto: Como alternativa a las soluciones clásicas surge el principio de validación, que consiste en la aplicación al acuerdo de arbitraje del derecho más favorable, siempre que guarde alguna conexión con el mismo. Se trata, a nuestro parecer, del método más apropiado, al punto que podría llegar a constituir, en un futuro no tan lejano, un criterio único para resolver la cuestión, puesto que es consistente con los objetivos de la Convención de Nueva York y demás textos uniformes, y procura dar efecto pleno a la voluntad de las partes.

Sexto: nos parece perfectamente posible adoptar el principio de validación en Chile, incluso bajo la actual normativa. Sin embargo, para mayor claridad y certeza, sugerimos reformar el artículo 7 de la Ley N° 19.971, incorporando una regla *favor validatis*.

En consideración a lo expuesto, reafirmamos nuestra convicción de que es necesario reducir el número de vacíos e incertidumbres en materia de arbitraje comercial internacional. En el caso particular del derecho aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje, las consecuencias pueden ser en extremo negativas. Advierte TZENG al respecto: "*the law governing the arbitration agreement will always have the power to make or break entire arbitrations*".⁴⁰³ Esperamos que este pequeño aporte ayude a prevenir tales efectos a futuro.

403 TZENG, cit. (n. 372), p. 28.

BIBLIOGRAFÍA

i.- Libros

- ABELLO, Ricardo (Ed). *Derecho Internacional: varias visiones, un maestro*. Universidad del Rosario, Colombia, 2015.
- ALESSANDRI, Arturo. *De los contratos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
- AYLWIN, Patricio. *El juicio arbitral*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
- BETANCOURT, Julio César. *El contrato de arbitraje internacional*. Tirant lo blanch, Valencia, 2018.
- BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, Holanda, 2009, V. 1.
- CASARINO, Mario. *Manual de Derecho Procesal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, T. II.
- COLLANTES, Jorge (Ed). *El convenio arbitral*. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2019, 1º ed.
- DELGADO, César; DELGADO, María; CANDELA, César; PEJNOVIC, Milan. *Introducción al derecho internacional privado*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, 1º ed., T. III.
- DIAZ, José Ignacio; ROMERO, Alejandro. *El arbitraje interno y comercial internacional*. Lexis Nexis, Santiago, 2007, 1º ed.
- DOMINGUEZ, Ramón. *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, 2º ed.
- FERNANDEZ, José Carlos; SÁNCHEZ, Sixto. *Derecho Internacional Privado*. Thomson Reuters, Navarra, 2016, 9º ed.
- GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje*. Porrúa, México, 2004.
- KONDEV, Dimitar. *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in the Construction Industry*. John Wiley & Sons Ltd, Oxford, 2017.
- MEREMINSKAYA, Elina. *Arbitraje comercial internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*. Legal Publishing Chile, Santiago, 2014, 1º ed.
- PERALES, Pilar. *Derecho Comercial Internacional*. Editorial Temis, Bogotá, 2014, T. I y II.
- PICAND, Eduardo. *Arbitraje comercial internacional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 1º ed., T. I y II.
- PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1º ed.
- ROCA, José Luis. *El arbitraje en la contratación internacional*. ESIC Editorial, Madrid, 1994.
- SANDOVAL, Ricardo. *Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional: análisis de la ley N° 19.971 de 29 de septiembre de 2004 sobre arbitraje comercial internacional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 1º ed.
- SANTOS, Rubén. *Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)*. Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2002.
- SILVA, Eduardo (Ed). *El contrato de arbitraje*. Legis, Bogotá, 2005.
- SOTO, Carlos (Ed). *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, 1º ed., T. I.
- VASQUEZ, María Fernanda. *Tratado de Arbitraje en Chile*. Thomson Reuters, Santiago, 2018.
- VIAL, Víctor. *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 5º ed., Santiago, 2006.

ii.- Tesis

- EGAS, Ana. "Algunas consideraciones sobre el convenio arbitral insuficiente: interpretación y alternativas". Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de abogado, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador, 2010.
- HOOK, Maria. "Arbitration Agreements and Anational Law: A Question of Intent?". LL.M Thesis. Victoria University of Wellington. Wellingtonl, 2008, p. 62. Disponible en: <https://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/handle/10063/5854>

MARCHISIO, Giacomo. "The validity of the arbitration agreement in International Commercial Arbitration". LL.M Thesis, McGill University, Faculty of Law, Montreal, Canadá, 2014.

iii.- Artículos en obras colectivas

ARIAS, María, "El convenio arbitral y sus requisitos insalvables: capacidad de las partes, materia arbitrable y otras cuestiones que inciden en su validez formal", en: COLLANTES, Jorge (Ed). *El convenio arbitral*. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2019, 1º ed.

BERGER, Klaus. "Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?", en: VAN DEN BERG, Albert (Ed). *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series 2006*, Kluwer Law International, 2007, V. 13.

BURGHETTO, María; DE BORJA, Ana. "La ley aplicable al convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional", en: COLLANTES, Jorge (Ed). *El convenio arbitral*. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2019, 1º ed.

CÁRDENAS, Juan Pablo. "El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral", en: SILVA, Eduardo (Ed). *El contrato de arbitraje*. Legis, Bogotá, 2005.

COLLANTES, Jorge. "El acuerdo arbitral, un clásico en perspectiva contemporánea (a propósito de los contratos internacionales)", en: COLLANTES, Jorge (Ed). *El convenio arbitral*. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2019, 1º ed.

DE LOS SANTOS, Carlos; SOTO, Margarita; BONNIN, Víctor. "La ley aplicable al convenio arbitral", en: SOTO, Carlos (Ed). *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, 1º ed., T. I.

ETCHEVERRY, Raúl. "El acuerdo arbitral y el sistema argentino", en: SOTO, Carlos (Ed). *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, 1º ed., T. I.

FERNÁNDEZ, José Carlos. "El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino", en: PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1º ed.

GARCIA, Ignacio. "La lex mercatoria y los principios Unidroit en el Arbitraje Comercial Internacional. Análisis de una nueva tendencia jurisprudencial", en: PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1º ed.

GUERRERO, Roberto. "Algunas reflexiones sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial internacional y sobre las cláusulas patológicas en particular", en: PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1º ed.

HERNÁNDEZ, Héctor. "La autonomía de la cláusula arbitral en el arbitraje comercial internacional: reflexiones y problemáticas de la experiencia colombiana", en: SOTO, Carlos (Ed). *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, 1º ed., T. I.

LARROUMET, Christian. "A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y de su autonomía", en: SILVA, Eduardo (Ed). *El contrato de arbitraje*. Legis, Bogotá, 2005.

LEÓN, Édgar. 2015. "La nueva lex mercatoria: un derecho transnacional uniforme". En: ABELLO, Ricardo (Ed). *Derecho Internacional: varias visiones, un maestro*. Universidad del Rosario, Colombia, 2015.

PEREZNIETO, Leonel; GRAHAM, James. "¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?", en: PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1º ed.

PUGA, Juan Esteban. "Mercantilidad y el Arbitraje Comercial Internacional", PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1º ed.

SATELER, Ricardo. "Historia de la ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional", en: PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1º ed.

SIQUEIROS, José Luís. "La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional", en: PICAND, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1º ed.

iv.- Artículos de revista

AGUIRRE, Patricio, "La determinación del derecho aplicable al contrato en la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial inter-

nacional", *Revista Ius et Praxis*, 2006, 12 (1).

BORN, Gary, "The law governing international arbitration agreements: an international perspective", *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, 26.

CAIVANO, Roque, "El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene", *Derecho y Ciencias Sociales*, 2015, N° 13 (Octubre).

CANTUARIAS, Fernando, "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales: la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de UNCITRAL", *THEMIS: Revista de Derecho*, 1992, N° 21.

ČÁP, Michal, "The Firstlink Case: Implied Governing Law of the Arbitration Agreement Is That of the Seat of Arbitration". *Asian Dispute Review*, 2014, 16.

DOMÍNGUEZ, Ramón, "Comentarios de jurisprudencia 2. Embargo. Medida precautoria. Enajenación forzosa. Objeto ilícito", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2005, N° 217-218, Año LXXIII.

FELDSTEIN, Sara, "Los beneficios del arbitraje comercial internacional". Recuperado en: https://www.camsantiago.cl/minisites/articulos_online/1_Arb%20Com%20Internacional.do.

FOLLONIER-AYALA, Alejandro, "La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y en Suiza", *Lima Arbitration*, 2012/2013, N° 5.

FOLLONIER-AYALA, Alejandro, "Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz". *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, 2014, V. 2, N° 2.

GOMEZ, Miguel, "El convenio arbitral: status quo". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, V. 9, N° 2.

GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. "La nueva forma del acuerdo arbitral. Aún otra victoria del consensualismo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2007, V. XL, N° 120 (Septiembre-Diciembre).

INOSTROZA, Mauricio, "El convenio arbitral electrónico en la Ley de Arbitraje española y los textos de derecho uniforme", *Revista Derecho y Tecnología*, 2011, N°12.

JEQUIER, Eduardo, "El arbitraje forzoso en Chile", *Estudios Constitucionales*, 2011, Año 9, N° 2.

JEQUIER, Eduardo, "Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable", *Revista Ius et Praxis*, 2015, Año 21, N° 2.

LAVA, Claudio, "La independencia del convenio arbitral y el competence-competence en el arbitraje comercial internacional". *Themis: Revista de Derecho*, 2012, 61.

MEDINA, Héctor, "La ley aplicable al pacto arbitral: Incertidumbre en contravía de las bases del arbitraje internacional", *Arbitraje PUCP*, 2016, 6.

MEREMINSKAYA, Elina. "Cuando la sede del arbitraje no es el lugar del arbitraje y la *lex arbitri* no es la ley de la sede", *Lima Arbitration*, 2016, N° 7

PAULSSON, Jan, "International Arbitration is not Arbitration", *Stockholm International Arbitration Review*, 2008, 2.

PEARSON, Sabrina, "Sulamérica v. Enesa: The Hidden Pro-validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement". *Arbitration International*, 2013, V. 29, N° 1.

PENGELLEY, Nicholas. "Albon v. Naza Motor Trading. Necessity for a Court to Find that there is an Arbitration Agreement Before Determining that it is Null and Void". *Arbitration International*, 2008, V. 24, N° 1.

PERALTA-VALDIVIESO, Ismael. "El principio de Kompetenz-Kompetenz desde la perspectiva del caso First Options v. Kaplan". *Anuario de Justicia Alternativa*, 2015, 13.

PEREZNIETO, Leonel; GRAHAM, James, "La ley aplicable a los contratos arbitrales". *RDP Cuarta Época*. 2012, Año I, N° 2 (Julio-Diciembre).

RAMIREZ, Mario. "La buena fe en los contratos internacionales". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, V. VI.

RUBIO, Roger, "El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje". *Lima Arbitration*, 2011, N° 4.

SANDOVAL, Ricardo, "Arbitraje comercial internacional", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1999, Año

- SILVA, Eduardo, "Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano". *Revista de Derecho Privado*, 2002, N° 28 (Enero-Junio).
- SILVA, Eduardo, "La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2003, Año II, N° 4.
- SILVA, Eduardo, "Breves observaciones sobre la modernidad del arbitraje internacional. A propósito de la nueva ley española de arbitraje", *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, 2004, N° 9 (Septiembre).
- TALERO, Santiago. "Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la Nueva Ley Peruana de Arbitraje", *Lima Arbitration*, 2010/2011, N°4.
- TZENG, Peter, "Favoring Validity: The Hidden Choice of Law Rule for Arbitration Agreements", 2016. Recuperado en: https://www.academia.edu/19810335/Favoring_VValidity_The_Hidden_Choice_of_Law_Rule_for_Arbitration_Agreements [2019, 28 de diciembre].
- VÁSQUEZ, María Fernanda, "Comprensión del principio competencia-competencia y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2010, N° 15.
- VÁSQUEZ, María Fernanda, "Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección". *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2011, N° 16 (Junio).
- VÁSQUEZ, María Fernanda. "Revisión de las sedes atractivas en el arbitraje comercial internacional: Un análisis comparado de los marcos normativos de Suiza, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, España, China y Chile". *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, N° 18 (Julio).
- VÁSQUEZ, María Fernanda; VIDAL, Álvaro, "Diálogos entre la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) y la lex mercatoria". *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado*, 2018, N° 34.
- VÁSQUEZ, María Fernanda; VIDAL, Álvaro, "El contrato y el derecho aplicable como dispositivos para la resolución de los conflictos en el arbitraje internacional". *Revista Ius et Praxis*, 2019, Año 25, N° 1.
- VIAL, María Ignacia. "La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado". *Revista Chilena de Derecho*, 2013, V. 40, N° 3.
- VIRGÓS, Miguel, "El convenio arbitral en el arbitraje internacional", *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, 2006, N° 14 (Mayo).
- YANG, Fan, "The proper law of the arbitration agreement: Mainland Chinese and English law compared". *Arbitration International*, 2017, 33.
- YAURI, León, "El convenio arbitral internacional", *Revista vLex International*, 2013, N° 17 (Agosto). Disponible en: <http://vlex.com/vid/convenio-arbitral-internacional-452291257>

v.- Sentencias

- Corte de Apelaciones de Hong Kong, 19 de octubre de 2011, Klöckner Pentaplast GmbH. v. Advance Technology (H.K.) Co. Ltd., HCMP 1836/2011.
- Corte de Casación de Francia, 20 de diciembre de 1993. Municipalité de Khoms El Mergeb c. Société Dalico. Recuperado en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007030314/>
- Corte Suprema del Reino Unido, 9 de octubre de 2020, Enka Insaat Ve Sanayi AS vs. OOO Insurance Company Chubb, [2020] UKSC 38.
- Corte Suprema de Suecia, 27 de octubre de 2000, Bulbank v AI Trade Finance, Caso T 1881-99.
- Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 16 de mayo de 2012, Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA and others v Enesa Engenharia SA and others. [2012] EWCA Civ 638
- Tribunal Superior de Justicia, Queen's Bench Division (Commercial Court), Londres, Inglaterra, 04 de octubre de 2001, "Sonatrach Petroleum Corporation (BUI) c. Ferrell International Ltd."
- Tribunal Superior de Justicia, Queen's Bench Division, Londres, Inglaterra, 20 de diciembre de 2012, Arsanovia Ltd v Cruz

City 1 Mauritius Holdings [2012] EWHC 3702.

Tribunal Superior de Singapur, 19 de junio de 2014, FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others, [2014] SGHCR 12.

Tribunal Superior de Singapur, 9 de noviembre de 2016, BCY v. BCZ, [2016] SGHC 249.

Tribunal Superior Regional de Turingia (Alemania), 13 de enero de 2011, Caso N° [1 Sch 01/08]. Recuperado en: <https://www.newyorkconvention.org/court-decisions/germany+141>

vi.- Normativa citada

Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975).

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969).

Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961).

D.L. N° 1.071, ley que norma el arbitraje, 2008 (Perú).

Estatuto de Derecho Internacional Privado, Capítulo 12, Ley de Arbitraje, 1987 (Suiza).

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) y sus enmiendas (2006).

Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, 2004 (Chile).

Ley de Arbitraje de 1999 (Suecia).

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, sobre Arbitraje (España).

Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016).

Reglamento UE, número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales

vii.- Otros recursos

Universidad Queen Mary de Londres y White&Case, 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration. Recuperado en: <https://www.qmul.ac.uk/arbitration/research/2010/> [2020, 23 de enero].

Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 (2013). Traducción de: AIZENSTADT, Alexander. Recuperado en: https://www.arbitration-icca.org/media/2/13600814265100/judges_guide_spanish_composite_with_coverfeb2013.pdf [2020, 15 de enero].

Mensaje N° 15-349, 2 de junio de 2003, que inicia proyecto de ley sobre arbitraje comercial internacional. Recuperado en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/hc/historia-de-la-ley/5653/> [2020, 12 de febrero].

Trabajos preparatorios: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985). 317th meeting - Article 34. Recuperado en: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/travaux [2020, 10 de febrero].

CAM
SANTIAGO • CHILE
CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN
CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO

Oficina de Estudios y Relaciones Internacionales & Subdirección Ejecutiva del
Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS)
San Sebastián 2812, piso 5, Las Condes, Región Metropolitana de Santiago de Chile.

+56 2 2360 7015

camsantiago@ccs.cl

www.camsantiago.cl