

LA DETERMINACION DEL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO EN LA LEY N° 19.971 SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Patricio Andrés Aguirre Veloso¹

RESUMEN

La ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional contiene normas relativas a la determinación del derecho aplicable al contrato, conforme a las cuales las partes están habilitadas para escoger el derecho que rija el fondo del mismo con un alto grado de autonomía, permitiéndose incluso el fraccionamiento legislativo o la elección de derechos no estatales. En el evento que las partes no designen el derecho aplicable al contrato, el tribunal arbitral determinará las normas de conflicto con arreglo a las cuales se designará la legislación que lo regirá. En este sentido, la regulación contenida en la ley sobre arbitraje comercial internacional viene a confirmar la plena vigencia en el ordenamiento jurídico nacional de la autonomía conflictual como factor de conexión en materia contractual, aceptada sólo parcialmente por la doctrina y la jurisprudencia. Estas circunstancias permiten anticipar posibles controversias en torno al alcance de la referida autonomía. Teniendo en consideración que el contenido de la ley N° 19.971 corresponde, con escasas variaciones, al de la ley modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, para la interpretación de la primera, resulta pertinente tener en consideración la historia de establecimiento, comentarios y jurisprudencia relativos a la segunda, antecedentes que deberán tenerse en cuenta al fijar el sentido y alcance de sus disposiciones.

Derecho internacional privado. Arbitraje comercial internacional. Contratos.
Derecho aplicable.

¹ Magíster en Derecho de Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Profesor Derecho Civil Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Recibido el 20 de enero de 2006 y aceptado el 13 de junio de 2006.

ABSTRACT

Law N° 19.971 concerning international commercial arbitration contains rules relative to determining the law applicable to contracts, in accordance with which the parties are enabled to choose, with a high degree of autonomy, the law controlling the contract, even allowing fragmentation of the law or the choice of non-state laws. In the event that the parties do not designate the law applicable to the contract, the arbitral tribunal will determine the rules of dispute in accordance with which the legislation governing them will be designated. In this sense, the regulation contained in the law on international commercial arbitration confirms the full force of the national legal code concerning autonomy in disputes as a connecting factor in contractual matters, accepted only partially by the doctrine and the jurisprudence. These circumstances permit the anticipation of possible controversies regarding the attainment of the aforementioned autonomy. Taking into account that the content of law n° 19.971 corresponds, with few variations, to that of the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration when interpreting the first, it is pertinent to consider the history of establishment, commentaries and jurisprudence relative to the second, background that should be taken into account on fixing the meaning and the extent of its decrees.

KEY WORDS

International Private Law, International Commercial Arbitration. Contracts, Applicable law

INTRODUCCION

Con fecha 29 de septiembre de 2004 fue publicada en el Diario Oficial la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, respondiendo así al requerimiento de los más diversos sectores, en torno a la necesidad de adecuar la legislación nacional a los estándares exigidos por el comercio internacional, en términos que favorecieran un adecuado desenvolvimiento del tráfico externo.

El referido texto legal tuvo su origen en un mensaje del Ejecutivo, de 2 de junio de 2003, preparado sobre la base de un anteproyecto elaborado de manera conjunta por

instituciones privadas¹; y corresponde – con ligeras modificaciones – al texto de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional² (UNCITRAL) sobre arbitraje comercial internacional, de 1985³. Entre las consideraciones que, de conformidad con lo expresado en el mensaje, se tuvieron en vista al momento de preparar el proyecto y de enviarlo a tramitación, se cuentan: la multiplicación de contratos internacionales en los que se incluye una cláusula de arbitraje; la conveniencia, para las partes nacionales de tales contratos, de que las diferencias comerciales internacionales en que pudieren verse involucradas, sean resueltas en nuestro país, especialmente en atención a los costos que implica litigar en el extranjero; y el interés – tanto público como privado – de consolidar a Chile como un centro de arbitraje comercial internacional.

El mensaje parte de la base que la normativa vigente en nuestro país es insuficiente al cumplimiento de los objetivos propuestos, teniendo en cuenta, particularmente, que su ámbito de aplicación material es el arbitraje interno o doméstico, razón por la cual no ha

¹ La iniciativa de elaborar el referido anteproyecto corresponde, según se reconoce en el propio mensaje del Ejecutivo, al Colegio de Abogados de Chile A.G., al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. y al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Chileno-Norteamericana de Comercio A.G., junto con reconocer la destacada participación en la redacción de la propuesta de los juristas señores Jaime Irrarrázabal Covarrubias, Avelino León Steffens y Ricardo Sateler Alonso, así como del Centro de Arbitraje y Mediación V Región.

² En adelante, también, “la ley modelo”.

³ Una ley modelo es un instrumento preparado por la UNCITRAL con la finalidad de propender a la armonización del derecho mercantil internacional. A diferencia de las Convenciones internacionales suscritas por los Estados, y con fuerza vinculante para quienes las ratifiquen, la ley modelo tiene el carácter de una propuesta ofrecida a los Estados, con la finalidad de que éstos adecuen su legislación interna conforme a ella. Entre las ventajas que hacen preferir una ley modelo, destaca la flexibilidad de ésta última, pues permite a los Estados adoptarlas parcialmente o con modificaciones; de esta manera, en la medida en que se respeten los principios inspiradores fundamentales, es posible la consecución de una uniformidad más completa que tratándose de convenciones internacionales, las cuales debido a su rigidez en ocasiones no son suscritas por un importante número de Estados, o lo son con reservas que obstan en gran medida a la uniformidad aspirada. Cfr. Sandoval López, Ricardo. 1999. “Arbitraje comercial internacional”, en **RDUO**. 206 (julio-diciembre), pp. 109-110. La ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, fue aprobada por la UNCITRAL el 21 de junio de 1985, al finalizar su 18° período anual de sesiones, en vistas a perfeccionar y armonizar las leyes nacionales sobre arbitraje, habida consideración de la disparidad e insuficiencia que se advertía en estas legislaciones; y ha servido como modelo para nuevas leyes sobre Arbitraje Comercial Internacional en Alemania, Australia, Bahrein, Bermuda, Bulgaria, Canadá, Chipre, Egipto, Estados Unidos (California, Connecticut, Oregón y Texas), Guatemala, Hong Kong, Hungría, India, Irán, Irlanda, Kenia, Lituania, Macao, Malta, México, Nueva Zelandia, Nigeria, Omán, Perú, Reino Unido (Escocia), Rusia, Singapur, Sri Lanka, Túnez, Ucrania y Zimbabwe. V. nota explicativa de la Secretaría de la UNCITRAL sobre la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional y mensaje de la ley N° 19.971.

considerado las peculiaridades del arbitraje de carácter internacional⁴. Lo anterior, sumado al convencimiento en torno a las bondades asociadas al logro de esos objetivos, es estimado como fundamento suficiente de la necesidad y conveniencia del envío de un proyecto como el señalado.

En este contexto, el hecho que el proyecto enviado al Congreso Nacional, corresponda casi íntegramente al texto de la ley modelo, ha sido justificado tanto en la búsqueda de uniformidad normativa, como en las facilidades que su adopción pudiere acarrear, desde la perspectiva de la aceptación de nuestro país como centro de arbitraje a nivel mundial.

En el presente trabajo se analizará uno de los aspectos regulados por la ley N° 19.971, a saber, el derecho aplicable al fondo del litigio. Dicho análisis se efectuará, principalmente, sobre la base del estudio de las normas, comentarios doctrinarios y jurisprudencia relativos a la ley modelo, pues, como se ha dicho, existe entre ambas una importante similitud, además de que debido a la reciente dictación de la ley N° 19.971, no se cuenta aún con trabajos sobre la materia.

I. DERECHO APLICABLE Y ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Al hablar de la cuestión del derecho aplicable, nos referimos a uno de los problemas que constituyen el contenido fundamental del derecho internacional privado. Se trata de la determinación del ordenamiento jurídico conforme al cual deben resolverse controversias relativas a relaciones jurídico-privadas cuyos elementos constitutivos se vinculan con el territorio de más de un Estado⁵. El punto de partida es la constatación de que la aplicación inmediata de las normas del derecho interno, respecto de una relación jurídica internacional, no parece ser la solución más idónea, prefiriéndose en cambio, una regla-

⁴ Si bien, como se indica en el mensaje, nuestro país ha ratificado instrumentos internacionales en la materia, como la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de Junio de 1958; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 30 de Enero de 1975, la regulación contenida en tales acuerdos es muy limitada, pues se dirige principalmente a normar el reconocimiento de sentencias arbitrales dictadas en el extranjero, sin que se contengan disposiciones referidas al procedimiento arbitral mismo. Por otra parte, al incluir en el panorama normativo vigente en Chile el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de Marzo de 1965; los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones; así como los tratados de libre comercio suscritos por nuestro país, se está aludiendo a instrumentos con un ámbito de aplicación muy restringido – sea en razón de su bilateralidad, de encontrarse insertos en un contexto de relaciones muy particular, o por la especialidad de las materias para las cuales se encuentran previstos.

⁵ Llamadas también relaciones jurídicas internacionales o del tráfico externo.

mentación específica que tome en cuenta el carácter internacional de la relación, así como de las controversias que de ella surjan. La respuesta del derecho internacional privado gira en torno a dos técnicas de reglamentación diversas aunque complementarias: el método conflictual y el derecho uniforme. El primero, entrega a la legislación de cada Estado la tarea de dictar normas que designen qué ordenamiento, entre aquellos que se conecten con una relación jurídica del tráfico externo, deberá regir esta última, prescribiendo en consecuencia las normas con arreglo a las cuales el tribunal llamado a resolver, deberá decidir el litigio. El segundo promueve el establecimiento de una legislación armonizada entre los Estados, sea adoptando normas materiales comunes, que aseguren una respuesta única frente a las controversias que puedan originarse a partir de una relación jurídica internacional; sea uniformando las normas de conflicto nacionales, a fin de evitar que el carácter nacional de las mismas, derive en la designación de ordenamientos distintos, incrementándose así la incertidumbre que el derecho internacional privado pretende, si no suprimir, al menos moderar.

En lo que al método conflictual se refiere, éste se estructura sobre la base de la *norma de conflicto multilateral*, disposición de derecho interno que designa el ordenamiento jurídico en el cual deberá encontrarse las normas materiales que permitan resolver la controversia planteada⁶. Para efectuar la designación, la norma de conflicto cuenta con un elemento particular: *el factor o circunstancia de conexión*. Se trata de uno de los elementos internacionales de la relación jurídica regulada⁷, elevados por el legislador a la categoría de criterio de localización de la misma. La idea que subyace es que, no obstante que una relación jurídica se conecte – a través de sus elementos constitutivos – con distintos ordenamientos estatales, la vinculación es más estrecha con alguno de ellos, y, conse-

⁶ El mecanismo conforme al cual operan las normas de conflicto, ha llevado a caracterizar al método conflictual como una técnica de reglamentación indirecta de las cuestiones del tráfico externo, pues ella misma no contiene una solución material a la controversia de que se trate, limitándose en cambio a señalar un ordenamiento jurídico, en cuyas normas deberá encontrarse la respuesta de fondo. Con todo, debe tenerse en consideración que la designación del derecho aplicable efectuada por la norma de conflicto, tiene para los tribunales nacionales carácter obligatorio, pues se trata de una norma jurídica de derecho interno con la misma fuerza obligatoria que cualquier otra, a tal punto que su infracción, v.gr. aplicando un derecho nacional en circunstancias que la norma conflictual ordenaba la aplicación de uno extranjero, hace procedente los recursos previstos por la legislación respectiva frente a infracciones de derecho, como es el caso en nuestro país del recurso de casación en el fondo. Sobre la procedencia del recurso de casación en el fondo en materia de derecho internacional privado, cfr. Guzmán Latorre, Diego. 1997. **Tratado de derecho internacional privado**. Santiago: Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, pp. 348-363.

⁷ En el caso de un contrato, los elementos internacionales que pueden ser empleados como factor de conexión serían, v. gr. el domicilio o nacionalidad de las partes, el lugar de celebración o de ejecución, el lugar de situación de la cosa objeto del contrato.

cuentemente, la regulación prevista en tales ordenamientos, será la que presente mayores garantías de idoneidad. De esta manera, la labor del legislador de derecho internacional privado estará abocada principalmente a designar el ordenamiento mayormente vinculado con la relación jurídica de que se trate⁸.

El objeto de regulación de la ley N° 19.971 es, como se desprende de su epígrafe, el arbitraje comercial internacional.

Ni en el texto de la ley ni en los antecedentes de su establecimiento, encontramos una definición de lo que debe entenderse por arbitraje para estos efectos. Sin perjuicio de lo anterior, de la regulación establecida por la ley se desprende que el concepto que subyace en ésta es el tradicional, que considera al arbitraje como “*un medio de solución de controversias presentes o futuras, basado en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente, o a través de mecanismos de designación acordados por ellas, a simples particulares, a quienes confían la adopción de una decisión obligatoria, el laudo arbitral, que ponga fin al conflicto que ha surgido o que pueda tener lugar entre ellas*”⁹. En relación con las distintas clases de arbitrajes que en doctrina se distingue, la ley comprende el arbitraje entre particulares, sea institucional o *ad hoc*, singular o plural, de derecho o de equidad, excluyéndose únicamente el arbitraje entre los particulares y el Estado, así como el arbitraje forzoso.

⁸ En alguna medida obstan a esta finalidad, las características de rigidez y neutralidad de la norma de conflicto. La rigidez ha sido atribuida fundamentalmente al hecho que los legisladores conflictuales han optado tradicionalmente por incluir un factor de conexión único y, muchas veces, determinado en el tiempo; es lo que ocurre v.gr. con las normas que, en materia de forma de los actos, contemplan como circunstancia de conexión el lugar de celebración u otorgamiento de los mismos, lo que impide al tribunal actuar con relativa flexibilidad en la búsqueda del ordenamiento más estrechamente vinculado con la relación jurídica. Por su parte, la neutralidad se refiere a la absoluta prescindencia respecto del contenido de la legislación designada como competente por una norma de conflicto, al momento de efectuar la elección, pues el legislador de derecho internacional privado, al incorporar en la norma de conflicto un factor de conexión, desconoce no sólo a qué ordenamiento podría conducir, sino también las soluciones materiales previstas en él. Con todo, la doctrina se ha encargado de proponer soluciones que permitan corregir el método conflictual en estos aspectos, sin abandonarlo; entre ellas, la inclusión de factores de conexión múltiples o abiertos (como aquel que designa el ordenamiento con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos), así como la utilización en las normas de criterios de orientación material que vinculen la determinación del derecho aplicable con un contenido material específico (v.gr. haciendo aplicable la legislación más favorable al consumidor). Cfr. Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto. 1996 (reimp. 1998). **Curso de derecho internacional privado**. Madrid: Tercera Edición, Editorial Civitas, pp. 300-301.

⁹ Sandoval L., R., cit. (n.3), pp. 101-130.

Ahora bien, el arbitraje regulado por la ley en comento es aquél que presenta dos características que deben concurrir de manera copulativa: la internacionalidad y su carácter comercial. La propia ley se encarga de precisar el alcance de ambas exigencias. En lo que respecta a la primera, tres son los supuestos en que se considerará internacional el arbitraje: i) que las partes al momento de celebrar un acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en Estados diferentes; ii) que el lugar del arbitraje – si ha sido determinado en o con arreglo al acuerdo de arbitraje –, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado¹⁰ en que las partes tienen sus establecimientos; o iii) que las partes hayan convenido en forma expresa que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje, está relacionada con más de un Estado. En lo tocante al carácter comercial, se trata de acotar el ámbito de aplicación de la ley, en consideración a la naturaleza de la relación jurídica de la que deriva la controversia sometida a arbitraje. Sólo si dicha relación es mercantil, tendrá aplicación la regulación especial que se crea. Al respecto, es necesario precisar que la determinación del carácter comercial de la relación jurídica para estos efectos, debe hacerse sobre la base de un criterio amplio, con prescindencia de la reglamentación prevista en nuestra legislación sobre el particular. Así se desprende claramente de la letra g) del artículo 2 de la ley¹¹, que corresponde a una nota interpretativa agregada al artículo 1 de la ley modelo¹², con la finalidad precisa de

¹⁰ Si bien es posible encontrar en la doctrina criterios distintos para determinar el carácter internacional del arbitraje, v.gr. *ibid.*, p. 103, tales criterios resultan desplazados por el contenido de la ley, el que prevalecerá dentro de su ámbito de aplicación.

¹¹ “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.” Art. 2 letra g) ley N° 19.971.

¹² La decisión de incorporar una nota interpretativa se adoptó ante la imposibilidad para convenir una definición del carácter comercial que permitiera distinguir con precisión entre relaciones mercantiles y no mercantiles, como una forma de evitar dejar entregada su determinación a cada Estado. Si bien fue cuestionada su eficacia jurídica, por tratarse de una técnica legislativa desconocida en algunos ordenamientos, se consideró conveniente para orientar a los legisladores nacionales en torno al propósito de los redactores de la ley modelo de interpretar el término comercial con amplitud, estimándose como recomendable la conservación de la nota en la promulgación de los textos nacionales. Como puede advertirse, el legislador nacional optó por incluir el contenido de la nota en el texto mismo de la ley. V. Comentario analítico sobre el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional: informe del Secretario General de la UNCITRAL, pp. 113-114 e Informe de la UNCITRAL sobre la labor realizada en su 18° período de sesiones pp. 7-8.

evitar que las legislaciones nacionales exigieran el cumplimiento de las normas de derecho interno para considerar una relación jurídica como mercantil¹³; y este es el mismo criterio que se tuvo en consideración durante la tramitación de la ley en el Congreso¹⁴.

En este contexto, la ley contiene normas relativas a las siguientes materias: acuerdo de arbitraje, mediante el cual las partes someten todas o algunas de las controversias que puedan surgir entre ellas, a este mecanismo de solución de controversias; composición, instalación, competencia y procedimiento del tribunal arbitral; dictación, impugnación, reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. De esta manera, se ha pretendido subsanar la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación moderna y adecuada sobre el particular, en el entendido que las normas sobre arbitraje vigentes en Chile desde el siglo XIX¹⁵ eran absolutamente insuficientes, no sólo por su antigüedad, sino por la circunstancia de haberse dictado para regir situaciones del tráfico interno, sin consideración a las peculiaridades que la presencia de uno o más elementos extranjeros introducen en una relación jurídica, así como en las controversias que de ella se deriven.

Siendo el arbitraje una institución de naturaleza eminentemente procesal, las normas que lo regulan presentan también, de manera principal, ese carácter, como puede advertirse de la enunciación de materias efectuada en el párrafo precedente. Sin embargo, la ley en una de sus disposiciones, se refiere a un aspecto sustancial. En efecto, en el capítulo VI de la ley, en el contexto de la reglamentación del laudo arbitral, el artículo 28 prescribe respecto a las normas aplicables al fondo del litigio. Es decir, se trata de una norma de conflicto, mediante la cual el legislador se encarga de establecer las reglas con arreglo a las cuales el tribunal arbitral deberá determinar el derecho aplicable a la relación jurídica de la que deriva la controversia sometida a su consideración¹⁶.

Como puede advertirse, la determinación del derecho aplicable excede con creces la regulación del arbitraje, acercándose más a los aspectos sustantivos de las relaciones jurídicas, que a los procedimentales. Al respecto, si bien la inclusión de normas relativas al derecho aplicable en un texto regulatorio del arbitraje comercial internacional no es

¹³ La Comisión se refiere expresamente a que sería erróneo aplicar conceptos propios de las legislaciones nacionales, como aquellos que consideran comerciales exclusivamente, las relaciones reguladas en el código de comercio o en que las partes sean personas comerciantes. V. Comentario analítico ... cit. supra, p. 114.

¹⁴ V. Informe de la comisión de relaciones exteriores, asuntos interparlamentarios e integración latinoamericana de la Cámara de Diputados de 26 de agosto de 2003, p. 9.

¹⁵ Artículos 222 a 243 del título IX del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁶ No se trata, en consecuencia, de normas relativas al procedimiento arbitral, como las contenidas en el Capítulo V, VII y en los artículos 29 y siguientes del propio Capítulo VI.

una novedad de la ley modelo, pues ya la Convención europea de 1961 sobre arbitraje comercial contenía normas sobre el particular¹⁷, el asunto no ha estado libre de controversia. En el caso de la ley modelo, no obstante que en el seno de la Comisión, frente a la dificultad para acordar la redacción del artículo 28, se sugirió la posibilidad de suprimirlo, considerando que no era necesario que una ley sobre procedimiento arbitral regulara la ley aplicable al fondo del litigio, hubo un amplio apoyo a su mantención, argumentando que sin la referida disposición la ley modelo sería incompleta, particularmente teniendo presente la ausencia de normas que regulen esta materia en el ámbito del arbitraje comercial internacional¹⁸.

Resulta conveniente precisar que si bien la ley N° 19.971, en cuanto marco regulatorio del procedimiento de arbitraje comercial internacional, no restringe su ámbito de aplicación a controversias derivadas de un contrato¹⁹, en el presente trabajo sólo se analizará la cuestión del derecho aplicable referido a dicha clase de actos jurídicos.

II. DERECHO APLICABLE AL CONTRATO EN LA LEY N° 19.971.

A. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FACTOR DE CONEXIÓN PRINCIPAL.

Como se ha dicho, el artículo 28 de la ley N° 19.971 regula la determinación del derecho aplicable a la relación jurídica de la que se deriva la controversia sometida a

¹⁷ También se regula el derecho aplicable al fondo en el artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, aprobado por la asamblea general mediante resolución 31/98 de 15 de diciembre de 1976, así como en las reglas de la Cámara de Comercio Internacional de 1975. En cambio, ni la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, ni la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional suscrita en Panamá en 1975, contienen normas sobre la materia.

¹⁸ V. Informe de la UNCITRAL ... cit. (n.12), p. 32.

¹⁹ El tenor de la letra g) del artículo 2 de la ley es también claro en el sentido que, de conformidad con el criterio amplio con que debe interpretarse el término comercial, sus disposiciones son aplicables tanto a cuestiones contractuales como a otras que no tengan ese carácter, tales como acuerdos, asociaciones “ (...) y otras formas de cooperación industrial o comercial (...) ”. Todavía más, la secretaria de la UNCITRAL señala que la enumeración de operaciones respecto de las cuales procede el arbitraje comercial internacional no es completa, “ *por deseo expreso* ”, debiendo considerarse como comerciales incluso “ *‘operaciones no transaccionales’ tales como las demandas por daños y perjuicios que se planteen en un contexto comercial* ”. V. Comentario analítico ...cit. (n.12), p. 114.

arbitraje²⁰. Como se ha prevenido también, el presente trabajo analizará dicha normativa sólo en cuanto se refiera al contrato. En este contexto, primeramente se debe remarcar que la disposición antes citada es, principal aunque no exclusivamente, una norma de conflicto, la que a partir de un factor de conexión, designa el ordenamiento jurídico entre cuyas normas materiales deberá encontrarse la solución de fondo a las controversias planteadas.

1.- Libertad de las partes en la elección del derecho aplicable. La autonomía conflictual.

La ley prescribe que, en principio, el derecho aplicable al fondo del contrato será el que las partes hayan elegido. En consecuencia, en plena concordancia con el contenido de la ley modelo, el texto legal adopta como factor de conexión la autonomía de la voluntad, entregando a las propias partes de la relación jurídica la facultad para escoger el ordenamiento que la regulará. Se trata del factor de conexión mayoritariamente aceptado en materia contractual, tanto en el ámbito doctrinario como del derecho positivo – nacional²¹ e internacional²².

En efecto, con antecedentes remotos en el derecho romano, desarrollada en distinta medida por las llamadas escuelas estatutarias, aunque atribuida principalmente a Charles Dumoulin, la autonomía de la voluntad ha sido el factor predominante para la cuestión del derecho aplicable en esta materia²³. Sin embargo, las importantes dis-

²⁰ “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 sobre conflicto de leyes. 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflictos de leyes que estime aplicables. 3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. 4) 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.” Artículo 28 Ley N° 19.971.

²¹ V.gr. art. 10.5 del C.C. español; arts. 2095 y 2096 del C.C. peruano; y art. 57 de la Ley italiana de derecho internacional privado, que hace aplicable el Convenio de Roma de 1980 cit. *infra*.

²² V.gr. el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, suscrito en Ginebra el 21 de abril de 1961; y el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, suscrito en Roma el 19 de junio de 1980. En el ámbito interamericano, éste es el factor de conexión previsto en la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, suscrita en México, el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Con todo, esta Convención no ha sido suscrita por Chile y únicamente la han ratificado México y Venezuela.

²³ Cfr. Maluenda Parraguez, Rodrigo. 1998. **Contratos internacionales**. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, pp.44-47.

crepancias que todavía subsisten entre los distintos ordenamientos en torno a su contenido y alcance, son fuente de incertidumbre al momento de definir su significado y amplitud, debiendo examinarse lo que hay detrás de este concepto aparentemente unívoco.

Al respecto, resulta necesario precisar que la autonomía de la voluntad, en cuanto factor de conexión, corresponde a lo que la doctrina de derecho internacional privado denomina *autonomía conflictual*, distinguiéndola así de la *autonomía material*. Ciertamente ambas se encuentran estrechamente conectadas, fundamentalmente por tener un sustrato común: la autonomía de la voluntad como principio informador del derecho de los contratos y, más ampliamente, del derecho privado. Pero, mientras la autonomía conflictual se refiere a la posibilidad de que las partes elijan el derecho aplicable al contrato, designando un ordenamiento jurídico entre cuyas normas deberá el juez encontrar las soluciones materiales pertinentes; la autonomía material implica la facultad para las partes de incorporar al propio contrato, normas materiales particulares, sea que las hayan recogido de una o más legislaciones nacionales, sea que las hayan creado ellas mismas. En el primer caso, la amplitud de las facultades de las partes es más reducida, pues sólo pueden escoger el ordenamiento, sin posibilidad de excluir las normas imperativas en él contenidas²⁴. En el segundo, en cambio, las partes no sólo están habilitadas para elegir un ordenamiento jurídico, sino que también para excluir las normas imperativas del derecho escogido. En otras palabras, en ejercicio de la autonomía conflictual las partes pueden crear normas de conflicto, mientras que en ejercicio de la autonomía material, pueden crear normas materiales²⁵.

Con todo, la precisión anterior no elimina del todo las divergencias anunciadas, las que subsisten particularmente en torno a dos aspectos: los presupuestos de procedencia de la autonomía conflictual y la mayor o menor amplitud que se reconoce a las partes en el ejercicio de la misma. Así, mientras la opinión mayoritaria restringe la procedencia de la autonomía conflictual a los contratos internacionales, el contenido de un instrumento internacional de gran relevancia en la materia, como es el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, pareciera admitir lo que se ha

²⁴ Cfr. Esplugues Mota, Carlos. 1994. "Régimen jurídico de la contratación en el derecho del comercio internacional", en **Contratación Internacional**, El Mismo (a cura di). Valencia, Editorial tirant lo blanch, pp. 38-39.

²⁵ Cfr. Villarroel Barrientos, Carlos y Villarroel Barrientos, Gabriel. 1990. "Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales", en **RCHD**, 17 (2), pp. 354-355.

denominado la “*internacionalización*” del contrato por las partes²⁶. Por otro lado, mientras un sector de la doctrina promueve una interpretación amplia en torno al alcance de la autonomía, se levantan también voces que rechazan figuras como el *dépeçage*²⁷, la elección de una ley no estatal²⁸ o la elección de un ordenamiento desvinculado objetivamente con el contrato²⁹.

En el caso de nuestro país, la doctrina tradicional ha sido especialmente conservadora en estas materias, limitando bastante el alcance de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable³⁰. Con todo, autores más modernos propugnan la acepta-

²⁶ Se trata de una posición extraída de la interpretación *a contrario sensu* del art. 3.3 del Convenio que dispone lo siguiente: “La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo «disposiciones imperativas». Se sostiene por algunos autores que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 3.3 transcrito, tratándose de un contrato *objetivamente nacional*, la elección por las partes del derecho aplicable es válida, sin perjuicio de la aplicación de las normas imperativas con las cuales el contrato está objetivamente vinculado. Cfr. Calvo Caravaca, Alfonso y Carrascosa González, Javier. 2003. **Curso de contratación internacional**. Madrid, Editorial Colex, pp. 69-70; y Esplugues M., C., cit. (n. 24), pp. 47-48.

²⁷ El *dépeçage* o fraccionamiento legislativo consiste en la aplicación a distintos elementos del contrato, de normas provenientes de distintos ordenamientos. Se distingue en doctrina el *dépeçage* legal, en que es el propio legislador el que dispone el fraccionamiento; el judicial, en que es el juez el que rodona la aplicación de dos o más legislaciones a un mismo contrato; y el voluntario, en que son las partes las que, en ejercicio de la autonomía conflictual han designado más de un ordenamiento como aplicable a la relación jurídica. En este caso, nos encontramos frente al *dépeçage* voluntario, sin perjuicio de la posibilidad de un *dépeçage* legal, si el derecho designado como competente lo contempla, o judicial, en los casos en que el tribunal arbitral sea el llamado a determinar el derecho aplicable. Sobre el *dépeçage*, cfr. Maluenda P., R., cit. (n. 23), pp. 70-78.

²⁸ En realidad, más que de una “ley” no estatal, se trata de normas provenientes de las más diversas fuentes, tales como las elaboradas por instituciones privadas, organismos oficiales antes de recibir sanción por parte de los Estados, o usos internacionales. El origen de la regulación antes señalada y, particularmente, la ausencia del respaldo que se atribuye tradicionalmente a la “soberanía estatal”, ha impedido un consenso en torno a la procedencia de recurrir a esta clase de normas, cuestión que ha sido debatida especialmente a propósito de la discusión sobre la existencia de una nueva “*lex mercatoria*”. Cfr. Calvo C., A. y Carrascosa G., J., cit. (n.26), pp. 50-57.

²⁹ Cfr. Maluenda P., R., cit. (n. 23), pp. 58-59.

³⁰ Cfr. DOMÍNGUEZ Hamilton, Raúl. 1966. “Las obligaciones en el derecho internacional privado”, en Hamilton, Eduardo (a cura di). **Solución de conflictos de leyes y jurisdicción en Chile**. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 280-295; y Guzmán L., D., cit. (n.6), pp. 518 – 528. Ambos autores adhieren, con ligeros matices a la tesis de Batiffol conforme a la cual las partes no designan el derecho competente para regular el contrato, sino que son las primeras llamadas a localizar éste. La localización efectuada por las partes no es, sin embargo, vinculante para el juez quien debe considerarla sólo si se corresponde con la vinculación objetiva del contrato con un territorio determinado. Localizado el contrato por el juez, se determina como consecuencia la designación del derecho aplicable, de manera que en definitiva no es la voluntad de las partes la determinante.

ción de la autonomía de la voluntad como factor de conexión del estatuto contractual en términos amplios, posición que apoyan en disposiciones vigentes en nuestro ordenamiento³¹. Sin perjuicio de lo anterior, de todas formas se reconocen límites a la vigencia del principio en examen, a saber: que se trate de un contrato internacional³²; patrimonial; que se respeten las normas de policía o de aplicación necesaria de la *lex fori*³³; que no se contravenga el orden público³⁴; y, por último, que la designación no sea constitutiva de

³¹ Cfr. Villarroel B., Carlos y Villarroel B., G., cit (n. 25), pp. 358-365; y Maluenda P., R., cit. (n. 23), pp. 51-56 y 100-102, quienes mencionan entre las disposiciones legales que confirmarían la vigencia de esta solución los arts. 16 inc. 3° y 1545 del C.C.; 113 del C.C.; además del preámbulo del D.L. 2349 de 1978 sobre contratos internacionales para el sector público y el Código de Bustamante. En lo que respecta a este último si bien Maluenda se refiere a los comentarios vertidos sobre el particular por el redactor del Código de derecho internacional privado, lo cierto es que las disposiciones de este último no consagran el principio de manera expresa y concluyente, sino a propósito de materias particulares como la ley aplicable a los contratos de adhesión (art. 185 C.B.).

³² En relación con lo que debe entenderse por contrato internacional, la doctrina se encuentra dividida. Un completo panorama de las distintas posiciones puede verse en Maluenda P., R., cit. (n. 23), pp. 5-24. Para estos efectos, aceptaremos de manera preliminar la tesis de este autor, para quien un contrato es internacional si su ejecución – total o parcial – debe tener lugar en un país distinto a aquél en que fue celebrado. En lo que respecta a la ley N° 19.971, de un primer examen de su contenido parece desprenderse que la autonomía conflictual no se encuentra subordinada al carácter internacional del contrato, sino del arbitraje, en los términos de que da cuenta el art. 1 N° 3. Sin embargo, en nuestra opinión, el silencio de la ley en esta materia se debe a su marcada orientación hacia lo procedimental, pero de todos modos rige la exigencia del carácter internacional del contrario que, como se ha expuesto, se encuentra mayoritariamente aceptada por la doctrina. Sostener lo contrario, implicaría la posibilidad para las partes de designar el derecho aplicable, incluso tratándose de un contrato interno, lo que nos parece inaceptable.

³³ Las normas de policía, son normas del derecho interno que, prescindiendo de los elementos extranjeros eventualmente presentes en una relación jurídica, se aplican necesariamente, excluyendo de este modo toda otra regulación. Se encuentran muy vinculadas al concepto de orden público, pero no se confunden con éste, pues mientras el orden público impide la aplicación de una ley extranjera designada por las normas de conflicto del foro, las normas de policía impiden siquiera plantearse la aplicación de una norma de conflicto. Es lo que ocurre v.gr. con las normas del derecho del trabajo. Cfr. Villarroel B., C. y Villarroel B., G., cit (n. 25), pp. 101-111.

³⁴ En derecho internacional privado el llamado orden público internacional constituye una excepción a la aplicación del derecho extranjero designado como competente por una norma de conflicto del foro. Es decir, una vez determinado por el juez del foro que de conformidad con las normas de conflicto de su propio ordenamiento, una cuestión relativa al tráfico externo debe ser resuelta aplicando una legislación extranjera, dicho juez constata que el contenido de esa legislación aplicable contraviene de algún modo el orden público. En este supuesto, la doctrina – y en algunos casos el ordenamiento jurídico positivo – permite al juez rechazar la aplicación de esas normas. Conviene tener presente que, al menos en un plano estrictamente conceptual, las nociones de orden público nacional e internacional no son coincidentes, siendo esta última más restringida, pues estará conformada sólo por aquellos principios y valores fundamentales que informen el conjunto de los ordenamientos jurídicos de las *naciones civilizadas*. Ibid, pp. 83 – 89.

fraude a la ley³⁵. Así las cosas, teniendo en consideración que el estudio de la autonomía conflictual en el derecho contractual chileno, excede con creces el objeto del presente trabajo, adheriremos por lo pronto a la posición más moderna, aceptando que en nuestro derecho positivo las partes de un contrato se encuentran habilitadas para designar el derecho aplicable al mismo, siempre que se trate de un contrato internacional y con las demás limitaciones recién mencionadas.

Finalmente debe tenerse presente que la vigencia de la autonomía de la voluntad como factor de conexión en materia contractual, se limita a los requisitos de existencia y validez, como a los efectos obligacionales entre las partes y respecto de terceros; quedando excluidos, en consecuencia, todo lo relativo a la forma del contrato, los derechos reales que pudieren tener como antecedente el contrato, y los aspectos relativos a la prueba del mismo³⁶.

2.- Contenido y alcance de la autonomía conflictual en la ley N° 19.971.

Esbozado someramente el contenido y alcance de la autonomía conflictual en la doctrina y la legislación, resta examinar su tratamiento específico por la ley N° 19.971. El examen del art. 28 de la ley, a la luz de los antecedentes de establecimiento de la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, nos permite sostener que las reglas conforme a las cuales pueden las partes ejercer la autonomía son las siguientes:

- a.- Designación del derecho aplicable. De conformidad con el tenor literal del art. 28 en comento, las partes de un acuerdo de arbitraje para ejercer la facultad de elección que la autonomía conflictual les reconoce, deben *indicar*³⁷ las normas de derecho aplicables a la relación jurídica de que se trate. Es decir, la elección puede ser expresa o tácita, en este último caso siempre que de los antecedentes del contrato se desprenda

³⁵ En derecho internacional privado se entiende por fraude a la ley, la alteración fraudulenta efectuada por las partes de una relación jurídica, del factor de conexión presente en una norma de conflicto, realizada con la intención de sustraerse de la aplicación de las normas imperativas de la *lex fori*, quedando bajo el imperio de las normas de una legislación extranjera. De acuerdo con este concepto, el fraude a la ley puede constituirse como una excepción a la aplicación del derecho extranjero competente. Al respecto, lo dispuesto por el inciso 3° del art. 84, no es una cuestión de derecho aplicable sino que constituye una excepción al reconocimiento de los efectos de una sentencia extranjera. Sobre el fraude a la ley, cfr. Dunker Biggs, Federico. 1956. **Derecho internacional privado**. Santiago: Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, pp. 420 – 429; Guzmán L., D., cit. (n. 6), pp. 394 – 424.

³⁶ Cfr. Calvo C., A. y Carrascosa G., J., cit. (n.26), pp. 82-83.

³⁷ Según el D.R.A.E. indicar es “(Del lat. *indicare*). Mostrar o significar algo con indicios y señales.”

claramente que la intención de las partes es que las controversias relativas a un contrato, sean resueltas por un derecho determinado. Si bien entre los antecedentes de la discusión de esta disposición no existe un pronunciamiento en este sentido, así lo ha entendido la doctrina³⁸. La elección tácita del derecho aplicable puede colegirse v.gr. si las partes han empleado en un contrato una cláusula prevista por el ordenamiento de un Estado determinado, han escogido una institución arbitral ubicada en ese mismo Estado, y el territorio del mismo es el lugar en que el contrato debe cumplirse³⁹. Al respecto, una cuestión que ha suscitado discusiones es la de determinar si la elección por las partes de un tribunal arbitral determinado, puede ser considerada por sí sola como designación tácita del derecho aplicable, sea en función del lugar de funcionamiento o de su nacionalidad. La respuesta mayoritaria de la doctrina ha sido afirmativa en los casos de nombramiento de tribunales arbitrales nacionales y negativa tratándose de tribunales no nacionales⁴⁰. Por último, debe tenerse presente que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 2 letra d) de la ley, la facultad de designar el derecho aplicable no puede ser delegada por las partes en un tercero,.

- b.- Posibilidad de designar derecho no estatal. El N° 1 del art. 28 al designar como derecho aplicable las *normas de derecho* elegidas por las partes, no ha hecho sino reproducir el texto de la ley modelo en esta materia y, con ello, los antecedentes del establecimiento de esta última son totalmente pertinentes. Al respecto, tales antecedentes permiten afirmar que la referencia a normas de derecho implica la posibilidad para las partes de designar no sólo normas contenidas en un ordenamiento estatal, sino también reglas de origen no estatal como las elaboradas por órganos privados o la *lex mercatoria*⁴¹. Por otra parte, al referirse expresamente a normas de derecho, se exclu-

³⁸ Lando, Ole. 1991. "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", en Sarcevic (ed.). **Essays on International Commercial Arbitration**. London, p. 137. Disponible en internet en HYPERLINK «<http://www.tldb.de>» www.tldb.de, consultado el 25 de enero de 2005 a las 15:18 horas. Lo anterior, a pesar de la ausencia en la disposición en comento de una frase como la contenida en el art. 3.1. del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que dispone que "*Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.*"

³⁹ Ibid, p. 134.

⁴⁰ Ibid, pp. 134-136.

⁴¹ Sobre este particular, es del caso tener presente que durante la discusión de la ley modelo se discutió arduamente la conveniencia de incluir una expresión como la anotada, si bien las objeciones no se reducían al aspecto en estudio. Algunos de los representantes criticaban la vaguedad de la expresión, prácticamente desconocida en algunos sistemas jurídicos, mientras que otros la consideraban más bien un reconocimiento al *dépeçage*. Con todo, el parecer mayoritario de los representantes giraba en torno a la idea de una ampliación de las posibilidades de elección del derecho aplicable a normas de origen no estatal. No obstante que las diferencias mencionadas,

ye la posibilidad para las partes – planteada por algunos sectores doctrinarios extremos – de excluir el contrato de toda regulación legal⁴².

- c.- Conexión del contrato con el ordenamiento escogido. En la doctrina de derecho internacional privado se ha discutido largamente la procedencia de exigir como requisito del ejercicio de la autonomía conflictual, una vinculación efectiva del contrato con el ordenamiento escogido por las partes⁴³. Las posiciones se mantienen divididas, y ambas han sido recogidas por el derecho positivo⁴⁴. En lo que respecta a la ley modelo, entre los antecedentes de su establecimiento no se cuenta con antecedentes sobre el particular, sin perjuicio de lo cual es posible sostener que no se exige vinculación con el ordenamiento escogido, pudiendo las partes designar un ordenamiento jurídico totalmente ajeno a los elementos del contrato. Lo anterior, fundado especialmente en la circunstancia que la ley permite a las partes, como se ha visto, incluso la elección de un derecho no estatal, de manera que *a fortiori*, no se divisa razón para aceptar la designación de uno estatal aunque desvinculado territorialmente. Así lo ha confirmado la doctrina⁴⁵.

derivaron en que la Comisión reemplazará la expresión *normas de derecho* por la palabra *ley*, luego la expresión original fue restablecida. V. Actas resumidas de la UNCITRAL correspondientes a las sesiones 305 a 333 dedicadas a la preparación de la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, pp. 512-515. Por su parte, el contenido de la nota explicativa a la ley modelo no deja lugar a dudas, al señalar que “*al hacer referencia a la elección de las ‘normas de derecho’ y no a la ‘ley’, la Ley Modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto aquellas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional*”. V. nota explicativa ... cit. (n.12).

⁴² Se trata de los denominados “contratos sin ley”, los cuales, por disposición expresa de las partes, se regirían exclusivamente por el contenido contractual, sin sujeción a ordenamiento jurídico alguno. Con todo, la doctrina mayoritariamente ha rechazado su procedencia, tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Cfr. Esplugues M., C., cit. (n.24), pp. 51-53; Maluenda P., R., cit. (n.23), pp. 78-79.

⁴³ Cfr. Maluenda P., R., cit supra, pp. 58-59.

⁴⁴ V.gr. el art. 10.5 del C.C. español dispone que “*Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate (...)*”; con todo, desde que España es parte en el Convenio de Roma – cuyas normas no exigen vinculación alguna –, la referida disposición tiene sólo una eficacia residual; e, incluso más, la dictación de la ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre, elimina por completo esta exigencia en tanto respecto del arbitraje interno como del internacional habida consideración que el referido texto legal se aplica sin distinción al carácter del arbitraje. Por su parte, el art. 2095 del C.C. peruano prescribe que “*Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento*”, sin exigir vinculación efectiva con la legislación designada.

⁴⁵ Cfr. Lando, O., cit. (n. 38), p. 134, quien afirma que no se conoce decisión arbitral que haya rechazado la aplicación del derecho escogido por las partes, fundado en su falta de conexión con el contrato.

d.- Procedencia del *dépeçage*. Como se ha dicho, la utilización en el texto de la ley modelo de la expresión *normas de derecho* fue entendida inicialmente por algunos, como un reconocimiento a la posibilidad de que las partes escojan normas provenientes de distintos ordenamientos jurídicos, para regular aspectos diversos del contrato⁴⁶; sin embargo, el examen de los antecedentes de establecimiento de la ley modelo, nos permiten sostener que en la redacción final del texto, dicha expresión cumplió una finalidad diversa. En efecto, tras una ardua discusión al interior de la Comisión, en un primer momento se resolvió modificar la redacción de la disposición en examen, reemplazando la expresión *normas de derecho* por la palabra *ley*, dejando expresa constancia de la intención de los redactores de comprender así la posibilidad de elección de normas de distintos ordenamientos⁴⁷. Con posterioridad, la propia Comisión revocó su decisión en este sentido, retomando la expresión original. Si bien estos antecedentes podrían, en principio, considerarse un argumento en contra de la procedencia del *dépeçage* en el contexto de la ley - explicable por la desconfianza manifestada por algunos representantes respecto de esta figura⁴⁸, en nuestra opinión, a la luz de una interpretación actual y finalista de la norma, no se vé razón para oponerse a ella, habida consideración de la amplitud con que se reconoce la autonomía de la voluntad en el texto de la ley modelo, como asimismo, al hecho de tratarse de una institución aceptada incluso en instrumentos internacionales vigentes, como el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, en el que se contempla tal posibilidad⁴⁹.

e.- Momento de la elección. No obstante que la ley modelo no incluyó un párrafo como el contenido en el Convenio de Roma de 1980⁵⁰, en el que expresamente se contempla la posibilidad de convenir en cualquier momento la modificación de la ley que regía el

⁴⁶ V. Comentario analítico... cit. (n. 12), pp. 140-141; y Actas resumidas... cit. (n.41), pp. 512-515, en especial las intervenciones de la observadora de Grecia y del observador de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado.

⁴⁷ V. Informe de la UNCITRAL... cit. (n.12), p. 31.

⁴⁸ V., v.gr., intervención del observador de Suiza, en Actas resumidas..., cit. (n.41), p. 513.

⁴⁹ El art. 3.1., luego de establecer la autonomía conflictual como factor de conexión principal, dispone en su segunda parte que “*Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.*”

⁵⁰ “*Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad bien sea en virtud de una elección anterior según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9 y no afectará a los derechos de terceros.*” Art. 3.2 Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

contrato con anterioridad, estimamos - como la mayoría de la doctrina⁵¹ - que las partes pueden efectuar la designación del derecho aplicable, antes de la celebración del contrato - como ocurrirá especialmente ante la existencia de acuerdos marco o de condiciones generales de contratación -; coetáneamente con su celebración; o con posterioridad a ésta. En este último caso, parece razonable aplicar la solución prevista en el Convenio de Roma citado, restringiendo los efectos de un eventual cambio de regulación, la que no alterará la validez del contrato ni perjudicará derechos de terceros.

- f.- Rechazo al reenvío. La segunda parte del párrafo 1) del art. 28 de la ley, dispone que *“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 sobre conflicto de leyes”*. De este modo, según se señala expresamente por la Comisión, se quiso resolver una discusión pendiente para la doctrina de derecho internacional privado, en torno a la procedencia de aceptar el reenvío, figura que tiene lugar cuando en el ordenamiento jurídico designado por una norma de conflicto para resolver una controversia del tráfico externo, existe a su vez normas de conflicto que designan un derecho distinto⁵². La ley modelo, zanja esta controversia doctrinal, rechazando el reenvío, a menos que las partes hayan convenido - expresamente - su aceptación; en este último caso el derecho aplicable será el designado por el ordenamiento reenviante.

3.- Improcedencia de recursos frente a la aplicación de un derecho distinto al designado por las partes.

Sin perjuicio del expreso reconocimiento de la ley modelo a favor de la autonomía

⁵¹ Cfr. Maluenda P., R., cit. (n. 23), pp. 67-68.

⁵² El reenvío ha sido definido sintéticamente como un *conflicto negativo de legislaciones*, pues se presenta cuando dos o más ordenamientos conectados con una relación jurídica internacional, rechazan su competencia para regularlo, designando en cambio a otra legislación. Se clasifica tradicionalmente en reenvío de primer grado, de segundo grado y perpetuo. En el primer caso, las normas de conflicto de un ordenamiento designan una legislación extranjera, cuyas normas de conflicto designan, a su vez, a la primera. En el segundo, las normas del ordenamiento inicialmente designado, reenvían la competencia a la legislación de un tercer Estado. En el reenvío perpetuo, por fin, el tercer Estado reenvía a un nuevo ordenamiento y así sucesivamente, generándose una circulación indefinida. La discusión en materia de reenvío se reduce a determinar si la designación efectuada por las normas de conflicto de la ley del foro, a una legislación extranjera debe entenderse hecha tanto a las normas materiales como a las conflictuales (principio de aplicación integral del derecho extranjero) o sólo a las primeras. Sobre el problema del reenvío, v. Guzmán L., D., cit. (n. 6), pp. 264-287; Duncker B., F., cit. (n.35), pp. 402-412; Villarroel B., C. y Villarroel B., G., cit. (n. 25), pp. 41-47.

conflictual, preciso es llamar la atención sobre un aspecto que podría afectar de manera importante su vigencia. Se trata de la ausencia en el texto de la ley de recursos frente a la aplicación por el tribunal arbitral del derecho designado por las partes. En efecto, siendo el recurso de nulidad la única vía de impugnación del laudo arbitral, la indebida determinación del derecho no se encuentra entre las causales que lo hacen procedente. Esta circunstancia no pasó inadvertida en el seno de la comisión, llegando incluso a sostenerse que las normas sobre determinación del derecho aplicable constituían meras *directrices*⁵³. En nuestra opinión, la aparente indiferencia de la comisión sobre el particular, se debe a que, en la práctica, no se conoce en el derecho y la jurisprudencia arbitral comparada, situaciones de violación a la elección del derecho aplicable por las partes, lo que torna la cuestión de escasa relevancia. Con todo, estimamos que se trata de un vacío en el texto de la ley, pues si se ha querido contemplar entre sus disposiciones, la determinación del derecho aplicable, debió haberse previsto mecanismos de control frente a una trasgresión a sus normas. En el caso de nuestro país, donde el desconocimiento de estas normas podría ocasionar algún inconveniente en esta materia, creemos que el asunto podría resolverse por la vía del control ejercido por la Corte Suprema, en ejercicio de sus facultades directivas, correccionales y económicas que, por mandato constitucional, ejerce sobre todos los tribunales de la República⁵⁴.

B.- DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN AUSENCIA DE ELECCIÓN POR LAS PARTES.

1.- Aplicación del derecho material designado por las normas de conflicto que el tribunal arbitral estime aplicables.

La ley N° 19.971, junto con establecer como factor de conexión principal la autonomía de la voluntad, contempla, como es lógico, un mecanismo subsidiario, aplicable en el evento que las partes no hayan ejercido la autonomía conflictual. Según se ha expuesto en el punto precedente, de los términos del artículo 28 se desprende que este mecanismo subsidiario operará toda vez que las partes no hayan señalado, en forma expresa o tácita, el derecho elegido para regular el contrato.

⁵³ V. intervención del representante de la U.R.S.S., en Actas resumidas ..., cit. (n.41), p. 517.

⁵⁴ Así se desprende de lo expresado por el representante del Ministerio de Justicia en el seno de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, quien haciéndose cargo de una observación de la propia Corte Suprema en este sentido, manifestó que no era necesario que una ley salvara expresamente el principio de supremacía constitucional, dejando entrever incluso la procedencia de un recurso de queja contra el laudo arbitral, criterio éste compartido por la Comisión. V. Informe de la Comisión ..., cit. (n. 12), pp. 11-12.

Ahora bien, el mecanismo previsto por la ley puede ser calificado como indirecto, pues en lugar de contemplar uno o más factores de conexión aplicables en defecto de elección por las partes, ordena al tribunal aplicar “*la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables*”. Así, las facultades que se conceden al tribunal arbitral son restringidas, pues no se le habilita para aplicar directamente el derecho que considere más idóneo⁵⁵, sino que le impone la misión de establecer qué norma o normas de conflicto resultan pertinentes, de manera que sean éstas las que determinen el derecho material aplicable. Este enfoque de la ley calificado como “*cauteloso*”, ha sido justificado por la Comisión en el interés de las partes de poder prever con cierta certeza el derecho que el tribunal aplicará, teniendo en consideración además, que éstas podrían acordar ampliar el alcance de la determinación del tribunal⁵⁶. En consecuencia, ante la falta de elección por las partes del derecho aplicable, el tribunal debe primeramente decidir cuáles son las normas de conflicto llamadas a designar el derecho material.

En esta materia, primeramente debe advertirse que la ley no entrega al tribunal criterios que orienten la determinación antedicha, de manera que la decisión quedará entregada a su total discreción. Con todo, la determinación efectuada por el tribunal debiera estar basada en la consideración de que el ordenamiento al que pertenezcan las normas de conflicto escogidas, sea aquel con el que el contrato se vincule más estrechamente. En este sentido, resulta conveniente precisar que no existe para el tribunal arbitral la obligación de aplicar en estos casos la ley del foro, la que sólo deberá ser escogida en caso de cumplirse a su respecto el supuesto mencionado. Por el contrario, si de los antecedentes resulta que la relación jurídica se encuentra mayormente conectada con el ordenamiento de un tercer Estado, serán las normas de conflicto de su legislación las llamadas a determinar el derecho aplicable⁵⁷.

⁵⁵ Como sí lo hace v.gr. el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que en su art. 4.1 dispone que “*En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.*” Con esta solución se confieren al tribunal facultades amplísimas en la determinación del derecho aplicable. Al respecto, si bien es cierto que el propio art. 4 en sus N°s 2, 3 y 4, contempla presunciones de vínculos más estrechos respecto de ciertos contratos, el N° 6 prescribe que ellas quedarán excluidas “*cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país*”.

⁵⁶ Asimismo, se remarca que la solución está en armonía con la Convención de Ginebra de 1961 y con reglamentos de arbitraje ampliamente utilizados, como el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (art. 13) y el Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL (art. 33). V. Comentario analítico ... cit. (n. 12), p. 141. Con todo la restricción de las facultades del tribunal en esta materia fue un asunto controvertido, a tal punto que puso en duda la aprobación misma del art. 28, planteándose incluso la posibilidad de excluirlo definitivamente del texto de la ley. V. Informe de la UNCITRAL .. cit. (n. 12), pp. 31-32.

⁵⁷ Cfr. Lando, O., cit. (n. 38), pp. 137-138.

Finalmente, no encontramos en el texto de la ley una regulación expresa del reenvío, como la contenida en el N° 1 del art. 28, ni existe en la historia de su establecimiento antecedentes sobre el particular. Por tal razón, parece razonable concluir que, tratándose de la determinación del derecho aplicable efectuada por el tribunal arbitral, habrá que estarse a las normas sobre reenvío previstas en el ordenamiento al que pertenezcan las normas de conflicto aplicables⁵⁸. Ahora bien, en ausencia de ellas, la solución dependerá de la posición doctrinaria adoptada por el tribunal⁵⁹.

2.- Resolución *ex aequo et bono*.

El N° 3 del art. 28 en estudio, se refiere a la posibilidad del tribunal arbitral de resolver el asunto *ex aequo et bono* o como amigable componedor, disponiendo que estará facultado para actuar de ese modo, sólo si las partes en forma expresa lo han autorizado.

Se trata de un reconocimiento expreso al arbitraje *de equidad* que, en oposición al arbitraje *de derecho*, habilita al juez para resolver la controversia de conformidad con los dictados de su prudencia, sin sujeción a norma alguna. En este sentido, la ley modelo se encuentra en consonancia con el Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL, que también contempla esta posibilidad, aunque en términos más restringidos pues exige, además del acuerdo expreso de las partes, que la ley aplicable al procedimiento arbitral permita este tipo de arbitraje⁶⁰. Esta posibilidad, no es desconocida en nuestro ordenamiento jurídico, en el que se contempla en materia de arbitraje interno⁶¹, lo que ha llevado a incluir a

⁵⁸ Así, por ejemplo, el ordenamiento español sólo acepta el reenvío de primer grado (art. 12.2 C.C. español); mientras que la legislación italiana, si bien en principio también acepta el reenvío de primer grado, en materia de contratos e remite al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que lo excluye (art. 13 ley italiana de derecho internacional privado y art. 15 Convenio de Roma de 1980).

⁵⁹ La que en términos mayoritarios es favorable a la aceptación sólo del reenvío de primer grado, como ocurre v.gr. en nuestro país. Cfr. Guzmán L., D., (cit. n. 6), p. 287; Dunker B., F., cit. (n. 35), pp. 411-412; Villarroel B., C. y Villarroel B., G., cit. (n. 25), p. 47.

⁶⁰ Art. 33.2 Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL. Esta es la misma solución prevista por el art. VII 2 del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional.

⁶¹ Arts. 223 y 224 C.O.T.

⁶² Cfr. Sandoval L., R., cit. (n.3), p. 105. Entre los países que sólo conocen el arbitraje de derecho, el autor menciona a Alemania y Austria. ⁵⁹ La que en términos mayoritarios es favorable a la aceptación sólo del reenvío de primer grado, como ocurre v.gr. en nuestro país. Cfr. Guzmán L., D., (cit. n. 6), p. 287; Dunker B., F., cit. (n. 35), pp. 411-412; Villarroel B., C. y Villarroel B., G., cit. (n. 25), p. 47.

⁶⁰ Art. 33.2 Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL. Esta es la misma solución prevista por el art. VII 2 del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional.

⁶¹ Arts. 223 y 224 C.O.T.

nuestro país entre aquellos que admiten la figura, junto con Argentina, Brasil, España, Portugal, entre otros⁶². En materia de arbitraje internacional en nuestro ordenamiento, la concesión a los árbitros de facultades de arbitradores está prevista en el Código de derecho internacional privado o Código de Bustamante⁶³.

En consecuencia, en el evento que las partes autoricen al tribunal arbitral para decidir *ex aequo et bono*, le estarán concediendo amplísimas facultades en torno a la resolución del asunto, liberándolos de la obligación de determinar las normas de conflicto aplicables examinada en el punto precedente, permitiéndoles en cambio, fallar conforme a su criterio, *según su personal sentido de lo justo y lo bueno*⁶⁴. En esta labor, no existe impedimento para que el tribunal aplique normas de uno o más ordenamientos jurídicos estatales, o bien usos o normas elaboradas por organismos privados, todo ello en cuanto su contenido, sea considerado equitativo a su propio criterio. Por otra parte, es posible que las partes, junto con habilitar al tribunal para resolver conforme a la equidad, señalen directrices, se refieran al tipo de amigable composición previsto en un ordenamiento particular o, de alguna otra manera, delimiten la esfera de acción de los jueces árbitros⁶⁵. Esta delimitación de las facultades concedidas al tribunal, ha sido incluso sugerida por la UNCITRAL, habida consideración de la ausencia de una interpretación uniforme en los distintos sistemas, en torno al alcance de las atribuciones de un tribunal arbitral de equidad⁶⁶. Con todo, debe tenerse presente que la flexibilidad de que goza el tribunal en estos casos, no debe entenderse como una autorización al tribunal para actuar arbitrariamente, pues deberán ante todo respetarse los dictados de la razón, sin perjuicio por cierto del apego al contenido contractual, del cual no será posible prescindir bajo ningún respecto, como se analizará en el número siguiente.

Por último, como se ha dicho, la ley exige que la concesión de facultades de arbitrador al tribunal, conste en forma expresa. Esta exigencia se encuentra plenamente justificada, habida consideración de las consecuencias que acarrea una autorización en este sentido.

⁶² Cfr. Sandoval L., R., cit. (n.3), p. 105. Entre los países que sólo conocen el arbitraje de derecho, el autor menciona a Alemania y Austria.

⁶³ Art. 432 C.B. Con todo, debe tenerse presente que, no obstante que el código de derecho internacional privado es derecho vigente en nuestro país desde el 25 de abril de 1934 - fecha de su publicación en el Diario Oficial -, como consecuencia de la reserva con que Chile ratificó la Convención de La Habana de 1928 - mediante la cual fue aprobado el Código - sus normas tienen en nuestro ordenamiento una vigencia sólo subsidiaria, es decir, en ausencia de normas de derecho interno.

⁶⁴ V. Informe de la Comisión ..., cit. (n. 12), p. 17.

⁶⁵ Así se señala expresamente en Comentario analítico ..., cit. (n.12), p 114.

⁶⁶ V. Nota explicativa ..., cit. (n. 12).

El carácter expreso de la autorización constará toda vez que las partes hayan efectuado una remisión literal a la equidad; o a términos similares como *ex aequo et bono*, *en conciencia* o se refiera a que el o los árbitros actuarán como *amigables componedores* o *arbitradores*⁶⁷, y no podrá deducirse del contenido del contrato o de otras circunstancias relacionadas⁶⁸.

3.- Consideración de las estipulaciones del contrato y de los usos mercantiles.

El número 3 del art. 28 de la ley ordena al tribunal arbitral “*en todos los casos*” resolver de conformidad con las estipulaciones del contrato y teniendo en consideración los usos mercantiles aplicables⁶⁹. El contenido de este numeral corresponde a un párrafo que no se encontraba en el texto inicialmente discutido de la ley modelo, y fue incorporado en ésta a propuesta del representante de los Estados Unidos de América, quien la justificó en la necesidad de concordar el texto de la ley con el del Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL, cuyo art. 33.3 es de idéntico tenor al de la ley modelo, como al de la ley N° 19.971⁷⁰.

En este contexto, el contenido de la disposición es doble.

Por una parte, reafirma que, cualquiera sean las normas con arreglo a las cuales el tribunal arbitral deba resolver una controversia, éste deberá siempre respetar el contenido contractual. Se explicita así un imperativo que de todos modos pesaría sobre el tribunal, teniendo en consideración la indiscutida vigencia de la autonomía de la voluntad como principio informador en esta materia, del cual se desprende el carácter eminentemente supletorio de las normas aplicables. En consecuencia, sea que las partes hayan designado el derecho aplicable al contrato, sea que haya sido determinado con arreglo a las normas

⁶⁷ V. exposición de motivos de la ley 60/2003 de 23 de diciembre sobre arbitraje.

⁶⁸ Al respecto, merece destacarse que la ley 60/2003 cit. supra, modificó la solución prevista en esta materia por su predecesora, la ley 36/1988, de 5 de diciembre, que disponía en su art. 4 que, salvo acuerdo de las partes en contrario, los árbitros debían resolver en equidad. Según se señala en la exposición de motivos del primero de los textos legales citados, “*La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado*” además de que resulta “*muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal*”.

⁶⁹ “*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.*” Art. 28 N° 4 ley N° 19.971.

⁷⁰ V. Actas resumidas ..., cit. (n.41), p. 517-518.

de conflicto señaladas por el propio tribunal, e incluso en el evento que este último haya sido autorizado para fallar *ex aequo et bono*, la controversia debe ser resuelta, primeramente, a la luz del estatuto convencional que las propias partes han elaborado. Sólo si la regulación prevista por las partes es incompleta o da lugar a discrepancias, deberá recurrirse a la normativa competente según sea el caso.

Por otra parte, la disposición en comento ordena al tribunal “*tener en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso*”. Esta referencia parece reflejar una cierta contradicción en el sistema de la ley modelo. Desde luego que esta prescripción no se refiere al caso en que las partes hayan designado como derecho aplicable los usos del comercio, caso en el cual su aplicación no es consecuencia de lo dispuesto por el número 4 en examen, sino del reconocimiento de la autonomía conflictual contenido en el número 1. En consecuencia, aparentemente, se trataría de una prescripción que acarrea la obligación para el tribunal de aplicar siempre los usos mercantiles, en la medida que en su concepto éstos sean pertinentes al caso concreto. Una interpretación como ésta, atentaría contra el principio de autonomía de la voluntad, pues implicaría la posibilidad de hacer aplicables normas que, aunque consuetudinarias, no han sido tenidas en vista por las partes. Lo anterior, parece particularmente injustificado si se tiene en consideración que, como se ha dicho, se ha reconocido a las partes la posibilidad de escoger dichos usos como el derecho aplicable al contrato. Por estas razones, nos inclinamos por considerar que la mención que en la ley se hace a los usos mercantiles, tiene el sentido de conceder al tribunal la facultad de recurrir supletoriamente a los usos del comercio, toda vez que las normas del derecho que haya resultado aplicable, no regulen algún aspecto del contrato o su regulación sea insuficiente, debiendo entonces colmarse el vacío – total o parcial – mediante el recurso a tales usos. Esta interpretación, se vé confirmada por la utilización de la expresión “*tener en cuenta*”, la que se mantuvo no obstante haber sido cuestionada en el seno de la Comisión⁷¹, y es indicativa de un grado menor de imperatividad en el mandato legal.

III. CONCLUSIONES.

- 1.- La ley N° 19.971, pese a tener como objeto principal de regulación los aspectos procedimentales del arbitraje comercial internacional, prescribe respecto a las normas aplicables al fondo del litigio, con lo que resuelve un problema propio del derecho internacional privado: la determinación del derecho aplicable al contrato.

⁷¹ V. intervención del representante de Yugoslavia en Actas resumidas ..., cit. supra., p.518.

- 2.- El sistema de determinación del derecho aplicable en la ley N° 19.971 es aplicable a los contratos mercantiles internacionales y se encuentra presidido por el principio de autonomía de la voluntad, recogido en términos amplios, permitiendo incluso la elección de normas de derecho no estatal como los usos mercantiles
- 3.- En subsidio de la elección del derecho por las partes, el texto de la ley asigna al tribunal arbitral la determinación de las normas de conflicto con arreglo a las cuales deberá escogerse la legislación aplicable.
- 4.- La ley permite que las partes concedan al tribunal la facultad para fallar conforme a la equidad, caso en el cual la habilitación en este sentido debe constar de manera expresa.
- 5.- La dictación de la ley N° 19.971, junto con llenar un vacío en nuestra legislación sobre la materia, ha venido a confirmar definitivamente la vigencia en Chile de la autonomía conflictual en materia de derecho aplicable al contrato.
- 6.- La casi total similitud existente entre la reglamentación contenida en la ley N° 19.971 y la ley modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional de 1985, aconseja tener en consideración, al momento de interpretar y aplicar la primera, los comentarios de la doctrina, así como la aplicación que los tribunales arbitrales han hecho de la legislación comparada inspirada en la segunda.

