



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento Derecho económico

**EL PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ EN CHILE. Su aplicación
restrictiva como causal de vulnerabilidad del arbitraje comercial
internacional como forma de resolución de conflictos.**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales de la Universidad de Chile

Autora: Cristina Genoveva Lux Acuña

Profesor Guía: Francisco Mariani Martín

Santiago, Chile

2018

TABLA DE CONTENIDOS

Abreviaturas.....	8
Introducción.....	10
CAPÍTULO I.	
Fundamento y naturaleza del Principio Kompetenz-Kompetenz.....	17
1.1. Autonomía de la Voluntad.....	18
1.2. Doctrina de los actos propios o stoppel.....	23
1.3. Incentivo al comercio internacional.....	24
1.4. Algunas consideraciones en el Derecho Comparado.....	28
CAPÍTULO II.	
Marco conceptual y normativo.....	32
2.1. Principio Kompetenz-Kompetenz.....	32
2.2. Principio de Separabilidad.....	40
2.3. Convención de Nueva York sobre ejecución de sentencias extranjeras.....	43
2.3.1. Importancia.....	43
2.3.2. Principio Kompetenz-Kompetenz y ejecución del laudo en el	

extranjero.....	44
2.4. Ley Modelo y limitaciones del Principio	
Kompetenz-Kompetenz	46
2.4.1. Examen preliminar sobre la validez del acuerdo arbitral...	48
2.4.2. Una de las partes del acuerdo arbitral debe solicitar el arbitraje	53
2.5. Ley de Arbitraje Comercial Internacional 19.971.....	55
2.5.1. Historia de la Ley 19.971.....	56
2.5.2. Ámbito de aplicación de la Ley 19.971.....	58
2.5.3. Artículo 36 iv) de la Ley Modelo, Convención de Nueva York y ejecución de sentencias en el extranjero y limitaciones.....	61
2.6. Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados partes del Mercosur y la República de Chile y ejecución de sentencias en el extranjero.....	70

CAPÍTULO III.

Jurisprudencia en Chile y críticas.....	73
3.1. Marlex Limitada con European Industrial Engineering	73
3.2. Fastpack S.A. con Bureau Veritas Chile S.A.....	77

3.3. Servicios Financieros Altis S.A. con Grupo Saba S.A.B. de C.V.....	85
--	----

CAPÍTULO IV.

Algunas cuestiones interpretativas.....	91
--	-----------

4.1. Carácter internacional del contrato.....	91
---	----

4.2. Afectación a terceros no signatarios del compromiso.....	94
---	----

CAPÍTULO V.

Conclusiones.....	99
--------------------------	-----------

5.1. Relación entre sedes jurisdiccionales.....	99
---	----

5.2. Autonomía de la voluntad.....	101
------------------------------------	-----

5.3. Jurisprudencia en Chile, la LACI como parte del contrato y ejecución de sentencias extranjeras	103
--	-----

Bibliografía.....	108
--------------------------	------------

ABREVIATURAS

art., arts.	artículo, artículos
CC	Código Civil
C.A.	Corte de Apelaciones
CNUDMI	Comisión de naciones unidas para el derecho mercantil internacional
COT	Código Orgánico de Tribunales
CPR	Constitución Política de la República
C.S.	Corte Suprema de Chile
ed.	Edición
et. al.	y otros
etc.	Etcétera
FAA	Federal Arbitration Act
Ibíd, ibídem	referencia al mismo texto que la nota previa y a la misma página
inc.	Inciso

LACI	Ley de Arbitraje Comercial Internacional
n°	Número
ONU	Organización de Naciones Unidas
op. Cit	Referencia a una obra ya citada del mismo autor en notas no inmediatamente anteriores o a misma obra pero distinta página
p., pp.	Página, páginas
Rev	Revista
ss.	Siguientes
UNCITRAL	United Nations Commission for the Unification of International Trade Law
v.	Versus

INTRODUCCIÓN

El Congreso adoptó, sin observaciones, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en lo sucesivo CNUDMI o UNCITRAL según sus siglas en inglés), ley que entró a regir en Chile el año 2005. La adopción de dicha normativa por la mayor cantidad de países y de la forma más fiel posible a su original, constituía (y constituye) uno de los objetivos cardinales tenidos a la vista por la CNUDMI para el desarrollo del comercio internacional, toda vez que lo que se busca es homogeneizar las formas de abordarlo por parte de las distintas jurisdicciones y tradiciones jurídicas frente a un conflicto de similar naturaleza.

Este objetivo a pesar de tener sus primeros indicios hace larga data, ve su origen en la CNUDMI cuando esta institución realizó un importante trabajo recopilatorio en la década de los 80 para determinar las principales problemáticas que actores han presentado al enfrentarse a juicios de arbitraje comercial internacional. Esto, atendiendo a que

diversas tradiciones jurídicas viéndose desafiadas entre ellas constantemente en aras del desarrollo del comercio mundial, ya habían generado para aquella fecha una serie de problemas tanto prácticos como legislativos, observaciones, y en ciertos casos soluciones pragmáticas. También existían para esa fecha incipientes textos jurídicos que trataban algunos de los temas de los que la Ley Modelo se hizo cargo. Uno de los principales problemas observados por las diferentes naciones participantes, fue la reticencia de la jurisdicción nacional a abstenerse de intervenir en laudos que se estuviesen viendo por tribunales arbitrales, en especial atención a que una de las partes, al menos, suele no ser nacional del país donde se lleva a cabo el juicio. Esta intervención, se solía dar (y se sigue dando) desde el momento mismo de la presentación del conflicto, hasta el intento de hacer ejecutable la sentencia obtenida de un tribunal arbitral. Así, los tribunales nacionales desconocen la competencia del tribunal arbitral: o revisan las resoluciones por éste emitidas, o bien se niegan a ejercer su poder de imperio para la ejecución de la respectiva sentencia. Se ha llegado incluso a prohibir a las partes de continuar realizando presentaciones ante los tribunales arbitrales y se han impuesto cuantiosas multas para forzar a las partes a abstenerse de recurrir a la justicia arbitral¹.

1 Ver caso CCI N° 11.841, en profundidad Parodi, Víctor Gustavo. El caso Yaciretá -o cómo retroceder 80 años- análisis y comentarios. En Revista Internacional de Arbitraje N° 4 (2006). Siendo en todo caso este un caso extremo, ocurrido durante un periodo de volatilidad económica en Argentina, resulta ilustrativo más por icónico que por sentar algún tipo de precedente regional.

Ante este panorama, la Ley Modelo de la CNUDMI busca, mediante la adopción de la misma por las diferentes naciones, que una serie de principios tales como el de intervención mínima, el principio de arbitrabilidad y en especial el principio *kompetenz-kompetenz*, sean vinculantes por mandato legal.

El principio *kompetenz-kompetenz* faculta al propio tribunal arbitral para decidir sobre su competencia en la revisión de determinado conflicto, ante el cuestionamiento de su competencia por una de las partes. Muchas veces realizado con el objeto de obstaculizar y dilatar la substanciación de la causa. Como se analizará en extenso, este principio ha sido consagrado en la adopción de la Ley Modelo en sus artículos 8 y 16, de forma que nuestras Cortes han tenido la oportunidad de aplicarlo, aunque aún en escasas ocasiones.

Si bien la tendencia nacional a la interpretación del principio *kompetenz-kompetenz* no ha sido uniforme, se puede observar cierta tendencia a la aceptación del mismo en forma paulatina. Ha de tenerse a la vista que este principio puede romper esquemas fuertemente arraigados en nuestra cultura jurídica, desafiando desde cierto punto de vista incluso a principios de la lógica plasmados en el adagio *ex nihilo nihil fit*.

El presente estudio encuentra su importancia en el fortalecimiento de la confianza internacional sobre Chile como sede de arbitraje entre particulares y finalmente como objeto de inversión extranjera, teniendo la amplia ventaja de ser uno de los países de la Región que ha adoptado la Ley Modelo sin observaciones, dejando de lado con esto (en teoría y paulatinamente en la práctica) la aplicación de nuestras costumbres locales en la dictación de sentencias de carácter comercial internacional.

Iremos más lejos al proponer que no acatar las disposiciones que consagran el principio *kompetenz-kompetenz*, en estricto rigor, puede generar sentencias virtualmente inaplicables en el extranjero. Arrastrando consigo la aplicación de una justicia costosa para las partes y además inútil, quienes ven truncado así el acceso a la misma por parte del interviniente vencedor. Así, nuestra hipótesis se desarrollará en el sentido de proponer que la aplicación restrictiva del principio *kompetenz-kompetenz* constituye una causal de vulnerabilidad del arbitraje comercial internacional como forma de resolución de conflictos, lo que se intentará afirmar o refutar en lo sucesivo.

Metodológicamente, el análisis del comportamiento de las Cortes chilenas podrá dar ciertas luces sobre la evolución de la comprensión del principio en comento en nuestro país, tratando las diversas problemáticas conceptuales que se han discutido y haciendo breve referencia a cómo otros modelos han dado solución a las mismas.

Estructuralmente, la investigación consta de cinco capítulos en los que se comienza analizando los fundamentos del principio en estudio, íntimamente ligados con el desarrollo del comercio internacional y sus necesidades.

El segundo capítulo abordará el marco conceptual y normativo, examinando las normas que dan origen, contenido y contexto al principio *kompetenz-kompetenz*, así como la discusión y explicación extensiva del mismo principio y del principio de separabilidad, que sin formar parte directa del presente trabajo, resulta indispensable su análisis por encontrarse ambos absolutamente ligados.

El capítulo tercero por su parte revisa de lleno las sentencias de las Cortes chilenas encontradas en nuestro derecho y que se

refieren en específico al principio en cuestión. Analiza las opiniones que a los Ministros de instancia les merecieron, así como los problemas que encontraron para la aplicación del mismo. Una de ellas contiene un voto disidente que resulta interesante por la lógica empleada y las normas y principios de derecho en él invocados. Resulta de interés también dicho análisis por dar luces acerca de la heterogeneidad de criterios sobre el principio en discusión.

El capítulo cuarto por otro lado y previo a entrar en las conclusiones finales, realiza observaciones fundadas exclusivamente en las discusiones jurisprudenciales previamente analizadas. El objetivo es expandir el debate sobre el significado y alcance de instituciones como la litis pendencia, la internacionalidad exigida por la Ley Modelo, la extensión del arbitraje a terceros no firmantes del compromiso y el alcance del mismo atendiendo a la materia controvertida, en específico las problemáticas que se dan en un contexto precontractual.

Por último, nos permitiremos arribar a las conclusiones correspondientes que avalen o descarten nuestra hipótesis, invitando al debate de un tema tan moderno como controversial por las innumerables aristas que presenta. Pretendemos con esto dar pie al desarrollo

de temas no debatidos directamente por nuestras Cortes pero que sí se han presentado en derecho comparado.

I. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL PRINCIPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

El principio *kompetenz-kompetenz* consiste en la facultad otorgada a un tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, y especialmente en lo que respecta al presente trabajo, en el contexto de un arbitraje comercial internacional regido por la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional²³. La finalidad de este principio es impulsar y garantizar la autonomía del arbitraje internacional respecto de los tribunales domésticos y con ello fortalecer el comercio mundial. Se constituye como principio antes que como norma ya que permea el derecho arbitral desde una perspectiva sistémica, derivando en un desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinario que evoluciona tras las directrices que el principio genera. Dicho esto, los fundamentos teóricos para esta institución representan un equilibrio entre diferentes conceptos que pasamos a revisar:

2 Si bien la Ley Modelo establece el principio *kompetenz-kompetenz* para arbitrajes comerciales internacionales, algunos países han legislado en el sentido de aplicar este principio también en arbitrajes domésticos y/o no comerciales.

3 El presente trabajo excluye otros modelos de arbitraje comercial internacional regidos por otros instrumentos como BITs.

1.1. Autonomía de la voluntad

Como es ampliamente conocido, la autonomía de la voluntad es la piedra angular del derecho privado. En este rol participa también para las partes que suscriben un compromiso o cláusula compromisoria. La función del principio en estudio es la de proteger la voluntad de las partes respecto a someter sus conflictos a la resolución de un tribunal arbitral. Tanto en cuanto a la autonomía de la voluntad, como en lo referente al principio *kompetenz-kompetenz*, existen matices dados por los límites que impone el orden público. Estas características son compartidas en materia arbitral tanto en el ámbito doméstico como en el internacional, ya se trate en sede comercial o en otra.

Se debe considerar que la Ley 19.971 toma un punto de inicio desde el cual varios conceptos ya están debidamente asentados de manera más o menos homogénea en las distintas tradiciones jurídicas. Su artículo 2° en su letra “a” no da una definición de lo que se entiende por arbitraje y sólo establece que “*arbitraje significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo*”. Procederemos a avanzar desde lo definido internamente para el

arbitraje, extrapolándolo al ámbito del arbitraje comercial internacional en general y según su contexto, al principio *kompetenz-kompetenz* en particular.

En nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina nacional ha debido parchar la pobre definición legal de arbitraje (en realidad de jueces árbitros). Consagrada de forma tangencial en el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales, establece que *“Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”*. La complementa, el profesor Patricio Aylwin en su tratado sobre arbitraje, en el que define el término como *“aquel 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, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones⁴”*.

Luego, el arbitraje, ya sea doméstico o internacional, observa una naturaleza dual, presentando características tanto contractuales como de orden público, dependiendo de cuál sea el elemento del arbitraje que se esté estudiando. De este modo, *“una cosa es, en efecto, el convenio por el cual los litigantes someten una controversia a la resolución de*

4 Aylwin, Patricio. El juicio arbitral. p.21. Editorial jurídica de Chile. 5ta edición. Año 2005.

una persona que designan como árbitro; otra cosa es el contrato en virtud del cual la persona nombrada se obliga a cumplir las funciones de árbitro, y otra, en fin, los actos que a consecuencia de esos contratos se verifican ante el árbitro y por él para obtener la decisión del litigio”⁵.

Se desprende, entonces, que el origen del arbitraje se encuentra en la voluntad de las partes de suscribir libremente un contrato que pacta el sometimiento de actuales o eventuales conflictos al conocimiento de un tribunal arbitral. Pero a su vez la actividad jurisdiccional del mismo, insístase, como atributo exclusivo del poder soberano, supone que las partes deben obligatoriamente someterse a sus decisiones con independencia ya de sus voluntades o intereses. En este sentido jurisdiccional del arbitraje nos parece acertada la opinión del profesor Aylwin en el sentido de que *“la facultad de resolver un litigio declarando el derecho o la justicia con decisión obligatoria para los contendientes, importa precisamente un poder jurisdiccional que no puede derivarse en ningún caso de la simple voluntad de las partes, porque ellas no la tienen, sino que sólo del Estado a través de la ley”⁶.*

5 Aylwin, Patricio. Op. Cit. p. 50

6 Ídem.

A este respecto, el principio *kompetenz-kompetenz* viene a confirmar esta teoría acerca de la naturaleza dual del arbitraje. En el sentido de proteger la eficacia del compromiso suscrito por las partes y permitirle a éste ser el fundamento contractual, la causa o antecedente que *“pone en movimiento la jurisdicción arbitral y determina quién va a ser su titular, sobre quiénes se va a ejercer y a qué materias va a referirse”*.⁷ Así, se busca proteger el contrato (en definitiva la autonomía de la voluntad) que dará pie a un litigio arbitral cuyo(s) árbitro(s) no tiene(n) la misión de expresar la voluntad de las partes, sino que declarar cuál es la voluntad de la ley que regula su relación⁸. Es esta naturaleza, que no calza plenamente con la de un tribunal ordinario preestablecido por la ley, la que pareciera abrir espacio a los litigantes para atacar su competencia y/o las decisiones que puedan resultar desfavorables para alguno de ellos. Debe el desarrollo de esta institución adecuar los mecanismos de protección para esquivar estos ataques.

Es así como la CNUDMI en un trabajo de revisión de las principales problemáticas observadas en la ejecución de compromisos y en la substanciación de laudos arbitrales, especialmente franceses, consagró una serie de principios relevantes para salvar estos

7 *Ibidem.* p. 45

8 Chiovenda, Giuseppe, citado por Patricio Aylwin en “El Juicio Arbitral”, *Op Cit.* P. 47. Aunque ha de guardarse la salvedad de que el procesalista italiano considera que la sentencia arbitral meramente “prepara la materia lógica de una sentencia”.

problemas. Entre otros, se enfatizó en proteger para las partes amplia libertad y autonomía en el diseño del proceso arbitral, así como la limitación de la intervención de los tribunales locales en sus roles de asistencia y control⁹.

En este sentido, el principio *kompetenz-kompetenz*, entre otros mecanismos, viene a ser la consolidación de la protección a la autonomía de la voluntad. Refuerza conjuntamente esta naturaleza contractual y jurisdiccional, al buscar que el compromiso suscrito por las partes del mismo, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, sea protegido tanto de la parte suscribiente que se rehúse mediante técnicas dilatorias al apego del mismo, como de tribunales domésticos excesivamente aferrados a la aplicación de un derecho interno que no necesariamente proteja al contratante foráneo, haciendo así para las partes obligatorio el sometimiento a la jurisdicción de los tribunales arbitrales. Bajo este prisma, la obligatoriedad de someterse a un laudo arbitral protege la intención de las partes al contratar. Luego, el principio *kompetenz-kompetenz* tiene la función que a pesar que los tribunales arbitrales carezcan de la facultad de imperio, no se restrinja por esta razón la obligatoriedad que un laudo arbitral tiene para los actores del mismo. El

⁹ Conejero, Cristian. Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica. En Revista Internacional de Arbitraje. N° 4. Año 2000.

principio en estudio no sólo protege la obligatoriedad de las sentencias arbitrales, sino también la tramitación acorde a los términos del compromiso¹⁰.

1.2. Doctrina de los actos propios o stoppel

En una variante práctica, la explicación del principio *kompetenz-kompetenz* no puede desvincularse de la doctrina de los actos propios. Según esta doctrina, el comportamiento coherente de una de las partes que proyecte sus intenciones de someter un conflicto al arbitraje comercial internacional es motivo suficiente para desatender manifestaciones de voluntad que en forma expresa y con posterioridad, se opongan a esta forma de resolución de conflictos. Esto es un derivado natural del principio de buena fe que rige al derecho privado, que protege las justas expectativas del contratante y la observancia de un comportamiento consecuente.

Mucho puede desarrollarse en este sentido, dado que la teoría de los actos propios en materia de arbitraje comercial

¹⁰ Cabe señalar a este respecto que tanto el artículo 5 de la Convención de Nueva York como el mismo artículo de la Convención de Panamá (o Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional del año 1975) refuerzan esta obligatoriedad ponderando una presunción de ejecutabilidad de las sentencias extranjeras al disponer la inversión de la carga probatoria. Así, el actor que solicita no aplicar una sentencia, debe probar que a la misma le faltan requisitos para su reconocimiento y/o ejecución.

internacional ha sido objeto de un interesante y extenso análisis, de forma especial aunque no exclusiva por la doctrina y la jurisprudencia anglosajona. Abarca debates con implicancias sumamente relevantes como la extensión del arbitraje a sujetos no signatarios del compromiso, por ejemplo, mediante el levantamiento del velo societario.

1.3. **Incentivo al comercio internacional**

Si bien el incentivo al comercio internacional no constituye un fundamento teórico, sí se presenta como la finalidad última del desarrollo del principio kompetenz-kompetenz. Tal como ya se ha adelantado, el desarrollo del arbitraje comercial internacional, en general, recorre durante la segunda mitad del siglo XX un camino estrechamente ligado al desarrollo del comercio internacional, perfilándose como la forma de resolución de conflictos que de a poco fue desplazando a la doctrina Calvo¹¹. En este orden de cosas, el principio kompetenz-kompetenz también se genera y evoluciona del mismo modo y se vislumbra como la clave para evitar tanto la demora excesiva en la resolución de un conflicto determinado, como la fuga de la competencia a un

11 Según la cual los conflictos que involucraban a ciudadanos extranjeros obligatoriamente debían ser solucionados por los tribunales locales, evitando la intervención diplomática del país de pertenencia. Para mayor desarrollo del tema, ver “Historia y Destino de la Doctrina Calvo: ¿Actualidad u Obsolescencia del Pensamiento de Carlos Calvo?” Francesco Tamburini. En Revista de estudios histórico-jurídicos n°24. Año 2002.

tribunal doméstico con las múltiples desventajas que esto acarrearía, sobretodo para uno de los litigantes.

En este sentido, la CNUDMI haciendo eco de la evolución y necesidades del comercio internacional, observó que “*una serie de factores económicos y políticos tuvieron una influencia crucial en el cambio de actitud de los gobiernos locales de dicho período que, convencidos de sus ventajas, lo vieron como un paso necesario para la adopción de leyes nacionales modernas sobre la materia*”¹². De este modo, la protección de la independencia de los tribunales arbitrales mediante el desarrollo del principio kompetenz-kompetenz es una clara respuesta a la aceleración del comercio mundial que requiere rápidas soluciones para abordar las diferencias que surjan entre los contratantes.

Debe tenerse en consideración, que el comercio internacional tiene múltiples intervinientes y busca constantemente abrir sus puertas a nuevos participantes y a diversas formas de intercambios. En este escenario, las realidades de cada uno de ellos es diversa, debiendo el derecho comercial internacional asimilar las multiplicidades. Como bien se expone, “*one of the field’s most striking and fascinating features is that, in any*

12 Conejero, Cristián. Op Cit. p. 29.

given dispute, the parties, their counsel, the arbitrators, and the applicable law are generally drawn from several different national jurisdictions, and the award's enforcement often involves legal proceedings in more than one country. The field has transnational coherence, however, because a surprisingly large number of countries apply the same major principles and concepts. That uniformity derives principally from the wide acceptance of the New York Convention and the influence of the UNCITRAL Model Law"¹³. Bajo el entendido que la Ley Modelo puede actuar como catalizador común de conflictos provenientes de distintas tradiciones jurídicas, el llamado del principio kompetenz-kompetenz es a proteger la autonomía de la institución arbitral, que muchas veces es atacada con el pretexto de defender la soberanía nacional o por una desconfianza sobre las competencias de tribunales que no sean los ordinarios. Todo ello merma en definitiva el libre intercambio de productos y servicios a través de las fronteras nacionales.

Coexisten también contraejemplos de esta

13 [Uno de los rasgos más sorprendentes y fascinantes es que, en cualquier disputa, las partes, sus abogados, los árbitros y la ley aplicable provienen generalmente de varias jurisdicciones nacionales diferentes, y la ejecución del laudo suele involucrar procedimientos legales en más de un país. El tema, sin embargo, tiene coherencia transnacional, porque un número sorprendentemente grande de países aplican los mismos principios y conceptos principales. Esa uniformidad se deriva principalmente de la amplia aceptación de la Convención de Nueva York y la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI]. Traducción libre.

Barcelo, John. SYMPOSIUM: INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: Who decides the arbitrators Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in transnational perspective. Publicado por Cornell Law Faculty Publications. Año 2010.

voluntad supranacional, entre los que puede citarse el caso Yaciretá en Argentina. Este caso involucró a un tribunal nacional que intervino en un arbitraje en una etapa procesal bastante avanzada y apercibió al tribunal arbitral (constituido por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o CCI por sus siglas) a que se abstuviera de seguir conociendo la causa, asimismo se apercibió a la parte demandante del laudo arbitral a que cesara de realizar presentaciones en sede arbitral, amenazando con multas millonarias en caso de contravención¹⁴.

Así como éste, ha habido lamentables casos que desconociendo este desarrollo mundial del arbitraje comercial internacional, constituyeron un freno del mismo y se colocaron totalmente fuera del contexto histórico actual. En una interpretación que no se sitúa contraria al principio kompetenz-kompetenz, sino más bien fuera de la lógica del mismo principio, el caso de Argentina no ha servido para realizar generalizaciones, críticas ni conclusiones. Constituye un caso anecdótico, ya que no participa en el diálogo binario entre naciones que respeten el principio y naciones que no lo hagan, sino que reacciona a una realidad macroeconómica y política local y puntual. Es nuestra esperanza que estos casos sean igualmente parte de la evolución global hacia la uniformidad, aunque se manifiesten en un descontexto respecto

¹⁴ Para mayor detalle, ver PARODI, VÍCTOR. El caso Yaciretá -o cómo retroceder 80 años- análisis y comentarios. En revista internacional de arbitraje N°4 (2008) p. 11-60.

del comercio internacional, atendiendo a crisis coyunturales por las que estén atravesando.

1.4. Algunas consideraciones en el Derecho Comparado

La ley modelo, que es un instrumento internacional elaborado por la CNUDMI, busca ser adoptado en forma íntegra por los distintos países. Además, es el último cuerpo normativo supranacional que regula el principio kompetenz-kompetenz.

En este contexto, en los Estados Unidos de Norteamérica son sólo 8 los Estados Federales que han adoptado la Ley Modelo (California, Connecticut, Florida, Georgia, Illinois, Louisiana, Oregon y Texas). La “*Federal Arbitration Act*” es la normativa que regula el arbitraje doméstico en ese país, y esta regulación no establece nada acerca del principio de separabilidad, ni del principio *kompetenz-kompetenz* al menos expresamente.

Ante este panorama, la directriz para resolver qué tribunal se abocará al conocimiento acerca de la competencia del tribunal

arbitral, ya sea el propio tribunal arbitral, ya sean las Cortes respectivas actuando como tribunales domésticos, está dada por los casos *First Option vs. Kaplan y Prima Paint Corp v. Flood & Conklin Manufacturing Co.* Aunque las sentencias tienen cerca de 20 y 50 años respectivamente, la jurisprudencia estadounidense ha optado, en general, por mantener los criterios establecidos en los precedentes sentados por ambas¹⁵. Precedentes que son anteriores a que la ley modelo fuera adoptada por algunos de los estados del país norteamericano.

En el año 1987 *First Option*, una compañía financiera de Chicago demandó en sede arbitral a Manuel Kaplan, a su esposa Carol Kaplan, y a la empresa de inversiones de la cual la pareja era dueña, *MK Investments* (en lo sucesivo *MKI*). La demandante solicitaba que los demandados pagasen la deuda que *MKI* mantenía hacia *First Option*. No obstante, en el marco de la repactación de la deuda sólo *MKI* había suscrito un contrato de compromiso con *First Option* y no sus dueños. *First Option* entonces demandó en sede arbitral a la empresa *MKI* y a sus dueños. Primeramente, el tribunal arbitral levantando el velo societario sentenció la obligación del matrimonio Kaplan, así como de su empresa, para que pagaran la obligación que mantenían hacia *First Option*. Posteriormente y en segunda

¹⁵ En este sentido, *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna et al.*

instancia, la Corte de Apelaciones revocó la decisión del tribunal arbitral. Finalmente en 1995, la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones, y determinó que la pareja no siendo signataria del contrato, no estaba obligada por éste y no se regía por el compromiso suscrito por MKI. En definitiva, si First Option quería demandar a la pareja Kaplan no debía hacerlo en sede arbitral.

Cabe señalar que este caso atrajo la atención de la doctrina estadounidense. Sentó un precedente acerca de varios temas, entre otros, hasta qué punto una corte o tribunal doméstico puede intervenir en la decisión de un tribunal arbitral sobre su propia competencia, el tratamiento que se le da al silencio frente a una cláusula compromisoria o el alcance del concepto anglosajón de “arbitrabilidad”. Sin embargo las cortes de Estados Unidos continúan teniendo una aplicación errática del principio kompetenz-kompetenz y del principio de separabilidad, considerando muchas veces que la inexistencia o nulidad de un contrato no permitiría la subsistencia de la cláusula compromisoria contenida en el mismo, acorde a lo que postula el adagio *ex nihilo nihil fit*. En consecuencia, el tribunal competente no sería el arbitral.

Por otra parte y complementando los criterios asentados en First Option vs. Kaplan, Estados Unidos ha limitado la aplicación

del principio de separabilidad, sentando el precedente en *Prima Paint Corp v. Flood & Conklin Manufacturing Co.* En dicha oportunidad, la Corte Suprema declaró que el principio de separabilidad sólo se aplicaba cuando se impugnaba al contrato continente de la cláusula compromisoria, en cuyo caso debían considerarse ambos como contratos independientes. Sin embargo, si se ataca la validez de la cláusula compromisoria directamente, y no el contrato que la contiene, el tribunal competente es el doméstico antes que el arbitral.

Si bien el análisis en profundidad de estos temas escapa al objetivo del presente trabajo, resulta necesario tener presente que *First Option v. Kaplan* y *Prima Paint Corp v. Flood & Conklin Manufacturing Co.* son referentes obligatorios para interpretar y comprender la aplicación de los principios kompetenz-kompetenz y de separabilidad en Estados Unidos, país que ha realizado una asimilación moderada de ambos principios prescindiendo de la Ley Modelo.

II. MARCO CONCEPTUAL Y NORMATIVO

2.1. Principio *kompetenz-kompetenz*

El principio en estudio ha sido consagrado en distintos cuerpos normativos. En un primer momento lo desarrolla la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras en el año 1958. Posteriormente en 1985 la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional consagró el principio *kompetenz-kompetenz* en la Ley Modelo, de manera que los países pudieran acoger este cuerpo normativo de forma íntegra (lo que no siempre se observa). Chile por su parte adoptó íntegramente la Ley Modelo el año 2005. Esta evolución obedece tanto al desarrollo de fondo del principio, como a la forma del cuerpo normativo que la regula, que partió como convención internacional, tomó luego la forma de ley modelo, para finalizar en una ley nacional, la que al ser una copia exacta de la Ley Modelo, aterriza en Chile los preceptos elaborados por la CNUDMI.

Cabe señalar que si bien la Convención de Nueva York es el antecedente normativo inmediato de la Ley Modelo, existen otros textos jurídicos anteriores que siembran un germen del principio kompetenz-kompetenz. Estos son el Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en materia comercial, elaborado en Ginebra por la sociedad de las naciones, antecedente de Naciones Unidas, en el año 1923, y la Convención Internacional para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, también de Ginebra, de 1927. Aunque no se ha encontrado constancia que hayan sido tomados como referencia o base de la discusión de la Ley Modelo. Es destacable como antecedente histórico que, luego de la Primera Guerra Mundial, 40 países fundaran la Sociedad de las Naciones con el objeto de resolver conflictos internacionales, superar el lastre de la guerra y establecer paz y estabilidad. Para este objetivo, el arbitraje como método de solución de conflictos se volvió más que deseable, una prioridad.

En específico, el artículo 4 del Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en Materia Comercial señalaba: *“Los Tribunales de los Estados contratantes, al presentárseles un litigio sobre un contrato celebrado entre personas comprendidas en el artículo 1, y que incluya acuerdo de arbitraje sobre diferencias actuales o futuras válido en virtud de dicho artículo y susceptible de aplicación, lo someterá, a petición de una de las partes, a la decisión de los árbitros.*

Esta inhibición será sin perjuicio de la competencia de los tribunales en el caso de que el acuerdo de arbitraje prescriba o se anule”.

En nuestro país, el artículo 16 de la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, regula el principio kompetenz-kompetenz de la siguiente manera:¹⁶

“Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.

1) *El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, 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”.*

Puede observarse un doble efecto del principio consagrado en el artículo citado. En primer lugar, un efecto positivo consistente

¹⁶ Como se vio, este principio se encontraba previamente a la dictación de la Ley Modelo, consagrado en el artículo 5° de la Convención de Nueva York, también ratificada por Chile.

en otorgar competencia a un tribunal arbitral para conocer respecto de su propia competencia. En segundo lugar, un efecto negativo al evitar que otros tribunales decidan sobre la competencia del árbitro antes que el propio tribunal arbitral. Lo anterior es efectivo sin perjuicio de que pudieran darse eventuales revisiones judiciales de estos laudos generados en forma análoga o independiente del conflicto principal, en caso de ser pertinentes¹⁷. Así, lo que se propone en el principio en cuestión es una prioridad cronológica del tribunal arbitral para conocer de esta materia, y no la exclusión per se que puedan tener tribunales domésticos para conocer sobre la competencia de un tribunal arbitral. El efecto positivo del principio está descrito en el artículo 16 de la LACI, que señala en su numeral primero: *“El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”*. El efecto negativo por otra parte, se encuentra en el artículo 8 número 1 de la misma norma, que señala: *“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”*.¹⁸

17 Al respecto ver acápite 2.2.3

18 Para mayores referencias sobre los efectos positivo y negativo del principio kompetenz-kompetenz, ver Vásquez Palma, María Fernanda. Comprensión del principio “competencia-competencia” y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral. En revista chilena de derecho privado.

Es destacable el hecho de que además de los efectos positivo y negativo del principio, pueden discutirse los alcances del mismo, en términos de definir cuándo un tribunal arbitral tendrá competencia para pronunciarse sobre un laudo referente a su propia competencia y cuándo lo hará un tribunal doméstico. Por otra parte, en un segundo orden de ideas, cuándo y en qué medida ese laudo sobre la competencia, dictado por un tribunal arbitral, puede ser revisado en segunda instancia.

En efecto, existen casos en los cuales no serán los tribunales arbitrales los competentes para dirimir sobre su competencia. En primer lugar, pueden las partes renunciar a la competencia que otrora dieran a un tribunal arbitral. En este orden de cosas la LACI establece la oportunidad en la cual la parte interesada deberá entablar el incidente de incompetencia si el conflicto se plantea ante un tribunal doméstico. Esta oportunidad es, a más tardar, el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, y no hacerlo implica una prórroga tácita de la competencia a los tribunales domésticos correspondientes, como ya se revisó.

En segundo lugar, un tribunal doméstico podrá decidir acerca de la competencia, previa constitución del tribunal arbitral, cuando el primero compruebe que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, tal como lo señala el artículo 8 número 1 de la LACI previamente citado.

La competencia del tribunal arbitral suele ser atacada, ya sea cuestionando la cláusula compromisoria o el contrato que la contiene, por diversos motivos. Éstos pueden ser, como acertadamente ilustra la doctrina comparada¹⁹, por las siguientes causas;

1. El contrato que contiene la cláusula compromisoria no es válido;
2. No existe un acuerdo de arbitraje contraído por las partes;
3. El acuerdo de arbitraje existe pero es inválido formalmente (por ejemplo, no consta por escrito) o bien materialmente (por ejemplo, atenta contra el orden público);
4. Algún punto contenido en el debate de fondo no está en el ámbito de aplicación del acuerdo de arbitraje;
5. No se ha cumplido alguna condición necesaria para el arbitraje (por ejemplo, un límite de tiempo para arbitrar) o;

¹⁹ Barcelo III, John. Who decides... op cit. p. 3

6. La parte que solicita el arbitraje ha realizado conductas que impiden su derecho para solicitarlo²⁰.

Un aspecto desfavorable del principio *kompetenz-kompetenz* se ha detectado en la práctica. Existen inconvenientes en que los árbitros asuman esta responsabilidad, toda vez que muchas veces los honorarios son elevados y el incentivo económico para declararse competentes es poderoso. Por esto y sobre todo si el tribunal arbitral difiere su sentencia acerca de su propia competencia para la oportunidad en que dictará la sentencia definitiva sobre el fondo del asunto, los costos económicos asociados son tan altos que resultaría casi un sinsentido la declaración de incompetencia. Dando luces sobre esta situación, un juez de la Corte de Apelaciones de Nueva York declare en uno de sus fallos: “[...] *I am even more mystified that a court could permit such unrestrained power to be exercised by the very person who will profit by deciding that an obligation to arbitrate survives, thus ensuring his own business. It is too much to expect even the most fair-minded arbitrator to be impartial when it comes to determining the extent of his own profit[...]*”²¹.

20 Situación descrita por la doctrina de los actos propios o estoppel,

21 Estoy aún más desconcertado de que un tribunal pueda permitir el ejercicio de tal desenfrenado poder por la misma persona que se beneficiará al decidir que sobrevive una obligación de arbitraje, garantizando así su propio negocio. Es demasiado esperar, incluso del árbitro más justo, que sea

El principio kompetenz-kompetenz al tener como finalidad resguardar la voluntad de las partes de someter determinados conflictos al arbitraje no sólo hace competente al tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia. Además lo faculta para que emita esta decisión como cuestión previa o en el laudo que se pronunciará sobre el fondo del juicio. En cualquier caso, esta decisión debe considerarse como un laudo independiente respecto del que procederán los recursos a que haya lugar. En este sentido, el artículo 16 número 3 establece: *“El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo”*.

imparcial cuando se trata de determinar el alcance de su propio beneficio. Traducción libre.

Voto disidente del juez Edward Lumbard, en *Ottley v. Sheeps head Nursing Home*. 688 F.2d 883.

2.2. Principio de Separabilidad

El principio de separabilidad consiste en considerar la cláusula arbitral como un contrato independiente del contrato que la contiene. Así, la primera puede sobrevivir a un cuestionamiento judicial exitoso sobre la validez del contrato continente.

Desde un punto de vista teleológico el principio de separabilidad contempla el mismo objetivo que el principio *kompetenz-kompetenz*: prevenir la obstrucción del proceso arbitral por la intervención judicial temprana o excesiva de los tribunales domésticos. El principio de separabilidad reviste tal importancia para el arbitraje comercial, que junto al principio *kompetenz-kompetenz* han sido catalogados como las piedras angulares del arbitraje internacional.²² Es necesario destacar que estos principios son complementarios, actuando en sintonía. En ningún caso hay una relación de subordinación entre ellos.

El artículo 16 de la Ley 19.971 también

²² Smit, Robert. Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or can Something Indeed Come from Nothing?. The American Review of International Arbitration. 2002. p.2

consagra el principio de separabilidad o de autonomía de la cláusula arbitral al establecer:

Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.

1) [...]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 compromisoria²³.

Importantes alcances surgen de este principio, como el hecho que el contrato continente y la cláusula arbitral pueden regirse por diferente normativa. En este sentido, pueden ser distintas las normas acerca de la formación del consentimiento aplicables para ambos contratos, diferentes los hechos relevantes a la hora de determinar el mismo, y/o distinto estándar probatorio para sus estipulaciones. Además, y lo más importante, el término o impugnación por cualquier motivo del contrato continente no significará necesariamente la extinción de la cláusula compromisoria.

Pese a que el estudio y análisis del principio

23 El énfasis es nuestro.

de separabilidad escapa a los límites del presente trabajo, resulta ineludible una breve inclusión. Su revisión es obligatoria para entender los alcances del principio kompetenz-kompetenz, dado que el cuestionamiento que se pueda hacer a la competencia de determinado tribunal arbitral, con el objeto de derivar el conocimiento de un pleito a tribunales domésticos, o como técnica dilatoria, se hará usualmente atacando la validez del contrato principal del cual el arbitraje forma parte. El principio de separabilidad básicamente evita este riesgo al determinar que la validez, operatividad o la existencia de la cláusula arbitral y las del contrato que la contiene son independientes entre sí, considerando a ambos como si fueran dos contratos diferentes. Así, se puede plantear la situación que se declare nulo el contrato que contenga una cláusula arbitral, pero que paralelamente dicha cláusula siga estando perfectamente vigente y válida. Situación que fuera del marco del principio de separabilidad tendría un resultado distinto, al ser resuelto por los principios generales del derecho según los cuales lo accesorio sigue la suerte de lo principal o el denominado por el derecho anglosajón “nothing comes from nothing”. En este caso, la cláusula arbitral no es accesorio al contrato que la contiene, por disposición legal expresa.

2.3. Convención de Nueva York sobre ejecución de sentencias extranjeras

La Convención de Nueva York sobre ejecución de sentencias extranjeras es un instrumento jurídico creado en el año 1958 por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ampliamente acogido por los distintos países. Acerca las distintas tradiciones jurídicas hacia una uniformidad de criterios en cuanto al tratamiento extraterritorial de las sentencias y regula, entre muchas otras cosas, el principio kompetenz-kompetenz por primera vez. Además, la Convención se plantea como uno de los principales antecedentes normativos sobre los cuales la Ley Modelo se gestó. Contiene varios de los principios que posteriormente fueron desarrollados por la Ley Modelo, plasmados ya en el año 1958. Resulta ineludible su estudio no sólo por constituirse como elemento histórico, sino por estar fuertemente vinculada a la Ley Modelo y por ende a la LACI vigente hoy en Chile.

2.3.1. Importancia

La Convención de Nueva York fue ratificada por Chile el año 1975, siendo uno de los primeros países de la región en hacerlo. Varias de las disposiciones recogidas por la Ley Modelo tienen un

precedente directo en esta Convención. Consta además en la historia de la Ley Modelo que el debate de la CNUDMI para la redacción de varios de sus artículos se inspiró en la Convención de Nueva York, así como el legislador chileno, quien la tuvo a la vista para aprobar la Ley 19.971 el año 2004. Además, la correcta aplicación del principio kompetenz-kompetenz podría tener directa relación con las disposiciones de la Convención de Nueva York y con el camino que ésta da para hacer aplicable una sentencia definitiva de arbitraje comercial internacional en otro país. Es por esto que tanto la Ley Modelo como la Convención de Nueva York deben ser analizadas e interpretadas en cuidadosa sintonía.

2.3.2. Principio *kompetenz-kompetenz* y ejecución del laudo en el extranjero

Dentro de los temas tratados por la Convención de Nueva York, se encuentra la forma de reconocer y ejecutar las sentencias en otro país, más específicamente, establece la negativa a reconocer y ejecutar la sentencia como la excepción a la regla general, que sería, a contrario sensu, la ejecutabilidad y reconocimiento de toda sentencia extranjera. En este sentido, la norma citada establece dentro de las causales para denegar el reconocimiento y/o ejecución de una sentencia extranjera el

hecho que el tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no respeten el compromiso o la cláusula compromisoria y en ausencia de ambos contratos, la constitución del tribunal arbitral y/o el procedimiento arbitral no respetan la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje. Podría existir un vínculo entonces entre esta posibilidad de denegar el reconocimiento y/o la ejecución al irrespeto del principio kompetenz-kompetenz. El artículo 5 letra d establece en su tenor literal que: *“Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...]d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje”*. Con la inserción de esta regla, se puede concluir que la posibilidad de impugnación del tribunal que dicta un laudo arbitral es limitada.

Como referencia, a nivel regional por su parte, el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile suscrito por nuestro país también

aporta normativa relevante que se analizará más adelante²⁴.

Posteriormente la Ley Modelo recogiendo esta limitación al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros plasma lo propio en el artículo 36 número iv) de la misma, según se analizará.

2.4. Ley Modelo y limitaciones del principio kompetenz-kompetenz.

La Ley Modelo nació en 1985 tras dos décadas de sucesivas discusiones entabladas en las sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional. Finalmente, coincidió su conclusión con el contexto legal en el que se discutía la implementación del nuevo Código de Procedimiento Civil francés de 1981. Su modernidad en los preceptos sobre arbitraje comercial internacional daba cuenta de un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial previo, en especial con la consagración de los principios *kompetenz-kompetenz* y de separabilidad. Como el objetivo era uniformar las diferentes legislaciones que existían sobre arbitraje comercial internacional, el formato de la Ley Modelo se acomodaba de mejor forma a estos fines.

²⁴ Ver acápite 2.6

A la fecha, la Ley Modelo ha tenido amplia acogida, encontrándose implementada en las legislaciones internas de 67 países²⁵, incluido Chile. También ha influenciado a otros países a crear o modificar sus propias legislaciones sobre arbitraje interno inspirados en los mismos principios que la Ley Modelo consagra.

La Ley Modelo, además, mantiene ciertos elementos importantes de la Convención de Nueva York sobre ejecución de sentencias extranjeras, asimismo, usa varios de sus preceptos como base en sus propias disposiciones y el principio en estudio.

Con una perspectiva de más de 60 años²⁶, la Ley Modelo se destaca por regular una materia que mantenía vacíos legales sobre arbitraje y que se ha ido adaptando a las prácticas comerciales, lo que derivó en una delimitación del principio *kompetenz-kompetenz*. Algunas de las limitaciones del principio las encontramos en la propia Ley Modelo, así como en discusiones doctrinarias y algunas sentencias.

25 Algunos de los cuales sólo la han implementado como normativa para ciertos Estados o Departamentos, como Hong Kong en China o algunos Estados Federales de Estados Unidos, por ejemplo. Para una imagen más detallada del estado actual de la adopción de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional en el mundo, revisar.

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

26 Recuérdese los protocolos como primer antecedente histórico, ya vistos en el acápite 2.1

2.4.1. Examen preliminar sobre la validez del acuerdo arbitral

Entre otros asuntos, la CNUDMI debatió acerca de la exhaustividad del examen preliminar que debe realizar el tribunal doméstico de un Estado signatario al serle presentada una contienda materia de un contrato de arbitraje. Según lo indica el artículo 8 n°1 de la Ley Modelo, dicho tribunal debe remitir a las partes a arbitraje a solicitud de cualquiera de ellas en la forma allí definida, a menos que compruebe que dicho acuerdo (el arbitral) es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. En dicha discusión se optó por excluir la incorporación de la palabra “*manifiestamente*” antes de “*nulo, ineficaz o de ejecución imposible*”. Esto, para permitir que ese examen que debe practicar el tribunal nacional sea con un mayor grado de profundidad al momento de revisar la nulidad o eficacia del acuerdo arbitral. Así, para que un tribunal doméstico se aboque al conocimiento de la nulidad, ineficacia o imposibilidad de la ejecución de un acuerdo arbitral, no lo limitará la circunstancia que deba desprenderse de una lectura superficial del mismo. Por otra parte, se ha argumentado que el principio kompetenz-kompetenz se tornaría inútil si se permite a los tribunales domésticos revisar las contiendas de competencia en forma lata.

El antecedente directo de esta norma y su

respectiva discusión en las sesiones de la CNUDMI es el artículo 2 de la Convención de Nueva York. Este elemento histórico también ha servido para interpretar el alcance del examen preliminar según la nueva norma. El artículo 2° n°3 de la Convención de Nueva York establece el deber que tiene el tribunal doméstico ante el cual se somete un litigio respecto del que las partes hayan pactado un acuerdo (de arbitraje) por escrito, de remitir a las partes del mismo a arbitraje, a instancia de una de ellas, salvo que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. Así, este artículo viene a ser el precedente del actual artículo 8° de la Ley Modelo, y es fundamento también de la profundidad del examen previo que ha de realizar un tribunal doméstico para remitir o no los antecedentes al tribunal arbitral. La redacción “*salvo que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*” ha sentado el debate doctrinario y jurisprudencial sobre si esta comprobación debe ser a través de un conocimiento lato o bien de un examen prima facie, discusión que se mantiene en similares términos para el artículo 8 de la Ley Modelo.

En definitiva, las posibilidades que tienen los tribunales de interpretar tanto el artículo 2 de la Convención de Nueva York como el artículo 8 de la Ley Modelo son dos; o realizan un examen prima facie, o un examen exhaustivo acerca de la materia. En esta línea, un examen prima facie consiste en una revisión básica o de poca profundidad, “*a primera vista, la*

*primera apariencia aunque sujeta a más pruebas o información*²⁷. Un examen exhaustivo, en cambio, es el escrutinio judicial en profundidad, con el objeto de determinar la existencia, validez y ámbito de aplicación del acuerdo arbitral. Puede tener como consecuencia negativa, que una revisión en profundidad sobre la competencia del tribunal implique a su vez una revisión sobre el fondo del asunto, lo cual en ningún caso es competencia de los tribunales domésticos. Además, la doctrina parece estar conteste en que una revisión en profundidad atenta contra el principio pro arbitraje que impregna la Ley Modelo, y contra el mismo sentido del principio *kompetenz-kompetenz*, según ya se indicó. En síntesis, muchos son los factores que pueden incidir en que convenga un examen prima facie o bien uno de mayor profundidad, por lo que debiera dejarse un margen de interpretación judicial al respecto. Se debe tener en especial consideración que un examen exhaustivo por parte del tribunal doméstico sobre la competencia del tribunal arbitral puede significar un gasto de recursos excesivos, toda vez que el tribunal arbitral está facultado y capacitado para realizar este examen, a su vez, el espíritu de la legislación lleva a concluir que el tribunal arbitral es el llamado a tomar esta decisión. Por otra parte se debe reconocer que puede haber casos en que la realidad sea compleja, por ejemplo, cuando la existencia de múltiples participantes en un negocio no implique que todos ellos hayan acordado una cláusula arbitral, o casos en los

27 “at first sight, on first appearance but subject to further evidence or information” Black’s law dictionary 458 (9na edición). Citado por Ozlem Susler en “The English Approach to Competence-Competence. Op. cit. p. 5.

que puede convenir un examen más profundo para determinar si el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

En este sentido, algunas legislaciones internas del derecho comparado se han pronunciado expresamente acerca de este tema. Tal es el caso de Francia, que en el artículo 1448 del nuevo Código de Procedimiento Civil otorga al tribunal arbitral poder exclusivo para resolver sobre su propia competencia, sujeto a una mínima o inexistente revisión posterior²⁸. Por su parte en Inglaterra la British Arbitration Act de 1996 prefirió un examen prima facie sobre el asunto por parte de los tribunales domésticos. La innovación británica incluyó la posibilidad que se les da a las partes para exigir, de común acuerdo, que el laudo del tribunal arbitral sobre su propia competencia sea emitido de manera preliminar y no en el momento de emitir la

28 Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.

Tout stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.

[Cuando una controversia surgida en virtud de un acuerdo de arbitraje se someta a un tribunal del Estado, el tribunal se declarará incompetente a menos que el tribunal arbitral no se haya constituido aún y el acuerdo de arbitraje sea manifiestamente nulo o claramente inaplicable.

La jurisdicción del Estado puede declarar de oficio su incompetencia.

Cualquier estipulación contraria a este artículo se considerará no escrita] Traducción libre

sentencia final sobre el fondo del asunto²⁹. Además, cualquiera de las partes en desacuerdo con el arbitraje puede pedir a las Cortes respectivas que emitan una decisión inmediata sobre temas de competencia del tribunal, siempre que el tribunal arbitral esté de acuerdo en dicha solicitud³⁰.

Ya en el ámbito nacional, una de las limitaciones al principio kompetenz-kompetenz está dado por la constatación que puede hacer un tribunal doméstico sobre la nulidad, ineficacia o la

29 Art. 31(5), The tribunal may in any case, and shall if the parties so agree, stay proceedings whilst an application is made to the court under section 32 (determination of preliminary point of jurisdiction).

[Art. 31(5) El tribunal podrá en cualquier caso, y si las partes así lo acuerdan, suspender el procedimiento mientras se presente una demanda ante el tribunal en virtud del artículo 32 (determinación de la competencia preliminar)] Traducción libre.

30 Art. 32(1) The court may, on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties), determine any question as to the substantive jurisdiction of the tribunal. [...]

(2) An application under this section shall not be considered unless—

(a) it is made with the agreement in writing of all the other parties to the proceedings, or

(b) it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied—

(i) that the determination of the question is likely to produce substantial savings in costs,

(ii) that the application was made without delay, and

(iii) that there is good reason why the matter should be decided by the court.

[Art. 32(1) El tribunal podrá, a solicitud de una parte en un procedimiento arbitral (previa notificación a las otras partes), resolver cualquier cuestión relativa a la competencia sustantiva del tribunal. [...]

(2) Una solicitud bajo esta sección no se considerará a menos que:

(a) se hace con el acuerdo por escrito de todas las demás partes en el procedimiento, o

(b) se hace con el permiso del tribunal y el tribunal está conforme-

(i) que es probable que la resolución del asunto ahorre sustancialmente los costos,

(ii) que la solicitud se presentó sin demora, y

(iii) que existe una buena razón para que el asunto sea decidido por el tribunal].

Traducción libre.

imposibilidad de ejecución del acuerdo arbitral. Lo debatido queda fijado por la profundidad de este examen en los términos ya señalados.

2.4.2 Una de las partes del acuerdo arbitral debe solicitar el arbitraje.

Esta delimitación corresponde al mismo artículo 8 número 1 de la Ley Modelo, en el sentido de establecer que *“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”*. En la revisión de las limitaciones que esta norma impone, pueden observarse dos situaciones.

En primer lugar, la derivación que hará el tribunal doméstico hacia la sede arbitral no puede ser de oficio y requiere el impulso de parte. En este sentido, la norma describe una clásica prórroga de la competencia al proponer como carga de la parte interesada la alegación de incompetencia del tribunal doméstico en la forma y en el tiempo allí señalados. Ante la inobservancia de la reclamación de incompetencia a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, se entenderá

que las partes prorrogan la competencia y ésta queda fijada en el tribunal doméstico.

En segundo lugar, debe ser una de las partes quien presente esta solicitud. La norma no deja claro cuál tribunal es el competente para resolver si el solicitante es o no parte del acuerdo arbitral, ni tampoco da una solución clara para la parte reclamante que no reconoce su calidad de parte. En este sentido, en Canadá se planteó esta situación en *Shaw Satélite G.P. v. Pieckenhagen*³¹. En esa oportunidad, *Shaw Satélite G.P.* presentó una demanda ante las cortes nacionales pese a que ambas partes eran signatarias de un acuerdo arbitral para la resolución de sus conflictos. La parte demandada opuso en forma la solicitud de incompetencia y alegó que al demandante lo vinculaba un acuerdo arbitral, sin embargo, no rechazó ni reconoció en ningún momento ser parte ella misma del acuerdo arbitral, pese a ser requerida para hacerlo. Cabe destacar que este caso se elevó a una segunda instancia y la parte demandada (y solicitante de la incompetencia del tribunal doméstico) insistió en no reconocer su calidad de parte en el acuerdo arbitral, por lo que en segunda instancia la sentencia fue confirmada y los tribunales domésticos resolvieron el fondo del asunto. En definitiva, la decisión de instancia castigó la mala fe del litigante que pese a interponer una excepción

31 *Shaw Satélite G.P. v. Pieckenhagen*, Ontario. Court File N°: 11-CV-9070CL

de incompetencia contra el tribunal doméstico, fundándola en que la competencia del asunto debía radicar en un tribunal arbitral, jamás reconoció expresamente ser parte del compromiso

Esta posible limitación del principio kompetenz-kompetenz basada en el reconocimiento que debe hacer la parte reclamante de ser efectivamente parte del acuerdo arbitral plantea además las interrogantes acerca de si pueden las partes ser compelidas a reconocer su calidad de tal, y por otro lado hasta qué grado puede balancearse la buena fe contra el principio de realidad. En *Shaw Satélite G.P. v. Pieckenhagen* el tribunal a quo se negó a reconocer valor a un acuerdo arbitral que no siendo manifiestamente nulo, ineficaz ni de ejecución imposible era invocado por una de las partes careciendo por completo de buena fe en su ánimo de litigar en sede arbitral.

2.5. Ley de Arbitraje Comercial Internacional 19.971

Haciendo eco del llamado a acoger la Ley Modelo en su integridad, Chile incluyó en su legislación interna la Ley Modelo durante el año 2004, entrando a regir el año 2005. Desde entonces, ha existido una gradual jurisprudencia que ha trasladado los principios kompetenz-

kompetenz y de separabilidad desde la teoría a la realidad práctica.

2.5.1 Historia de la Ley 19.971

La Ley 19.971 de Arbitraje Comercial Internacional o LACI como ya se ha adelantado es una asimilación fiel de la Ley Modelo desarrollada por la Comisión de Naciones Unidas por el Derecho Mercantil Internacional. El interés que se tuvo en consideración al legislar de esta manera puede leerse en el mensaje presidencial de la misma ley. Da cuenta en primer lugar que las normas de arbitraje interno no eran suficientes para los efectos de perfilar a Chile como sede regional para la resolución de los conflictos comerciales internacionales, en especial atención a la protección de pequeñas y medianas empresas, para las cuales resulta demasiado oneroso litigar en el extranjero. Además, la normativa para el arbitraje doméstico no se adaptaba al desarrollo normativo necesario para abordar conflictos comerciales internacionales. En este sentido, en junio de 2003 el ejecutivo declaró en el mensaje de la Ley 19.971: *“las normas del derecho chileno a propósito del arbitraje comercial internacional son claramente insuficientes y no recogen el carácter particular y específico del derecho del arbitraje en materia internacional. Esta insuficiencia e inadecuación normativa es doble, pues dice relación tanto con el carácter comercial del arbitraje como con su*

*internacionalidad*³².

Pese a que el interés de la CNUDMI al proponer esta legislación en formato de Ley Modelo era que los países pudieran adoptarla en forma íntegra y homogenizar en la mayor medida posible la regulación internacional sobre la resolución de conflictos comerciales internacionales, la adopción de la Ley Modelo en Chile se vio comprometida por la reticencia que provocó en varios legisladores la idea de renunciar a lo que entendían por soberanía, al permitir la Ley Modelo que las partes pactaran la sujeción de sus conflictos a tribunales arbitrales, en muchos casos extranjeros.

Resultan muy interesantes las consideraciones que tuvo el Senado al discutir si adoptar la Ley Modelo íntegramente o con algunas salvedades, en especial las que se refieren a una supuesta renuncia que implicaría a la Corte Suprema respecto de su función de superintendencia directiva, correccional y económica respecto de los tribunales del país, limitación que la Cámara Baja sugirió, al enviar el proyecto de ley a la Cámara Alta, y que estaba siendo particularmente atacada por el artículo 5° de la Ley Modelo. Al respecto, defendiendo la aprobación íntegra de la Ley Modelo y con algo de dramatismo existencialista, cierto legislador declaró que “*si el*

32 Ver acápite 4.1 sobre estos caracteres.

*proyecto no se aprueba en los términos sugeridos por esta legislación modelo, sus normas no tendrán prácticamente ningún valor internacional. Es decir, estaríamos aprobando la nada misma. Ningún país se interesaría en tramitar arbitrajes en Chile, porque lisa y llanamente no le darían confianza*³³. Resulta interesante el hecho que estas aprensiones, las únicas de fondo realizadas a la Ley Modelo, se refieran a la extensión de la competencia que tendrían los tribunales arbitrales para resolver conflictos tradicionalmente radicados en tribunales domésticos.

2.5.2. Ámbito de aplicación de la Ley 19.971

Para determinar en qué casos la LACI es aplicable, debe corroborarse, en primer lugar, que se trate de un conflicto comercial e internacional³⁴, y además determinar que el lugar de arbitraje o sede del mismo se encuentra en el territorio nacional, ya sea porque las partes lo han designado así expresa o tácitamente, o bien porque los elementos reales o geográficos permiten así determinarlo. Cabe señalar que la sede de arbitraje se refiere al vínculo jurídico (antes que geográfico) entre el procedimiento

33 Senador Muñoz Barra en trámite constitucional, revisado en documento de historia de la ley 19.971, Pag 140.

34 Mucho se ha desarrollado sobre los caracteres de comercialidad e internacionalidad, pero por escapar al ámbito de investigación del presente trabajo nos remitiremos a lo expuesto por la profesora Elina Mereminskaya en Arbitraje Comercial Internacional en Chile, Desafíos y desarrollo. Legal Publishing. Santiago, 2014.

arbitral y un ordenamiento jurídico determinado³⁵. Así, puede darse que la sede del arbitraje sea Chile, pero que el asiento del tribunal arbitral esté en Francia, por ejemplo, si las audiencias se celebran en Francia pero acorde a la legislación chilena³⁶.

Respecto de la internacionalidad, la LACI es bastante clara al señalar los criterios que han de observarse para determinar la internacionalidad de un contrato comercial. En primer lugar, el inciso 3 del artículo 1 de la LACI establece que el arbitraje es internacional si:

a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, o

35 Mereminskaya, Elina. Arbitraje Comercial Internacional en Chile, Desafíos y desarrollo. Legal Publishing. Santiago, 2014. P. 29 y ss.

36 Ídem

c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

El inciso 4° por su parte agrega:

A los efectos del numeral 3) de este artículo:

a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

Además, respecto del carácter comercial que debe tener el conflicto para que sea aplicable la Ley Modelo, sólo haremos una breve referencia a que se debe abarcar lo comercial como un concepto amplio, y que el artículo 2 letra g de la Ley 19.971 enumera varios ejemplos de lo que puede entenderse por tal, sin excluir otros. La importancia de determinar el carácter comercial de un negocio o conflicto, estará determinada por la aplicación de la Ley 19.971 y busca en específico excluir de la aplicación de la misma a los negocios que puedan tener una normativa especial, como por ejemplo derechos del consumidor o derecho laboral, cuya arbitrabilidad deberá revisarse en otro plano.

Por último, existen instrumentos que tienen normas de resolución de conflictos propias, como los BITs (bilateral investment treaties). Las cuestiones de competencia resueltas en el marco de esta normativa escapan al presente estudio por dos motivos principales; En primer lugar, luego de las directrices de resolución de conflictos que la Convención de Nueva York otorga, cada BIT tiene sus características propias de resolución de conflictos. Además, al amparar los Estados las controversias surgidas al alero de estos tratados, la competencia de estos arbitrajes tiende allí a buscar una amplitud a la que la Ley Modelo no se ha acercado.

2.5.3. Artículo 36 iv) de la Ley Modelo, ejecución de sentencias en el extranjero y limitaciones.

El artículo 36 de la Ley Modelo es bastante similar al artículo 5 de la Convención de Nueva York ya analizado, configurándose de la siguiente manera:

“Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución [...]:

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje”.

Del artículo 5° de la Convención de Nueva York y posterior artículo 36 iv) de la Ley Modelo, y a la luz del análisis del principio *kompetenz-kompetenz*, es necesario revisar sus implicancias en tres sentidos, que ordenaremos por motivos prácticos de la siguiente manera;

- 1) En primer lugar, analizar la denotación y connotación de la voz “país donde se celebra el arbitraje”.
- 2) En segundo término, delimitar cuándo la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral falla en respetar el acuerdo celebrado por las partes.
- 3) Por último, observar en el caso nacional, cuándo falta un acuerdo, y en qué casos la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustan a la ley nacional.

Delimitación de “país donde se celebra el arbitraje”

En primer lugar, se debe determinar los alcances de la voz “*la ley del país donde se celebra el arbitraje*” establecido en el artículo 5 letra d) de la Convención de Nueva York y en el artículo 36 n°1 iv) de la LACI en análisis,

que será aplicable “*en defecto de tal acuerdo*” (el arbitral), sumado a lo ya analizado en el acápite 2.5.2 sobre el significado de la sede en un contexto arbitral. Si bien la palabra “*arbitraje*” puede referirse tanto al contrato arbitral como al procedimiento arbitral, resulta más lógico que la norma citada se refiera al procedimiento antes que al contrato.

La doctora Elina Mereminskaya realizó una compilación acerca de lo que los dos principales sistemas jurídicos, continental y Common Law, utilizan para determinar qué ley es la aplicable al contrato arbitral ante el silencio de las partes. En este sentido, mientras el derecho continental prefiere la ley del país sede del contrato (recuérdese, existencia de un vínculo jurídico antes que geográfico), el sistema del Common Law se inclina por hacer aplicable la ley que regula el fondo del mismo³⁷. En cualquier caso, si la ley del foro aplicable resultara ser la chilena, el principio kompetenz-kompetenz debe ser cuidadosamente respetado en los términos de la Ley 19.971 si no se quiere un laudo vulnerable al ataque de la parte que se oponga a la ejecución del mismo en el extranjero. Por analogía, todo país que haya adoptado la Ley Modelo en su integridad y sea sede de un arbitraje en esos términos, debe respetar íntegramente la constitución del tribunal arbitral, y permitir el desarrollo del laudo arbitral sin más intervenciones que las estrictamente ya señaladas, intervenciones que se configuran en muchos casos como ataques a la competencia del árbitro.

³⁷ Mereminskaya, Elina. Op cit. Pág. 100

La constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no respetan el acuerdo.

Es nuestro interés prestar cuidadosa atención a que el acuerdo celebrado entre las partes incluye en Chile las leyes que se encuentren vigentes, según el artículo 22 de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, con algunas excepciones. Esta normativa establece: “*en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”. En este caso, nos interesa la revisión de la inclusión de los preceptos que regulan el principio *kompetenz-kompetenz*, contenidos en la LACI.

El artículo 1 de la Ley 19.971 la hace aplicable a los contratos comerciales internacionales. Luego el artículo 22 de la ley chilena sobre el efecto retroactivo de las leyes incorpora como parte del contrato a las leyes vigentes al momento de su celebración, con la excepción de las leyes que se refieran al modo de reclamar en juicio los derechos establecidos en el mismo contrato. Finalmente el mismo artículo 22 pasa a regular expresamente las normas procedimentales que constituyendo esta excepción, regirán igualmente para determinados contratos y desde cuándo.

Para saber si la normativa de la LACI que regula el principio *kompetenz-kompetenz* constituye o no la excepción del

artículo 22 ya citado y así considerar o no al mismo principio como parte integrante del contrato arbitral, habrá que revisar si las normas que regulan la competencia son normas que regulan la forma de reclamar en juicio los derechos. Para esto, es útil recordar que el derecho procesal, dividido dogmáticamente en derecho procesal orgánico y derecho procesal funcional, atribuye la regulación de la competencia a la primera de estas categorías, mientras que toca al derecho procesal funcional la regulación de los procedimientos específicos y en definitiva la forma de reclamar en juicio los derechos. Así, las normas reguladoras de la competencia no aluden a la forma de reclamar en juicio los derechos sino que subyacen la estructura misma del derecho procesal, respondiendo al dónde antes que al cómo.

Es posible inferir que las normas que determinan la competencia del tribunal, como las contenidas en los artículos 5, 8 y 16 de la LACI, no son parte de la excepción del citado artículo 22. Recuérdese que el artículo 5 prohíbe la intervención de cualquier tribunal salvo que la ley así lo disponga, en tanto, su artículo 8 ordena al tribunal doméstico remitir a las partes a arbitraje si observa que existe entre las partes alguna cláusula compromisoria, en los términos allí señalados, y el artículo 16 otorga facultad al árbitro para pronunciarse sobre su propia competencia.

En este sentido, la norma que determine cuál es el tribunal competente no se refiere al modo o forma de reclamar en juicio los derechos del contrato, ni tampoco la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes establece reglas especiales para las normas reguladoras de la competencia, por lo que estas últimas deben entenderse necesariamente por aludidas en el artículo 22 citado. Entendemos que otros artículos de la LACI pueden caer en la excepción formulada en el artículo 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

Es por todo esto que los artículos 5, 8 y 16 formarán parte del contrato comercial internacional en Chile que se haya celebrado desde el año 2005 en adelante, al determinar cuál tribunal es competente para resolver determinado conflicto y en la medida en que limiten la intervención de tribunales domésticos que intenten atacar la competencia del tribunal arbitral.

Ahora, los citados artículos 8 y 16 de la LACI en cuanto se refieran o no a la competencia del tribunal y/o a aspectos procedimentales, formarán igualmente parte del contrato, ya que los mencionados artículos 8 y 16 de la LACI actúan en definitiva como una interpretación de la voluntad de las partes de someter los conflictos de

competencia y el procedimiento por el que se regirán, a la jurisdicción de un tribunal arbitral. Así, las reglas generales de interpretación de los contratos bastarán para establecer que la intención de las partes signatarias de un contrato comercial internacional, salvo expresas referencias en contrario, es la de someter todas las contiendas que del mismo deriven, incluidas las referentes a la propia competencia del juez, existencia, nulidad o aplicabilidad del contrato continente o de la cláusula compromisoria, a un procedimiento arbitral Bastando con que conste esta cláusula compromisoria por escrito y, repetimos, salvo estipulación expresa en contrario. A mayor abundamiento, las partes son libres de prorrogar la competencia de los tribunales arbitrales aún en caso de haber pactado un compromiso, situación en la cual la ley deja de interpretar la voluntad de las partes, y pasa a reglar la competencia expresamente prorrogada.

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina comparada, defendiendo la labor interpretativa de la voluntad de las partes que realiza la Ley Modelo (y por ende la Ley 19.971), desarrollando dos motivos para llegar a esta conclusión: *“(1) Any decision on this issue(competencia) is likely to be closely intertwined with other merits-based issues in the container contract that the parties clearly intended to have arbitrated, and (2) it is efficient to have one decision making process, rather than*

a *split procces*”.³⁸ El límite que puede proponerse a la competencia del tribunal arbitral para revisar todos estos asuntos, ya sea de forma o de fondo, es quizás la calificación de “parte” de un determinado interviniente, pero este es un límite objetivo y no ya de interpretación de la voluntad de quienes serían signatarios de un acuerdo arbitral³⁹.

Entonces, el acuerdo celebrado por las partes, rigiéndose por la Ley Modelo, supone la voluntad de someter todos los conflictos derivados del mismo acuerdo a arbitraje, incluidos los que tengan relación con la existencia o validez del acuerdo. En esta línea, todo ataque directo o indirecto a la competencia del tribunal arbitral debe ser revisada por éste, salvo que una de las partes acuda a tribunales locales antes de que el tribunal arbitral esté constituido, con los límites dados por el artículo 8 n°1 de la LACI. Esta voluntad de las partes de someter todos los conflictos derivados de un negocio a un laudo arbitral, formará parte del contrato, así como los artículos 5, 8 y 16 de la Ley 19.971, normativa cuya contravención significaría, además, vulnerar el acuerdo arbitral.

38 Barcelo III, John J. Who decides the arbitrators' jurisdiction? Separability and Competence-Competence in transnational perspective. En Cornell Law Faculty Publications. 2003. Pág. 5. El paréntesis es nuestro. [Es probable que cualquier decisión sobre esta materia esté estrechamente relacionada con otras cuestiones de fondo relativas al contrato continente que las partes claramente pretendían arbitrar, y (2) es eficiente tener un proceso de toma de decisiones en lugar de varios procesos divididos] Traducción libre.

39 Tratamos tangencialmente esta observación al analizar los alcances del examen preliminar que realiza el tribunal doméstico, en el acápite 2.1.1.

A falta de acuerdo arbitral, la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustan a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.

Como tanto la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras como la LACI exigen la existencia de un acuerdo por escrito, es de asumir que la voz “en defecto de tal acuerdo” se refiere no al acuerdo mismo sino a que dicho acuerdo no determina de manera suficiente la forma de constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral a celebrar. Sin embargo, la existencia de una cláusula de compromiso cuando se está en presencia de un contrato comercial internacional hará aplicable la ley del foro, que en Chile incluye tanto la Ley 19.971 como la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. Por lo que en consecuencia la desatención de las disposiciones dadas por el principio kompetenz-kompetenz hará incurrir en la causal descrita en el artículo 5° letra d de la Convención de Nueva York, y la sentencia será susceptible de que no se le de reconocimiento en el extranjero.

2.6. Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile y ejecución de sentencias en el extranjero.

El 5 de julio del año 2002, los estados parte del MERCOSUR⁴⁰, Bolivia y Chile adoptaron el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile y ejecución de sentencias en el extranjero, en el futuro “el acuerdo”. Este acuerdo fue promulgado y publicado en Chile recién el año 2008, entrando en vigor el año siguiente. En consecuencia, este acuerdo fue adoptado por Chile en forma posterior a la Ley Modelo.

El acuerdo se refiere en forma paralela al tratamiento ya estudiado sobre asuntos de la competencia del tribunal arbitral. Así, el artículo 20 del mismo acuerdo señala: *“Las sentencias y los laudos arbitrales a que se refiere el Artículo precedente, tendrán eficacia extraterritorial*

40 A saber, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay. Mientras que Venezuela siendo parte del MERCOSUR se encuentra suspendida en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte, y Bolivia se encuentra en proceso de adhesión.

en los Estados Partes si reúnen las siguientes condiciones⁴¹:

“c) Que éstos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional”.

En este sentido la normativa establece que para hacer exigible una sentencia arbitral en el extranjero deben respetarse las reglas sobre competencia ya vistas en este trabajo. Esta exigencia va más allá de lo señalado en el artículo 5 letras c y d de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras y del artículo 36 n°1 iv de la LACI en el sentido que si bien ambos cuerpos normativos exigen que la sentencia emane de un tribunal competente, la redacción del Acuerdo da a entender que se requiere probar este respeto a la competencia para la eficacia de la sentencia en el extranjero, mientras que la redacción de la Convención invierte la carga de la prueba, exigiendo a quien se opone a la ejecución demostrar que no se cumplen los requisitos para la exigibilidad de la sentencia. En definitiva, la Convención de Nueva York facilita el trámite de la ejecución de las sentencias en el extranjero al presumir que todas son exigibles, salvo las excepciones, que deberán ser probadas. El Acuerdo en cambio no presume nada, y se debe en consecuencia probar que la sentencia que se

41 “a) que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;

b) que éstos y los documentos anexos que fueren necesarios, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución;”

quiere hacer exigible cumple con los requisitos señalados en el mismo Acuerdo.

El Acuerdo entonces no sólo viene en reforzar que se debe guardar respeto a los asuntos de competencia de los tribunales arbitrales, sino que invierte la carga de probar que una sentencia es exigible extraterritorialmente. Este asunto es bastante criticable toda vez que la Convención de Nueva York recogió décadas de desarrollo de prácticas comerciales y sus necesidades, y buscó expresamente facilitar la exigibilidad de las sentencias fuera del país donde fueron dictadas, eliminando la necesidad de probar en el país extranjero que la sentencia cumplió con todos los requisitos mínimos, y exigiendo en cambio a quien propone que la sentencia no es exigible, que pruebe por qué y cómo esta circunstancia es así. El Acuerdo se plantea en este sentido como un retroceso.

En nuestra opinión, la entrada en vigencia en Chile de este acuerdo, en el año 2009, modificaría respecto de los estados parte lo señalado en el artículo 36 N°1 iv) de la LACI. Esto introduciría elementos que dan como resultado un ordenamiento poco sistemático y algo disonante en nuestra legislación.

III. JURISPRUDENCIA EN CHILE Y SUS CRÍTICAS

3.1. Marlex Limitada con European Industrial Engineering

La sociedad Marlex Limitada demandó a European Industrial Engineering, en juicio sobre cobro de pesos⁴², al considerar la demandante que incurrió en gastos que no fueron previstos al momento de suscribir el contrato, gastos que solicita le sean reembolsados por la demandada. El pleito se trabó ante tribunales ordinarios en la ciudad de Antofagasta. Al haber suscrito una cláusula compromisoria en el marco de un contrato comercial internacional, la parte demandada planteó el incidente de nulidad de lo obrado, aludiendo incompetencia del tribunal nacional para resolver la controversia, pues debía ser conocido por un tribunal arbitral internacional⁴³. Este incidente fue acogido por el Tribunal de primera instancia.

42 La causa en primera instancia tiene el Rol C-1652-2006, seguida ante el 4to Juzgado Civil de Antofagasta.

43 En la estipulación 24.0 del contrato, se sometieron los eventuales litigios al conocimiento de árbitros de la jurisdicción de Venecia.

Contra su sentencia se interpuso un recurso de apelación, la que fue ratificada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta⁴⁴. Finalmente, el 28 de julio de 2008 y tras conocer un recurso de casación en el fondo presentado por la parte demandante, la Corte Suprema lo desestimó⁴⁵ al constatar que el tribunal de primera instancia realizó una aplicación correcta del Derecho.

Al desarrollar la sentencia de casación, la Corte Suprema analizó la internacionalidad del contrato que contiene la cláusula compromisoria. Toda vez que lo que es atacado por la recurrente, invocando los artículos 80 de la Constitución Política de la República, 1 y 5 del Código Orgánico de Tribunales y 14 y 1462 del Código Civil, es que el contrato en discusión es un contrato interno o nacional. La Corte, al citar numerosas argumentaciones, recuerda que la doctrina nacional ya ha zanjado hace años en sentido inverso del planteado en el recurso. No obstante, estas discusiones debieran ser fútiles por estar ya solucionadas tanto por la doctrina nacional como por la jurisprudencia, al parecer, no se encuentran superadas del todo, pues incluso en la Excelentísima Corte Suprema la posición planteada por la demandante referente a que someterse a jurisdicción extranjera adolecería de

44 En causa Rol 36-2007, fallada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Cabe destacar que dicho fallo confirmó lo resuelto en primera instancia, con costas.

45 En causa Rol ingreso de Corte 2026-2007

objeto ilícito, tuvo apoyo al obtener un voto disidente.⁴⁶

En relación a la institución del objeto ilícito, discutida a lo largo de esta causa, la Corte Suprema analizó la resolución casada y citándola, la respaldó en los siguientes términos: *“El artículo 1462 sanciona lo que contraviene el derecho público chileno y la designación de un árbitro internacional convenida conforme al principio de la autonomía de la voluntad no constituye una infracción a nuestro ordenamiento jurídico, pues la justicia arbitral se encuentra expresamente reconocida en la legislación nacional”*. En definitiva, la Corte Suprema rechaza que la justicia arbitral sea algo no reconocido por las leyes chilenas, al mismo tiempo que asume que la ley chilena no reconoce a los tribunales extranjeros, pero que tampoco tiene necesidad de hacerlo: *“el ejemplo de objeto ilícito contenido en el citado artículo 1462 [...] no se refiere a los tribunales extranjeros, que **no tienen por qué ser reconocidos por las leyes chilenas**”⁴⁷*.

La sentencia en análisis en su considerando séptimo invoca el Decreto Ley 2.349 para recordar que *“constituye una práctica*

46 Voto disidente del Ministro Sergio Muñoz, quien estuvo por acoger el recurso de casación interpuesto por la parte demandante al cuestionar la internacionalidad del contrato.

47 Considerando Segundo. El énfasis es nuestro.

comercial generalizada, cuya aplicación alcanza a nuestro país, que en los contratos internacionales relativos a negocios y operaciones de carácter patrimonial que el Estado o sus organismos, instituciones o empresas celebran con organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras, cuyo centro principal de negocios se encuentra en el exterior, se inserten estipulaciones en virtud de las cuales se les sujeta a determinada legislación extranjera, se sometan las controversias que de ellos pudieran derivarse al conocimiento de tribunales extranjeros, sean ordinarios o arbitrales, se pacte domicilio especial fuera del país y se establezcan mecanismos para configurar la relación procesal.” Resulta curioso que la Corte Suprema en su fallo invocara una norma especial como lo es el Decreto Ley 2.349, que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público, en vez de aplicar derechamente la Convención de Nueva York sobre ejecución de sentencias extranjeras o la LACI.

Por último, resulta interesante que la Corte haya delimitado la internacionalidad de los contratos atendiendo al criterio de relevancia de elementos internacionales, tales como la nacionalidad de los contratantes, domicilio o residencia de los mismos, la ubicación en el extranjero del bien sobre el que versa el contrato, la ejecución o la celebración del mismo, o si el contrato producirá sus efectos en el extranjero.

3.2. Fastpack S.A. con Bureau Veritas Chile S.A.⁴⁸

Con fecha 10 de mayo de 2011, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago dictó sentencia de segunda instancia, confirmando con observaciones la sentencia de un tribunal doméstico que había resuelto acoger la excepción dilatoria de incompetencia del tribunal, en el marco de la litis trabada por Fastpack S.A. en contra de Bureau Veritas Chile S.A.⁴⁹

La demanda principal planteada por Fastpack S.A. ante tribunales ordinarios de primera instancia, solicitaba la declaración de nulidad de cierta cláusula contractual así como de cierta estipulación del contrato, conjuntamente con el pago de indemnización de perjuicios por un incumplimiento contractual imputable a la empresa demandada.

La cláusula de la cual se solicitaba la declaración de nulidad establecía limitaciones a la responsabilidad de la parte demandada. La estipulación que se intentaba anular, por otra parte, correspondía en los hechos a una cláusula compromisoria, que detallaba la

48 2592-2010, 10 de mayo de 2011, dictada por la Octava Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

49 Ambas partes son empresas constituidas en Chile.

forma de someter un eventual conflicto entre las partes, determinando que el tribunal competente sería un único árbitro que ejercería su jurisdicción en la ciudad de París, con sede en la misma ciudad, nombrado de común acuerdo y a falta de éste, por el Presidente del Tribunal de Comercio de París. La mencionada cláusula compromisoria regulaba además en detalle el plazo y las formalidades que debía seguir el árbitro constituido al efecto.

Frente a la demanda entablada en tribunales domésticos de primera instancia, la parte demandada opuso la excepción dilatoria de incompetencia del tribunal. Aludió que existía un contrato vigente, en el que las partes se obligaban a recurrir al tribunal arbitral ya descrito, siguiendo las formalidades determinadas en el mismo contrato, ante cualquier discrepancia que surgiera entre ellas. El tribunal de primera instancia, acogió la excepción de incompetencia del tribunal. En contra del fallo de este incidente⁵⁰ que acogió la excepción se interpuso el recurso de apelación para su resolución en segunda instancia.

La Corte en la parte considerativa de su fallo, fundamentó la revocación de la sentencia de primera instancia en dos ejes

⁵⁰ Se recuerda que acorde a la Ley 19.971, esta materia constituye un litigio independiente al juicio principal.

argumentativos, ambos ajenos a la Ley 19.971. De este modo, en primer lugar se realizaron las siguientes observaciones en su Considerando Cuarto:

“a) Que la actora celebró con la demandada un contrato cuyo objeto fue el servicio de inspección que ésta debía efectuar en Shanghai, China, en el mes de febrero de 2008, sobre los bienes que aquella iba adquirir (sic) en dicho país, consistente en tuberías y componentes de conexión y ensamblaje de tuberías mecánicas, entre otros, que luego debían ser enviados a Chile para su posterior venta, y que, recibidos en el país, la actora observó no son los que debió entregar el proveedor chino e inspeccionar la demandada;

b) Que el contrato fue celebrado en enero del año 2008 en Chile, luego de que la demandante requiriera en el país a Bureau Veritas Chile S.A. sus servicios como empresa dedicada a la “evaluación de conformidad y certificación”; y

c) Que los pagos de tales servicios se han efectuado en el país;”

La Corte prosigue en su Considerando Octavo validando el cuestionamiento a la competencia del tribunal arbitral, atacando ahora el carácter internacional del contrato de arbitraje en los siguientes términos: *“Que tratándose entonces de dos empresas constituidas en Chile -al amparo de la legislación nacional-, que celebraron un contrato en el país, que en parte hubo de ejecutarse en el extranjero, parece legítimo que una de ellas*

haya optado por requerir la nulidad de las cláusulas de la convención -que estima viciadas- ante la jurisdicción ordinaria nacional”.

Los criterios aquí esgrimidos para cuestionar la internacionalidad o al menos para justificar las aprensiones de la parte demandante para no querer recurrir al tribunal arbitral establecido en el compromiso, abarcan el lugar de constitución de las empresas-partes, el lugar de celebración del contrato y el lugar de ejecución (parcial) del mismo.

Atendiendo a estas consideraciones, este fallo viene en justificar una inaplicabilidad de la normativa vigente, mediante el ataque al carácter internacional del contrato en cuestión.

El espíritu de la Ley Modelo exige una interpretación flexible de su aplicabilidad. En este sentido, resulta contradictorio a la misma limitar el carácter internacional de un negocio con parámetros rígidos, como es el caso de rigor. En efecto, la sentencia señala que ambas empresas se constituyeron en Chile, al amparo de la legislación nacional, no obstante que Bureau Veritas es una conocida empresa multinacional fundada en Bélgica con filiales en todo el mundo. La sentencia señala además otros dos

criterios que anclan la controversia supuestamente en Chile, uno de los cuales consiste en que el cumplimiento parcial del contrato se realizaría en Chile, pese a que los servicios contratados por Fastpack consistían en la constatación de las características y calidad de cierta mercancía en China, lugar desde donde Fastpack importó las mismas. La sentencia analizada no sólo desconoce la normativa expresa que describe en la Ley 19.971, aplicable al caso en concreto, los negocios que serían internacionales, sino que además desconoce el espíritu mismo de la ley, que plantea la necesidad de abarcar de forma amplia los contratos comerciales internacionales. En cambio, hizo prevalecer el criterio de que son los tribunales domésticos los llamados a conocer del conflicto, desatendiendo los claros elementos internacionales presentes en el caso.

Tal como se observó en el acápite 2.5.2 del presente trabajo, la internacionalidad del contrato atiende a diversos criterios, debiendo estarse a lo dispuesto en los artículos 1 y 4 de la LACI. En el caso de marras, los criterios de internacionalidad descritos en la ley se cumplen en todos los supuestos del artículo 1 de la LACI. Las partes tienen sus establecimientos en países diferentes, fue acordado que el lugar del arbitraje sería en París, parte sustancial del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el acuerdo debía realizarse en China, y las partes convinieron expresamente varios elementos internacionales en el contrato.

La Corte, en segundo lugar, cuestiona el alcance de la cláusula compromisoria, en el sentido que no obstante reconocer que ésta es lo suficientemente amplia, en los siguientes términos: “*cualquier diferencia que surgiere en cualquier momento en el futuro, como resultado de o en relación con estas condiciones generales o con la actuación de Bureau Veritas*”, no abarcaría las acciones de nulidad entabladas contra la cláusula compromisoria y/o su contrato continente. Argumentándolo como sigue: “*Sin embargo, no es tan claro que deba quedar siempre comprendido dentro de esa jurisdicción el conocimiento y resolución de las acciones de nulidad, cuando éstas sean ejercidas en contra de la convención toda o de alguna de sus cláusulas en particular*”⁵¹.

Ya planteado este cuestionamiento acerca de la extensión y el alcance de la cláusula compromisoria no ya en los términos contenidos en la misma, sino bajo supuestos criterios de Derecho que impedirían que el árbitro pueda revisar su propia competencia, la Corte siente la necesidad de justificar esta línea invocando instituciones como el debido proceso, la imparcialidad del tribunal, el derecho a defensa y derecho a la tutela judicial de la forma que sigue: “[...] *Cada vez que se ponga en duda la eficacia*

51 Ídem, Considerando Sexto.

misma de la jurisdicción de los compromisarios y, con ello, su calidad de jueces, como ocurre, por ejemplo, cuando se alegue la inexistencia o nulidad de la convención de arbitraje o del nombramiento de árbitros, cualquiera sea la causa en que esa inexistencia o nulidad se funde, se ha admitido que tales declaraciones pueden ser promovidas ante el juez ordinario, por consideraciones de debido proceso -imparcialidad del tribunal, derecho a una defensa jurídica eficaz y derecho a la tutela judicial efectiva-, sin perjuicio de que los árbitros designados o los que deban nombrarse puedan igualmente avocarse al conocimiento y resolución de esos asuntos si así lo requiere quien inste por tales declaraciones⁵². Esta resolución se encuentra bastante alejada del camino que la Ley 19.971 otorga para resolver qué tribunal revisará la nulidad de un compromiso. Resulta curioso que en este caso la Corte de Apelaciones de Santiago establezca que los conflictos de nulidad de un contrato o cláusula compromisoria efectivamente pueden ser vistos por los mismos tribunales arbitrales cuya competencia se discute, siempre que la parte que alega los vicios lo requiera. Prosigue la Corte en esta línea: “Que el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus intereses y derechos tiene reconocimiento implícito en la Constitución, según se infiere de la regulación contenida en los artículos 1°, 5°, 6° y 19, números 2°, 3° y 26 de la Carta Fundamental. Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la

⁵² El énfasis es nuestro.

*ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias. Es en este sentido entonces que debe ser interpretada la estipulación contractual (compromiso) al momento de resolver si su aplicación justifica sustraer de la jurisdicción ordinaria nacional el conocimiento y resolución de las acciones ejercidas en estos autos, en los términos que se ha excepcionado la demandada”.*⁵³

No resulta extraño este razonamiento, puesto que es usual para justificar que los tribunales domésticos se avoquen al conocimiento de las causas de arbitraje comercial internacional, que las partes cuestionen ya sea el compromiso o la cláusula compromisoria. Al mismo tiempo que los interesados proponen que tales cuestionamientos no deberían revisarlos los mismos tribunales a quienes se da competencia en los instrumentos cuestionados. El fallo analizado reconoce que también los tribunales arbitrales pueden pronunciarse sobre nulidad o validez de la cláusula compromisoria, aun cuando se esté atacando la internacionalidad del contrato. Asimismo es el camino que ha sido utilizado por las legislaciones de derecho comparado que han decidido no adoptar la Ley Modelo o al menos hacerlo con restricciones respecto de los principios de separabilidad y kompetenz-

⁵³ Considerando Noveno. Los paréntesis son nuestros.

kompetenz. Constituye así un ejercicio de madurez jurídica ir modificando los conceptos tradicionales de soberanía y orden público en pos de la situación fáctica actual del comercio internacional y de un mundo cada vez más globalizado y conectado. Así, se debiera entender, como lo ha hecho nuestro legislador al adoptar la Ley Modelo sin observaciones, que una correcta interpretación de dichos conceptos no implica renunciar a los mismos, sino que significa una evolución de éstos.

3.3. Servicios Financieros Altis S.A. con Grupo Saba S.A.B. de C.V.

En el presente caso, la parte demandante del juicio arbitral caratulado Servicios Financieros Altis S.A. con Grupo Saba S.A.B. de C.V., presentó una solicitud⁵⁴ al Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago para que resolviera sobre la incompetencia del juez árbitro, el señor Enrique Barros Bourie, quien ya había rechazado un incidente de incompetencia, acorde a lo establecido en el artículo 16, número 3 de la Ley 19.971. Dicha normativa establece que *“El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el numeral 2) de este artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el*

⁵⁴ Como se verá más adelante, se presentó el recurso establecido en el artículo 16 número 3 de la Ley 19.971, que por mandato legal expreso debe avocarse a su resolución el Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva.

tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable”⁵⁵.

En los hechos, grupo Saba Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable suscribió un contrato de carácter comercial internacional. En dicho contrato, Servicios financieros Altis S.A. Fue beneficiario de una cláusula a su favor, sin haber concurrido a la celebración del mismo. Este contrato incluía además una cláusula arbitral en la que se sometería a arbitraje según la Ley 19.971 *“todo conflicto, diferencia, dificultad o controversia que pueda surgir entre las partes, ya sea con motivo u ocasión de la existencia, validez, eficacia, interpretación, nulidad, cumplimiento o incumplimiento de este Contrato, sin que dicha enumeración sea taxativa”*. Además se estableció explícitamente que el árbitro estaría facultado para *“resolver todo lo relativo a su competencia y jurisdicción”*.

En este marco, el contrato estipulaba como cláusula a favor de otro, en este caso de Servicios Financieros Altis S.A., el

⁵⁵ Se discute la naturaleza de esta solicitud por la doctrina. Para mayor información ver Mereminskaya, Elina. Arbitraje Comercial Internacional en Chile. Capítulo 3.1. Editorial Legal Publishing Chile. Año 2014.

pago de la cantidad bruta de \$2.026.014.000 en el momento en que la parte recurrente y promitente compradora, Grupo Saba S.A.B de C.V. pagara las acciones que se comprometía a comprar.

La recurrente solicitó al Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago que declarase la incompetencia del juez árbitro a quo, basando su recurso en que el conflicto con un tercero no signatario del contrato, como lo es Servicios Financieros Altis S.A no puede someterse al arbitraje establecido en el compromiso contenido en el mismo contrato. Cabe señalar a este respecto que a pesar que los contratos sólo tienen efecto sobre las partes que concurrieron a su celebración según las reglas generales, el Tribunal Ad quem consideró que acorde al artículo 1449 del Código Civil que regula las estipulaciones en favor de otro y normativa a la que las partes suscribientes expresamente se sometieron, otorga al tercero favorecido por la cláusula la prerrogativa de exigir el cumplimiento de la misma, cooptando a las partes a la derogación de la cláusula en comento salvo que medie la voluntad del tercero en esa dirección. Así, el artículo 1449 del Código Civil establece que *“cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”*.

Luego, el razonamiento del Tribunal se hace cargo en primer lugar de la diferenciación que la ley hace entre las partes que concurrieron a la celebración del contrato y la tercera persona beneficiaria de la cláusula contenida en el contrato. Así, establece que el tercero beneficiario y no signatario es el único que puede demandar lo estipulado, y en segundo lugar que aun estando pendiente la aceptación expresa o tácita el contrato es plenamente vigente.

En definitiva, el Tribunal ad quem resolvió rechazar el recurso promovido, ratificando al juez árbitro como el tribunal competente para conocer el conflicto en comento. A nuestro juicio en forma certera, pese a la intervención de un tercero no signatario del compromiso. Resulta de interés el análisis de este laudo puesto que sus aristas pasan a analizar la afectación de terceros no signatarios respecto de laudos arbitrales, tema que se analizará brevemente en el capítulo siguiente y que despierta amplio interés en la doctrina nacional y comparada⁵⁶. Además, resulta destacable que no fue el tercero beneficiario quien cuestionó la competencia del tribunal arbitral, sino una de las partes signatarias del contrato arbitral, por lo que atendiendo el razonamiento previo de la total vigencia del mismo contrato, el recurrente no tiene el derecho a desatender la cláusula compromisoria.

⁵⁶ Para un análisis más profundo del tema, ver Winter, Henry. *The enforcement of foreign arbitral awards in Australia against non-signatories to the arbitration agreement*. Oxford University Press. 2015.

Otro desarrollo destacable de este laudo es que explicaría la vinculación de una cláusula arbitral sobre un tercero no signatario de la misma, argumentando que los “*efectos*” del contrato principal o continente alcanzan necesariamente al tercero. Como el tribunal prefiere inclinarse por denominar efectos, antes que derechos u obligaciones a las consecuencias del contrato que contiene una estipulación en favor de otro, sobre este tercero, es que se puede inferir que el tribunal ad quem, vislumbró la figura de la cláusula en favor de terceros como una *relación jurídica* que alcanza al tercero beneficiario. Esta relación jurídica que produce efectos, le da una connotación distinta y más amplia que a la de meros derechos y obligaciones. Esta línea de pensamiento tiene fundamento teórico en cierta corriente que hace un intento por categorizar la arbitrabilidad sobre terceros respecto de estipulaciones que los beneficien en el marco de un contrato arbitral del que no son signatarios, como relaciones jurídicas antes que una modalidad de las obligaciones o un efecto accesorio que seguiría la suerte de lo principal según el conocido aforismo. De cualquier manera, obligar a un tercero no suscribiente de una cláusula arbitral a litigar en sede arbitral necesita una fundamentación jurídica que explique esta excepción a la regla general del efecto relativo de los contratos. Dicha fundamentación fue encontrada por el sentenciador en las reglas de nuestro derecho civil, al calificarse a este tercero según lo descrito en el artículo 1449 del Código Civil.

Por otra parte, puede realizarse una crítica a este laudo ya que exige la existencia de un perjuicio para alegar la incompetencia del árbitro, requisito que no es contemplado por la ley. Así, el Ministro Cornelio Villarroel (Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago) desarrolla: *“A este respecto, debe recordarse que toda alegación de improcedencia de una acción -como lo es en este caso la alegación de incompetencia del Árbitro-, ha requerido del necesario perjuicio que eventualmente hubiere afectado a la parte que ha promovido en la especie la excepción de incompetencia”*. No obstante, lo extraño de este argumento, consideramos que no fue decisivo para el resultado final del laudo, por lo que su importancia podría considerarse menor.

Finalmente, es destacable que el derecho comparado haya desarrollado respecto de la cláusula en favor de otros múltiples soluciones. Así, el derecho español exige probar que la intención del promitente era la de conceder un derecho autónomo al tercero, es decir, que pudiera ser reclamado en juicio por éste.

IV. ALGUNAS CUESTIONES INTERPRETATIVAS

En relación con los fallos en análisis, resulta de interés el desarrollo de ciertas instituciones en las que el principio *kompetenz-kompetenz* ha incidido, algunas de ellas tratadas específicamente en la LACI y otras que han derivado en interrogantes, que la práctica jurisdiccional ha tenido que resolver a medida que se han ido presentando.

4.1. Carácter internacional del contrato

La Ley 19.971 es aplicable en Chile sólo cuando el contrato que da fundamento al arbitraje es de carácter tanto internacional como comercial. A diferencia de países que han adoptado una concepción monista del arbitraje, es decir, que la misma normativa rige para arbitrajes internos como internacionales e incluso en ciertos casos abarcan materias no comerciales. Así, países como Alemania, México y España han optado por una incorporación extensiva de la Ley Modelo, uniformando una

gama mucho más amplia de arbitrajes⁵⁷ en la aplicación de la misma norma.

En este contexto, resulta muy importante determinar la internacionalidad del contrato ya que la Ley Modelo sólo regula los conflictos internacionales y la normativa interna para el arbitraje nacional difiere bastante. Así, y como la LACI sólo es aplicable cuando se trata de conflictos suscitados en el marco del arbitraje comercial internacional, resulta fundamental determinar la internacionalidad del mismo, internacionalidad que el sentenciador erróneamente cuestionó en la causa *Marlex Limitada con European Industrial Engineering*.

Es destacable que la LACI supone en Chile un cambio de paradigma al extender la internacionalidad hasta el punto de permitir a las partes determinar que el contrato que están suscribiendo es internacional. En este sentido, hay diversos ejemplos en la legislación nacional que restringen la internacionalidad de un contrato, tales como, por ejemplo, la ley de la renta que determina que una empresa es internacional según su lugar de constitución, o la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, ratificada por Chile en 1990.

⁵⁷ Figueroa, Juan Eduardo. La nueva ley chilena sobre arbitraje comercial internacional. Publicado en Gaceta Jurídica N° 303. Año 2005, Santiago, P. 7-20.

Resulta interesante observar las diferentes soluciones que el derecho comparado ha dado, ampliando el alcance de la internacionalidad de los contratos. Por ejemplo, el artículo 1504 del Código de Procedimiento Civil francés, modificado el año 2011, establece que “*es internacional el arbitraje que afecte los intereses del comercio internacional*”⁵⁸, a lo que la Corte de Apelaciones de París dio contexto al establecer “*La naturaleza internacional de un arbitraje debe ser determinada de acuerdo con la realidad económica del proceso durante el cual surge la misma. A este respecto, todo lo que es requerido es que la transacción económica implique una transferencia de bienes, servicios o capitales a través de fronteras nacionales, entendiendo que la nacionalidad de las partes, la ley aplicable al contrato o al arbitraje, y el lugar del arbitraje resultan irrelevantes*”⁵⁹. La Corte de Apelaciones de París fue aún más lejos al señalar que no es necesario siquiera que el intercambio de bienes, servicios o capitales se haya producido realmente; bastaría, pues, con que la transacción respectiva involucre simplemente una transferencia de esa naturaleza.

58 Traducción liberal nuestra. En su original: “Est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international”.

59 Corte de Apelaciones de París, sentencia de fecha 14 de marzo de 1989 caratulado Murgue Seigle con Coflexip.

Por otra parte y en esta misma línea interpretativa amplia, el legislador español estableció expresamente en la Ley de Arbitraje del año 2003, artículo 3.1 *“El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional”*.

En la aplicación nacional de la LACI, así como ha sido en otros países que aplican la Ley Modelo, es determinante considerar una interpretación amplia del carácter internacional de los contratos. De todos modos, en nuestra opinión la decisión tomada en Marlex Limitada con European Industrial Engineering en cuanto a desconocer la internacionalidad a través de una interpretación que pasó por sobre la voluntad manifestada de forma expresa por las partes, por sobre las circunstancias materiales del contrato y por sobre las directrices de la LACI, supera todo límite de razonabilidad.

4.2. Afectación a terceros no signatarios del compromiso

Por diversos motivos puede ocurrir que un tercero que pese a no haber concurrido a la celebración del contrato de arbitraje

comercial internacional tenga con éste una relación vinculante. Así, la sede arbitral se hará extensiva a intervinientes que en un principio no participarían de la misma.

Si bien la LACI no establece en sus disposiciones la forma en la cual un arbitraje comercial internacional afectará a terceros no signatarios, se reconoce un acuerdo arbitral si la controversia se refiere a una *“determinada relación jurídica contractual o no contractual”*. Además y en un estado preliminar, tanto la doctrina,⁶⁰ como la jurisprudencia nacional, han desarrollado parámetros que pueden dar luces a este respecto. En este orden de cosas y siguiendo la línea dada por Servicios Financieros Altis S.A. con Grupo Saba S.A.B. de C.V., el sentenciador estableció a través de reglas de derecho interno el conducto lógico para determinar una solución a la figura de la estipulación a favor de otro, hizo extensivos los efectos de un acuerdo arbitral entre privados a un tercero no signatario, con sustento en que en Chile la figura de la estipulación en favor de terceros tiene efectos vinculantes para estos últimos acorde a lo dispuesto en el artículo 1449 del Código Civil. Si bien esta solución resulta de utilidad sólo en arbitrajes que tengan su sede en Chile, contribuye al debate acerca de los límites del acuerdo arbitral, su aplicación y propone una notable excepción al efecto relativo de los

60 Mereminskaya, Elina. Arbitraje Comercial Internacional en Chile, desafíos y desarrollo. Legal Publishing. Santiago, 2014. p. 14

contratos. En el caso comentado, el tribunal arbitral revisa su propia competencia de manera coherente a los principios kompetenz-kompetenz y de Separabilidad, determinando que a pesar de que se ataca su competencia precisamente alegando que los efectos de la cláusula arbitral no vinculan a quien indiscutidamente no concurrió a su aceptación, igualmente resuelve que es competente y procede, en consecuencia, a pronunciarse sobre la controversia de fondo.

Como se ha señalado, existen distintos motivos por los cuales el arbitraje podría extenderse a terceros no firmantes. Luego de la revisión de una de las soluciones que en esta línea ha dado el arbitraje comercial internacional en Chile, pueden distinguirse otras soluciones aplicables cuando, así como en Servicios Financieros Altis S.A. con Grupo Saba S.A.B. de C.V., sea posible extender los efectos de una cláusula arbitral a un tercero no signatario y en ese sentido determinar la competencia de determinado tribunal arbitral. En primer lugar, pueden hacerse extensivos los efectos de un acuerdo arbitral a terceros con fundamento en la pertenencia al mismo grupo económico. Con base en este pilar argumentativo, distintos países han optado por diferentes soluciones. Así, en Francia y en cierta medida también en Estados Unidos, se ha optado por el desarrollo dogmático y jurisprudencial de la doctrina de grupos de sociedades basada en Isover Saint

Gobain con Dow Chemical Company. Allí esta última y varias de sus sociedades subsidiarias demandaron en sede arbitral a la primera, pese a que no todas estas sociedades subsidiarias habían concurrido a la suscripción del acuerdo arbitral⁶¹. El tribunal arbitral determinó un consentimiento implícito dado que la sociedad principal y las subsidiarias constituían una misma realidad económica de la siguiente manera: *“Una cláusula arbitral expresamente aceptada por ciertas compañías del grupo debe considerarse vinculante para las otras compañías cuando, en razón de su rol en la suscripción, ejecución o terminación de los contratos conteniendo tales cláusulas y de conformidad con la intención común de las partes del procedimiento, aparecen como las verdaderas partes del contrato o como involucradas de manera principal por estos y las disputas que de estos resulten”*⁶². Actualmente, esta línea argumentativa tiene amplia acogida en Francia para ampliar tanto los sujetos activos como los pasivos de la relación procesal arbitral, logrando como consecuencia limitar la eficacia de los ataques a la competencia del tribunal arbitral que se formulan por esa vía.

61 Los efectos de esta figura aplican tanto para sociedades demandantes como demandadas que formen parte de una unidad económica, aunque no hayan concurrido legalmente a la consagración del acuerdo arbitral.

62 Citado por Suárez Anzorena, C. Ignacio en Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional. En Revista Internacional de Arbitraje, N° 7 (2005).

Por otra parte y siguiendo con el análisis del concepto de unidad del grupo económico, en Estados Unidos tienen mayor acogida las teorías del alter ego, agencia, fraude, estoppel y descorrimiento del velo societario. En las dos primeras, se entiende que quien suscribe un acuerdo arbitral lo hace en nombre de sus subsidiarias, no existe ya un consentimiento implícito, sino una cierta representación para actuar por sí al mismo tiempo que en nombre de las subsidiarias o de otras sociedades pertenecientes a una misma realidad económica. Respecto de las dos últimas se trata de privilegiar la realidad por sobre las apariencias jurídicas, el principio de irrelevancia del nomen iuris plasmado en el aforismo que describe “las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen” tan aplicable al derecho contractual, se extiende con mucha razón al derecho societario.

V. CONCLUSIONES

5.1. Relación entre sedes jurisdiccionales

A todas luces se observa que tribunales arbitrales y civiles tienen una coexistencia, y pueden abocarse a causas de similar naturaleza. En este sentido la línea que separa la competencia arbitral de la ordinaria es muchas veces difusa y de difícil determinación. Sin embargo, la labor doctrinaria está llamada a acotar estas posibilidades, delimitar las posiciones interpretativas, aumentando así la seguridad jurídica. Fuera de casos de intervención necesaria de tribunales domésticos en procesos arbitrales no abarcados por este trabajo, como por ejemplo la ejecución de medidas cautelares, la intervención aceptable de estos tribunales se encuentra limitada y ese es precisamente el espíritu del principio kompetenz-kompetenz.

Hay una necesidad que la relación entre los

jueces y los árbitros se base en un criterio de complementación, demostrando respeto, en esta coexistencia. Esta relación, como acertadamente observa un autor, implica la existencia de roles complementarios entre tribunales domésticos y arbitrales, y que sugieren que en el desempeño de sus respectivos roles la colaboración reemplace la competencia o incluso la rivalidad. Las facultades de tribunales judiciales son de asistencia y control, pudiendo intervenir para la rendición de las pruebas, por ejemplo, además de ejercer sus facultades con posterioridad asegurando el sano cumplimiento del laudo arbitral.⁶³

Resulta tentador en un primer periodo para la justicia doméstica revisar causas arbitrales. La LACI inserta el principio kompetenz-kompetenz como un concepto novedoso y a veces de difícil asimilación por la cultura jurídica nacional. Después de todo, restar competencia a tribunales nacionales para depositarla en árbitros que no siempre son conocedores de la ley chilena, y que no siempre se regirán por la normativa nacional es una idea moderna que desafía siglos de tradición jurídica. Es por eso que es necesario fundamentar el por qué la justicia arbitral ha evolucionado de esta manera y delimitar cuáles son las materias de competencia obligatoria de tribunales arbitrales o cuanto menos, disponibles de

⁶³ Parodi, Victor Gustavo. El caso Yaciretá -o cómo retroceder 80 años- análisis y comentarios. p. 203-212.

prórroga hacia la competencia arbitral.

El principio kompetenz-kompetenz como ya hemos analizado es una herramienta, creada como ficción jurídica para proteger el espíritu de una legislación arbitral que sea útil para las características y el volumen del comercio internacional. En este sentido, se creó para limitar la intervención judicial nacional en los procesos de arbitraje comercial internacional, haciendo de la intervención entre las distintas sedes jurisdiccionales una situación funcional a la vez que armónica.

5.2. Autonomía de la voluntad

A lo largo del presente trabajo hemos llegado a la convicción que el principio *kompetenz-kompetenz* protege la voluntad de las partes, en orden a obtener la mejor solución a los conflictos que se vayan presentando. Teniendo en cuenta el panorama mundial, con una tremenda diversidad en los actores participantes, que por lo demás no siempre son rigurosos al establecer los procedimientos por los cuales se regirán en caso de conflicto, entendemos que la Ley Modelo significa un tremendo avance para dar seguridad a los diversos intervinientes en el comercio mundial, que pocas veces

compartirán tradiciones jurídicas, mucho menos procedimientos comunes. La Ley Modelo viene en determinar reglas mínimas para que los conflictos suscitados en su marco sean resueltos con imparcialidad y con independencia del país de origen de sus protagonistas. Para esto es necesario evitar la intervención local de tribunales nacionales, acostumbrados usualmente a conocer de conflictos nacionales, con leyes internas y con una escala de lo que se entiende por soberanía que no necesariamente estará a la altura, en términos prácticos, de la diversidad y necesidades del comercio internacional.

Aunque sea de nuestra opinión que la autonomía de la voluntad juega un gran rol en materia arbitral. No puede desconocerse que un árbitro ejerce jurisdicción, como atributo exclusivo del poder soberano, y por lo tanto está llamado a respetar no sólo la voluntad de las partes, sino que conforme a su poder-deber, de declarar o constituir derechos permanentes. Este poder no puede desprenderse de la mera voluntad de las partes. Considerando esta naturaleza dual, a lo largo del presente estudio nos hemos encontrado con opiniones bastante radicales al respecto, las que también consideramos se deben observar con cuidado. Como hemos visto la ley, en específico la Ley Modelo, puede leerse en diversas dimensiones. Por un lado regula obligatoriamente aspectos mínimos que debe cumplir el procedimiento y el laudo arbitral. Suple también la voluntad de las partes ante la

omisión o poca claridad de éstas al manifestarla. Puede además regir la actividad del árbitro en su ejercicio jurisdiccional. En todo caso, nos parece arriesgado liberalizar la ley al punto de sólo darle una función de reconocimiento de la voluntad de las partes, ya que siempre habrán, incluso en arbitrajes voluntarios, asuntos no disponibles, y según lo visto, asuntos no disponibles pueden derivar en el no reconocimiento de sentencias en el extranjero, en definitiva, una actividad jurisdiccional que no se podrá ejecutar.

5.3. Jurisprudencia en Chile, la LACI como parte del contrato y ejecución de sentencias en el extranjero.

Este trabajo no analizó en profundidad la situación de la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero, ni en consecuencia las causales en las que un laudo podría no ser aplicable en Chile. Cabe señalar a este respecto, que lo abarcado en el acápite 2.5.3 y nuestra tesis en general sólo permite concluir que desatender el principio kompetenz-kompetenz puede acarrear que las sentencias así obtenidas sean virtualmente inaplicables. Si bien en Chile hay jurisprudencia que se pronuncia muy favorablemente en hacer aplicables en Chile las sentencias arbitrales extranjeras, aún no contamos con jurisprudencia que limite la ejecución de los laudos emitidos por tribunales domésticos, nacionales o extranjeros, fallando en

respetar de forma estricta el principio kompetenz-kompetenz, o laudos arbitrales que se hayan visto afectados por la intromisión excesiva de tribunales domésticos, en contravención al artículo 5 de la Convención de Nueva York y el artículo 36 de la LACI⁶⁴. En este sentido, se puede constatar que las cortes chilenas han sido bastante proclives al principio pro arbitrabilidad, respetando en general las sentencias arbitrales al hacerlas aplicables en Chile. Es de esperar que nuestra jurisprudencia continúe su tránsito en esta dirección, y que tanto los tribunales arbitrales como los domésticos se ajusten a respetar lo más fielmente posible el principio kompetenz-kompetenz, evitando ambos la fuga de la competencia a éstos últimos para no dar motivos a la impugnación de las sentencias en su etapa de ejecución, en el sentido propuesto por el artículo 36 de la LACI.

Un laudo emanado de un juicio que no respete estrictamente el principio *kompetenz-kompetenz*, como por ejemplo si es resuelto por un tribunal doméstico sin cumplir los requisitos establecidos por el principio en análisis para que esto ocurra, como ha ocurrido en Chile, podría provocar que dicha sentencia no sea reconocida en el extranjero. Teniendo presente que como se trata de materias internacionales, los efectos de obtener

⁶⁴ Existe sin embargo una sentencia en proceso de exequatur, Rol 1270-2014 vista por la Corte Suprema, en cuyo proceso se solicitó no hacer ejecutable una sentencia arbitral extranjera con fundamento en una violación a los artículos 35 y 36 de la ley 19.971, sin citar normativa de la Convención de Nueva York. La Corte Suprema de todos modos determinó que la sentencia arbitral extranjera era ejecutable en Chile.

sentencias virtualmente inaplicables acorde a la normativa ya citada, son nefastos en diversas profundidades.

La importancia de plantear una conexión entre el artículo 36 número iv) de la LACI que deniega el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera, y el principio *kompetenz-kompetenz*, yace en que la evolución de la Ley Modelo en el mundo, y en específico la adopción en Chile de la misma, hacen que el principio *kompetenz-kompetenz* sea parte integrante de los contratos arbitrales que regulen conflictos comerciales internacionales. En consecuencia, su inobservancia mediante intromisiones inadecuadas de tribunales domésticos podría llevar a que los laudos obtenidos sean impugnados a la hora de su reconocimiento o su ejecución en el extranjero.

A pesar de lo anterior, al analizar las sentencias chilenas que se refieren al principio *kompetenz-kompetenz* pudimos observar que hacen muy poca referencia a la LACI, por el contrario, aluden a otros cuerpos normativos de carácter nacional⁶⁵. Tal es el caso, por ejemplo, de las múltiples referencias a las reglas sobre interpretación de los contratos establecidas en el Código Civil, o en un alcance más rebuscado, las citas al Decreto Ley 2.349 del año 1978 que establece normas sobre contratos

⁶⁵ Esta situación es habitual. Los tribunales aplican el Derecho patrio (conocido), por sobre los Convenios Internacionales que tienen plena vigencia y aplicación en nuestro país.

internacionales para el sector público. En los breves párrafos en que sí se le dedicó atención a la LACI, se tratan temas como la internacionalidad del contrato, que si bien son fundamentales para arribar a una decisión final sobre la competencia, no tratan derechamente el principio *kompetenz-kompetenz*.

Para finalizar, es nuestra opinión que cualquier conducta judicial que transite por la vía del incumplimiento del principio *kompetenz-kompetenz* puede desembocar en la denegación del reconocimiento de la sentencia. Lo anterior, de acuerdo a lo señalado por el artículo 36 vi) de la Ley 19.971 y el artículo 5 letra d. de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Ya analizada la importancia de una justicia arbitral internacional, así como las implicancias que el no reconocimiento de las sentencias arbitrales fuera de los límites nacionales puede acarrear, podemos afirmar que los tribunales nacionales sólo están autorizados a intervenir en los asuntos de competencia de un tribunal arbitral en dos ocasiones. Una de ellas, cuando lo solicita expresamente una de las partes en la primera gestión del laudo y la contraparte no se opone en tiempo y forma. La segunda, cuando aparece de manifiesto que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, vista esta causal en forma restrictiva.

Debe recordarse a este respecto que el

levantamiento del velo societario y el principio de realidad han hecho extensivos los efectos de un contrato a terceros que posiblemente no concurrieron a su suscripción, por lo que incluso la discusión sobre la nulidad, ineficacia o ejecución imposible de un contrato respecto de terceros, debe ser llevada a la sede arbitral si puede ser planteada en estos términos.

Por el contrario, es de nuestro parecer que el tribunal arbitral tiene atribuciones para pronunciarse sobre su propia competencia de manera amplia, desafiando y resignificando los límites que históricamente han restringido los alcances del Derecho Civil y Procesal. Estos límites clásicos, pueden vislumbrarse en materias tales como el efecto relativo de los contratos, la litis pendencia, o el viejo aforismo según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Del mismo modo, esta modernización a los principios clásicos que ya había comenzado la Convención de Nueva York de 1958, otros tratados internacionales y los usos y costumbres del comercio internacional observados en la primera mitad del siglo pasado, se ve consagrada por el principio kompetenz-kompetenz, cuyo desarrollo y evolución doctrinario y jurisprudencial continúa modificando la celosa forma de ver la soberanía.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE DISPOSICIONES CITADAS

- Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en materia comercial. Sociedad de las Naciones. Ginebra. 1922.
- Convención Internacional para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Sociedad de las Naciones. Ginebra. 1927.
- Convención De Nueva York sobre ejecución de sentencias extranjeras. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 1958.
- Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 1985.
- Ley de Arbitraje Comercial Internacional 19.971. Chile. 2004
- Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados partes del Mercosur y la República de Chile. MERCOSUR. 2009.

BIBLIOGRAFÍA

1º AGUILERA VILLALOBOS, LAURA. 2013. Las medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional. Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, departamento de derecho internacional.

2º ALJURE SALAME, ANTONIO. 2008. Comentario a la sentencia de anulación del laudo arbitral Bancolombia v. Gilinski. Revista Internacional de Arbitraje (9):171-178.

3º AYLWIN AZOCAR, PATRICIO. 2014. El juicio arbitral. 6ª ed. Santiago, Legal Publishing.

4º BARCELO III, JOHN J. SYMPOSIUM: INTERNATIONAL COMMERCIAL

ARBITRATION: Who decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective.

5º BORBARÁN RAMOS, MARCELO FRANCISCO. Aplicación jurisprudencial de la Ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional. Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, departamento de derecho internacional.

6º CAIVANO, ROQUE J. Ampliación contractual del control judicial de los laudos arbitrales: comentario al reciente caso Hall Street v. Mattel. En revista internacional de arbitraje N°9 (2008) pág. 85-144.

7º CREMADES, BERNARDO y MADALENA, IGNACIO. Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional. En revista internacional de arbitraje N°8 (2008) pág. 12-105.

8° FIGUEROA VALDÉS, JUAN EDUARDO. La nueva ley chilena sobre arbitraje comercial internacional. En Gaceta Jurídica N° 303, Stgo. Pág 7-20. 2005.

9° GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO. Orden Público y arbitrabilidad: Dúo dinámico del arbitraje. En revista internacional de arbitraje N°8 (2008) pág. 61-83.

11° JEQUIER LAHUEDÉ, EDUARDO. El arbitraje en el derecho chileno de sociedades. Arbitrabilidad del conflicto societario mercantil. Santiago. Legal Publishing Chile. 2013.

12° JIMÉNEZ FIGUERES, DYALÁ y KLEIN KRANENBERG, JOHANNA. Recent international arbitration developments Chilean courts. En Arbitration News; Newsletter of the International Bar Association Legal Practice Division. Vol. 15 N°1 (2010).

13º KANTOR, MARK. Cambios propuestos a las “Reglas de Arbitraje” del Ciadi. En revista internacional de arbitraje N°3 (2005) pág. 111-119.

14º MEREMINSKAYA, ELINA. Apuntes de arbitraje comercial internacional. En revista internacional de arbitraje N°8 (2008) pág. 61-83.

15º MOURRE, ALEXIS. Arbitraje y Derecho Penal: Competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral. En revista internacional de arbitraje N°4 (2005) pág. 203-255.

16º PARODI, VÍCTOR. El caso Yaciretá -o cómo retroceder 80 años- análisis y comentarios. En revista internacional de arbitraje N°4 (2008) pág. 11-60.

17º RAMÍREZ NECOCHEA, HECTOR MARIO. Curso básico de derecho internacional privado. Stgo. Legal Publishing Abelardo Perrot 2010.

18º SANDARRIAGA, ANDREA. El proyecto de reforma del “Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi”: inicio del procedimiento y tribunal arbitral. En revista internacional de arbitraje N°8 (2008) pág. 197-230.

19º SANTOS BELANDRO, RUBÉN. Arbitraje Comercial Internacional, Oxford UniversityPress, 2000, México.

20º SILVA ROMERO, EDUARDO. Crónica sobre jurisprudencia en materia de arbitraje. En revista internacional de arbitraje N°3 (2005) pág. 96-107.

21º SMITH, ROBERT H. Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or can Something Indeed Come from Nothing?.

22º STEIN, ANNA IRMGARD. When are non-signatories bound by the arbitration agreement in international commercial arbitration? 2012, tesis para grado magister Universidad de Chile.

23º SUÁREZ ANZORENA, C. IGNACIO. Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional. En Revista Internacional de Arbitraje N° XX (Enero a junio 2005)

24º SUSLER, OZLEM. The English Approach to Competence-Competence. En Pepperdine Dispute ResolutionLawJournal. (2013).

25º VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA. Comprensión del principio “Competencia-Competencia” y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral. En Revista Chilena de Derecho Privado. N° 15 (2010).

26º VÁSQUEZ PALMA, 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. En Revista chilena de derecho privado. N° 18 Pág. 9-94.

27º VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA. Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección en Revista chilena de derecho privado N° 16. 2011, pág 75.

28º VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA. Recepción del arbitraje comercial internacional en Chile desde una óptica jurisprudencial. Una revisión ineludible.

29º VELASQUEZ WEISSE, PATRICIO. Ley sobre arbitraje comercial internacional. Hemiciclo en revista de estudios parlamentarios. P.67-79

30° WEI, SHEN. The good, the bad or the ugly? A critique of the decision on jurisdiction and competence in *Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*.