



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

APROXIMACIÓN A LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULAS ARBITRALES UNILATERALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumno: Marco Antonio Moraga Pérez

Profesora Guía: Carolina Coppo Diez

Santiago, Chile

2021

ÍNDICE

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: BREVE APROXIMACIÓN AL ARBITRAJE EN CHILE	7
1. ARBITRAJE EN CHILE	7
a. Definición de arbitraje	7
b. Normativa arbitral en Chile	10
c. Los Árbitros y su nombramiento	11
d. Tipos de Árbitros	13
e. Clases de arbitraje	14
f. Recursos en contra de la sentencia arbitral	15
g. Facultad de Imperio	16
2. SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL	18
3. COMPROMISO Y CLÁUSULA COMPROMISORIA	20
a. Compromiso	20
b. Clausula Compromisoria	21
4. REGULACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL EN MATERIA INTERNACIONAL EN CHILE	22
a. Arbitraje internacional	22
b. Principios del arbitraje internacional aplicables en Chile	23
CAPÍTULO II: SOBRE LAS CLÁUSULAS UNILATERALES Y LOS PRINCIPIOS QUE TRASCIENDEN EN ELLAS	28
1. CLÁUSULAS ARBITRALES Y SU AUTONOMÍA RESPECTO DEL CONTRATO	28
2. CLÁUSULAS UNILATERALES O ASIMÉTRICAS	30
a. Cláusulas híbridas	30
b. Cláusulas unilaterales o asimétricas y cláusulas bilaterales o simétricas	31
c. ¿Por qué elegir las cláusulas unilaterales? ¿Cuáles son sus beneficios para las partes?	32
d. Beneficios sistemáticos de las Cláusulas Unilaterales para los países que las aceptan	34
e. ¿Son justas la Cláusulas Unilaterales?	37
3. LOS CONFLICTOS ENTRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y EL ORDEN PÚBLICO EN LAS CLÁUSULAS UNILATERALES	38
a. Autonomía de la voluntad	39

b. Límites a la autonomía de la voluntad	45
CAPÍTULO III: PANORAMA INTERNACIONAL Y CASOS SOBRE TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS UNILATERALES	54
a. Inglaterra	57
b. Singapur	58
c. Rusia	59
d. Francia	60
e. Italia	62
f. España	62
g. Estados Unidos	63
CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA CHILENA SOBRE LAS CLÁUSULAS UNILATERALES	65
Desarrollo Inmobiliario Nova Terra y Cía. S.A. y otro con Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros, Bice Vida Compañía de Seguros S.A. y otra	65
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	69
a. Excepcionalidad	70
b. Interpretación restrictiva	71
c. Clara redacción de la cláusula y examen de la jurisdicciones	72
BIBLIOGRAFÍA	74

RESUMEN

En el presente trabajo analizaremos las cláusulas unilaterales o cláusulas asimétricas establecidas en el marco de un contrato, entendidas como aquellas cláusulas que en base al principio de la autonomía de la voluntad, permiten que solo una parte (beneficiaria) tenga el derecho de opción para decidir ante qué foro o tribunal —estatal o arbitral indistintamente— interpondrá un futura demanda o acción en contra de la otra parte contratante por una disputa entre ellas. Así, examinaremos cuáles son las principales ventajas y qué es lo que aportan a quienes se ven beneficiados por estas cláusulas; por otro lado, respecto de la parte que no se beneficia de ella, es decir, la que se encuentra limitada para acudir a las mismas jurisdicciones que la otra, analizaremos si ello constituye una vulneración a la igualdad en el tratamiento de las partes, el orden público y en definitiva, al debido proceso. Para ello, analizaremos qué es lo que ha señalado la doctrina, la legislación nacional e internacional y la jurisprudencia en los principales casos que se han desarrollado en parte del mundo y en Chile, en lo que se hace una referencia expresa a esta clase de cláusulas. A partir de aquellas experiencias, daremos ciertas recomendaciones para el establecimiento para su redacción y establecimiento en los contratos, con la finalidad de no afectar los derechos de las partes en el respectivo proceso judicial.

INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos que no ha sido habitualmente tratado en la institución del arbitraje en Chile, son las llamadas “cláusulas unilaterales” o también llamadas “cláusulas asimétricas”, que consisten en un tipo o clase de cláusulas contractuales que permiten, en el contexto de un contrato que contemple una cláusula arbitral, a solo una de las partes elegir, a su propio provecho, el foro —ya sea ante la justicia arbitral o ante tribunales ordinarios— donde se resolverá una potencial y futura controversia derivada de la aplicación o ejecución de un contrato celebrado entre ellas mismas. A lo largo de este trabajo, analizaremos la validez y aplicación de estas cláusulas a la luz del Derecho chileno e internacional.

La importancia de un análisis más profundo a este tipo de cláusulas se origina porque han tomado gran importancia debido al aumento de su frecuencia —de manera reciente— en la celebración de contratos internacionales y nacionales, especialmente en los que pretenden cubrir transacciones internacionales. En particular, porque favorecen a instituciones financieras, ya que otorgan la flexibilidad de determinar el foro en que eventualmente —ante un incumplimiento del deudor— buscarán la declaración de la deuda y el pago efectivo de su crédito, con todos los beneficios que puedan otorgar las distintas jurisdicciones, principalmente en términos de celeridad y herramientas para el cobro.

Ahora bien y cómo desarrollaremos en lo sucesivo, la validez jurídica y aplicación de las cláusulas asimétricas no es una cuestión que se encuentre resuelta en el panorama jurídico internacional ni nacional, ya que no siempre son una manifiesta disposición contractual libremente celebrada, sino que muchas veces solo es impuesta por la parte más fuerte de la relación contractual, limitando y obstaculizando los válidos reclamos que podría tener la parte más débil del contrato.

Prueba de aquello, es que existen diversas sentencias de las más relevantes jurisdicciones internacionales, que han sido vacilantes en su tratamiento, pues han acogido o rechazado su validez en diversos grados. Una de las principales discusiones, y que desarrollaremos a lo largo

de este trabajo, refiere a si éstas son una válida manifestación de la autonomía de la voluntad y por tanto, debiesen ser aceptadas por los ordenamientos jurídicos o, si realmente presentan un peligro para la igualdad entre las partes, y por ende, serían contrarias al orden público, atentando contra el debido proceso.

Para efectos de este análisis no solo nos atenderemos al momento en que estas cláusulas se pactan, sino también al momento preciso en que deben ejecutarse, para determinar el foro que resolverá la eventual disputa; para determinar la validez que tendrá la sentencia o laudo, en su caso; y para verificar su ejecutabilidad en el país donde vaya a producir sus efectos —cobrarse efectivamente la deuda, por ejemplo—. En definitiva, parte de estas interrogantes ya han sido planteadas en el panorama internacional e incipientemente en el nacional, con diversas respuestas, que abordaremos en este trabajo.

CAPÍTULO I: BREVE APROXIMACIÓN AL ARBITRAJE EN CHILE

1. ARBITRAJE EN CHILE

a. Definición de arbitraje

Como breve aproximación y sin ánimo de referirnos a contenidos jurídicos consabidos, el arbitraje es una institución procesal de solución privada de conflictos de intereses que, si bien su esencia es determinada por el Derecho Privado, también confluye —y de manera cada vez más regular— con otras ramas del Derecho, como lo son el Derecho Internacional Público y Privado, el Derecho Comercial, el Derecho Laboral, entre otros.

Nuestro ordenamiento jurídico no nos entrega un concepto o definición claro de arbitraje, es más bien la doctrina y la jurisprudencia quienes nos llevan a un acercamiento en su definición. Así, el arbitraje habitualmente se ha definido por la doctrina nacional más aceptada como “aquel en que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos por el Estado, elegido por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio; o por un tercero en determinadas ocasiones”¹. De un modo más general, también se ha dicho que el arbitraje “es una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos”².

El fundamento del arbitraje se encuentra determinado por una de las funciones esenciales de los Estados Modernos, que es administrar justicia. En efecto, esta vital función en las sociedades modernas se encuentra consagrada Chile en nuestra Carta Fundamental. En el inciso primero del artículo 76, se establece lo siguiente: “Artículo 76°. La facultad de conocer de las causas

¹ AYLWIN AZÓCAR, PATRICIO. *El juicio Arbitral*, Editorial Jurídica de Chile (2005), p. 17.

² JARROSSON, CHARLES. *La notion d'arbitrage*, París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Bibliotheque de Droit Privé (1987), p. 372.

civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”. Así, a quién recae la función de impartir justicia es a los tribunales de la república.

En la misma línea, el artículo 1 y el inciso primero del artículo 5, ambos del Código Orgánico de Tribunales, establecen, respectivamente lo siguiente: “Artículo 1°. La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley”; “Artículo 5°. A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes”.

El ordenamiento jurídico le otorga los tribunales lo que comúnmente se llama la jurisdicción, definido doctrinariamente como “el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir”³.

Ahora bien, en la práctica si bien el Estado es quien debe y puede administrar justicia, la mayoría de las controversias se generan entre privados, los que, haciendo uso del principio de autonomía de la voluntad y bajo la autorización que la propia ley les concede, pueden sustraer del conocimiento de la justicia ordinaria la resolución de un conflicto que se genere entre ellos. Sin embargo, existen ciertas materias que solo puede ser conocidas por árbitros —*de arbitraje forzoso*—, y es la misma ley quien lo ordena, pues el legislador consideró que aquello es más adecuado, como veremos más adelante.

³ COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *La Competencia*, 2º Edición, Editorial Jurídica de Chile (2015), p. 45.

La ley reconoce este derecho a substraer sus disputas de los tribunales ordinarios, y someterlas a jueces distintos que no forman parte del poder judicial, que son los denominados “jueces árbitros”. Actualmente no hay lugar a dudas que en la ley chilena “existe un principio de paridad entre los jueces ordinarios y los jueces árbitros, salvo ciertas excepciones calificadas, los asuntos de competencia de los jueces ordinarios pueden ser sometidos por voluntad de las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, al conocimiento de los jueces árbitros”⁴.

Don PATRICIO AYLWIN AZOCAR respecto los orígenes y funciones del arbitraje como institución, ha señalado que el “arbitraje como institución jurídica independiente con fisionomía propia debe su vida a la creación de la ley. La ley lo establece como un medio extraordinario de administración de justicia; la ley involucra en él una especie de jurisdicción: un poder para ciertas personas de ejercer oficio de tribunales, de juzgar litigios. Las funciones que en el arbitraje se cumplen por el árbitro constituyen el desempeño de una autoridad y tienen, por consiguiente, carácter público”⁵.

En este mismo sentido, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia y en particular la Corte Suprema, ha establecido que “el arbitraje importa una jurisdicción análoga a la de los tribunales oficiales y los árbitros son verdaderos jueces revestidos de autoridad pública”⁶.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, ha establecido que “el juez no tiene facultad alguna para ordenar al partidor, de propio imperio, bajo la forma de una medida cautelar, el cese de su jurisdicción o competencia como tal, porque los árbitros desempeñan una función pública independiente, emanada de la propia ley y solo las autoridades superiores, conociendo de la contienda o cuestiones de competencia o de los demás recursos legales, pueden decidir sobre

⁴ GUZMÁN JORDÁN, JULIO. *Artículo sobre Arbitraje y Medidas Precautorias para el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, Cámara de Comercio de Santiago*, p.1.

<https://biblioteca.cejamerica.org/handle/2015/739?show=full> [consultado el 10 de noviembre de 2020].

⁵ AYLWIN (2005), op.cit. p. 53.

⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLI, secc. 1ª, p. 396, citado en *Artículo sobre Arbitraje y Medidas Precautorias*, op cit.

estas materias. Un pronunciamiento del juez a este respecto vulneraría principios de orden público que se relacionan con la organización y jerarquía de los tribunales”⁷.

b. Normativa arbitral en Chile

Sin perjuicio que, como vimos, la institución del arbitraje es reconocida y ampliamente utilizada en el ordenamiento jurídico chileno —y de manera cada vez más habitual—, su uso no es reflejado en términos legislativos. En efecto, existe una carencia notoria de normativas que lo regulen, pues no se ha reformado desde sus inicios en el año 1875 con la dictación de la Ley Orgánica de Tribunales.

Por lo anterior, este sistema se caracteriza de modo general en ser bastante rígido y formalista. La única regulación que encontramos en nuestros clásicos códigos es la contemplada en el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil. Respecto del primero, se regula el tribunal arbitral en los artículos 222 a 234, en el título de “Los jueces árbitros”; y en el segundo, el juicio arbitral en los artículos 628 a 644, en el título “Del juicio arbitral”.

Durante el año 2013, el Ministerio de Justicia elaboró un anteproyecto que buscaba regular el arbitraje interno o también llamado arbitraje doméstico, anunciado además, como una de las leyes necesarias y complementarias del Proyecto de Código Procesal Civil. Sin perjuicio que en la actualidad este anteproyecto no se ha transformado en un proyecto definitivo, se identificaron una serie de falencias en la institución del arbitraje y que se recomendaron fortalecer, principalmente basadas en los siguientes ejes: (i) establecer una coherencia normativa que pudiera modernizar las normas de arbitraje domésticos y acercarlas a las normas sobre arbitraje comercial internacional, que son más flexibles y desformalizadas; (ii) fortalecer el principio de la autonomía de la voluntad para lograr acuerdos de arbitraje más flexibles y amplios; (iii) la introducción del arbitraje institucional, emulando la exitosa experiencia del Centro de Arbitrajes

⁷ Ibidem.

de las Cámara de Comercio de Santiago; y por último, (iv) desvincular con mayor intensidad la intervención de la jurisdicción ordinaria como auxiliar del arbitraje interno⁸.

La identificación de la actual problemática y la necesaria modernización de la institución del arbitraje doméstico nos da ciertas luces sobre la validez de las cláusulas asimétricas, toda vez que, como veremos, su creación y establecimiento se basa en los mismos principios que se buscan modernizar respecto del arbitraje en Chile.

c. Los Árbitros y su nombramiento

El Código Orgánico de Tribunales en su artículo 222 define a los árbitros como “los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”. De la sola definición puede desprenderse que son jueces que, bajo el amparo de la ley, ejercen jurisdicción, formando parte del poder público. La jurisdicción que ejercen los árbitros constituye la excepción, toda vez que es necesario que exista un acuerdo de voluntades entre las partes y sea previo al conflicto, o bien, que exista una norma legal que expresamente establezca la obligación de que dicha materia sea de exclusivo conocimiento de un árbitro. Luego, el mismo Código Orgánico de Tribunales, en su artículo 5, establece que a los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera sea su naturaleza o calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la constitución y las leyes (...) mencionando a los jueces árbitros, que se regirán por lo dispuesto en el Título IX del mismo cuerpo legal.

En lo relativo a los requisitos para ser nombrado árbitro, el artículo 225 del Código Orgánico de Tribunales establece que toda persona puede ser nombrado árbitro cumpliendo copulativamente con lo siguiente: (i) ser mayor de edad; (ii) disponer libremente de sus bienes; (iii) saber leer y escribir; (iv) en el caso que el árbitro sea abogado habilitado para ejercer la profesión, puede ser

⁸ Véase: <https://www.ichdp.cl/anteproyecto-de-ley-de-arbitraje-interno/> [consultado el 11 de noviembre de 2020].

menor de edad. En los casos que el arbitraje sea de Derecho, el nombramiento solo puede recaer en un abogado. Para efectos de los partidores, se remiten a las normas del Código Civil, específicamente a los artículos 1323 a 1325.

Restrictivamente, según dispone el artículo 226 del Código Orgánico de Tribunales, no pueden ser nombrados árbitros las personas que litigan como partes en él, salvo lo dispuesto en los artículos 1324 y 1325 del Código Civil, respecto del nombramiento de partidario testamentario. En lo relativo a su nombramiento, las partes podrán nombrar dos o más árbitros pero siempre éste deberá hacerse con el consentimiento unánime de todas las partes interesadas en el litigio, y en el caso que no existiere acuerdo, este nombramiento deberá realizarse por la justicia ordinaria, recayendo en solo una persona y diverso de los dos primeros indicados por cada parte, procediéndose en lo demás conforme lo establecido en el Código de Procedimiento Civil para el nombramiento de peritos⁹. Asimismo, en el caso de ser dos o más árbitros, se podrá nombrar a un tercero para que dirima las discordias que entre ellos puedan ocurrir, o autorizar a los mismos árbitros a nombrar a un tercero en discordia¹⁰; también deberán todos ellos concurrir al pronunciamiento de la sentencia, a menos que las partes acuerden otra cosa; y su forma de llegar a acuerdo en la sentencia, en el caso que exista un tercero, será conforme a las normas de las Cortes de Apelaciones¹¹.

El instrumento por medio del cual se nombra un árbitro, según dispone el artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales, debe ser necesariamente por escrito y expresarse de manera esencial el nombre y apellido de las partes litigantes, el nombre y apellido del árbitro nombrado, el asunto sometido al juicio arbitral; y también pueden incluirse las facultades que se confiere, el lugar y el tiempo en que deba desempeñar sus funciones. En el caso que falte la expresión de su calidad, será de árbitro de derecho; en el caso que falte el lugar; se entenderá el lugar donde

⁹ Artículos 231 y 232 del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁰ Artículo 233 del Código Orgánico de Tribunales.

¹¹ Artículo 237 del Código Orgánico de Tribunales.

se celebró el compromiso; y si faltare la designación del tiempo que tiene el árbitro para evacuar su encargo —dictar el laudo—, será de dos años desde su aceptación¹².

Por su parte, el árbitro que desee aceptar el encargo, deberá declararlo así, y también deberá jurar desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible¹³; quedando desde ese momento obligado a desempeñarlo, conforme establecen los artículos 240 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

d. Tipos de Árbitros

El artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales dispone que el árbitro puede ser nombrado en calidad de (i) árbitro de derecho; (ii) árbitro mixto; (iii) o árbitro arbitrador. En efecto, el artículo señala lo siguiente: “Art. 223. El árbitro puede ser nombrado, o con la calidad de árbitro de derecho, o con la de árbitro arbitrador o amigable componedor. El árbitro de derecho fallará con arreglo a la ley y se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida. El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, en los casos en que la ley lo permita, podrán concederse al árbitro de derecho facultades de arbitrador, en cuanto al procedimiento, y limitarse al pronunciamiento de la sentencia definitiva la aplicación estricta de la ley”. En el mismo sentido dispone el artículo 628 del Código de Procedimiento Civil.

¹² Si se hubiere pronunciado sentencia dentro de plazo, podrá notificarse válidamente, aunque el plazo se encontrare vencido, como asimismo, el árbitro estará facultado para dictar las providencias pertinentes a los recursos que se interpusieren. Si durante el arbitraje el árbitro debiere elevar los autos a un tribunal superior, o paralizar el procedimiento por resolución de esos mismos tribunales, el plazo se entenderá suspendido mientras dure el impedimento (Artículo 235 del Código Orgánico de Tribunales).

¹³ Artículo 236 del Código Orgánico de Tribunales.

El árbitro de derecho fallará con arreglo a la ley y se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida. El árbitro arbitrador fallará según su prudencia y equidad, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieran expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil. Por último, el arbitraje mixto es aquel que se le concede al árbitro de derecho facultades de arbitrador solo en cuanto al procedimiento, pero en la sentencia deberá ajustarse y respetar las normas legales.

En el caso que las partes no expresen con qué calidad es nombrado un árbitro, se entiende que lo es con la de árbitro de derecho.

e. Clases de arbitraje

Como hemos visto, el arbitraje puede ser tanto voluntario —por acuerdo entre las partes— o forzoso —por obligación legal—. Para efectos de este trabajo, nos abocaremos a los primeros, pues en es ellos donde cabe el establecimiento de las cláusulas arbitrales asimétricas.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario señalar que el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales delimita los asuntos que deben ser obligatoriamente conocidos por árbitros, llamados *arbitrajes forzosos*, y que son los siguientes: 1º. La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades; 2º. La partición de bienes; 3º. Las cuestiones que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas; 4º. Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio; 5º. Los demás que determinen las leyes. Sigue el mismo artículo advirtiéndole que los interesados podrán resolver por sí mismos esos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto; asimismo, pueden también solicitar al juez que conoce del

procedimiento de separación judicial, la declaración de nulidad o divorcio del matrimonio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges.

Fuera de estos casos, nadie puede ser obligado a someter a juicio de árbitros una contienda judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 del Código Orgánico de Tribunales.

Por otro lado, existen materias que no pueden ser conocidas por árbitros: las cuestiones que versen sobre alimentos; el derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer; causas criminales; causas materia de juzgados de policía local; las cuestiones que susciten entre un representante legal y su representado; y en aquellas donde deba ser oído el fiscal judicial¹⁴.

f. Recursos en contra de la sentencia arbitral

Según dispone el artículo 239 del Código Orgánico de Tribunales, en contra de una sentencia arbitral se pueden interponer los recursos de apelación y casación para ante el tribunal que habría conocido de ellos si se hubieran interpuesto en juicio ordinario; a menos que las partes¹⁵ hayan renunciado a dichos recursos, o sometiéndolos también —a los recursos— a arbitraje en el compromiso o en un acto posterior.

Sin perjuicio de lo anterior, el recurso casación en el fondo no procederá en caso alguno contra las sentencias de los árbitros arbitradores; y el de apelación solo procederá contra dichas sentencias cuando las partes, en el instrumento en que constituyen el compromiso, expresaren que se reservan dicho recurso para ante otros árbitros del mismo carácter y designaren las partes que han de desempeñar este encargo. De todos modos, no pueden renunciarse a las causales procesales de incompetencia y *ultrapetita* del recurso de casación en la forma¹⁶.

¹⁴ Artículos 229 y 230 del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁵ Siendo mayores de edad y libres de administrar sus bienes.

¹⁶ Art. 768 del Código de Procedimiento Civil. El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: 1ª. En haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente o integrado

Por otro lado, en el evento que las partes al constituir el compromiso quieran renunciar a todos los recursos, esto no es posible para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, ya que, en el caso del recurso de queja, éste es irrenunciable, por lo que su renuncia anticipada carece de valor en atención a sus fundamentos, puesto que constituye una vía disciplinaria destinada a sancionar y corregir las faltas y abusos graves cometidos por los jueces en el ejercicio de sus funciones¹⁷. En lo relativo a las sentencias de los árbitros derecho y mixtos, este recurso solo procederá en contra de una sentencia definitiva o interlocutoria, cuando esta última ponga término al juicio o haga imposible su continuación, y en ausencia de otros recursos disponibles.

Finalmente en la práctica judicial, han adquirido cierta relevancia los recursos de protección como herramienta recursiva ante una sentencia arbitral. Esta acción, consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, por la que se busca garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas ante actos u omisiones arbitrales o ilegales, se ha utilizado en algunos casos como intento de evitar o paralizar los efectos de una sentencia arbitral, sin embargo, este tipo de recursos son habitualmente rechazados; aunque de todos modos las resoluciones que los han rechazado no se han pronunciado de manera consistente acerca de su admisibilidad, a pesar de que exista una cláusula arbitral que sustraiga el conocimiento del asunto de los tribunales ordinarios¹⁸.

g. Facultad de Imperio

Otra de las cuestiones relevantes y que hacen la diferencia entre la justicia ordinaria y los tribunales arbitrales es la facultad de imperio.

en contravención a lo dispuesto por la ley; (...) 4ª En haber sido dada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley.

¹⁷ AYLWIN (2015), p. 504.

¹⁸ MEREMINSKAYA, ELINA. *Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: En búsqueda de la armonía*, Capítulo 6, p. 103, disponible en http://www.camsantiago.cl/articulos_online/61_1_97-114.pdf [consultado el 15 de noviembre de 2020].

Ésta corresponde a una potestad privativa de la justicia estatal, que tiene como fundamento el orden público. En cambio, los árbitros en el derecho chileno se encuentran desprovistos de la facultad de imperio para hacer ejecutar sus propias resoluciones mediante procedimientos de apremio u otras medidas compulsivas. Esto se fundamenta en que el empleo de la fuerza pública “compromete siempre los intereses sociales, y por esto se otorga únicamente a autoridades no sólo instituidas de Poder Público, sino también nombrados más o menos directamente por él; por lo general, órganos inmediatos del jefe del Estado”¹⁹.

En efecto, el artículo 635 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil exige que cuando se requieran procedimientos de apremio u otras medidas compulsivas, el árbitro deberá ocurrir a la justicia ordinaria para dicha ejecución, a saber “cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas (...), deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto”. Asimismo, cuando una resolución vaya a afectar a terceros que no suscribieron el convenio arbitral, como en el caso que se dictase una medida precautoria sobre un bien que detente un tercero, ésta debe cumplirse por intermedio de un juez ordinario.

Sin perjuicio de lo anterior, la falta de imperio no implica su pérdida de calidad de jueces al no ser de la esencia de su función, pues, “el imperio, por lo demás, no es un atributo esencial de los tribunales y su falta no altera la naturaleza de tal que tienen los árbitros”²⁰. En efecto, la ejecución de lo resuelto de manera forzosa es solamente eventual, ya que la otra parte, podría allanarse al cumplimiento del laudo, por lo que no habría necesidad de ejecución forzosa.

La ejecutabilidad de las resoluciones arbitrales, según lo dispuesto en el artículo 635 inciso primero del Código de Procedimiento Civil, se encuentra expresamente reconocida y éstas tienen mérito ejecutivo en sí mismas, tal cual si emanaran de los tribunales ordinarios, a saber: “Para la ejecución de la sentencia definitiva se podrá ocurrir al árbitro que la dictó, sino está

¹⁹ AYLWIN (2005) p. 53.

²⁰ Ibidem.

vencido el plazo por el que fue nombrado, o al tribunal ordinario correspondiente, a elección del que pida su cumplimiento”, continúa el inciso segundo “Tratándose de otra clase de resoluciones, corresponde al árbitro ordenar su ejecución”.

Refiriéndose a la ejecutabilidad de las resoluciones dictadas por jueces árbitros y la facultad de imperio, la Corte Suprema ha sentenciado que las resoluciones de los árbitros son resoluciones de la misma clase y naturaleza jurídica que las de los jueces permanentes y les corresponde conocer de la ejecución y cumplimiento de la sentencia, salvo que se exija medidas de apremio u otras compulsivas, a saber: “Las resoluciones de los árbitros son, en consecuencia, resoluciones judiciales de la misma clase y naturaleza jurídica que las de los jueces permanentes y les corresponde conocer de la ejecución y cumplimiento de la sentencia —salvo que ésta exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas—, y pronunciarse sobre todos los asuntos que hayan sido sometidos a su competencia; y sus sentencias producen, por tanto, la acción de cosa juzgada para exigir su cumplimiento en conformidad a la ley”²¹.

2. SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL

Como ya adelantábamos en el capítulo anterior, a diferencia de los arbitrajes forzosos, para que hablemos de un arbitraje voluntario, debe existir un convenio arbitral. En efecto, el establecimiento de la cláusula arbitral es una de las manifestaciones más puras de la autonomía de la voluntad en el Derecho, operando como un elemento esencial que permite sustraer de la jurisdicción ordinaria los conflictos que puedan suscitar entre las partes que celebraron el convenio, para llevarlos ante la justicia arbitral; y de paso, renunciando a la primera.

Se ha dicho que el convenio arbitral es esencial, y opera como punto de partida para la institución del arbitraje, pues“ es la piedra angular del instituto arbitral, como genuina manifestación de la autonomía de la voluntad y siempre dentro de los límites de su ejercicio, de manera tal que si

²¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLI, Secc. 1ª p. 396, citado en Artículo sobre Arbitraje y Medidas Precautorias, op. cit.

no existe o es ineficaz, el arbitraje no será válido. Se trata de un elemento esencial por constituir su fuente por excelencia”²².

Desde la perspectiva del Derecho Procesal respecto de convenio arbitral, se ha dicho que “el acuerdo arbitral configura un contrato de carácter privado que tiene unos efectos de marcado carácter procesal, toda vez que su principal objeto es la creación de una competencia arbitral, renunciando de paso a la judicatura ordinaria o especial prevista en la ley”²³.

El ámbito de aplicación, o la extensión del convenio arbitral, según la jurisprudencia, en línea con el principio general que las convenciones solo obligan a las partes que las suscribieron, considera que el convenio arbitral solo liga a las partes que concurrieron a otorgarlo²⁴.

En materia de arbitraje internacional, la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional (“LACI”), siguiendo lo establecido en el convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (“Convención de Nueva York de 1958”), reconoce que un convenio arbitral puede ser tanto por una controversia existente como una potencial controversia a futuro, todo de manera independiente de la forma que adopte —ya sea como cláusula compromisoria de un contrato o como acuerdo independiente—.

En Chile, las palabras que se encuentran en la legislación y que históricamente han sido conocidas y aplicadas con distintos efectos prácticos son el “compromiso” y la “cláusula compromisoria”.

²² VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA. “*Ley chilena de arbitraje comercial internacional: Análisis de las doctrinas jurisprudenciales, a diez años de su vigencia*”, Revista Ius et Praxis, Año 21, N° 2 (2015), p. 524.

²³ Ibidem.

²⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXX, Secc. 1ª p. 52.

3. COMPROMISO Y CLÁUSULA COMPROMISORIA

Habitualmente en nuestro derecho existe una distinción entre dos conceptos, por un lado el “compromiso”, y por el otro, la “cláusula compromisoria”. Ninguno de estos conceptos ha sido definido por el legislador, en cambio, sí han sido abarcados por la doctrina y la jurisprudencia.

a. Compromiso

Por compromiso se ha entendido que es una convención por medio de la cual las partes abstraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, del conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten al fallo de ciertos árbitros que designan con anterioridad a cualquier disputa entre ellas.

Debido a su carácter personalizado, si por cualquier motivo él o los árbitros designados no pueden cumplir sus funciones, el compromiso quedará sin efecto —a menos que hayan establecido otro mecanismo, como por ejemplo, la designación de un segundo árbitro en caso de que el primero rechace el encargo— y recuperarán su imperio las jurisdicciones ordinarias, dado que los árbitros se nombran de mutuo acuerdo por las partes²⁵.

En Chile, históricamente el vocablo “compromiso” ha sido tratado indistintamente para referirse a “el pacto de arbitraje”, según la definición que vimos en el párrafo anterior, y también, para “el arbitraje mismo”, es decir el procedimiento de arbitraje, una vez ya constituido. En efecto, en nuestro Derecho interno, el compromiso se encuentra mencionado en diversos cuerpos normativos ya sea como sinónimo de juicio arbitral o derechamente como un convenio u acuerdo. Así los artículos 631, 632, 639, 641 y 653 del Código de Procedimiento Civil se refieren al compromiso como un juicio arbitral; el Código de Comercio en su artículo 414 y 415, y el Código Orgánico de Tribunales lo menciona en sus artículos 238, 242, 317 y 480.

²⁵ MEREMINSKAYA, ELINA. *Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: En búsqueda de la armonía*, p. 99., op. cit.

b. Clausula Compromisoria

Por cláusula compromisoria, se ha entendido que es aquella convención mediante la cual las partes substraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, del —natural— conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten a juicio arbitral²⁶. Si bien este tipo de pactos no se encuentran específicamente contemplados en la ley, no existe controversia sobre su validez²⁷.

La diferencia con el compromiso refiere únicamente a que la cláusula compromisoria es una intención *general* de las partes de someter sus asuntos litigiosos al conocimiento de árbitros, pero que éstos no han sido nombrados aún, sino que deberán ser nombrados con posterioridad, es decir, no existe una personalización del compromiso.

Aun así, en la práctica contractual se suelen establecer también otros requisitos para su nombramiento, sin que necesariamente se refieran al nombre de una persona en particular, por ejemplo, en ocasiones se exige que el árbitro que deba ser nombrado haya sido abogado integrante de la Corte Suprema o de la alguna Corte de Apelaciones, también en algunos casos se exige que sea profesor titular de alguna cátedra de Derecho en alguna universidad pública del país. En estos casos, no dejar de ser una cláusula compromisoria, la diferencia es que se acota el universo de personas que pueden ser nombradas árbitros para resolver la disputa de ese contrato en particular.

La referencia expresa que existe sobre la cláusula compromisoria no la encontramos en nuestros antiguos códigos nacionales, más bien es expresada en la LACI. En los artículos 7 y 16, prescribe que: “El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de

²⁶ AYLWIN (2005), p. 207.

²⁷ AYLWIN (2005), p. 301.

arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente...”²⁸ y que “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”²⁹.

4. REGULACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL EN MATERIA INTERNACIONAL EN CHILE

a. Arbitraje internacional

Desde la publicación en el Diario Oficial de la LACI, con fecha 29 de septiembre de 2004, el arbitraje comercial internacional no se encontraba abordado como tal en Chile, lo que obligaba a aplicar en él las normas existentes para el arbitraje nacional por analogía, y que por supuesto, eran inadecuadas para la resolución de conflictos internacionales.

Esta ley vino a introducir a Chile en los países que incluyeron en su ordenamiento la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI” o “UNCITRAL”), como una medida a la tendencia de armonización del derecho de arbitraje internacional. Asimismo, según la historia de su establecimiento, tiene como base otros tres cuerpos legales sobre arbitraje internacional; La Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1958; el Decreto Supremo N° 664 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 30 de octubre de 1974; La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá), de 30 de enero de 1975; el Decreto Supremo N° 364 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 12 de julio de 1976; y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a

²⁸ Artículo 7 de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

²⁹ Artículo 16 de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI), adoptado en Washington, el 18 de junio de 1965, promulgado mediante Decreto Supremo N° 1304, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 9 de enero de 1992.

En la actualidad, la ley chilena distingue que para que un arbitraje sea considerado como internacional, debe encontrarse en uno de los siguientes supuestos: (a) Las partes en un acuerdo o arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; (b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos: (i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en un 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 lugar con el que el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o (c) las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado³⁰.

Finalmente, el reconocimiento y ejecución de los laudos se encuentran regulados en los dos últimos artículos de la LACI, los artículos 35³¹ y 36³², que siguen lo ya establecido en la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencia Arbitrales de Nueva York de 1958.

b. Principios del arbitraje internacional aplicables en Chile

Dentro de los principios del arbitraje internacional y que son aplicables al caso chileno —con ocasión de la promulgación de la LACI—, podemos encontrar comúnmente los siguientes: (i) principio de territorialidad; (ii) el principio de intervención mínimo; (iii) principio competencia-

³⁰ Artículo 1 N° 3 de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

³¹ “1) *Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.* 2) *La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de Chile, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos”.*

³² Este artículo trata sobre los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.

competencia; (iv) principio de autonomía de la voluntad y (v) principio de trato equitativo o de igualdad de partes.

Su importancia radica principalmente en que estos principios deberán ser tomados en cuenta al momento en que las partes y los tribunales respectivos deban interpretar las cláusulas de sus acuerdos arbitrales. En efecto, la Corte Suprema conociendo de un contrato arbitral internacional recurrió a los principios generales del Derecho Internacional Privado para determinar lo siguiente: “el ordenamiento nacional reconoce explícitamente la posibilidad que los particulares estipulen someter las controversias que de la aplicación de un contrato internacional pudieran derivarse, al conocimiento de tribunales extranjeros, sean ellos ordinarios o arbitrales. Por ende, ningún objeto ilícito hay en la cláusula del contrato suscrito entre las partes, en virtud de la cual acuerdan entregar el conocimiento de los eventuales litigios que de éste se pudieran suscitar, a un tribunal italiano y, por lo mismo, no comete error de derecho la sentencia que declara la incompetencia del tribunal ante el cual se interpuso la demanda para conocer del litigio promovido”³³. A continuación veremos brevemente cada uno de estos principios.

1. Territorialidad

Este principio dice relación con el ámbito de aplicación territorial de la ley chilena. La LACI, en la misma línea que lo dispuesto en los artículos 14³⁴ y 16³⁵ del Código Civil, prescribe de modo general, salvo excepciones establecidas en la misma normativa, que su ámbito de aplicación contempla únicamente si el lugar o sede del arbitraje se encuentra en el territorio de Chile. Así, el artículo 1 N° 2 de la LACI, establece lo siguiente: “Artículo 1°. Ámbito de

³³ Citado por VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA. *La Ley chilena de arbitraje comercial internacional: Análisis de las doctrinas jurisprudenciales, a diez años de su vigencia*, Revista Ius et Praxis, Año 21, N°2, 2015, p. 528.

³⁴ “Artículo 14°. La ley es obligatoria para todos los habitantes de la república e incluso los extranjeros”.

³⁵ “Artículo 16°. Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño. Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas”.

aplicación. (...) 2) Las disposiciones de esta ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional”.

2. Intervención Mínima

El principio intervención mínima dice relación con que el tribunal arbitral debe ser autónomo respecto de la jurisdicción estatal, es decir, con ello se busca que los tribunales ordinarios intervengan lo menos posible en las cuestiones ventiladas en arbitrajes internacionales y solo en casos excepcionales que sea necesaria su intervención.

En efecto, conforme establece el artículo 5 de la LACI: “en los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga”, implica que los tribunales nacionales detentan facultades específicas y temporales, que vienen a apoyar el laudo mediante vías concretas.

Al respecto, se ha dicho que “este principio pretende respetar la autonomía del instituto arbitral, reconociendo –de paso– que ésta no es autónoma totalmente, sino que requiere de la colaboración de los tribunales estatales para el éxito y eficacia del arbitraje, pero las mismas no pueden extenderse más allá de ciertas actuaciones precisas que poseen una finalidad perfectamente definida y coherente con la arquitectura de la institución”³⁶.

3. Competencia-Competencia

Este principio dice relación con que el tribunal se encuentra facultado para decir sobre su propia competencia, incluso en los casos en que se cuestiona su existencia o la validez del acuerdo de arbitraje en un determinado conflicto, ante el cuestionamiento de su competencia por una de las partes.

³⁶ VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA (2015), p. 529.

En la LACI se encuentra contemplado en el artículo 16, que dispone lo siguiente: “Artículo 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. 2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora. 3) 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 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; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo”.

4. Autonomía de la voluntad

En lo relativo a la autonomía de la voluntad de las partes, si bien en su rol de principio es capaz de permear toda la LACI, se evidencia con mayor fuerza en la elección para las partes de la ley aplicable al fondo del litigio.

Así, las partes pueden elegir libremente: (i) las normas de derecho sustantivas aplicables al procedimiento³⁷, (ii) cómo acordar la forma en que debe tramitarse el arbitraje³⁸, (iii) formular ellas mismas las reglas del procedimiento, aunque lo normal es que se incluya el Reglamento de la CNUDMI—al menos en su aplicación supletoria— ya que ningún Estado estaría dispuesto a aceptar resultado de un procedimiento de arbitraje en que los árbitros vulneren normas de orden público dentro de su territorio o su ley de procedimiento³⁹.

Asimismo, y como veremos en los capítulos siguientes, la autonomía de la voluntad es la piedra angular para las cláusulas unilaterales.

5. Trato equitativo

Existen ciertos límites a la autonomía de la voluntad y la discrecionalidad del tribunal arbitral en relación con las normas del procedimiento. La LACI reconoce el trato equitativo de partes o “igualdad de partes”, pues en su artículo 18, prescribe que las partes deben ser tratadas con igualdad y darse a cada una la oportunidad de hacer valer sus derechos. Este artículo establece lo siguiente: “Artículo 18. Trato equitativo de las partes. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

Con ocasión a las cláusulas unilaterales, en los capítulos siguientes también volveremos con mayor profundidad a lo que refiere al trato equitativo o igualdad de partes.

³⁷ Artículo 28 N° 1 de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

³⁸ Artículo 19 N° 1 de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

³⁹ Dicha afirmación se encuentra recogida en el artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

CAPÍTULO II: SOBRE LAS CLÁUSULAS UNILATERALES Y LOS PRINCIPIOS QUE TRASCIENDEN EN ELLAS

1. CLÁUSULAS ARBITRALES Y SU AUTONOMÍA RESPECTO DEL CONTRATO

Las cláusulas arbitrales, de un modo general y como parte de toda cláusula contractual, son disposiciones particulares contenidas en un contrato que son pactadas por las partes como fruto de un proceso de negociación entre ellas —idealmente libre—. Las Cláusulas Unilaterales son una de ellas.

Ahora bien, las cláusulas arbitrales poseen ciertas particularidades que se deben a su naturaleza intrínsecamente arbitral, una de ellas es un principio que las envuelve, llamado “autonomía o separabilidad de la cláusula de arbitraje”. Este principio supone la independencia de la convención del establecimiento de una cláusula arbitral respecto del contrato en sí mismo, es decir, en la práctica, la resolución o extinción del contrato no implica la resolución *per se* del pacto de arbitraje, subsistiendo este último. Asimismo, cualquier objeción de alguna de las partes a la validez de ese contrato debe ser resuelta por los árbitros y no por los tribunales judiciales ordinarios; en otras palabras, la autoridad de los árbitros para decidir todas las disputas entre las partes nace de la cláusula arbitral en sí misma y no del contrato en el cual ella está contenida, por lo que, alegada la invalidez del acuerdo arbitral, estará sujeta a la decisión arbitral que fue designada en el mismo contrato y no a la determinación judicial⁴⁰.

Actualmente la autonomía de la cláusula arbitral es aceptada por la mayoría de las legislaciones y jurisprudencia nacional e internacional. Aún más, se considera en los arbitrajes internacionales que también se le debe otorgar autonomía a la cláusula arbitral, incluso respecto de la ley de fondo aplicable a la disputa. Lo anterior implica que las mismas partes pueden pactar que para la determinación de la validez o aplicación de la cláusula arbitral se pueda resolver con una ley diferente a la establecida para el fondo de la disputa.

⁴⁰ GEORGES, DELAUME. *Law and practice of transnational contracts*, Oceana, Nueva York (1988).

Por otro lado, este mismo principio ha sido consagrado de manera expresa respecto de las cláusulas compromisorias en la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI —y por consiguiente adoptado por Chile en la LACI—, pues se ha establecido lo siguiente en ella: “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”⁴¹.

De la aplicación de este principio y su consagración normativa, consideramos que debe ser aplicado a las cláusulas unilaterales por su naturaleza de cláusula arbitral y por su íntima finalidad. En este sentido, esta independencia —también en el caso de las cláusulas unilaterales— se justifica en la medida que lo que se busca es que los arbitrajes sean eficaces, ya que de poco sirve que las partes pacten someterse a la resolución o validez del contrato a que accede la cláusula arbitral si de antemano se supiera que por declararse la nulidad del contrato, la convención del arbitraje igualmente sería nula, y ello podría ser incluso resuelto por un tribunal que las partes no pactaron en el convenio arbitral —como por ejemplo, en los casos en que ante tribunales ordinarios, habiéndose pactado una cláusula arbitral, se solicita la nulidad de la cláusula—.

De este modo, para el estudio que nos atañe, es de gran importancia tener presente que en lo relativo a las cláusulas unilaterales, es perfectamente aplicable el principio de la autonomía de la cláusula arbitral y en el caso que exista una discusión sobre su validez, ésta puede —y consideramos que debe— ser conocida por el tribunal arbitral designado en el caso concreto y no por otro.

⁴¹ Artículo 16 N° 1) de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

2. CLÁUSULAS UNILATERALES O ASIMÉTRICAS

Una vez ya revisado brevemente el panorama de la institución del arbitraje en Chile —y su conexión con la legislación internacional—, los principales principios que lo gobiernan, y la autonomía de las cláusulas arbitrales en general y como dicho principio permea a las cláusulas unilaterales, nos toca referirnos derechamente qué es lo que se entiende por cláusulas unilaterales. Primero, veremos su clasificación de manera general, luego sus justificaciones de establecimiento —o por qué las partes se benefician de su estipulación en los contratos— y las características principales.

a. Cláusulas híbridas

Antes de adentrarnos a la definición de las cláusulas asimétricas, es importante advertir que este tipo de cláusulas son parte de otro grupo de cláusulas arbitrales, llamado *cláusulas híbridas* o *mixtas*, que son aquellas “que prevé la sumisión alternativa a arbitrajes y tribunales o la sumisión alternativa a distintos tribunales”⁴². También se ha incluido en este concepto de cláusulas híbridas a las *cláusulas escaladas* que incluyen otro medio de solución de conflictos, como la mediación, pero para efectos de este trabajo nos remitiremos a aquellas que dicen relación a la determinación de jurisdicciones y/o arbitrajes.

Uno de los grandes beneficios que conceden las cláusulas híbridas —y por ende, también las cláusulas unilaterales— es diferir el momento en que se podrá elegir finalmente el tribunal que conocerá del conflicto entre las partes, una vez este ya se ha producido. Esto naturalmente permite que la parte interesada se encuentre más preparada para elegir el tribunal.

Respecto a este punto, se ha dicho que para justificar la suscripción de las cláusulas híbridas es que “son cada vez más frecuentes los casos en los que al celebrar un contrato no se puede

⁴² GÓMEZ JENE, MIGUEL. *El Convenio Arbitral: Status Quo*, Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2017), Vol. 9, Nº 2. p.25

conocer qué método de resolución de controversias será el más idóneo para resolver los eventuales conflictos. Esta incertidumbre es habitual, por ejemplo, en contratos relacionados con materias técnicas, complejas o novedosas, como pueden ser los de obra o los relacionados con el uso de las nuevas tecnologías. De estas relaciones contractuales pueden derivarse tanto controversias muy complejas, que puede convenir someter a un árbitro experto en la materia, como controversias jurídicas más sencillas o de poca cuantía, para cuya resolución el arbitraje puede no ser el método más adecuado”⁴³.

Asimismo, puede darse la hipotética situación que la sentencia tenga que ejecutarse en un país donde no exista tratado de ejecución de sentencias extranjeras. En este caso, existiendo una cláusula híbrida que lo permita, se podrá acudir a la vía arbitral en virtud de la Convención de Nueva York de 1958, pues ha sido ratificada por más de 166 países al año 2020⁴⁴, otorgando una seguridad jurídica para el acreedor.

b. Cláusulas unilaterales o asimétricas y cláusulas bilaterales o simétricas

Ya definidas en general las cláusulas híbridas, la podemos subdividir en dos tipos de cláusulas: (i) las *simétricas* o *bilaterales* y (ii) las *asimétricas* o también llamadas *unilaterales*.

Las primeras son aquellas que permiten que ambas partes puedan elegir —como demandantes—, de manera autónoma y en igualdad de condiciones —indistintamente—, cuál será el foro arbitral por el que optarán en el caso de una eventual disputa relativa al contrato celebrado entre las partes, dentro de las opciones que se hayan establecido en la cláusula arbitral respectiva. Por ejemplo, cualquiera de las partes, en el caso que decida demandar a la otra, podrá elegir sin restricciones el foro en que podrá iniciar su acción, cuestión que la otra parte se verá obligada a acatar.

⁴³ LÓPEZ DE ARGUMEDO, ÁLVARO y BALMASEDA, CONSTANZA. *La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa. A propósito del auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid*, Uría Menéndez Abogados (2014), p. 2.

⁴⁴ Véase: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 [consultado 17 de enero de 2021].

Las segundas —las cláusulas unilaterales—, materia de análisis del presente trabajo, consisten en el establecimiento de una cláusula arbitral, por lo general, surgida dentro de una negociación libre entre las partes, en que se le permite solo a una de ellas, de manera unilateral, —en esto precisamente se diferencia de las cláusulas simétricas— la opción de optar entre un foro arbitral o la justicia ordinaria, sin necesariamente renunciar a ninguno de ellos, es decir, la parte quien se ve “beneficiada” con su estipulación, podrá elegir, en el evento de una potencial disputa y de manera diferida, en qué tribunal demandará a la otra parte contratante; mientras que, la otra parte no tiene esta posibilidad de elección, deberá necesariamente someterse a la elección del beneficiario de la cláusula y por lo general, tendrá limitadas opciones de elección del foro.

La doctrina las ha definido como aquellas cláusulas que “ofrecen a una de las partes de un contrato la opción de someter unilateralmente una disputa a arbitraje, mientras que la otra parte está restringida a entablar procedimientos en los tribunales de una jurisdicción en particular”⁴⁵.

Así las cosas y según veremos en detalle en los capítulos siguientes, las cláusulas unilaterales se manifiestan como un elaborado y sofisticado mecanismo de resguardo que tienen las partes, en base al principio de autonomía de la voluntad, para proteger sus intereses.

c. ¿Por qué elegir las cláusulas unilaterales? ¿Cuáles son sus beneficios para las partes?

En el capítulo anterior ya vimos que una de las partes es la que se beneficia de establecer una cláusula unilateral, pero ¿por qué decimos que corresponde a un “beneficio”? La respuesta a esta pregunta es que la parte a quien le favorece el establecimiento de esta cláusula es quien tiene la capacidad de elegir el foro de la eventual disputa y con ello, podrá escoger la opción más conveniente para sus intereses, en base a una serie de factores. Estos factores que motivarían la suscripción de una cláusula unilateral pueden ser, entre otros, los siguientes:

⁴⁵ NESBITT S. y QUINLAN H. *The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, 22 *Arbitration International*(2006),p. 133 y 134.

- (i) **la naturaleza de la disputa**, entendida como el tipo de conflicto jurídico y de intereses que se contraponen, pues pueden existir diferencias de índole procesal para su resolución que convengan a la parte demandante. Por ejemplo, si la parte demandante pretende interponer una demanda por responsabilidad extracontractual versus una demanda en que se intenta ejecutar una sentencia, dependiendo de la naturaleza de cada asunto, se elegirá uno u otro foro;
- (ii) **la cuantía involucrada**, pues pueden existir ciertos requisitos en uno u otro foro respecto a la cuantía que se decida demandar, por ejemplo, el hecho de rendir caución o someterse a un procedimiento temporalmente extenso que no hace rentable deducir una acción en dicho foro;
- (iii) **la velocidad en que el acreedor podrá ejecutar la sentencia y cobrar su crédito**, toda vez que el acreedor optará por el foro donde el procedimiento sea más expedito;
- (iv) **la legislación aplicable a la disputa**, pues evidentemente, el acreedor dependiendo del conflicto en particular, se decidirá por la legislación que sea más favorable a su pretensión en cuanto ley de fondo;
- (v) **el tribunal arbitral o su integración**, pues se preferirá por el acreedor un tribunal que sea conocida de antemano su jurisprudencia sobre un tema, para intentar predecir un fallo favorable o desfavorable;
- (vi) o incluso en casos donde al momento de celebrar el contrato **no se tiene claridad sobre cuál será el foro más idóneo para la resolución de la potencial disputa y se quiere dejar dicha decisión para otro momento**, naturalmente la parte beneficiaria llegará más preparada ante esa disputa.

Evidentemente, todo lo anterior dependerá de la naturaleza de la disputa, del tipo de incumplimiento contractual o extracontractual en que se incurra y del monto de dinero en juego, por lo que en la gran mayoría de las ocasiones, la elección del tribunal arbitral se deberá a razones comerciales. Esta razón es absolutamente justificada dentro de una economía de mercado globalizada.

Prueba de lo anterior, es que en uno de los rubros en que comúnmente se establecen este tipo de cláusulas, son en los contratos por instituciones financieras. Así, el establecimiento de una cláusula unilateral puede otorgarle grandes beneficios al operar como prestamistas de dinero, pues ante un incumplimiento, pueden aumentar la cantidad de jurisdicciones en las que podrían perseguir al deudor y que efectivamente éste tenga bienes para hacerse con el pago de la acreencia, entre otros beneficios. Así, detentar el control y elegir el mejor tribunal para perseguir al deudor y realizar expeditamente sus bienes.

Como vemos, existen grandes ventajas para la parte beneficiaria de la cláusula unilateral, pero si existe una ventaja en una relación bilateral o multilateral, debe —naturalmente— existir una desventaja o sacrificio para la otra parte, que en sí mismo, representa el hecho de no poder elegir el foro de una potencial disputa, junto con la pérdida de todos los beneficios que ya vimos con anterioridad y el establecimiento de una desigualdad entre las partes en este aspecto. Ahora bien, esto representa un valor intrínseco en sí mismo, pues le otorgar a la parte más débil una herramienta más de negociación, en el sentido que puede ofrecerse a cambio de otra cláusula favorable para su propio beneficio, en equivalencia al establecerse una cláusula unilateral. Un ejemplo práctico es que se podría negociar una limitación de responsabilidad de daños y perjuicios a cambio de establecer la cláusula unilateral.

Caso diferente ocurre con los contratos adhesión, en que la cláusula unilateral puede ser abusiva en el evento que la parte que no se beneficia de ella puede ser forzada a comparecer a un tribunal sin contar con los medios económicos para ello, lo que puede ser considerado como una violación al derecho de acceso igualitario a la justicia, lo que debe ser analizado en el caso concreto. En este punto volveremos en los capítulos siguientes.

d. Beneficios sistemáticos de las Cláusulas Unilaterales para los países que las aceptan

Como vimos en el capítulo anterior, entre los contratantes que se someten a una cláusula arbitral unilateral, la parte favorecida obtiene grandes beneficios en la relación contractual en evento que se produzca una disputa, y la parte que se ve sometida a dicha cláusula, puede ocuparla

como potencial arma de negociación contractual. Ahora bien, fuera de los provechos que dichas cláusulas pueden otorgarles a los contratantes, consideramos que no son los únicos beneficiarios del establecimiento de esta cláusula unilateral, sino que también los países que, en sus ordenamiento jurídicos, las aceptan y les dan validez.

Los países y especialmente en el caso de Chile, deben tener como objetivo ser una sede seria y respetable para el desarrollo de los arbitrajes, por los beneficios económicos y progreso que ello reporta, pues como se ha dicho “la sustanciación de este tipo de procesos evidencia que no sólo constituye un mecanismo altamente interesante para la comunidad jurídica y empresarial internacional, en cuanto medio de resolución de conflicto, sino que, además es una fuente de negocios para el país en el que se desarrolla, al favorecer su economía, mejorar su imagen y, en definitiva, permitir atraer más inversionistas extranjeros, pues a éstos les interesa realizar sus negocios y solucionar las posibles disputas que de ellos surjan en lugares neutrales y estables, lo que demuestra que aún está latente el temor a que los tribunales locales sean más favorables al inversor nacional o a la entidad local”⁴⁶.

Para completar este objetivo, consideramos que el país, desde un punto de vista normativo e institucional, debe fomentar el arbitraje, modernizarlo y uno de los caminos —entre otros— es, conforme la tendencia arbitral internacional es hacer cada vez menos rígidos los mecanismos de tramitación de los arbitrajes, mediante un marco legislativo apropiado y conforme a los criterios directores —con matices que digan relación con la tradición jurídica del país— de los tribunales arbitrales más prestigiosos en el mundo⁴⁷.

Uno de estos caminos es precisamente reconocer la autonomía de la voluntad que tienen las partes ya sea para ante una posible disputa, poder determinar la ley aplicable que resolverá el

⁴⁶ 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*, Revista Chilena de Derecho Privado N° 18 (2012), p. 11.

⁴⁷ Actualmente, los centros de arbitraje internacional más prestigiosos se conforman por la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) en Francia; el Centro Internacional para la Solución de Controversias relativas a Inversiones (“CIADI”), con sede generalmente en Washington DC, EE. UU.; el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Suecia; y el Centro de Arbitraje de Hong Kong (“HKIAC”).

conflicto, el tribunal y cualquier otra cláusula que otorgue una mayor seguridad jurídica a los contratantes, como lo son las cláusulas unilaterales, que permitan como se ha explicado establecer el tribunal que conocerá de su eventual disputa de manera diferida a cuándo ella ocurra realmente.

Por otro lado, en materia de arbitraje de inversiones, el consentimiento es la base esencial, pues requiere de un acuerdo de ambas partes, el Estado receptor de la inversión y el inversionista. En este punto, el artículo 25 (1) de del Convenio CIADI señala expresamente lo siguiente respecto del consentimiento: “(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

Este consentimiento al arbitraje en un tratado de inversiones es una oferta permanente de arbitraje. Así, el inversor extranjero acepta la oferta del Estado de someterse a un arbitraje mediante la presentación de una demanda de arbitraje. Lo anterior implica que el inversor extranjero puede elegir entre entablar una demanda en los tribunales nacionales del Estado o a través de un arbitraje de inversión. Algunos de estos consentimientos de arbitraje establecen que la elección de un inversor extranjero de un foro es una renuncia al derecho de proceder en el otro.

Si bien las cláusulas unilaterales son diferentes en cuanto a la forma, tienen el mismo efecto que en el arbitraje de los tratados de inversión. En este sentido, si se considera que las cláusulas unilaterales son inválidas e inaplicables por ser desequilibradas, las mismas consideraciones podrían realizarse a los consentimientos para el arbitraje en los tratados de inversión, lo que podría ser absurdo.

e. ¿Son justas la Cláusulas Unilaterales?

Hemos visto que la cláusulas unilaterales pueden reportar beneficios para las partes contratantes y los países que las aceptan y validan, sin embargo, la gran interrogante sobre la aplicación de este tipo de cláusulas recae precisamente en su validez bajo la óptica del orden público. En efecto, se discute sobre si ellas pueden ser encausadas correctamente bajo los conceptos de igualdad entre las partes, justicia y equidad. Tanto en el caso de las cláusulas híbridas, y con mayor razón en las cláusulas unilaterales —por su asimetría al solo estar considerada en favor de solo una parte—se discute su validez, proveniente de esta patente desigualdad que se genera.

Ahora bien, de antaño en el Derecho Civil se ha dicho que los Contratos no necesariamente deben ser “justos”. En efecto, en el siglo XIX, prevaleció durante mucho tiempo el principio de autonomía de la voluntad⁴⁸ ante todo y con muy pocas limitaciones, por lo que la idea de la justicia contractual corresponde a una interpretación moderna del derecho de los contratos. Así, el concepto que actualmente refiere a la noción de “justicia contractual”, constituye un fundamento del equilibrio prestacional, y éste solo en las últimas décadas ha concitado el interés de la doctrina nacional, precisándose que este equilibrio debe alcanzarse desde la buena fe⁴⁹. Por tanto, desde la óptica del Derecho Civil se ha señalado que “al aludir a justicia contractual se quiere significar que el contrato debe ser equitativo, asegurando a las partes una relación igualitaria que se traduzca en la proporcionalidad de sus prestaciones”⁵⁰.

A partir de lo anterior y en una analogía con el Derecho Procesal chileno, la parte beneficiaria de la cláusula unilateral, será —por regla general— la más poderosa en el contrato que se celebre, pues ella será quién podrá optar libremente por el foro de la disputa —o tener una mayor gama de opciones—, cuestión que, bajo la tradición del Derecho Civil positivo chileno, no sería

⁴⁸ En base a esto, el Contrato era un acuerdo de voluntades, en que se prescindía del intercambio de prestaciones patrimoniales, por lo que aun cuando existiese una gran diferencia en las prestaciones recíprocas, el contrato no podía revisarse o adaptarse, era inmutable.

⁴⁹ LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA. *El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional*, Revista de Derecho Privado, N° 25 (2015), p. 125-126.

⁵⁰ Ibidem.

incompatible, pues todo contrato oneroso, sea conmutativo o aleatorio, implica algún riesgo o incertidumbre, lo que conduce a algún grado de desigualdad entre la ventaja económica que se otorga a la contraparte y la ventaja económica que se recibe de ella⁵¹, en efecto, según se ha dicho por la doctrina civilista chilena se “tolera en los contratos onerosos la aludida desigualdad de las utilidades que reciben las partes. Solo en escasas hipótesis se rompe *violentamente* el equilibrio entre el provecho económico que reporta cada uno de los contratantes...”⁵².

Si bien dicha analogía entre el Derecho Civil y el Derecho Procesal nos puede dar ciertas luces sobre cómo interpretar esta desigualdad en las cláusulas unilaterales, lo cierto es que es el Derecho Procesal interactúa de manera diferente el principio de autonomía de la voluntad, y como veremos en los capítulos siguientes, existen otros principios que son de suma relevancia en el análisis.

3. LOS CONFLICTOS ENTRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y EL ORDEN PÚBLICO EN LAS CLÁUSULAS UNILATERALES

Como adelantamos en un inicio de este trabajo, el principio que gobierna el establecimiento de las cláusulas unilaterales es el principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, según veremos en lo sucesivo, este principio deberá manifestarse dentro de ciertos límites, esto es, respetando otros principios que rigen la generalidad de los ordenamientos jurídicos como lo es la igualdad de partes, y en definitiva, el orden público. A continuación, veremos el rol de la autonomía de la voluntad en el establecimiento de las cláusulas unilaterales y la manera de relacionarse con los principios referidos.

⁵¹ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. *Las Clasificaciones de los Contratos formuladas en los artículos 1440 y 1441 del Código Civil chileno. Contratos Gratuitos y Onerosos, Conmutativos y Aleatorios*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2010). p. 40.

⁵² *Ibidem*.

a. Autonomía de la voluntad

1. Autonomía de la voluntad en el Derecho Procesal chileno y su normas

Desde la perspectiva del principio de autonomía de la voluntad —o de las partes—, una cláusula unilateral es un elemento que tiene directa relación, o que se gesta, desde la propia negociación de los contratantes, en los elementos más intrínsecos de la relación contractual. Así, como también puede ocurrir con cualquier clase de cláusula que beneficie a solo una de las partes, es un reflejo de los respectivos poderes de negociación de cada una y, especialmente en favor de la parte que es más sofisticada en la relación contractual.

Los tratadistas chilenos han definido a la autonomía de la voluntad de distintas maneras, para don ARTURO ALESSANDRI, la autonomía de la voluntad es “libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración”⁵³, así “si los derechos son meras facultades que la ley reconoce existir en el individuo y la libertad es la base de toda actividad humana, es lógico que ella pueda obrar como mejor le plazca, no siendo naturalmente contra el orden público o las buenas costumbres”⁵⁴; para don JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA, la autonomía de la voluntad “es una doctrina de filosofía jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce”⁵⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico, la autonomía de la voluntad, a través del contrato permite crear normas de derecho que nacen desde la propia voluntad de las partes y es obligatoria para las mismas, como una fuente del Derecho. Así, el artículo 1545 del Código Civil prescribe que todo contrato es una ley para los contratantes. En este sentido, la autonomía de la voluntad debe considerarse como un principio de tal entidad que no puede nacer una obligación a la vida del

⁵³ ALESSANDRI, ARTURO. *De los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2004), p. 10.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁵ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. *Los Contratos*. Parte General, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1998), p. 233.

derecho si la persona no consiente en ello y tal obligación no tiene una fuente distinta al de la convención o contrato.

Desde la óptica del Derecho Procesal, el principio de autonomía de la voluntad en los actos procesales se encuentra limitado en nuestros textos positivos. Existen mínimas manifestaciones, por ejemplo, en nuestros antiguos códigos podemos encontrar la solicitud de que se dicte sentencia sin más trámite (evitando etapa de prueba) según dispone el artículo 313 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil⁵⁶; en materia de convención, en la conciliación del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, la renuncia a los recursos del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, en el compromiso y en los contratos de cláusula compromisoria.

En nuestras leyes especiales, existe un caso bien particular del Decreto Ley N° 2.349 de 1978, que acepta la elección del foro extranjero en contratos económicos o financieros celebrados por el Estado chileno o las empresas públicas con empresas internacionales con asiento principal de sus negocios en el extranjero; o en aquellos celebrados por terceros con la garantía del Estado o una empresa pública chilena. El artículo 1 de la mencionada ley, dispone lo siguiente: “Declárense válidos los pactos destinados a sujetar al derecho extranjero los contratos internacionales, cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, celebrados o que se celebren por organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero, con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas. Son igualmente válidas las estipulaciones por las cuales se haya sometido o se sometan diferendos derivados de tales contratos a la jurisdicción de tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales previstos en mecanismos de arbitraje preestablecidos o en el respectivo contrato, como también las estipulaciones por las que se haya fijado o se fije domicilio especial y se haya designado o se designe mandatario en el extranjero para los efectos del contrato. Lo dispuesto en los incisos anteriores igualmente es aplicable a los actos y contratos por los cuales el Estado de Chile o sus

⁵⁶ Artículo 313 del Código de Procedimiento Civil: Si el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante, o si en sus escritos no contradice en materia substancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, el tribunal citará a las partes a oír sentencia definitiva, una vez evacuado el traslado de la réplica. Igual citación se dispondrá cuando las partes pidan que se falle el pleito sin más trámite.

organismos, instituciones y empresas, hayan otorgado u otorguen, en cualquier forma, su garantía a terceros en los contratos a que se refiere el inciso primero. En virtud del sometimiento a la jurisdicción de un tribunal extranjero, cesará el derecho a invocar la inmunidad de jurisdicción, a menos de estipulación expresa en contrario”.

Como vemos acá, se trata del propio Estado de Chile, actuando como particular y en base al principio de autonomía de la voluntad, quien puede designar con anterioridad a una disputa el tribunal que conocerá de ella en los contratos internacionales celebrados como Estado o sus organismos, instituciones y empresas.

En lo que refiere a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en torno a los márgenes de la autonomía de la voluntad como principio absoluto de los contratos, de antaño ha establecido que en lo que respecta a las cláusulas contractuales este principio tiene ciertas limitantes, por ejemplo, ha determinado que se sí puede interponer recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia dictada con infracción de una cláusula contractual⁵⁷, por lo que si bien la autonomía de la voluntad es el elemento fundante en la creación de un contrato, siempre quedará sujeta a revisión por los tribunales de justicia.

Como vemos, en lo que refiere a la normativa procesal, la autonomía de la voluntad no tiene una estructura legal que sea suficiente y se baste a sí misma para fundamentar la validez de cláusulas unilaterales, por lo que obedece más a una práctica legal, no estando regulada en la legislación procesal chilena. Por lo anterior, el papel de los tribunales y la doctrina es realizar una interpretación por analogía de las normas internas para resolver problemas que surjan en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, y en este caso, en la relación de este principio y las cláusulas unilaterales.

⁵⁷ Déliz con Compañía de Seguros Liverpool y otros (1910); Sociedad Hauts Fourneaux, Forges et Aciéries du Chili con Conde Armanol y otro (1926); Sorucco, Echeverría y Cía. Ltda. con Sorucco, Echeverría Ltda. (1943), recopilados en VIAL, MARÍA IGNACIA (2013), p. 896.

2. Autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado

En lo que refiere al Derecho Internacional Privado, la autonomía de la voluntad corresponde a un principio que se desarrolló inicialmente a mediados del siglo XIX y XX, y cuya aceptación fue controvertida en sus inicios, aun que hoy se le considera como cuerpo común de los sistemas legales mundiales.

Uno de los ejemplos más frecuentes de la utilización del principio de la autonomía de la voluntad en los arbitrajes internacionales, más de permitir cláusulas de compromiso, es la posibilidad de que las partes puedan elegir el derecho sustantivo con que se fallará la potencial disputa o también diversos aspectos procesales, como la elección del tribunal o foro.

Legislaciones como la de Suiza, sede de numerosos e importantes arbitrajes institucionales en materia internacional, contempla una normativa que privilegia la autonomía de las partes, lo que a su vez genera jurisprudencia que aplica sus disposiciones al arbitraje de manera favorable, fomentando un derecho internacional claro y predecible⁵⁸. Esto sin duda conlleva a que las partes prefieran una legislación como la de Suiza en una cláusula arbitral.

En Francia, sede de la Cámara de Comercio Internacional, consagrado como uno de los principales lugares de arbitraje en el mundo, la autonomía de la voluntad se manifiesta manera vanguardista, al otorgarle a las partes progresivamente cada vez más derechos el establecimiento de ciertas cláusulas, como la renuncia al derecho de apelar a un laudo en materia internacional.

Para que este principio haya sido aceptado de manera universal, es de gran relevancia el Convenio sobre La Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, Roma 19-VI-1980 que prescribió legislativamente la autonomía de la voluntad y unificó el derecho europeo relativo a la ley aplicable a los contratos⁵⁹.

⁵⁸. VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA (2012) p. 17.

⁵⁹ A modo ejemplar, el artículo 3 de dicho Convenio sobre la “Libertad de elección” prescribe lo siguiente:

Pese a los avances que ha tenido la autonomía de la voluntad algunos de los sistemas jurídicos internacionales, en Latinoamérica todavía no es universalmente aceptado. En efecto, es rechazado en Brasil y Uruguay; es aceptado como práctica legal en Chile y Argentina — principalmente por los abogados—, sin normas que la regulen como tal; y solo es aceptada normativamente en México, Perú y Venezuela⁶⁰.

Una vez abordada en este capítulos y los anteriores, la situación del principio de autonomía de voluntad, su definición y tratamiento legal en nuestro país y en parte del mundo, corresponde derechamente remitirnos a cómo se relaciona este principio con el establecimiento de las cláusulas unilaterales.

3. Autonomía de la voluntad y las cláusulas unilaterales

En lo relativo a la interacción entre el principio de autonomía de la voluntad y las cláusulas unilaterales, lo central es señalar que la segunda es una plena manifestación de la independencia y autonomía que tienen las partes para establecer sus propias normas que gobernarán su contrato. En efecto, las cláusulas unilaterales nacen de las propias funcionalidades internas que puedan significar para las partes y que, en muchos casos, pueden ser incluso la piedra de tope para la celebración de un contrato.

“1. Los contratos se regirán por ley elegida las partes. Esta deberá ser o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

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

3. La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo «disposiciones imperativas».

4. La existencia y la validez del consentimiento de las Partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 8, 9 y 11”.

⁶⁰ VIAL UNDURRAGA, MARÍA IGNACIA. *La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de Derecho Internacional Privado*, Revista Chilena de Derecho, vol. 30 N° 3 (2013) p. 892.

Así, por un lado, la parte beneficiaria de la cláusula unilateral querrá tener más opciones para elegir el foro pues le otorga mayor seguridad en el cobro de su crédito ante un eventual incumplimiento, o derechamente, desea la elección el foro para otro momento; y por otro lado, la parte que no es beneficiaria de dicha cláusula, renuncia a la simetría, en base al principio de la autonomía de la voluntad y reduce sus opciones de elección foro, pero que a la vez puede significar una herramienta de valor para la negociación contractual.

Así, con que una de las partes pueda elegir un foro, la autonomía de la voluntad puede dar paso a construir una estructura legal adecuada para los contratos internacionales, garantizando la libertad contractual y un tribunal adecuado y predecible para gobernar un contrato. Asimismo, se ha dicho que “las elecciones de ley y foro están estrechamente relacionadas entre sí puesto que la eficacia de una elección de ley depende fundamentalmente de la ley del foro en que se entable la acción; de ahí que sea práctica frecuente que se incluyan ambas elecciones en los contratos internacionales de modo de garantizar que la autonomía es aceptada. Por otra parte, a veces, los jueces pueden establecer que la elección de un cierto foro es un indicador de una elección táctica de la ley de ese foro o considerarla como una presunción de la intención de las partes de aplicarla”⁶¹.

A partir de lo anterior, una de las grandes ventajas que posee su elección por las partes como cláusula arbitral, es que permite y facilita el desarrollo del comercio internacional, por todas las facilidades que otorga a los beneficiarios, por lo que puede ser considerada como una motivación más para que inversionistas elijan un país —ya sea en la modalidad de arbitraje o justicia ordinaria— como foro para el conocimiento de una eventual disputa, fomentando a su vez la promoción de la economía de mercado.

⁶¹GUILIANO, MARIO y LAGARDE, PAUL, *Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Official Journal CEE C. 282, 31-Z-1980(1980) p. 17; LANDO, OLE, *The Conflict of Laws of Contracts, General Principles*, Académie de Droit International, Recueil des Cours, vol 189 (1985) p. 312; SCOLES, EUGENE, HAY, PETER, BORCHERS, PATRICK y SYMEONIDES, SYMEON, *Conflicts of Laws*, St Paul Minnesota, Thomson West, 4^a Ed. (2004)p. 950-951, citados en VIAL, MARÍA IGNACIA (2013), p. 894.

Ahora bien, pueden ocurrir casos en que una de las partes se vea *forzada* a firmar dicha cláusula unilateral por ser la parte menos sofisticada en el contrato, y en caso de incumplimiento de la otra parte, acuda a la única jurisdicción establecida en el contrato y se encuentre con la sorpresa que el Derecho local del tribunal no sea aplicable a este caso, o derechamente se le produzcan trabas que inevitablemente la pongan en estado de indefensión. Este tipo de casos son precisamente los que el Derecho pretende evitar, limitando la autonomía de la voluntad, como veremos en el capítulo siguiente.

b. Límites a la autonomía de la voluntad

Como ya hemos adelantado, la autonomía de la voluntad, como fuente creadora de normas jurídicas para las partes no puede ser despótica y es lo que principalmente preocupa a los Estados que las someten a su revisión. A continuación, veremos cuáles son los principales límites a la autonomía de la voluntad que hemos detectado en las cláusulas unilaterales, a partir del análisis de la jurisprudencia internacional, la doctrina y la legislación chilena.

a) Igualdad de partes

Desde la perspectiva de la igualdad de partes, el otorgar a solo una de ellas la opción decidir el foro en que se discutirá y resolverá la controversia es un motivo *a priori* de desequilibrio, por ello también su caracterización de *asimétrica*.

En efecto, como toda cláusula contractual y arbitral, refleja el poder negociador que detentan las partes en la respectiva relación contractual, por lo que, de modo general, quien no es beneficiaria de esta cláusula será quien discuta sobre su validez. Desde este escenario, el principal problema es que dicha cláusula contenga implícitamente un problema de falta de equilibrio en las contraprestaciones que se deben los contratantes, aunque, como ya vimos anteriormente, el equilibrio prestacional no es una cuestión que deba primar en el análisis de los contratos, en otras palabras, debiese ser manifiestamente abusiva para poder ser objetada.

De este modo, es normal que suceda que en un contrato comercial existan cláusulas que sean desequilibradas, y el principio de igualdad —solo por el hecho de existir— no puede *per se* invalidarlas todas sin haber entrado en análisis particular del caso concreto, pues que como vimos en los capítulos anteriores, la generalidad de las cláusulas contractuales emana de una negociación libremente llevada en las partes.

La normativa internacional reconoce ampliamente el derecho a la igualdad en diferentes cuerpos legales. Así, el artículo 10 de la Declaración de Derechos Humanos, establece que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derecho y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en material penal”. Por su parte, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos establece que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil...”. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8 sobre Garantías Judiciales señala que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Del mismo modo, la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre, en su artículo XXVI sobre el Derecho de Justicia, indica que “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

En el caso de arbitraje internacional, La Ley Modelo de la CNUDMI, en su artículo 18, estableció que las partes deben ser tratadas como iguales y cada parte recibirá oportunidades para presentar su caso. Así, dicha ley establece lo siguiente al respecto: “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

Como vemos, la igualdad ante la ley se encuentra reconocida ampliamente en los Tratados Internacionales. Chile, es parte de estos tratados, por lo que se encuentra obligado a respetarlos y cumplir dicha normativa.

En lo que refiere a la doctrina, para EDUARDO COUTURE, la igualdad *procesal* “en tanto sea posible dentro de las necesidades técnicas del debate, la ley procesal primero, y el juez luego, deben propender a que el actor y el demandado actúen en el proceso en un plano de igualdad. En la etapa de conocimiento esa igualdad debe consistir en dar a ambos contendientes análogas posibilidades de expresión y de prueba. En la etapa de la ejecución, en admitir dentro de términos más reducidos los medios de defensa necesarios para evitar la ruinoso realización de los bienes del deudor (...) el principio de igualdad en el debate, tiene un aspecto que, dentro del sistema constitucional, ha adquirido un extraordinario significado: el problema de igualdad económica ante el litigio ¿De qué vale una declaración afirmando la igualdad ante el derecho si la tal igualdad no existe en los hechos? ¿Qué mayor ironía que la de proclamar a todos iguales, si el costo de la justicia es, por sí mismo un instrumento de desigualdad!”⁶².

De este modo, podemos entender que para el citado autor la igualdad dice relación con que las partes se encuentren en una igualdad de condiciones en lo relativo al proceso mismo que se genera una vez ya iniciado el juicio, por ejemplo tener las mismas prerrogativas ante el árbitro, mismos plazos para presentar escritos, entre otros; pero no refiere a igualdad previo iniciado este proceso, cuando es precisamente el momento en que se pacta una cláusula unilateral, esto por lo general responderá a la posición económica que tengan los contratantes. Por ello, corresponde plantear la siguiente interrogante, ¿Para satisfacer el principio de igualdad de partes

⁶² COUTURE, EDUARDO. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. La Constitución y el Proceso Civil, Ediciones de Palma, Buenos Aires (1989), p. 66-67.

en los términos descritos debe analizarse la cláusula arbitral, en este caso unilateral, o simplemente bastaría que exista una igualdad en el litigio una vez iniciado?

A este respecto, consideramos que dicha igualdad debe existir no solo dentro del proceso ya constituido, sino que también al momento de la suscripción de la cláusula unilateral. Ahora bien, este análisis debe hacerse respecto del caso concreto, de manera excepcional, bajo una interpretación restrictiva y que para efectivamente exista una vulneración al principio de igualdad de partes, ésta debe ser evidente.

Otra cuestión para tener presente es que el concepto de igualdad variará entre ordenamientos jurídicos, tanto en lo formal como en su contenido. Del mismo modo, existen nociones sustantivas de igualdad constitucional, así (i) la general o tradicional de tratar como igual a los iguales y desigual a los desiguales; (ii) como protección de bienes públicos importantes (derechos fundamentales) que sacrifica la autonomía de la voluntad ; (iii) como no discriminación por factores asociados a ciertos grupos como la raza y el sexo, y (iv) como obligación positiva de promover igualdad de oportunidades (y de facto), como la remoción de los obstáculos que afectan el desarrollo de ciertas personas y las consideraciones reales de cada individuo⁶³.

De lo que ya hemos visto, es claro que la igualdad en el tratamiento de partes junto con el respecto al orden público —que trataremos en el capítulo siguiente— constituyen una limitación al principio de autonomía de la voluntad en todo el procedimiento arbitral, lo que se traduce directamente en el cuidado que se le debe tener al intentar establecer una cláusula unilateral.

⁶³DÍAZ DE VALDÉS J., JOSÉ MANUEL. *La Igualdad constitucional: múltiple y compleja*, Revista Chile de Derecho, vol. 42 N° 1 (2015), p. 181.

b) Orden público

La relevancia del orden público en materia arbitraje es vital, constantemente una de las mayores problemáticas de los tribunales chilenos y extranjeros es delimitar su definición, puesto que muchas veces ello es necesario para determinar lo que verdaderamente implicaría una vulneración al orden público con ocasión de la dictación de un laudo arbitral. En efecto, se ha señalado que corresponde a un concepto que precisa, en definitiva, el éxito o fracaso del instrumento de solución de controversias⁶⁴.

Una de las primeras aproximaciones es que cuando nos referimos al orden público, hablamos de un sistema o conjunto normativo que busca proteger el interés de la sociedad en su conjunto y que varía en tiempo en tiempo y de lugar en lugar, en cambio, cuando hablamos de arbitraje —por regla general y discutiblemente en los arbitrajes de inversiones donde intervienen los Estados— nos referimos a un contenido eminentemente privado, regulado por cláusulas contractuales que fueron negociadas entre las partes respecto de una situación única y particular, y que por ende, no interesaría, *a priori*, a la sociedad en su conjunto.

Para don JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS refiriéndose al orden público en los arbitrajes, señala que “la autorregulación por las partes en cuanto al régimen normativo sustancial aplicable al contrato, debe reconocer o compatibilizarse con limitaciones o atenuaciones heterónomas, que tutelan intereses más allá del de los intervinientes en el contrato, debiendo, en todo caso, la elección del derecho aplicable efectuarse de buena fe y no contraria el orden público”⁶⁵. Para el autor, las normas que gobiernen el contrato deben compatibilizarse con intereses más allá de los propios, y en conformidad con los principios de buena fe y orden público.

⁶⁴ MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS; GARCÍA MIRÓN, ROLANDO. El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo arbitral tratándose un arbitraje comercial internacional, *Revista de Derecho*, Vol. XXIV Nº1 (2011), p. 118.

⁶⁵ FIGUEROA VALDÉS, JUAN EDUARDO. *Tratado de Derecho Arbitral, El Convenio Arbitral*, Tomo I, Colección de Estudios de Instituto Peruano de Arbitraje (2011), p. 334.

En lo relativo a las materias que son de orden público, para la profesora CAROLA CANELO FIGUEROA, “en general, son materias de orden público aquellas que miran el interés de la sociedad y en las que los derechos en disputa no son disponibles por las partes, tales como los asuntos de familia, laborales, de protección al consumidor y penales”⁶⁶. Esta distinción es relevante toda vez que hay ciertas materias en que la autonomía de la voluntad se ve limitada precisamente por la naturaleza de los asuntos que aborda. De interés para las cláusulas unilaterales es, a modo ejemplar, los contratos de adhesión pues allí existe la predominancia de solo una voluntad⁶⁷, en que pocas veces puede alterarse el contenido por el consumidor en este caso, así lo ha reconocido la ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores⁶⁸.

Ahora bien, el enfoque para analizar las cláusulas unilaterales a la luz del orden público es aquel que abarca los principios fundamentales de justicia, incluyéndose —entre otros— los principios procesales.

La doctrina ha señalado que el orden público tiene dos dimensiones como concepto: uno procesal y otro sustantivo. Así, respecto del primero, se ha dicho lo siguiente: “el orden público procesal cubre lo que tradicionalmente se denomina debido proceso, en particular el derecho de las partes a ser debidamente llamadas al arbitraje, igualdad en el trato, un procedimiento adversarial (que incluye el derecho a ser oído), la prohibición de parcialidad y la falta de independencia, fraude o corrupción por parte de los árbitros [y el principio de cosa juzgada]”⁶⁹; respecto del segundo, se refiere “al deber de actuar de buena fe, la prohibición del abuso de

⁶⁶ CANELO FIGUEROA, CAROLA. *Derecho Procesal Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2014), p. 50.

⁶⁷ DEREUX, GEORGES. *De la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión*. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago, 1910 (p.229) citado por Tapia, Mauricio. *Contrato por adhesión, ley N° 19.496*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002, p.28.

⁶⁸ El artículo 1 N° 6 de la ley N°19.496 prescribe que un contrato de adhesión es “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”.

⁶⁹ ARFAZADEH, H. *In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception*, en *The American Review of International Arbitration*, Vol. 13, 2020, p. 49, citado en MARÍN GONZÁLEZ y GARCÍA MIRÓN, ROLANDO (2011), p. 126, traducción de los autores.

derecho, prohibición de discriminación, prohibición de expropiación sin un debido proceso (...) y la protección de los incapaces”⁷⁰.

La Corte de Apelaciones de Santiago, ha señalado que en lo que respecta al orden público procesal “comprende principios tan fundamentales como las condiciones del debido proceso, el trato igualitario a las partes, la existencia de un procedimiento contradictorio, la imparcialidad del tribunal arbitral y la prohibición de fraude o corrupción de algunos de sus miembros. A nivel sustantivo, en tanto, se incluye principio como la prohibición del abuso del derecho, la protección de los intereses políticos, sociales y económicos esenciales del Estado y el respeto a las obligaciones asumidas por éste con otros estados u organismos internacionales”⁷¹

Como ya señalábamos en el capítulo anterior, una cláusula unilateral debe respetar a la igualdad de partes o de trato, tanto en el acceso a la justicia y en el procedimiento mismo, por lo que en lo que refiere al orden público, consideramos que el establecimiento de una cláusula unilateral no implica *per se* bloquear el acceso a los tribunales, sino que a ciertos tribunales, que fueron definidos por acuerdo entre las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad, por lo que sí se respetaría el derecho de acceso a la justicia y el derecho a ser oído, y por ende, se respetan elementos que se estiman como esenciales del el orden público.

Ahora bien, debemos dejar en claro que no pueden existir situaciones, en que efectivamente exista una vulneración al orden público en el evento que una de las partes maliciosamente deje sin opciones de foros viables —en el sentido que la parte pueda ser oída, sea tratada en igualdad, tanto en cuanto al acceso a la justicia como en el proceso mismo una vez ya iniciado— ante un incumplimiento de la otra parte, mientras que ella sí lo tenga. En estos casos consideramos que efectivamente puede existir una vulneración al orden público procesal por abuso del derecho, cuestión que debe ser castigada con la declaración de nulidad de la cláusula.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2013, rol ingreso Corte N° 1917-2012.

En efecto, según dispone la LACI en su artículo 34, una de las causales⁷² para recurrir en contra de un laudo arbitral internacional es que éste sea contrario al orden público de Chile. Este procedimiento será conocido por la Corte de Apelaciones respectiva según dicta el mismo artículo.

Estas causales “abarcan prácticamente todos los aspectos relativos al arbitraje, comprendiendo desde la regularidad del procedimiento arbitral, las exigencias de validez del convenio y el eventual control frente de la infracción al orden público chileno. Mediante esta opción se busca dar certeza y estabilidad a la decisión arbitral, impidiendo el ejercicio de acciones que directa o indirectamente pretendan revertir el resultado del proceso arbitral”⁷³ Así, “se busca dar certeza y estabilidad a la decisión arbitral, reduciendo el control del arbitraje por parte de la judicatura ordinaria fundamentalmente a la regularidad procesal del arbitraje, sin perjuicio de un pronunciamiento de control acerca del fondo por la vía de una eventual infracción al orden público chileno”⁷⁴.

Han sido nuestros tribunales superiores quienes han limitado su accionar al respecto, pues han señalado que, en lo que refiere al recurso de nulidad de un laudo arbitral⁷⁵ este “constituye un

⁷² “Artículo 34 de la Ley N° 19.971. Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los numerales 2) y 3) de este artículo.

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando: a) La parte que interpone la petición pruebe: i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado, o ii) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas, o iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley, o b) El tribunal compruebe: i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o ii) Que el laudo es contrario al orden público de Chile.

3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral...”

⁷³ ROMERO S., ALEJANDRO Y DÍAZ V., JOSÉ IGNACIO. *El arbitraje interno y comercial internacional (parte general)*, Editorial Lexis Nexis (2007), p. 255.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Artículo 34 Ley N 19.971.

recurso de carácter extraordinario, de derecho estricto, en el que la actuación de esta Corte se limita a verificar la efectividad de las causales invocadas en relación a los hechos que las fundamentan, toda vez que el objetivo de la ley N° 19.971, fue regular en nuestro ordenamiento jurídico de manera específica el arbitraje comercial internacional, procurando que la intervención de los Tribunales fuera lo más limitada posible, interviniendo sólo en aquellos casos expresamente establecidos por la ley”⁷⁶.

De este modo, la referencia e importancia del orden público ya ha sido tratado por nuestros tribunales en lo relativo al recurso de nulidad del laudo arbitral contemplado en la LACI, por lo que la jurisprudencia ha definido sus contornos y ha definido ciertamente lo que implica una vulneración a sus elementos esenciales.

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2013, rol ingreso Corte N° 1917-2012.

CAPÍTULO III: PANORAMA INTERNACIONAL Y CASOS SOBRE TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS UNILATERALES

En el capítulo anterior hemos revisado cómo interactúan las cláusulas unilaterales con el principio de la autonomía de la voluntad y las limitaciones que posee, centrándonos en la igualdad de partes y el orden público. Así, en lo que respecta a este capítulo, veremos cómo ha fallado la jurisprudencia internacional al respecto y las posiciones que han tomado los Estados en lo relativo a la aceptación y validez de las cláusulas unilaterales.

La importancia de una mirada internacional en el análisis de este tipo de cláusulas se genera a partir de que éstas han sido abordadas en una mayor cantidad de ocasiones, manifestando tanto a favor como en contra de ellas y con distintos argumentos, por lo que es crucial saber qué es lo que han dicho estas jurisdicciones para guiar este análisis y luego aplicarlo al caso chileno.

Por otro lado, la relevancia de este análisis internacional deviene en que tarde o temprano, serán los Estados quienes, a través de las resoluciones de sus tribunales o su legislación, se pronuncien acerca de la validez de estas cláusulas. Así, los contratantes preferirán nombrar una jurisdicción estatal que acepte las cláusulas unilaterales en su ley de fondo o exista jurisprudencia favorable en torno a su aceptación.

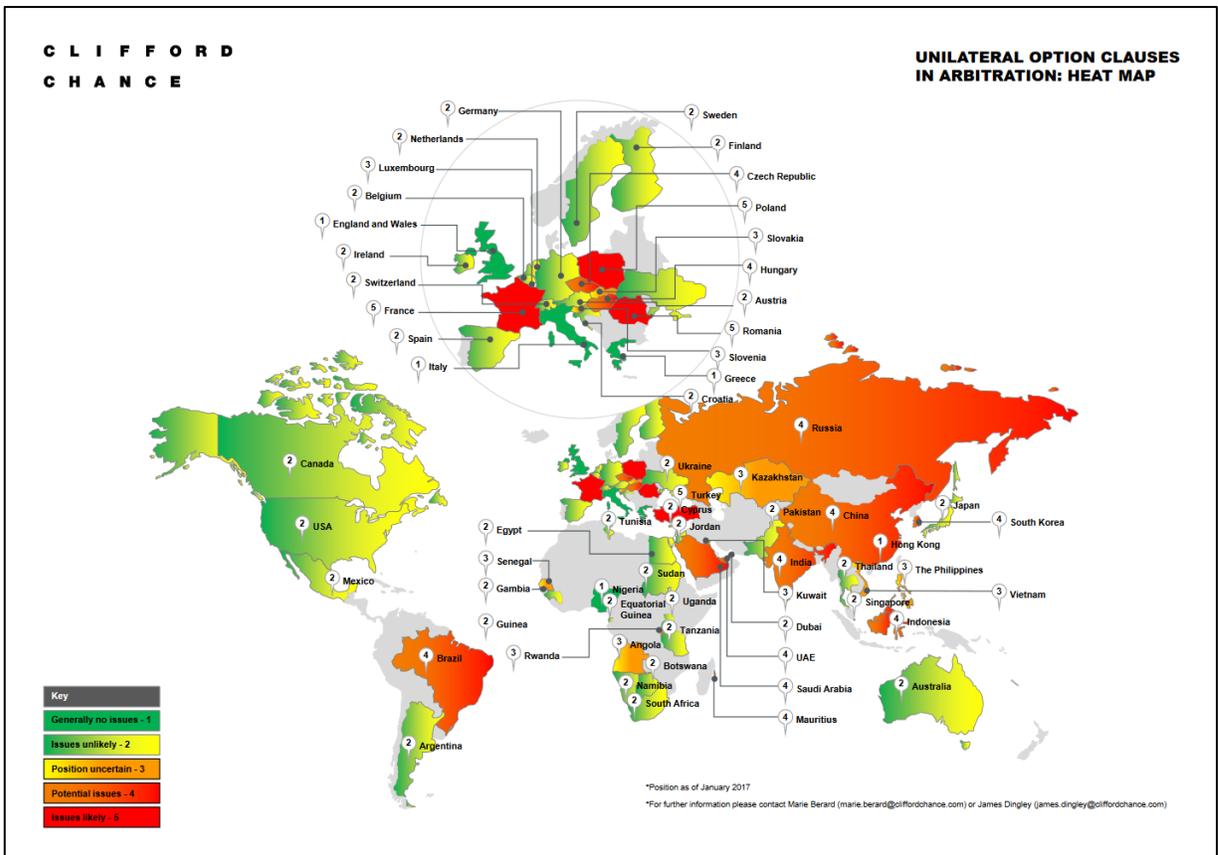
Primero que todo debemos decir que la jurisprudencia internacional ha sido conservadora al calificar la validez de las cláusulas unilaterales. En un principio no ha sido aceptada como válida en la generalidad de las jurisdicciones, también debido a que su inclusión en los contratos no era tan frecuente, sin embargo, como veremos, al día de hoy esta situación ha cambiado, pues progresivamente dichas cláusulas han sido calificadas como válidas en la mayoría de las legislaciones y tribunales más relevantes del mundo, aunque dicha aceptación no ha sido pura y simple, sino que con ciertas limitaciones, o en algunos casos, a partir de una evolución jurisprudencial.

El principal problema que se ha planteado al respecto, como vimos en el capítulo anterior, es que entregarle de manera unilateral la facultad de elegir el foro a solo una de las partes podría atentar contra el principio de igualdad en el tratamiento de ellos y el orden público.

Por lo general, los tribunales de jurisdicciones de derecho consuetudinario (“*common law*”) han confirmado la validez de estas cláusulas unilaterales, en base a distintos factores según veremos. Los tribunales de Derecho anglosajón, de manera regular han aceptado su aplicación, indicando fundamentalmente que la igualdad en cuanto garantía del debido proceso solo se extiende al tratamiento o la conducta dentro del mismo foro y durante las actuaciones en el tribunal, esto es, durante el proceso. En cambio, otros tribunales de Derecho continental, como es el caso de Francia, les ha negado su validez.

Ahora bien, el problema se presenta en las jurisdicciones en que el principio de igualdad tiene un concepto de amplio alcance y que no solo se refiere al procedimiento una vez ya se encuentra establecido el arbitraje, si no que desde mucho antes también, incluso desde la formación del consentimiento al suscribir la cláusula.

En general, el panorama internacional respecto de la aceptación de las cláusulas unilaterales al año de 2017 se encontraba conformado de la siguiente manera:



Cuadro N°1: Mapa de calor sobre el tratamiento de las cláusulas unilaterales⁷⁷

Como podemos ver del cuadro N°1, la aceptación de las cláusulas unilaterales no es un tema zanjado. Muestra de lo anterior es que gran parte de los países de Europa del Este y parte de Asia no las aceptan o las aceptan de manera restringida; en Europa del Oeste pareciera encontrarse más equilibrado el tratamiento de éstas; luego, en los países de América del Norte, parte de África y Oceanía, se encuentran medianamente aceptadas, salvo ciertos casos, como en Francia, Rumania y Polonia.

Revisado el panorama general del tratamiento de las cláusulas unilaterales, a continuación veremos los casos más relevantes que hemos detectado y seleccionado para efectos de este trabajo, en que los tribunales extranjeros se han manifestado al respecto.

⁷⁷ Cuadro resumen elaborado por Clifford Chance, disponible en: <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2017/01/unilateral-option-clauses-2017-survey.pdf> [consulta: 11 noviembre de 2020].

a. Inglaterra

En el caso de Inglaterra, las cláusulas unilaterales son a modo general válidas y así también los laudos que las contienen, son ejecutables.

Uno de los juicios más relevante en este país sucedió durante el año 2013, en que el Tribunal Comercial Inglés, conoció de un caso denominado *Mauritius Commercial Bank con Hestia Holdings Limited*, Mauritius Commercial Bank (banco de la República de Mauricio), actuando como demandante, concedió un préstamo a uno de los demandados, una empresa del país Mauricio, garantizado —segundo demandado— con su matriz registrada en la India; en el documento se preveía como jurisdicción exclusiva los tribunales de Mauricio. El primer demandado incumplió el pago del instrumento y acordaron entre todas las partes repactar la deuda, aunque esta repactación estaba sujeta a la legislación inglesa y no a la mauriciana. El primer demandado nuevamente incumplió el pago y el demandante inició un procedimiento Inglaterra en contra del deudor principal y la filial que garantizaba la deuda.

Los demandados argumentaron que la cláusula de jurisdicción estaba sujeta a la legislación de Mauricio, por lo que no era válida debido a su naturaleza de unilateral, citando un caso francés —que veremos más adelante— donde se invalidó una cláusula de naturaleza similar; en subsidio, indicaron que incluso de estar sujeta al derecho inglés, no era válida por ser una cláusula unilateral que no era compatible con los principios fundamentales relativos a la igualdad en el acceso a la justicia y el debido proceso.

El tribunal inglés, conociendo del caso, rechazó la primera de las pretensiones, pues estimó que el nuevo acuerdo sustituyó el anterior, por lo que debía considerarse la jurisdicción inglesa como válida, y en lo relativo al segundo argumento, aun considerando que la jurisdicción inglesa conocía del caso por derecho propio, la cláusula unilateral era válida y eficaz.

Para fundamentar esta última posición, el tribunal inglés señaló que el banco podía entablar un procedimiento en cualquier tribunal que se considerara competente en virtud de sus normas de derecho internacional privado, y que el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades —en el que los demandados se basaron para argumentar la vulneración a la igualdad de acceso a la justicia— no estaba siendo vulnerado pues dicha norma refiere al acceso a la justicia en el foro que eligieron las partes, no a la elección del foro mismo.

En definitiva, el tribunal inglés determinó que no existía una desigualdad en la elección del foro, simplemente porque el banco podía elegirlo.

b. Singapur

En Singapur, conocida como una de las sedes arbitrales más respetables del mundo, al igual que en Inglaterra, se considera que las cláusulas unilaterales son válidas por regla general.

Durante el año 2017, en el caso *Dyna-Jet Pte Ltd. contra Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd. [2017]; [2016]* y *Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd. contra Dyna-Jet Pte Ltd. [2017]*, la Corte de Apelaciones de Singapur y el Tribunal Superior de aquel país, reconocieron la validez de una cláusula unilateral y que éstas eran plenamente ejecutables.

En este caso, el apelante Dyna-Jet contrató al demandado WTAP para la instalación de ánodos submarinos en la isla de Diego García en el océano Índico. Entre las cláusulas del contrato, existía un acuerdo de resolución de controversias que otorgaba solo a WTAP el derecho a elegir la sede del arbitraje si se gestaba una controversia en relación a la ejecución o interpretación del contrato. La Cláusula en particular señalaba lo siguiente “Toda reclamación o controversia o incumplimiento de los términos del Contrato se resolverá amistosamente entre las partes mediante consultas mutuas. Si no se llega a un arreglo amistoso mediante discusiones, a elección de Dyna-Jet, la controversia podrá ser remitida y resuelta personalmente mediante

procedimientos de arbitraje, que se llevarán a cabo con arreglo al derecho inglés; y se celebrarán en Singapur⁷⁸.

Pues bien, surgió una controversia entre las partes y Dyna-Jet optó por resolver la controversia mediante ante la justicia ordinaria en lugar de un arbitraje. WTAP se opuso, por existir un acuerdo de arbitraje a su juicio.

El tribunal de primera instancia indicó que la mera referencia a un arbitraje no es suficiente para constituir un acuerdo de arbitraje, puesto que el convenio arbitraje requiere el consentimiento de ambas partes para obligarse al arbitraje y un acuerdo contractual condicional o incondicional. En segundo lugar, el tribunal señaló que de la interpretación de la cláusula se desprende que se limita a la elección de Dyna-Jet, y que la interpretación de WTAP es una construcción no comercial de la cláusula, puesto que, si la WTAP hubiera optado por no llegar a un acuerdo amistoso, la disputa de las partes tendría que ser litigada porque no habría ninguna base sobre la cual las partes tuvieran derecho a elegir un arbitraje, puesto que la elección solo correspondía a Dyna-Jet. En tercer lugar, el tribunal señaló que una cláusula que confiere el derecho a elegir el arbitraje o no —de manera asimétrica—, sí es un acuerdo de arbitraje, por lo que Dyna-Jet eligió la justicia ordinaria, en desmedro de la cláusula arbitral, por lo que el acuerdo de arbitraje es inejecutable.

El tribunal de segunda instancia de Singapur coincidió con la argumentación del tribunal de primer grado.

c. Rusia

Al contrario de los casos anteriores, el Tribunal Supremo de Comercio Ruso, en el caso *Russkaya Telefontnaya Kompaniya con Sony Ericsson Mobile Communications* de 2012, sostuvo que las cláusulas unilaterales violaban el principio de igualdad de acceso a la justicia, consistente

⁷⁸ Traducción libre.

en que las partes en una disputa deben tener los mismos derechos para presentar sus casos, basándose en un principio de igualdad de acceso a la justicia establecido en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades.

Esta decisión contrasta con el caso de *Maurituis Commercial Bank con Hestia Holdings Limited* que revisamos con anterioridad en Inglaterra.

Para los tribunales rusos, el principio de igualdad de partes implica que los contratantes tienen iguales derechos procesales para defenderse, por lo que la norma para garantizar el debido proceso en los juicios civiles ante la justicia ordinaria debía aplicarse también en los procedimientos arbitrales. En este sentido, una cláusula unilateral no puede privarle a una de las partes tal derecho y otorgárselo a otra, perturbando con ello el equilibrio de los derechos de las partes.

En este caso, el tribunal ruso permitió que el demandante pudiera acudir al tribunal ordinario para hacer valer su derecho y que este se encontraba garantizado bajo protección judicial.

Confirmando la posición anterior y de manera más reciente, en el año 2018, en su Digesto, el Tribunal Supremo de Comercio Ruso señaló que las cláusulas unilaterales violaban los principios de competencia e igualdad de partes. Aunque el Digesto no tiene valor de precedente oficial, proporciona una valiosa orientación sobre el enfoque que los tribunales rusos adoptan respecto de la validez cláusulas unilaterales.

d. Francia

En Francia, probablemente el caso más cercano a Latinoamérica y especialmente Chile, dada la influencia del Derecho continental de ese país, el Tribunal Supremo francés durante el año 2012, en el caso *Sra. X con Banque Privée Edmond de Rothschild* sostuvo que las cláusulas unilaterales son inválidas.

En este caso, la demandante de nacionalidad francesa (cliente del Banco demandado) accionó en contra de la demandada (Banco Luxemburgués) por daños y perjuicios en el Tribunal de París. La demandante abrió una cuenta bancaria en un banco luxemburgués a través de una empresa francesa filial del banco. La demandante consideró que la suma depositada en su cuenta bancaria no estaba dando los beneficios esperados por lo que demandó a la matriz y a la filial en el tribunal de primera instancia París. El Banco de Luxemburgo impugnó la competencia del tribunal debido a la existencia una cláusula arbitral unilateral que otorgaba la competencia exclusiva a los tribunales de Luxemburgo, pero permitía igualmente al banco de Luxemburgo litigar en los tribunales del domicilio del cliente o cualquier otro competente. Esta impugnación fue desestimada por el tribunal de primera instancia como por el tribunal de apelaciones, por estar en conflicto con el artículo 23 del Reglamento CE/2001 (Reglamento de Bruselas)⁷⁹. Luego y apelada dicha decisión por el banco, el Tribunal de Casación francés, también rechazó el recurso interpuesto por el banco, y sostuvo que la totalidad de la cláusula de jurisdicción era inválida. Consideró que la cláusula solo era vinculante para la demandante y que era la única obligada a acudir a los tribunales de Luxemburgo por lo que la cláusula era potestativa para el banco, entrando en conflicto con la norma antes señalada.

⁷⁹ “1. Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. Tal acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; o b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas; o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

2. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

3. Cuando ninguna de las partes que hubieren celebrado un acuerdo de este tipo estuviere domiciliada en un Estado miembro, los tribunales de los demás Estados miembros sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubieren declinado su competencia.

4. El tribunal o los tribunales de un Estado miembro a los que el documento constitutivo de un trust hubiere atribuido competencia serán exclusivamente competentes para conocer de una acción contra el fundador, el trustee o el beneficiario de un trust si se tratare de relaciones entre estas personas o de sus derechos u obligaciones en el marco del trust.

5. No surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia ni las estipulaciones similares de documentos constitutivos de un trust si fueren contrarios a las disposiciones de los artículos 13, 17 y 21 o si excluyeren la competencia de tribunales exclusivamente competentes en virtud del artículo 22.”

Así las cosas, según lo señalado por el tribunal francés, las cláusulas unilaterales no son válidas en dicha jurisdicción, en cualquiera de sus formas e independientemente de la forma en que se encuentre redactada.

Ahora bien, el Tribunal Supremo francés en el caso *eBizzcuss con Apple* de 2015, aclaró que en las cláusulas unilaterales se pueden identificar de manera objetiva los foros, y son válidas y ejecutables bajo la ley francesa. En ese caso, se permitió a la parte demandante (Apple) el derecho a demandar en: a) Francia; o b) cualquier otra jurisdicción en la que la parte con derecho a entablar procedimientos donde haya sufrido una pérdida. En todo caso, esta cláusula solo tenía como elección diferentes tribunales y no un arbitraje como tal, por lo que no se trataba de una cláusula unilateral que estableciera un convenio arbitral como tal, por lo que no podemos considerar que las cláusulas unilaterales sean aceptadas en dicho país.

e. Italia

El tribunal de apelación de Milán en el año 2011, en el caso *Sportal Italia contra Microsoft Corporation* falló que las cláusulas unilaterales eran válidas. Este caso en particular se permitía a solo una de las partes iniciar un procedimiento en un tribunal de Washington, EE. UU., mientras que la otra parte podía elegir, como beneficiaria de la cláusula unilateral, entre el referido tribunal o ante los tribunales ordinarios italianos.

En este caso, el tribunal italiano para fundamentar la validez de la cláusula indicó que las partes eran libres de determinar cómo se iban a resolver las disputas entre ellas, incluso permitiéndose que solo una de las partes pueda solicitar un arbitraje.

f. España

En el caso de España, los tribunales se han pronunciado de manera favorable respecto de las cláusulas unilaterales.

En la disputa denominada *Camimalaga SAU con DAF Vehiculos Industriales SA y DAF Truck NV* del año 2013, el tribunal de primera instancia declaró su falta de jurisdicción para el conocimiento de la acción del demandante, sobreyendo el proceso, por estimar que el asunto —una acción de competencia desleal— debía someterse a arbitraje o ante los tribunales de justicia de Países Bajos, lo mismo las cuestiones relativas a la defensa de competencia de dichos tribunales.

La actora recurrió de apelación ante dicha decisión, por lo que tocó que el tribunal de apelaciones de Madrid se manifestara al respecto. Este tribunal reconoció la validez de los acuerdos arbitrajes del tipo “híbridos” y que éstos eran recurrentes en la práctica. Asimismo indicó que era “perfectamente posible que un derecho subjetivo sea disponible y susceptible de renuncia o transacción y que, sin embargo, todas o algunas de las normas jurídicas que deban aplicarse por parte del órgano decisor del litigio (en este caso el árbitro) generado en torno a ese derecho subjetivo sean normas de naturaleza imperativa o de ‘ius cogens’. Las partes solo renuncian a que su pretensión se ventile ante un órgano judicial, sin que ello implique lo mismo respecto al derecho sustantivo aplicable. Éste podrá ser hecho valer por otro cauce procesal, de modo que el árbitro será el que deba aplicar las correspondientes normas imperativas (y si no lo hiciese así el defecto sería denunciabile en el cauce que a ello correspondiese, que en el caso del Derecho español, por ejemplo, lo sería la acción de anulación del laudo arbitral)”.

g. Estados Unidos

El caso de Estados Unidos es bastante complejo. La jurisprudencia ha sido vacilante en la interpretación de las cláusulas unilaterales. Así, por ejemplo en el caso *Conseco Finance Servicing Corp con Wilder* el tribunal determinó que era válida una cláusula unilateral en un contrato de adhesión con un consumidor y que no había ninguna razón para que las partes tuvieran que tener obligadamente los mismos derechos en un arbitraje, mientras que en *Choice Hotels Intern., Inc con Ticknor* la anuló cuando la otra parte (un franquiciado) estaba en una mejor posición que la del caso anterior, puesto que no se pudo demostrar que el franquiciado

había negociado libremente el contrato y que además éste carecía de reciprocidad en sus obligaciones.

En este sentido, el hecho que de la jurisprudencia de dicho país sea irresoluto en la determinación de la validez de las cláusulas unilaterales, establece condiciones muy insatisfactorias para el desarrollo de las cláusulas unilaterales.y con ello el desarrollo comercial, puesto que no establece criterios claro de su aceptación o rechazo.

CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA CHILENA SOBRE LAS CLÁUSULAS UNILATERALES

Luego de analizar los pronunciamientos más relevantes de los tribunales extranjeros en lo relativo a la aplicación y validez de las cláusulas unilaterales, toca revisar qué es lo que han dicho nuestros tribunales al respecto. Si bien no existen pronunciamientos claros, existe un caso en que la Corte Suprema tuvo la oportunidad de dar luces sobre la interpretación y validez de estas cláusulas y cómo interactúan con el principio de la autonomía de la voluntad.

Desarrollo Inmobiliario Nova Terra y Cía. S.A. y otro con Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros, Bice Vida Compañía de Seguros S.A. y otra

En el año 2015, la Corte Suprema de Justicia⁸⁰ conoció de un recurso de casación interpuesto por la demandante en contra de una resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago⁸¹, que confirmó la decisión del 23º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago⁸² de acoger una excepción dilatoria de incompetencia absoluta opuesta por las demandadas.

El instrumento suscrito entre las partes —Bice Vida Compañía de Seguros S.A. (“Bice Vida”) con Desarrollo Inmobiliario Nova Terra y Compañía S.A. (“Dinsa”), como también entre Compañía de Seguros Generales Consorcio Nacional S.A. (“Consorcio”) y Dinsa— decía relación con un contrato de resciliación con opción de compra, en que en su cláusula octava, se establecía una cláusula compromisoria de resolución de controversias.

En particular, la cláusula compromisoria establecía lo siguiente: “OCTAVO: Solución de controversias respecto de toda y cualquier duda, disputa o dificultad que se suscite contra las

⁸⁰ Corte Suprema, *Desarrollo Inmobiliario Nova Terra y Cía. S.A. y otro con Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros, Bice Vida Compañía de Seguros S.A. y otra*, rol ingreso Corte Nº 31071-2014, sentencia de fecha 8 de octubre de 2015.

⁸¹ Corte de Apelaciones de Santiago, rol ingreso Corte Nº 1421-2014, sentencia de fecha 8 de octubre de 2014.

⁸² 23º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, rol Nº C-7739-2013.

partes de este instrumento, sus estipulaciones, acuerdos y eventuales modificaciones o complementaciones, con motivo de su interpretación, aplicación, validez o nulidad, resolución o terminación, cumplimiento o incumplimiento o cualquier otro con ellos relacionado, será resuelto en arbitraje de derecho en cuanto al fallo y arbitrador en su tramitación, con arreglo al Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago que se encuentre vigente a esa fecha en el mismo Centro antes indicado. Las partes confieren poder especial irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago A.G., para que, a solicitud escrita de cualquiera de ellas, designe a un árbitro de derecho en cuanto al fallo y arbitrador en su tramitación de entre los integrantes del cuerpo arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago /el “Árbitro”/. En contra de las resoluciones del Árbitro no procederá recurso alguno, salvo el de queja, por lo que los accionistas renuncian expresamente a ellos. El Árbitro queda especialmente facultado para resolver todo asunto relacionado con su competencia y/o jurisdicción. Jurisdicción opcional de Bice Vida. **Se conviene por las partes que Bice Vida, tendrá la facultad de sustraerse de la jurisdicción arbitral que se conviene en esta cláusula y someter la resolución de la contienda de que se trate a los Tribunales Ordinarios de Justicia. De esta forma B.V. tendrá siempre la facultad unilateral de ejercer sus acciones y por consiguiente radicar el proceso correspondiente ya sea ante el Árbitro, estará investida de la facultad referida precedentemente, debiendo ejercerla y comunicarlo a Dinsa en la forma prescrita en la cláusula Diez tan pronto sea notificada de la demanda, en forma previa la contestación y oposición de excepciones a la misma. Por el contrario, si Bice Vida fuere demandada por Dinsa ante Tribunales Ordinarios de Justicia no podrá sustraerse a la competencia de estos”** (Énfasis agregado).

Como podemos observar de la sección final de cláusula transcrita, ambas partes tenían la facultad de demandar ante un tribunal arbitral o ante un tribunal ordinario, pero solo Bice Vida podía, en el caso que sea demandado ante la justicia arbitral, sustraer el conocimiento del asunto y llevarlo ante la justicia ordinaria, en el caso que sea demandado ante los tribunales ordinarios no tendrá dicha opción. Es decir, Bice Vida podía, incluso ya iniciado un procedimiento arbitral, negarse a someter el conocimiento del mismo a tal tribunal y obligar a la otra parte a llevarlo ante la justicia ordinaria.

La Corte Suprema, refiriéndose a la validez de dicha cláusula indicó que ésta era válida, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y teniendo en consideración que no se encontraba dentro de los casos de arbitraje forzoso del artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales.

En efecto, nuestro máximo tribunal estableció lo siguiente al respecto: “Que de los términos de la cláusula octava se constata que si bien las partes del contrato de autos pactaron en su acápite “Solución de controversias” una cláusula compromisoria, que ha sido conceptualizada como un contrato por el cual las partes sustraen determinados asuntos litigiosos al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y las someten a juicio arbitral, produciendo la derogación de las jurisdicciones ordinarias y la sumisión de las partes a la jurisdicción arbitral, de igual modo es posible verificar que los contratantes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y considerando que no estamos frente a una situación de arbitraje forzoso, estipularon una excepción a los efectos de la referida cláusula arbitral que opera cuando D. [Dinsa] demande ante los tribunales ordinarios de justicia a cualesquiera de sus dos contrapartes y que impide a éstas poder sustraerse de la competencia de la jurisdicción ordinaria”⁸³.

Luego, la Corte analizando dicha cláusula a la luz de lo dispuesto en el artículo 1545 de Código Civil y conforme a las normas de formación del consentimiento en los actos jurídicos bilaterales (oferta y aceptación), sentenció que “si una cláusula puede ser renunciada por las partes, no se visualiza obstáculo para que los contratantes puedan restringir la posibilidad de alegarla a una de las partes, como ocurre en la especie respecto de las Compañías de Seguros en caso que sean demandadas por Dinsa”⁸⁴.

Por último, el máximo tribunal de justicia hizo presente que “el origen del arbitraje es eminentemente contractual, lo que equivale a reconocer el carácter de libertad que conlleva su establecimiento, cuestión que si bien presenta limitaciones en el caso de las materias sometidas a arbitraje forzoso (artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales), como también en los casos

⁸³ Corte Suprema, rol ingreso Corte N° 31071-2014, Considerando Sexto.

⁸⁴ Ibidem.

de arbitrajes ya constituidos (artículo 240 N°1 del citado Código), ninguna de dichas restricciones se da en la especie, desde que no estamos frente a una materia de conocimiento obligatorio por parte de un árbitro y los litigantes no han designado a un árbitro conforme a lo convenido en la cláusula compromisoria”⁸⁵.

Así, la Corte termina con acoger el recurso de casación en el fondo de deducido por Dinsa, considerando que se infringió lo establecido en el artículo 1545 del Código Civil, “en cuanto (los jueces de fondo) desatendieron la ley del contrato, error de derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, desde que llevó a los sentenciadores a acoger la aludida excepción en circunstancia que ésta debía ser rechazada...”⁸⁶.

De los párrafos recién transcritos, la jurisprudencia del tribunal supremo se manifiesta claramente a favor de lo que entendemos como cláusulas unilaterales a lo largo de este trabajo. Para ello, el centro argumental es el principio de autonomía de la voluntad que permite a las partes, en este caso, determinar cómo se resolverán las potenciales disputas entre ellas, y con ello, poder renunciar de manera unilateral a derechos que les asistan; además de lo anterior, realiza una distinción para reforzar el argumento anterior, que la materia del caso analizado no es aquellas de *arbitraje forzoso* del artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales. Asimismo, dicho fallo no considera que exista una vulneración a la igualdad de partes (como acceso a la justicia) ni al orden público respecto de Dinsa, pues fue ella, en el marco del principio autonomía de la voluntad y lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, que renunció a su derecho de llevar una disputa a arbitraje.

Aun así, debemos tener presente que el recurso de casación no denunció una vulneración a las normas de orden público relativas a la igualdad de partes y el debido proceso que han sido tratadas en este trabajo, por lo que no podemos considerar que en nuestro país exista jurisprudencia clara y asentada que le de plena aplicación a las cláusulas unilaterales, refiriéndose a sus principales problemáticas.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las cláusulas unilaterales se han ido convirtiendo en una herramienta atractiva para las partes comerciantes por su significativa flexibilidad. En efecto, como bien hemos analizado a lo largo de esta trabajo, de modo general las partes, los contratantes, inversores, empresas, países, quien sea que decida celebrar un contrato y establecer una cláusula arbitral unilateral a su propio beneficio, intentará conducir el arbitraje hacia aquellos tribunales o foros que le otorgue ciertas ventajas o beneficios en el caso de una eventual disputa con la otra parte, es decir, tribunales que sean proclives a dar reconocimiento a la autonomía de la voluntad y que sus leyes y procedimientos permitan un eficaz y expedito juicio arbitral.

Según la jurisprudencia analizada, a pesar de su adopción generalizada en las transacciones comerciales internacionales, la validez y la aplicabilidad de las cláusulas unilaterales son inciertas a nivel internacional. En algunas jurisdicciones, los tribunales han considerado que son inválidas e inaplicables por ley. Esto parece estar en completa contradicción con la realidad comercial internacional, especialmente en lo que respecta a las transacciones complejas y largamente negociadas por partes sofisticadas.

Para que el país sea una sede atractiva para las partes y éstas deseen seleccionar a Chile como sede de arbitrajes, debemos como ser capaces de otorgar la seguridad jurídica de que este tipo de cláusulas serán aceptadas. Sin embargo, siempre y cuando no representen una vulneración de la igualdad de partes y al orden público.

Al momento de realizar este análisis, al tenor de lo señalado en este trabajo y de acuerdo con las directrices que se deben tener en cuenta al momento de examinar las cláusulas arbitrales en su conjunto, creemos que existen ciertos elementos a tener cuenta para su interpretación, estos son los siguientes: (a) la excepcionalidad de su examen y la (b) interpretación restrictiva. Del mismo modo, (c) indicaremos ciertas recomendaciones y cuestiones relevante al momento de redactar la cláusula unilateral y las jurisdicciones a determinarse por la cláusula.

a. Excepcionalidad

La excusa o motivo para adentrarse a examinar una cláusula unilateral debe ser excepcional. La razón de esto es que, ha de tener presente que fueron las partes quienes, dentro de una negociación libre y en base a la autonomía de la voluntad, tal como ya lo manifestó la Corte Suprema en base a lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil en el caso revisado con anterioridad, decidieron celebrar la cláusula unilateral. Esta cláusula, como ya vimos, a pesar de su asimetría tiene un valor intrínseco por sí misma e incluso puede que haya sido determinada por una razón particular del negocio.

Cuando nos referimos a casos excepcionales, lo hacemos respecto de situaciones en que exista una potencial vulneración al orden público, ya sea que la propia naturaleza del contrato o la disputa enfrente a dos partes en que una de ellas es muy sofisticada, que se establezcan una asimetría que devenga prácticamente en un contrato de adhesión, o que dicha cláusula unilateral se haya establecido a sabiendas de su inejecutabilidad, manifestándose como un abuso del derecho.

Del mismo modo, se ha señalado que deben existir ciertos límites, al igual que en el derecho comparado, para la libertad que tienen las partes al establecer este tipo de cláusulas, con la finalidad de evitar fraudes, evasiones de ley y proteger los valores fundamentales del foro⁸⁷.

Así, como vimos a lo largo de este trabajo, los límites impuestos a esta autonomía de la voluntad para que no implique una vulneración a la igualdad de partes, tiene que ver con que la elección no sea contraria al orden público, el respeto de las normas imperativas del foro y asegurar la protección de la parte contratante más débil⁸⁸.

⁸⁷ VIAL, MARÍA IGNACIA (2013), p. 912.

⁸⁸ *Ibidem*.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en lo que respecta al examen nulidad de laudos internacionales con ocasión de una vulneración al orden público, ha indicado que debe ser realizado de manera excepcional, pues según nuestros tribunales superiores dicho análisis solo se fundamenta en “que cualquier alegación respecto del orden público procesal que atienda a la inobservancia de algún trámite procesal o formalidades previstas en los códigos de procedimiento civil u orgánico de tribunales debe ser rechazada, salvo si se relaciona con los conceptos y principios fundamentales de justicia”⁸⁹.

Consideramos que dicho criterio establecido por la Corte debe ser replicado al momento de analizar las cláusulas unilaterales.

b. Interpretación restrictiva

De la mano con la excepcionalidad debemos tener presente que, al momento de examinar la cláusula unilateral, su interpretación debe realizarse de una forma restrictiva en lo relativo a la vulneración que se acuse en el caso concreto, es decir, esta vulneración debe ser de una entidad tal que sea más o menos evidente y que efectivamente diga relación con un impedimento al acceso a la justicia o el derecho a ser oído, pues como indicamos, fueron las partes quienes, dentro de un proceso de negociación y en base a la autonomía de la voluntad, pactaron el establecimiento de la cláusula unilateral.

Así, como sostiene la profesora MARÍA FERNANDEZ VÁSQUEZ, respecto del orden público procesal y el orden público sustantivo, “en ambas vertientes es posible constatar que la noción de orden público se desliga del aspecto sustantivo, para dejarlo reservado sólo a los principios y garantías procesales o derechos fundamentales que ha de respetar el árbitro en su actuar, considerando principalmente la naturaleza y objetivo de la acción de anulación que en ningún caso pretende constituirse como una segunda instancia a manos de los tribunales estatales, lo

⁸⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2013, rol ingreso Corte N° 1917-2012.

que viene a confirmar que no pueden los tribunales estatales entrar a revisar el fondo lo debatido en el juicio arbitral bajo ningún respecto”⁹⁰.

Al momento de analizar las cláusulas unilaterales debemos atenernos a examinar su establecimiento a la luz de los principios que gobiernan el orden público procesal y no el sustantivo, pues ello implica conocer del fondo del asunto.

Del mismo modo, nuestros tribunales superiores han señalado respecto a la interpretación restrictiva en el derecho procesal que “en derecho procesal que es parte del derecho público solo se puede realizar aquello para lo cual se esté expresamente facultado por la Constitución o las leyes, ergo, la interpretación siempre deberá ser restrictiva...”⁹¹

c. Clara redacción de la cláusula y examen de la jurisdicciones

Sin perjuicio de las consideraciones que hemos notado, es importante que —como toda cláusula contractual— la cláusula unilateral quede redactada de la forma más completa para el caso concreto o negocio en particular, evitando que puedan surgir interpretaciones divergentes en cuanto a su contenido.

De este modo, consideramos que se deben tener presente los siguientes elementos: (i) su alcance, es decir, en qué casos —o con motivo de cuáles incumplimientos— será aplicable la cláusula; (ii) los tribunales a los cuales podrán optar las partes de manera simétrica y los tribunales a los que podrá optar la parte beneficiaria de la cláusula; (iii) cuándo y cómo puede elegir la parte con derecho a la elección del foro; (iv) las consecuencias de cualquier procedimiento paralelo una vez se haya realizado la elección; (v) determinar la ley de fondo de cada foro, su idioma y

⁹⁰ VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA. *Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección*, Revista chilena de Derecho Privado N° 16 (2011), p. 115.

⁹¹ Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia de fecha 03 de abril de 2018, Rol N° 571-2018.

el número de árbitros, si correspondiera; (vi) las jurisdicciones en que podrá ejecutarse la sentencia y sus limitaciones específicas.

Así las cosas, un ejemplo de cláusula unilateral que proponemos tener como referencia es la siguiente: “Las partes acuerdan que cualquier disputa o controversia que surja de o en conexión a este contrato, incluyendo cualquier pregunta sobre su existencia, aplicación, ejecución, validez, terminación o cualquier otro motivo, será resuelta por el foro que la **parte A** decida unilateralmente como demandante, optando entre las siguientes opciones: **Sede 1 y Sede 2**. En caso que la **parte B** opte por iniciar acciones en contra de la **parte A**, necesariamente deberá realizarlo ante la **Sede 1**. De este modo, la **parte B** realiza una expresa renuncia a iniciar cualquier acción en contra de la **parte A** en la **Sede 2**”.

Por otro lado, las partes que decidan establecer una cláusula unilateral deben analizar con sumo cuidado el foro en los cuales se llevará a cabo la disputa, puesto que, si bien en Chile se ha dado ciertas luces y se ha aprobado su aplicación, el panorama internacional no es el mismo. Como vimos, existen ciertas jurisdicciones que han anulado o invalidado la aplicación de una cláusula unilateral incluso bajo voluntad explícita de las partes.

De este modo, y puesto que la admisibilidad de este tipo de cláusulas no es totalmente clara, su inclusión en un contrato debe ser cuidadosa, puesto que conlleva el peligro de que finalmente no tenga aplicación práctica.

BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación

- Constitución Política de la República de Chile.
- Código Orgánico de Tribunales de Chile.
- Código Civil de Chile.
- Código de Procedimiento Civil de Chile.
- Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2013).
- Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
- Convenio sobre La Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, Roma 19-VI-1980.
- Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derecho Humanos y de las Libertades.
- Reglamento CE/2001 (Reglamento de Bruselas).
- La Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1958.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá), de 30 de enero de 1975;
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI).

2. Doctrina

- AYLWIN AZÓCAR, PATRICIO. *El juicio arbitral*, Editorial Jurídica de Chile (2005).
- JARROSSON, CHARLES. *La notion d'arbitrage*, París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Bibliotheque de Droit Privé (1987).

- COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *La Competencia*, 2º Edición, Editorial Jurídica de Chile (2015).
- VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA. *Ley chilena de arbitraje comercial internacional: Análisis de las doctrinas jurisprudenciales, a diez años de su vigencia*, Revista Ius et Praxis, Año 21, N° 2 (2015).
- Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XXX, Editorial Jurídica de Chile.
- GEORGES, DELAUME. *Law and practice of transnational contracts*, Oceana, Nueva York (1988).
- GÓMEZ JENE, MIGUEL. *El Convenio Arbitral: Status Quo*, Cuadernos de Derecho Transnacional (2017).
- LÓPEZ DE ARGUMEDO, ÁLVARO y BALMASEDA, CONSTANZA. *La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa. A propósito del auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid*, Uría Menéndez Abogados (2014).
- NESBITT S. Y QUINLAN H. *The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, 22 Arbitration International (2006).
- 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*, Revista Chilena de Derecho Privado N° 18 (2012).
- LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA. *El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional*, Revista de Derecho Privado, N° 25 (2015).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. *Las Clasificaciones de los Contratos formuladas en los artículos 1440 y 1441 del Código Civil chileno. Contratos Gratuitos y Onerosos, Conmutativos y Aleatorios*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2010).
- ALESSANDRI, ARTURO. *De los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2004).

- LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. *Los Contratos. Parte General*, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, (1998).
- VIAL UNDURRAGA, MARÍA IGNACIA. *La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de Derecho Internacional Privado*, Revista Chilena de Derecho, vol. 30 N° 3 (2013).
- GUILIANO, MARIO y LAGARDE, PAUL. *Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Official Journal CEE C. 282, 31-Z-1980(1980).
- LANDO, OLE. *The Conflict of Laws of Contracts, General Principles*, Académie de Droit International, Recueil des Cours, vol. 189 (1985).
- SCOLES, EUGENE, HAY, PETER, BORCHERS, PATRICK y SYMEONIDES, SYMEON. *Conflicts of Laws*, St Paul Minnesota, Thomson West, 4ª Ed. (2004).
- COUTURE, EDUARDO. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. La Constitución y el Proceso Civil, Ediciones de Palma, Buenos Aires (1989).
- DÍAZ DE VALDÉS J., JOSÉ MANUEL. *La Igualdad constitucional: múltiple y compleja*, Revista Chile de Derecho, vol. 42 N° 1 (2015).
- MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS; GARCÍA MIRÓN, ROLANDO. *El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo arbitral tratándose un arbitraje comercial internacional*, Revista de Derecho, Vol. XXIV N°1 (2011).
- FIGUEROA VALDÉS, JUAN EDUARDO. *Tratado de Derecho Arbitral, El Convenio Arbitral*, Tomo I, Colección de Estudios de Instituto Peruano de Arbitraje (2011).
- CANELO FIGUEROA, CAROLA. *Derecho Procesal Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2014).
- DEREUX, GEORGES. *De la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión*. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago (1910).
- TAPIA, MAURICIO. *Contrato por adhesión, ley N° 19.496*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (2002).
- ARFAZADEH, H. *In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception*, en The American Review of International Arbitration, Vol. 13, (2020).
- ROMERO S., ALEJANDRO Y DÍAZ V., JOSÉ IGNACIO. *El arbitraje interno y comercial internacional (parte general)*, Editorial Lexis Nexis (2007).

3. Jurisprudencia

- Corte Suprema de Chile. Déliz con Compañía de Seguros Liverpool y otros (1910).
- Corte Suprema de Chile. Sociedad Hauts Fourneaux, Forges et Aciéries du Chili con Conde Armanol y otro (1926).
- Corte Suprema de Chile. Sorucco, Echeverría y Cía. Ltda. con Sorucco, Echeverría Ltda. (1943).
- Corte Suprema de Chile. Desarrollo Inmobiliario Nova Terra y Cía. S.A. y otro con Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros, Bice Vida Compañía de Seguros S.A. y otra. Sentencia de fecha 8 de octubre de 2015, rol ingreso Corte N° 31071-2014.
- Corte de Apelaciones de Santiago de Chile. Sentencia de fecha 8 de octubre de 2014, rol ingreso Corte N° 1421-2014.
- Corte de Apelaciones de Santiago de Chile. Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2013, rol ingreso Corte N° 1917-2012.
- Corte de Apelaciones de San Miguel de Chile. Sentencia de fecha 30 de abril de 2018, rol N° 571-2018.
- 23° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago de Chile, rol N° C-7739-2013.
- Tribunal Comercial Inglés. Maurituis Commercial Bank con Hestia Holdings Limited, N° EWHC 1328 (Comm) (2013).
- Corte de Apelaciones de Singapur. Dyna-Jet Pte Ltd. con Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd., Civil Appeal N° 71-2016 (2016).
- Corte Suprema de Singapur. Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd. con Dyna-Jet Pte Ltd., N° SGCA 32 (2017)
- Tribunal Supremo de Comercio Ruso. Russkaya Telefonnaya Kompaniya con Sony Ericsson Mobile Communications, N° 1831/12 (2012).
- Tribunal Supremo de Francia. Sra. X con Banque Privée Edmond de Rothschild, N° 11-26.022 (2012).
- Tribunal Supremo de Francia. eBizcuss con Apple, N° C-352/13 (2015).
- Tribunal de Apelación de Milán. Sportal Italia con Microsoft Corporation (2011).

- Audiencia Provincial de Madrid. Camimalaga SAU con DAF Vehiculos Industriales SA y DAF Truck NV, N° AAP M 1988/2013 (2013).
- Corte de Apelación de Kentucky. Conseco Finance Servicing Corp con Wilder, N° 2000-CA-000276-MR (2001).
- Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Ninth Circuit, Choice Hotels Intern., Inc con Ticknor, N° 00-35048. (2002).

4. Contenido en línea

- [En línea] GUZMÁN JORDAN, JULIO. Artículo sobre Arbitraje y Medidas Precautorias para el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, Cámara de Comercio de Santiago.
<https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/739?show=full>
- [En línea] Anteproyecto de ley de arbitraje interno.
<https://www.ichdp.cl/anteproyecto-de-ley-de-arbitraje-interno/>
- [En línea] ELINA, MEREMINSKAYA. *Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: En búsqueda de la armonía*.
http://www.camsantiago.cl/articulos_online/61_1_97-114.pdf , p. 103
- [En línea] Situación actual sobre la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).
https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2
- [En línea] Cuadro de resumen de análisis de las cláusulas unilaterales, elaborado por Clifford Chance (2017).
<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2017/01/unilateral-option-clauses-2017-survey.pdf>