

## **Calificación subjetiva de un contrato como internacional, crítica a la ley de Arbitraje Comercial Internacional**

**Héctor Navarrete Tapia<sup>1 2</sup>**

El presente artículo tiene por objeto estudiar el sentido y alcance de la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional. Lo anterior en relación con la concepción que la doctrina nacional tiene sobre la calificación de un contrato como internacional y en la aplicación del orden público a este tipo de contratos. Con anterioridad a la publicación de la ley, un contrato se calificaba como internacional cuando existían elementos internacionales relevantes en la relación contractual. Estos factores de conexión con uno o más Estados permitían a las partes, en lo que ahora importa, escoger el derecho aplicable a la relación contractual, también conocida en la doctrina como libertad conflictual. Tratándose del orden público, a los contratos nacionales se les aplicaba el orden público nacional y a los contratos internacionales el orden público internacional. En este artículo sostengo la tesis que la nueva ley de arbitraje comercial internacional, al introducir criterios subjetivos de calificación de un contrato internacional, pretendiendo lo contrario, incorpora en el sistema de derecho internacional privado factores que confunden y hacen difícil la distinción entre contratos nacionales y contratos internacionales, permitiendo a las partes de un contrato nacional evitar la aplicación de normas imperativas del derecho chileno. Al amparo de esta nueva normativa, la necesidad de concluir un negocio puede obligar a la parte más débil de la relación a calificar de internacional un contrato puramente nacional y por esa vía quedar desprotegida en el ejercicio de sus derechos al verse materialmente obligada a litigar en un foro extranjero sometida a una legislación desconocida. La aplicación del derecho nacional a las relaciones jurídicas nacionales cumple una función de protección para

---

<sup>1</sup> Profesor de la cátedra de Contratos Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, abogado, Master (LLM) Estudios Legales Internacionales, Washington College of Law, American University, D.C., EE.UU.

<sup>2</sup> El autor agradece muy especialmente al ayudante don Nicolás Zlatar Díaz. Su persistencia, sus habilidades como investigador y su buen ánimo han sido fundamentales para poder terminar este artículo.

todos los ciudadanos, pero especialmente para la pequeña y mediana empresa nacional, pues les permite resolver sus conflictos en una jurisdicción conocida al amparo de su propia legislación.

### **I.- Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional.**

Con fecha 29 de septiembre de 2004 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 19.971 que regula el arbitraje comercial internacional. La presente normativa tiene como antecedente inmediato la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida por su sigla en inglés UNCITRAL). Las leyes modelos pretenden uniformar el derecho comercial internacional, no por la vía de la suscripción de tratados bilaterales o multilaterales que pueden ser engorrosos, de lenta negociación y puesta en práctica, sino que por la vía de adoptar un estatuto modelo, que se sugiere a los Estados para que las adopten como normas internas de sus respectivos países, y por esta vía ir homogenizando el derecho comercial internacional. Las leyes modelos corresponden a una expresión de lo que la doctrina llama el Derecho Uniforme Material puesto que pretenden uniformar el derecho de fondo aplicable a la relación jurídica, en este caso, la regulación del arbitraje comercial internacional.

El Mensaje del Presidente de la República<sup>3</sup> sobre el proyecto de ley de arbitraje comercial internacional establece tres tipos de consideraciones para la adopción de una normativa de arbitraje internacional. Primero, indica que la integración de Chile a la economía mundial ha multiplicado las transacciones entre personas naturales o jurídicas chilenas con personas naturales o jurídicas extranjeras en las que se incorporan cláusulas arbitrales; segundo, señala que resulta conveniente a los intereses de las partes nacionales en las transacciones internacionales estimular el que las diferencias arbitrales sean resueltas en Chile; y finalmente, indica que es un objetivo deseable que nuestro país ocupe un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional.

---

<sup>3</sup> Mensaje de S. E. el Presidente de la República a la Cámara de Diputados con el que inicia el proyecto de ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, de fecha 2 de Junio de 2003, N° 15-349.

El Mensaje agrega que uno de sus objetivos es llenar un vacío normativo que permita establecer criterios claros de internacionalidad. Sobre el particular señala: “Por lo que se refiere a la internacionalidad, resulta indispensable contar con un sistema jurídico con reglas que establezcan criterios claros de calificación jurídica de la misma, lo que no ocurre hoy en día en el derecho chileno. Para ilustrar lo anterior, puede citarse la norma del artículo II de la citada Convención de Nueva York, que pudiera ser el fundamento jurídico en Chile para el acuerdo de arbitraje internacional, si bien concebida y limitada al reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, no distingue según que la relación jurídica de que se trate sea interna o internacional”.

El Mensaje se refiere a los principios generales del proyecto, señalando que éste se aplica solamente al arbitraje comercial internacional, por lo que en su interpretación debe respetarse como principio fundamental el carácter internacional del arbitraje; y al referirse a los criterios para determinar el carácter internacional del arbitraje, añade: “Naturalmente, este reconocimiento a la autonomía de la voluntad tiene límites en cuanto no podría declararse internacional una controversia que no tenga efectivamente algún elemento extranjero de cierta relevancia o contravenga normas de orden público, como por ejemplo las relativas a la protección del consumidor.”

## **II.- Ámbito de aplicación del Arbitraje Comercial Internacional.**

El artículo primero de la ley de arbitraje comercial internacional señala:

*“Artículo 1.- Ámbito de aplicación. 1)Esta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile.2)Las disposiciones de esta ley, con excepción de los artículos 8º, 9º, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional.*

*3)Un arbitraje es internacional si: a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b)Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii)El lugar del cumplimiento de una parte*

*sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, o c) **Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.***

*4) A los efectos del numeral 3) de este artículo: a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual. 5) Esta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley.”*

El texto de la norma define el ámbito de su aplicación estableciendo que se aplicará al arbitraje comercial internacional; a reglón seguido la nueva normativa define cuándo un arbitraje es internacional, para lo cual recurre a criterios objetivos como son: (a) El hecho que las partes tengan al momento de la celebración del acuerdo sus establecimientos en estados diferentes; (b) que el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos y (c) que el lugar con el cual el objeto del litigio tiene una relación más estrecha esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos. Estos criterios corresponden a las definiciones que la doctrina ha dado de contrato internacional.

### **III.- Criterios de calificación del Contrato Internacional**

#### **i) Doctrina Extranjera**

No existe una definición precisa de contrato internacional, no obstante, la doctrina en su mayoría califica un contrato como internacional sobre la base de criterios objetivos<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Véase, Maluenda Parraguez, Rodrigo, *Contratos Internacionales*, Fundación Fernando Fueyo, Editorial Jurídica Conosur, 1998, paccim.

comprobables por el juez, que den cuenta de las conexiones internacionales de la relación jurídica<sup>5</sup>.

Henri Batiffol define a los contratos internacionales indicando que “El contrato es internacional cuando pone en juego los intereses del comercio internacional (criterio económico) y los elementos de conexión del contrato se encuentran repartidos en diferentes estados (criterio jurídico)”<sup>6</sup>. Ole Lando por su parte, señala “cuando las partes tienen el lugar de sus negocios en diferentes Estados [...] y bienes, servicios y/o dineros tienen que cruzar una frontera para que el contrato sea ejecutado, pareciera haber acuerdo que el contrato es internacional”<sup>7</sup>. William Reese expone que “Los contratos internacionales son contratos con elementos de dos o más Estados nacionales, entre un Estado y un particular, o exclusivamente entre particulares”<sup>8</sup>.

## ii) Legislación Extranjera

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales<sup>9</sup>, la cual no ha sido suscrita por Chile, establece claramente un criterio objetivo para la definición de contrato internacional. En efecto, la Convención señala en su artículo 1, relativo al ámbito de aplicación: “Se entenderá que un contrato es internacional si las partes

---

<sup>5</sup> Véase: “Dos intentos regionales de regulación de los contratos internacionales: El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y su relación con la Convención Interamericana de 1994 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, por Sergio María Carbone, en “Revista Jurídica de Castilla - La Mancha”, N° 34, abril de 2003, Pág. 49, en <http://www.jccm.es/docm/rev34comp.pdf>: “...la doctrina más tradicional que entiende, que la mera elección de la ley aplicable no parece suficiente, por si sola, para justificar la internacionalidad de un contrato. Como el propio maestro R. De Nova afirma: “perché la distinzione tra contratto interno e contratto internazionale possa essere fatta utilmente ai fini della necessaria limitazione del potere di autonomia, occorre prescindere dalla scelta della legge operata dai contraenti””.-

<sup>6</sup> Batiffol, Henri et Lagarde, Paul, *Droit International Privé*, Editorial Dalloz, París, 1980, tomo II, pág. 276.

<sup>7</sup> Lando, Ole. "The Conflict of Laws of Contracts. General Principles". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye*, 1980, tomo 184, pág. 286.

<sup>8</sup> Reese, William. *International Contracts Paker School of Foreign and Comparative Law*, 1981, pág. 4.

<sup>9</sup> Suscrita en México, D. F., México, el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V). <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>.

del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte”<sup>10</sup>.

El Convenio de Roma de 1980<sup>11</sup>, concluido conforme al marco del tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, al referirse a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, no se pronuncia respecto de los criterios de calificación de la existencia de un contrato internacional; sí establece como requisito para la aplicación de la convención la existencia de un conflicto de leyes<sup>12</sup>, situación que se produce cuando estamos en presencia de uno o más elementos internacionales relevantes en el contrato<sup>13</sup>. El artículo tercero de la Convención reconoce la autonomía de las partes para escoger el derecho aplicable al vínculo jurídico, pero limita especialmente esta elección impidiendo que se excluyan las disposiciones imperativas del país de que se trate si no existen elementos extranjeros en la relación<sup>14</sup>. Al respecto, el artículo primero número 3 señala: “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 excluir por contrato, denominadas en lo sucesivo "disposiciones imperativas".

### iii) Doctrina Nacional

La doctrina nacional respecto de la calificación de un contrato como internacional también ha requerido, en su gran mayoría, de la existencia de criterios objetivos para que el contrato sea calificado como tal. En este sentido Diego Guzmán Latorre, a propósito del fraude a la ley, indica que “los contratos que efectivamente pueden escapar a las

---

<sup>10</sup> La misma opinión expresa José Luís Siqueiros, en *Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los Contratos Internacionales*, Pág. 220, al señalar que “...queda claro que la voluntad de las partes no es suficiente para “internacionalizar” el contrato, en ausencia de los llamados contactos (sic) objetivos”. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/14.pdf>.

<sup>11</sup> Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE).

<sup>12</sup> Artículo 1 número 1

<sup>13</sup> José Luís Siqueiros opina que el Convenio de Roma implícitamente adopta el criterio de los elementos objetivos *Los Principios...*, op. cit. pag.220

<sup>14</sup> Comparten esa opinión Alfonso L. Calvo Caravaca et. al., en *Contratos Internacionales*, Pág. 85, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

disposiciones de la ley interna son los contratos internacionales, o sea, aquellos que por sus elementos *de hecho* interesan a varios sistemas jurídicos. No se trata, pues, de permitir a las partes eludir a voluntad la ley que les corresponde, sino de aplicar a hechos diferentes, reglas diferentes”<sup>15</sup>. Por su parte Avelino León Steffens expresa “En un contrato puramente interno la autonomía de la voluntad no tiene incidencia alguna sobre la determinación de la ley aplicable. En efecto, en virtud de la libertad contractual, las partes no podrían estipular la sumisión de un contrato interno a una ley extranjera, pues sería la manera de sustraerse a las disposiciones imperativas de la ley nacional. Desde este punto de vista, podría configurarse una situación de fraude a la ley, en la medida que se simule en el contrato un elemento extranjero para escapar a una norma prohibitiva o imperativa del derecho del foro”<sup>16</sup>. Mario Ramírez Necochea hace suya la definición de Rodrigo Maluenda Parraguez al observar que “A pesar de la validez que tienen los enfoques anteriores, creemos que es más simple y precisa la definición que da Rodrigo Maluenda: Los Contratos Internacionales son aquellos celebrados en un país para tener efectos totales o parciales en otro”<sup>17</sup>. Este último autor sostiene que son contratos internacionales aquellos “acuerdos bilaterales generadores de obligaciones que son celebrados en un país para tener efecto total o parcialmente en otro distinto”<sup>18</sup>. Finalmente, la profesora Elina Mereminskaya asevera que “Lo que predetermina el carácter internacional del contrato es la ubicación de la contraparte fuera del ordenamiento jurídico nacional.”<sup>19</sup>.

#### **iv) Legislación Nacional**

---

<sup>15</sup> Guzmán Latorre, Diego. *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, Pág.521.

<sup>16</sup> León Steffens, Avelino. “El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil internacional”, en *Contratos*, coordinación E. Barros, Editorial Jurídica de Chile; Santiago, 1991, Pág. 95; Comparte la opinión Guzmán Latorre, Diego. “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Editorial Jurídica de Chile; Santiago, 2003, Págs. 521-522.

<sup>17</sup> Ramírez Necochea, Mario. “Curso de Derecho Internacional Privado”, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1999. Pág. 278.

<sup>18</sup> Maluenda Parraguez, Rodrigo. “Contratos Internacionales”. Editorial Jurídica Conosur, 1998, Pág. 23.

<sup>19</sup> Mereminskaya, Elina. “Contratos internacionales e “internacionalización” de contratos nacionales”, Artículo en Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2004. Pág. 114.

La legislación nacional a través de varias normas hace referencia siempre a criterios objetivos para la calificación de un contrato como internacional. El artículo 16 del Código Civil<sup>20</sup> reconoce la existencia de contratos celebrados en país extranjero, pero sujeta el cumplimiento de estos contratos a la ley chilena. El Código de Comercio, en su artículo 113<sup>21</sup>, va más allá y tratándose de contratos celebrados fuera de Chile que se ejecuten total o parcialmente en el país, aplica la ley chilena a la ejecución, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa. Así, para que los contratantes puedan abstraerse de la aplicación de la ley chilena deben pactarlo expresamente y tener conexiones objetivas con otro estado, en este caso haber sido celebrado fuera de Chile.

El Decreto Ley N° 2.349 de 28 de octubre de 1978 que estableció normas sobre contratos internacionales para el sector público, consagró, también sobre bases objetivas, la autonomía de las partes para someter la regulación de un contrato internacional a un derecho extranjero. El indicado Decreto Ley establece como requisito para esta situación que su “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”.

A su vez, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de fecha 11 de abril de 1980, publicada en el diario oficial el 3 de octubre de 1990, establece que ella se aplica a “los contratos de compraventa de

---

<sup>20</sup> “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.”

<sup>21</sup> “Artículo 113:

Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplidos en Chile, son regidos por la ley chilena, en conformidad a lo que se prescribe en el inciso final del artículo 16 del Código Civil.

Así la entrega y pago, la moneda en que éste deba hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que imponen la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío, y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa.”

mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes”<sup>22</sup>. Se establece un criterio objetivo para que pueda aplicarse la convención<sup>23</sup>, y se indica además que “no se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración”<sup>24</sup>.

#### **IV.- Criterios subjetivos establecidos por la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional**

La nueva ley de Arbitraje Comercial Internacional, no obstante declarar en su Mensaje que su intención era establecer criterios diáfanos de internacionalidad, no lo hace, pues fija condiciones subjetivas al definir su ámbito de aplicación.

Los criterios subjetivos de calificación de un arbitraje como internacional y por ende de un contrato, están establecidos al indicar la ley que el arbitraje es internacional<sup>25</sup> si: Primero, el lugar del arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje, está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos. Conforme a este criterio bastaría que las partes en su contrato establecieran que la sede del arbitraje esta situada fuera del territorio nacional para que, aunque no exista ningún elemento extranjero relevante en la relación, el contrato pueda ser calificado de internacional y, por tanto, ellas puedan someter su relación a la regulación de un derecho extranjero. Segundo, las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. A este criterio le llamaremos subjetivo “absoluto”, pues entrega a la sola voluntad de las partes la calificación de si la cuestión objeto de la relación está o no relacionada con más de un Estado. Las partes son soberanas para calificar la relación como internacional.

---

<sup>22</sup> Artículo 1 número 1) de la Convención.

<sup>23</sup> En el mismo sentido expone José Luís Siqueiros, en “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los Contratos Internacionales”, Pág. 220. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/14.pdf>

<sup>24</sup> Artículo 1 número 2) de la Convención.

<sup>25</sup> Artículo 1º,3) b), i) y c)

Esto tiene trascendencia, pues la misma ley en su artículo 28<sup>26</sup> establece que el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del conflicto. Al calificar las partes subjetivamente una relación jurídica como sujeta a la ley de arbitraje comercial internacional, es esta ley la que a su vez les permitirá sujetar a un derecho extranjero la relación jurídica de fondo. Conforme a esto, las partes podrían perfectamente calificar una relación jurídica que tiene sólo elementos objetivos nacionales como de carácter internacional y por tanto sustraer la relación de la aplicación del derecho chileno. Esta situación se podría prestar para abusos de la parte dominante de la relación, al presionar por la calificación de internacional de un contrato y así obtener ventajas permitiendo que cualquier conflicto sea resuelto en una jurisdicción y bajo una ley desconocidas para la parte más débil, o desincentivando la defensa de los derechos de su contraparte dado lo gravoso que resulta ir a litigar a un foro extranjero al amparo de una legislación foránea.

La incorporación de criterios subjetivos es un error de la ley, que contradice la tendencia de la legislación y de la doctrina tanto nacional como internacional. Existe una clara contradicción entre lo planteado por el Mensaje<sup>27</sup> que señala que el reconocimiento “a la autonomía de la voluntad tiene límites en cuanto no podría declararse internacional una controversia que no tenga efectivamente algún elemento extranjero de cierta relevancia”

---

<sup>26</sup> “Artículo 28.- Normas aplicables al fondo del litigio.

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determine las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.”

<sup>27</sup> “Por último, el arbitraje se considera internacional si “las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado” (Art. 1 n° 3. letra c). Naturalmente, este reconocimiento a la autonomía de la voluntad tiene límites en cuanto no podría declararse internacional una controversia que no tenga efectivamente algún elemento extranjero de cierta relevancia o contravenga normas de orden público, como por ejemplo, las relativas a la protección del consumidor”. Mensaje (N° 15-349) de S. E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (2 de junio de 2003).

y el sentido del Art. 1 N° 3 letra c) de la ley, que es nítido, y que conforme a las normas sobre interpretación de las leyes<sup>28</sup>, no permitiría la aplicación de límites a la autonomía de la voluntad como sería el requisito de la existencia de algún elemento extranjero de cierta relevancia, o la contravención de normas de orden público como indica el Mensaje.

La profesora Mereminskaya señala<sup>29</sup> respecto del criterio de internacionalidad fundado en el lugar del arbitraje (Art. 1º, 3), b), i)), que “no parece justificable que un contrato puramente interno se transforme en internacional al resolverse la controversia en un país extranjero para ambas partes”<sup>30</sup>. Y a continuación sostiene que los altos costos del arbitraje en el extranjero harían suponer que sólo las controversias que ponen en juego los intereses del comercio internacional se resuelven en el extranjero, con lo que “podría decirse que el carácter internacional del contrato, causa de la controversia, se presume”<sup>31</sup>. Debemos tener presente que esta “presunción” se puede prestar para importantes abusos en los cuales una parte dominante de la negociación, por ejemplo, en la venta de software, establezca una cláusula de elección de ley y de foro, estableciendo la sede del arbitraje fuera del territorio de la República y sujetando la relación contractual a una ley extranjera, con lo cual en los hechos se puede producir una denegación de justicia, por la imposibilidad material de concurrir a un país foráneo a defender sus derechos, por el alto costo del traslado o porque la magnitud del conflicto no lo amerite.

También critica la profesora Mereminskaya, el criterio de internacionalidad fundado en la convención expresa de las partes (Art. 1º, 3), c)), el que “quede sujeta a juicio de las partes la ‘internacionalización’ del arbitraje, pudiendo ellas determinar que ‘la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado’<sup>32</sup>, y agrega que “sin embargo, una limitación a esta libertad debe comprenderse implícitamente incluida en el texto legal”<sup>33</sup>. No comparto el criterio, como he expresado, aunque lo deseemos, no existe una limitación en el texto legal, y más bien estamos en presencia de una norma que

---

<sup>28</sup> Artículo 19 del Código Civil

<sup>29</sup> “Contratos Internacionales e “Internacionalización” de Contratos Nacionales”, Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2004, Pág.111 a 128.

<sup>30</sup> Op. Cit., Pág. 116.

<sup>31</sup> Op. Cit., Pág. 116.

<sup>32</sup> Op. Cit., Pág. 116 y 117.

<sup>33</sup> Op. Cit., Pág. 117.

producirá efectos adversos permitiendo la aplicación de legislación extranjera a contratos puramente nacionales.

Reafirma esta posición el hecho que esta ley es una copia prácticamente textual de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional<sup>34</sup> y podemos indicar que el sentido y alcance que se dio a esta norma en la discusión de la Ley Modelo fue precisamente el de otorgar la facultad soberana a las partes para calificar la relación jurídica como internacional, independientemente de la existencia o no de elementos extranjeros objetivos relevantes.

En los Anuarios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional es posible estudiar la historia del establecimiento de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>35 36</sup>. Durante la labor desarrollada por el Grupo de Trabajo y por el Secretario General se discutió arduamente sobre los criterios de internacionalidad del arbitraje, y de la relación jurídica subyacente, especialmente debatido fue el tema de los criterios subjetivos de internacionalidad, advirtiéndose esta discusión en los Informes del Secretario General<sup>37</sup>, en los Informes de la CNUDMI<sup>38 39</sup>,

---

<sup>34</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XVI, Tercera Parte, Anexo I, Págs. 417-423.

[Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional \(A/40/17, anexo I\) \[página 417\]](#)

Texto vigente: <http://www.uncitral.org/spanish/texts/arbitration/ml-arb-s.htm>

<sup>35</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XII (1981), Primera Parte, Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones anuales; observaciones y decisiones sobre los mismos,

A. [Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14. período de sesiones \(Viena, 19 a 26 junio 1981\) \(A/36/17\) \[página 3\]](#)

<sup>36</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XIII (1982), Segunda Parte, Estudios e informes sobre cuestiones concretas, III Arbitraje Comercial Internacional.

[Informe del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales sobre la labor realizada en su tercer período de sesiones \(Nueva York, 16 a 26 de febrero de 1982\) \(A/CN.9/216\) \[página 286\]](#) Párrafos 20 y 21.

<sup>37</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XII (1981), Segunda Parte, Estudios e informes sobre cuestiones concretas. , III Arbitraje Comercial Internacional.

[Informe del Secretario General: posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional \(A/CN.9/207\) \[página 73\]](#). Párr. 36 y 37.

<sup>38</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XIII (1982), Primera Parte, Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones anuales; Observaciones y decisiones sobre el mismo,

[Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 15.º período de sesiones \(Nueva York, 26 de julio a 6 de agosto de 1982\)\(A/37/17\) \[página 3\]](#). Párr. 86 a 89.

<sup>39</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XIV (1983), Primera Parte, Informe de la Comisión sobre su período de sesiones anuales; Observaciones y decisiones: Observaciones y decisiones relativas al informe,

en los Informes del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales<sup>40 41 42</sup>  
<sup>43</sup>, en los Documentos de Trabajo presentados al Grupo de Trabajo<sup>44 45</sup>, en observaciones  
formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales<sup>46</sup> acerca del proyecto de ley  
modelo y en el comentario analítico sobre el proyecto presentado por el Secretario  
General<sup>47</sup>.

---

[Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 16.º período de sesiones \(Viena, 24 de mayo a 3 de junio de 1983\) \(A/38/17\) \(A/CN.9/243\) \[página 3\].](#) Párr. 85 a 89.

<sup>40</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XIII (1982), Segunda Parte, Estudios e informes sobre cuestiones concretas, III Arbitraje Comercial Internacional.

[Informe del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales sobre la labor realizada en su tercer período de sesiones \(Nueva York, 16 a 26 de febrero de 1982\) \(A/CN.9/216\) \[página 286\].](#) Párr. 19 a 21.

<sup>41</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XIV (1983), Segunda Parte, Estudios e informes sobre temas concretos, III Arbitraje Comercial Internacional.

[Informe del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales acerca de la labor realizada en su cuarto período de sesiones \(Viena, 4 a 15 de octubre de 1982\) \(A/CN.9.231\) \[página 33\].](#) Párr. 34 a 36.

<sup>42</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XIV (1983), Segunda Parte, Estudios e informes sobre temas concretos, III Arbitraje Comercial Internacional.

[Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su quinto período de sesiones \(Nueva York, 22 de febrero a 4 de marzo de 1983\) \(A/CN.9/233\) \[página 60\].](#) Párr. 57 a 60.

<sup>43</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XV (1984), Segunda Parte, Estudios e informes sobre cuestiones concretas, II Arbitraje Comercial Internacionales.

A.- Sexto periodo de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Practicas Contractuales Internacionales (Viena, 29 de agosto a 9 de septiembre de 1983) [pagina 165].

1. [Informe del grupo de Trabajo sobre la labor realizada en su sexto período de sesiones \(A/CN.9/245\) \[página 165\].](#) Párr. 164 a 168.

<sup>44</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XIII (1982), Segunda Parte, Estudios e informes sobre cuestiones concretas, III Arbitraje Comercial Internacional.

B. [Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales en su tercer período de sesiones \(Nueva York, 16 a 26 de febrero de 1982\): Nota de la Secretaría: posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional: cuestiones para los debates del Grupo de Trabajo \(A/CN.9/WG.II/WP.35\) \[página 302\].](#) Párr. 12 al 15.

<sup>45</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XIV (1983), Segunda Parte, Estudios e informes sobre temas concretos, III Arbitraje Comercial Internacional.

D. [Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales en su quinto período de sesiones \(Nueva York, 22 de febrero a 4 de marzo de 1983\) \[página 79\]](#)

<sup>46</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XVI (1985), Segunda Parte, Estudios e informes sobre cuestiones concretas, I Arbitraje Comercial Internacional.

A. [Compilación analítica de las observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales acerca del proyecto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional: informe del Secretario General \(A/CN.9/262 y Add. 1-3\) \[página 55\]](#)

<sup>47</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XVI (1985), Segunda Parte, Estudios e informes sobre cuestiones concretas, I Arbitraje Comercial Internacional.

B. [Comentario analítico sobre el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional: informe del Secretario General \(A/CN.9/264\) \[página 109\]](#)

Al respecto podemos citar la discusión presentada durante la 306° Sesión de la Comisión<sup>48</sup>, en la cual el señor Stalev, observador de Bulgaria, indica que es partidario que se suprima el lugar del arbitraje como criterio de internacionalidad, pues amparándose en él es posible convertir, para efectos de acogerse a esta ley modelo, un contrato - y su consecuente arbitraje - absolutamente nacional en internacional.

También resulta relevante indicar que el actual artículo 1° n° 3 letra c) de la ley modelo, y de la actual ley de arbitraje comercial internacional chilena, surge a raíz de que la comisión decidió reemplazar la antigua disposición que indicaba “c) La cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada de algún otro modo con más de un Estado”, pues era objeto de controversia. En reemplazo se acogió una propuesta de los representantes de Finlandia y de Australia que otorgaba a las partes el derecho de optar por calificar el contrato como internacional. Al respecto el señor Moeller, observador de Finlandia, indicó que era partidario de insertar una oración con arreglo a la cual si las partes convienen que la cuestión objeto de la controversia es de carácter internacional, no podrán negar ese hecho ulteriormente; y el señor Griffith, de Australia, expresó que el texto del inciso c) debería sustituirse por una cláusula de opción con arreglo a la cual el acuerdo de arbitraje será internacional si las partes así lo estipulan, indicando que esta disposición daría la necesaria libertad de elección a las partes<sup>49</sup>.

Finalmente, como lo indica el Presidente de la Comisión, se redactó la letra c) como una cláusula de opción para que las partes calificaran la internacionalidad de la controversia.

Queda claro, de la discusión referida, que estos criterios de calificación de la internacionalidad del arbitraje son subjetivos y pueden llevar a calificar de internacional una relación puramente nacional, como el contrato suscrito entre una filial chilena de una compañía extranjera con una empresa nacional.

---

<sup>48</sup> Anuario CNUDMI, Vol. XVI (1985), Tercera Parte, Anexos.

II [Actas resumidas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional correspondientes a las sesiones dedicadas a la preparación de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional \(A/CN.9/SR.305-333\) \[página 425\]](#), Pág. 428.

<sup>49</sup> Ídem cita anterior, página 434 y 435.

Este criterio de internacionalidad ficticia ha sido criticado por la doctrina. El profesor Philippe Fouchard, al comentar la ley modelo de arbitraje comercial internacional<sup>50</sup>, respecto de los dos criterios que hemos llamados subjetivos señala que estos constituyen criterios de internacionalidad ficticia que beneficiarían a las partes con la aplicación de normas más liberales que las que serían aplicables al proceso y al fondo del litigio.<sup>51</sup>

El mismo profesor Fouchard indica que la internacionalidad ficticia tendría un límite en la disposición del artículo primero número cinco de la ley modelo, que coincide con la ley chilena, al establecer que “Esta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley”. No obstante, esta limitación opera sólo en la medida que existan otras leyes que establezcan restricciones a las materias susceptibles de arbitraje. Restricciones que son prácticamente inexistentes en materia comercial.

La ley modelo de arbitraje comercial internacional es un estándar máximo y no uno mínimo, es decir, pretende incluir hasta el más extremo de los participantes en las discusiones preparatorias, no establecer un orden normativo promedio o absolutamente compartido por todos, por lo que es un error pensar que los países que la adoptan no pueden o deben hacerles cambios<sup>52</sup>. Cada país va a adoptar la ley modelo protegiendo sus intereses conforme a su estado de desarrollo. Al otorgar a las partes la calificación de internacionalidad de la relación jurídica y con esto permitir la aplicación de un derecho

---

<sup>50</sup> “La loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l’arbitrage commercial international”, par Philippe Fouchard, Professeur à l’Université de droit d’économie et de sciences sociales de Paris. Journal du Droit International, N° 114., Pág. 861 y ss.

<sup>51</sup> Al respecto señala: “ Mais on ne comprend pas, dans ces conditions, le laxisme qui inspire les deux autres hypothèses d’internationalité. La fixation du lieu de l’arbitrage dans un pays étranger, qui relève de la seule volonté des parties, ne devrait pas suffire à conférer à cet arbitrage un caractère international; de même la stipulation de l’existence de liens avec plus d’un pays. On autorise par là une internationalité fictive: les restrictions légales visant des contrats ou des arbitrages purement internes pourront être déjouées par la seule volonté des parties, conférant artificiellement à un arbitrage interne un caractère international, et bénéficiant ainsi des règles plus libérales qui y seront applicables pour la procédure et le fond du litige”. Idem nota anterior, Pág. 874-

<sup>52</sup> Así lo entiende la UNCITRAL, y así fue reafirmado claramente en la Sesión 307ª (Párr. 11, primera parte), de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional. Anuario CNUDMI, Vol. XVI (1985), Tercera Parte, Anexos.

[II Actas resumidas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional correspondientes a las sesiones dedicadas a la preparación de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional \(A/CN.9/SR.305-333\) \[página 425\].](#) Pág. 432.

extranjero a una relación puramente nacional se está debilitando el sistema jurídico nacional, que es uno de los mayores activos de nuestra Nación. La libertad de someter a una legislación extranjera una relación jurídica debería estar limitada solamente a los contratos que objetivamente tengan factores de conexión internacionales relevantes con otros Estados.

Hay diversos países que han adoptado la ley modelo cambiando la regulación correspondiente al ámbito de aplicación de la ley modelo y excluyendo los factores subjetivos o de internacionalidad ficticia. Al respecto la actual Ley Española, Ley 60/2003 de Arbitraje, de fecha 23 de diciembre de 2003, establece:

“Artículo 3. Arbitraje internacional.1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes. b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios. c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.”

La ley española sigue el criterio establecido ya por la legislación francesa<sup>53</sup> y elimina todo factor subjetivo. Según Magaly Damke<sup>54</sup>, siguen la misma tendencia las

---

<sup>53</sup> Magaly Damke señala que el artículo 1492 del NCPC: “Est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international”. “Arbitraje: Estudio jurídico del caso de Brasil”, Tesis de Magíster Universidad de Chile, 2003 pág. 103, inédito.

<sup>54</sup> Magaly Damke, “Arbitraje: Estudio jurídico...”, op. cit. págs. 102-104.

**Argelia:** Exige que una de las partes tenga su domicilio en el exterior y que el arbitraje tenga como objeto una controversia relativa a los intereses del comercio internacional (Artículo 455 CPC argelino).

**India:** Arbitration and Conciliation Act 1996: Arbitraje Internacional: “...siendo el proceso que implica a lo menos una parte extranjera”.

legislaciones de Argelia, India e Italia; y según Roque J. Caivano<sup>55</sup>, las legislaciones de Colombia y Ecuador, si bien permiten a las partes acordar la internacionalidad del arbitraje, lo hacen exigiendo la concurrencia de un criterio objetivo conjuntamente. A su vez, la ley mexicana no considera válido, para internacionalizar el contrato, el criterio subjetivo de la “convención expresa de las partes”, aunque si considera válida la determinación del “lugar de arbitraje”<sup>56</sup>, similar posición adoptan las legislaciones peruana en la ley 26.572, de fecha 3 de enero de 1996<sup>57</sup>, que reemplazó el D.L. 25.935,

---

**Italia:** Nueva Ley italiana de 5 de enero de 1994: Adopta el criterio de la nacionalidad o de la residencia de las partes, pero agrega que el arbitraje es internacional si una parte sustancial de la relación litigiosa se lleva a ejecución en el exterior (Art. 832 del CPC Italiano).

<sup>55</sup> “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros” por Roque J. Caivano, Págs. 150 y 151, en “Arbitragem Comercial Internacional” Adriana Noemí Pucci (Coordinadora). Editora LTR Ltda., Sao Paulo, Brasil, 1998.

**Colombia:** Ley N° 315 (12 de septiembre de 1996): Un arbitraje es internacional “cuando las partes así lo hubieren acordado, siempre que *además* se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos: 1. Que las partes, al momento de la celebración de pacto arbitral, tengan su domicilio en diferentes Estados; 2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situada fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal; 3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que hubieren pactado tal eventualidad en el pacto arbitral; 4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente; 5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

**Ecuador:** Ley ecuatoriana de Arbitraje (Septiembre de 1997) exige que, además de existir un criterio objetivo, las partes hayan pactado la internacionalidad del arbitraje. Así lo dispone el art. 41, que señala: “sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, *siempre y cuando* se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en Estados diferentes; o b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional”.

<sup>56</sup> La materia está regulada en el Título IV (Arts. 1415 al 1463) del Libro V del Código Federal de Comercio (reformado en 1993, para adoptar la Ley Modelo).

“Art. 1416.- Para los efectos del presente título se entenderá por:

III. Arbitraje internacional, aquél en el que:

- a) Las partes en el momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o
- b) El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar del cumplimiento de una partida sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento.

Para los efectos de esta fracción, si alguna de las partes tienen más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual;”

<sup>57</sup> Ley 26.572.- “Artículo 91o.- Ámbito de aplicación.- Un arbitraje es internacional si:

1. Las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en Estados diferentes; o
2. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:

de fecha 10 de diciembre de 1992<sup>58</sup>, que acogía el criterio subjetivo de aceptar la convención expresa de las partes. A su vez la ley paraguaya<sup>59</sup> excluye ambos criterios subjetivos.

Si bien existen numerosos países que al adoptar la Ley Modelo de CNUDMI han realizado cambios en el sentido que defendemos en el presente artículo, es del caso exponer que, asimismo, existen otros países que han adoptado el texto de la ley modelo sin realizarle prácticamente ningún cambio, como es el caso de: Guatemala<sup>60</sup>, Bolivia<sup>61</sup> y Grecia<sup>62</sup>; y también existen otros países que al adoptar la Ley Modelo han agregado criterios para incluir nuevas situaciones de internacionalidad, entre los que se cuentan: Argentina<sup>63</sup> y Turquía<sup>64</sup>.

---

a) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al convenio arbitral;  
b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha. A los efectos de este Artículo si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual.”

<sup>58</sup> Decreto Ley 25.935 (publicado el 10/12/1992), que en su Sección segunda, artículo 84 número 3 señalaba que “Un arbitraje es internacional si: 3.- Las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del convenio arbitral está relacionada con más de un Estado.”

<sup>59</sup> Ley N° 1.879, de arbitraje y mediación, Artículo 3, letra c):

“Arbitraje internacional: aquel en el cual:

1. las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en estados diferentes; o
2. el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos.

A los efectos de este artículo:

i) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento a ser tenido en cuenta será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;

ii) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.”

<sup>60</sup> Decreto Número 67-95 (publicado el 17 de noviembre de 1995), artículo 2°.

<sup>61</sup> Ley N° 1.770, Ley de arbitraje y conciliación (de 10 de marzo de 1997), artículo 71.

<sup>62</sup> Ley n° 2.735, sobre Arbitraje Comercial internacional (de 18 de agosto de 1999), artículo 1, número 2.

<sup>63</sup> Proyecto de Ley Argentina de 4 de septiembre de 2003. Cámara de Diputados de la Nación.

Artículo 1°, n° 3: “El arbitraje es internacional si: a) Las partes en el acuerdo arbitral tienen, al momento de su celebración, sus establecimientos *o domicilios en Estados diferentes, o una de las partes estuviese controlada por personas domiciliadas fuera del territorio argentino*, o b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos o domicilios: I El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo arbitral o con arreglo al acuerdo arbitral; II El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de sus obligaciones de la relación jurídica; III El lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo arbitral está relacionada con más de un Estado.”

<sup>64</sup> Ley n° 4.686, sobre Arbitraje Internacional (de 20 de junio de 2001), que en su artículo 2° señala:

“En cada uno de los casos siguientes el conflicto implica un elemento de extranjería y el arbitraje adquirirá carácter internacional:

## V.- Orden Público

El profesor Mario Ramírez Necochea<sup>65</sup>, a diferencia de lo planteado por Avelino León S.<sup>66</sup> y por Diego Guzmán Latorre<sup>67</sup>, sostiene que como las partes pueden copiar íntegramente, como disposiciones contractuales, las normas de una ley extranjera, pueden someterse a ella en forma abreviada y respetando las limitaciones de orden público y del fraude a la ley. Como precisa la profesora Mereminskaya en su artículo ya citado<sup>68</sup>, hay que distinguir entre la autonomía conflictual, que es aquella que permite a las partes de un contrato internacional someter su relación contractual a la aplicación de un derecho extranjero y la autonomía material que permite a las partes de un contrato, ya sea nacional o internacional, incorporar en su contrato, como disposiciones de él las normas de una determinada legislación extranjera.

Se podría pensar que es lo mismo que a un contrato nacional se le aplique el derecho extranjero por hacer uso de la autonomía material que por, como lo permite la ley en estudio, hacer uso de la autonomía conflictual, pues en ambos casos el límite sería el orden público. Esto no es correcto, pues la manera en que se aplica el orden público en uno u otro caso es distinta. La autonomía material tiene su límite en el orden público

- 
1. El hecho de que las partes del convenio arbitral estén establecidas *o residan* habitualmente *o su lugar de trabajo* esté situado en estados distintos;
  2. El hecho de que el lugar del establecimiento *o de residencia habitual o de trabajo de las partes* se encuentre en otro estado que,
    - a) el lugar del arbitraje tal y como se fijó en el convenio arbitral o posteriormente en virtud de este convenio
    - b) el lugar en el que se ejecute la mayor parte de las obligaciones nacidas del contrato principal o el lugar con el que el objeto del contrato principal tiene el vínculo más estrecho;
  3. El hecho de que por lo menos uno de los socios de una sociedad parte del contrato principal sobre el que se basa el convenio arbitral haya introducido capital extranjero conforme a la ley sobre fomento del capital extranjero o que la entrada en vigor de este contrato se haya subordinado a la conclusión de contratos de crédito y/o de garantía destinados a asegurar la importación de capital extranjero;
  4. *En el caso en el que tanto el contrato principal como la relación jurídica que dan origen al convenio arbitral tengan por objeto transferencias de capital o de mercancías de un país a otro.* Se excluyen las disposiciones de la ley n° 4501 de 21 de enero de 2000”.

<sup>65</sup> *Curso de Derecho Internacional Privado*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile; Santiago, 1999, pág. 286.

<sup>66</sup> “El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil internacional”, en “*Contratos*”, coordinación Enrique Barros Bourie, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pág. 95.

<sup>67</sup> “*Tratado de Derecho Internacional Privado*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 521.

<sup>68</sup> “*Contratos Internacionales...*”, op. cit. págs.111-128.

interno<sup>69</sup>, entendido como una restricción a la autonomía de la voluntad de las partes para dar nacimiento y contenido a la relación contractual. La autonomía conflictual no está restringida por el orden público interno sino que por el orden público internacional<sup>70</sup>, entendido como un límite o una cláusula de reserva a la aplicación del derecho extranjero cuando este está en contraposición de los principios jurídicos más elementales del derecho interno del país en el cual se ha de ejecutar el laudo. Se ha definido orden público internacional indicando que la ejecución de un laudo arbitral debía denegarse “únicamente cuando la ejecución pudiese violar los conceptos más básicos de moralidad y justicia del respectivo Estado”<sup>71</sup>.

Hay una parte de la doctrina que sostiene que incluso no corresponde al juez árbitro aplicar el orden público internacional del foro si es que el contrato no tiene algún vínculo sustancial con él. Al respecto Horacio A. Grigera Naón señala “ Por ejemplo, para ciertos sistemas nacionales de derecho internacional privado, el orden público del foro sólo es relevante respecto de relaciones jurídicas que, aunque internacionales, presentan algún vínculo sustancial con el foro en virtud del cual sus principios de orden público internacional son dignos de recibir aplicación”<sup>72</sup>. Lo que correspondería es que el árbitro aplicará el orden público internacional del país donde el laudo fuese a ejecutarse total o parcialmente, esto para velar por la eficacia del fallo.<sup>73</sup> La situación se hace bastante

---

<sup>69</sup> Roque J. Caivano en relación con el concepto de orden público interno señala que es: “[...] el conjunto de normas imperativas locales, preponderantemente aplicables a las relaciones jurídicas domésticas, que no pueden dejarse de lado o derogarse por la voluntad de las partes; es decir, aquellas normas respecto de las que no opera la autonomía de la voluntad por estar involucrado el interés general”. “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, en *Arbitragem Comercial Internacional* Adriana Noemí Pucci (Cordinadora), Editora LTR Ltda., Sao Paulo, Brasil, 1998, pág 156.

<sup>70</sup> Roque J. Caivano en relación con el concepto de orden público internacional señala que es: “[...] el conjunto no de normas, sino de principios fundamentales sobre los cuales se asienta el ordenamiento jurídico del foro, los denominados principios de “moralidad y justicia”, de “justicia universal” o de “natural justice” inspiradores de ese ordenamiento”. Ídem.

<sup>71</sup> “the Convention’s public policy defense should be construed narrowly...Enforcement of foreign arbitral awards may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice”. Case “Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. V. Société Générale de l’Industrie du Papier Rakta and Bank of America 508 F. 2d 969 (2. Cir., 1974).

<sup>72</sup> “Orden Público y Arbitraje”, en *Arbitragem Comercial Internacional*, Pág. 82, Adriana Noemí Pucci (Cordinadora), Editora LTR Ltda., Sao Paulo, Brasil, 1998.

<sup>73</sup> Pérez Beavía, José Antonio, “Algunas consideraciones sobre el arbitro y el orden público en el arbitraje privado internacional”, Pág. 83, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje* (1990, volumen VI).

compleja cuando la sentencia debe ejecutarse en dos o más países que eventualmente podrían tener orden públicos internacionales distintos o contradictorios.

En los casos que nos preocupan podríamos encontrarnos con un contrato nacional, pero que las partes lo han “internacionalizado”, por la vía de establecer que la resolución de los conflictos estará sujeta a arbitraje cuya sede estará ubicada fuera del país, o por la vía de establecer expresamente que la cuestión objeto del arbitraje está relacionada con más de un Estado. Si al contrato se le aplica una ley extranjera el árbitro podría aplicar el orden público internacional del foro, el orden público internacional de derecho escogido por las partes en el contrato, o el orden público del o los países en los cuales se va a ejecutar el laudo. La aplicación del orden público nacional resulta débil, puesto que el árbitro podría perfectamente estimar que no corresponde aplicarlo, y de este modo el orden público no constituye un límite eficaz a la facultad de las partes para aplicar la autonomía conflictual a un contrato puramente nacional.

Se podría argumentar que en el caso que un conflicto emanado de un contrato nacional se haya resuelto a través de un arbitraje internacional al amparo de una legislación extranjera, al momento de solicitarse el exequátur a la Corte Suprema esta podría negar su reconocimiento por ser el laudo contrario al orden público nacional. El exequátur no es una garantía de respeto del orden público nacional, pues se trata de un análisis formal del cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por la ley. El trámite del exequátur alude a que el reconocimiento o la ejecución del laudo sean contrarios al orden público, esto es a los efectos del fallo, por lo que no necesariamente implica una revisión del fondo de la discusión, analizando si al resolver ésta se respetó o no el orden público nacional. Gonzalo Biggs y Roque J. Caivano son de la opinión que al hacerse el control en un Estado para ejecutar un laudo extranjero, este tribunal sólo debe limitarse a controlar los aspectos formales o externos, y no debe entrar a examinar el fondo del asunto, ni tampoco el derecho<sup>74</sup>. Aunque podría plantearse como propuesta que la Corte Suprema, al resolver

---

<sup>74</sup> 1) “El proceso hacia el Arbitraje comercial Internacional en Chile”, por Gonzalo Biggs, Pág. 36, en “Ponencias del Seminario Arbitraje Comercial Internacional AMCHAM Chile” (29–30 de julio, 1998), y 2) “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros” por Roque J. Caivano, Pág. 155, en

el exequátur, controle o revise el fondo de la discusión, porque así como la utilización irrestricta de la excepción de orden público internacional llevaría inexorablemente a la negación del derecho internacional privado, el exceso opuesto conduciría a la corrosión del sistema jurídico interno al contravenir sus principios rectores<sup>75</sup>. También podríamos encontrarnos frente a un caso en el cual la ejecución del fallo no se realizara en Chile, con lo cual no existiría forma alguna a través de la cual velar por el orden público nacional.

## **VI.- Conclusión**

Ha sido un error incorporar causales subjetivas de calificación de un contrato internacional, pues esto debilita la aplicación del derecho chileno violando el principio de territorialidad de la ley. El problema radica en que el sentido y alcance de estas dos normas es claro por lo cual no cabe desatender su tenor literal, sino más bien realizar una modificación de la ley que elimine estas normas y establezca nuevamente sólo la existencia de criterios objetivos para la calificación de un contrato como internacional y, por tanto, para otorgar el derecho a las partes del contrato de someter su relación a la aplicación de un derecho extranjero. La aplicación del derecho nacional a relaciones jurídicas enteramente nacionales es una garantía de respeto y protección de los derechos de los habitantes de la República que no debemos debilitar.

---

“Arbitragem Comercial Internacional” Adriana Noemí Pucci (Coordinadora), Editora LTR Ltda., Sao Paulo, Brasil, 1998.

<sup>75</sup> “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros” por Roque J. Caivano, Pág. 158, en “Arbitragem Comercial Internacional” Adriana Noemí Pucci (Coordinadora), Editora LTR Ltda., Sao Paulo, Brasil, 1998.